

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* - MESTRADO EM DIREITO**

WILLIANS FRANKLIN LIRA DOS SANTOS

**A CRISE DO DISSÍDIO INDIVIDUAL E O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO DO
PROCESSO: O PAPEL DA PROVA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE E
CIDADANIA NO PROCESSO DO TRABALHO**

**CURITIBA
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

WILLIANS FRANKLIN LIRA DOS SANTOS

**A CRISE DO DISSÍDIO INDIVIDUAL E O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO DO
PROCESSO: O PAPEL DA PROVA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE E
CIDADANIA NO PROCESSO DO TRABALHO**

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

Orientador: Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther

**CURITIBA
2010**

WILLIANS FRANKLIN LIRA DOS SANTOS

**A CRISE DO DISSÍDIO INDIVIDUAL E O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO DO
PROCESSO: O PAPEL DA PROVA COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE E
CIDADANIA NO PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther

Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat
Membro examinador interno

Prof. Dr.
Membro examinador externo

Curitiba, de de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Dr. Luiz Eduardo Gunther, Professor e Magistrado exemplar, pelo privilégio de sua orientação, pelos valorosos esclarecimentos, pelas sugestões e correções desta dissertação, além da paciência de muitas horas de dedicação.

A todos os professores do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA e especialmente ao Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat, que gentilmente aceitou o convite para participar de minha banca, e cujas observações, pautadas em sua reconhecida dedicação e conhecimento do Direito e do Processo do Trabalho, em muito contribuíram no ajustamento e amadurecimento deste trabalho.

Agradecimento que se estende ao Dr. Marco Antônio César Villatore, brilhante Advogado e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, que desde longa data tem motivado seus antigos, mas sempre alunos, a seguirem confiantes na via acadêmica, pelo modelo de professor que representa.

À Dr.^a Maria Ângela de Novaes Marques, assessora da Escola Judicial do Nono Regional, que, embora jovem, já conta com laureado currículo, que só faz honrar a seus colegas de carreira, a quem registro o especial agradecimento pela participação honorária em minha banca e pelo apoio manifestado ao projeto.

À estimada Cristina, pelo leal e valoroso apoio. À também estimada Jeanette, pelas inestimáveis sugestões filosóficas e pelo exemplo de vida, na árdua defesa política da classe operária.

Aos meus colegas da Turma do Mestrado de 2008, cuja amizade no transcurso dessa travessia revelou-se presente inesperado e valioso.

Às sempre solícitas e gentis secretárias de nosso Mestrado Andressa e Marielen, a quem muito devemos.

Finalmente, mas não menos importante, ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, pelo apoio institucional.

*Qual o sentido de viver se não for para
lutar pelas causas nobres e fazer deste
mundo confuso um lugar melhor para se
viver depois que partirmos?*

Sir Winston Churchill (1874-1965)

RESUMO

Este trabalho de pesquisa tem o objetivo de analisar a crise do paradigma liberal individual que perpassa o sistema processual brasileiro. O recorte temático situa a problemática no viés não apenas da tutela processual afeta ao direito empresarial, mas também das relações sociais. Isso se dá especialmente por conta da histórica oposição do binômio capital/trabalho como forças propulsoras do desenvolvimento da sociedade humana e da usual tensão entre esses dois vetores a que o Direito historicamente é chamado a intervir, seja pela regulação da atividade econômica, seja pela tutela dos direitos sociais. Vislumbra-se, diante desse panorama, o franco declínio da solução individual do dissídio por conta de sua onerosidade, heterogeneidade nas soluções, custo operacional ao aparelho estatal e, ainda, principalmente, de sua conhecida morosidade; fatores que, sinergicamente, esvaziam a tutela jurisdicional da necessária efetividade e tempestividade. Para apurar a validade dessa hipótese se faz necessário analisar alguns aspectos do estatuto epistemológico do direito processual, a partir das sucessões de paradigmas. Examina-se o papel do espaço público na assunção desse fortalecimento de efetividade que nasce da coletivização, para tanto utilizando-se de noções importantes do pensamento de Hannah Arendt, seguindo-se uma análise da relação entre duração razoável do processo e a tutela na forma coletiva, em seus vários desdobramentos. Além dessas questões, que são estruturais, e centrando a discussão no viés da efetividade, problematiza-se também, o equacionamento da regra monolítica de distribuição estática de ônus da prova que, talvez, represente o maior obstáculo à desejada efetividade do processo, que passa pela constituição da prova judiciária.

Palavras-chave: paradigma individual liberal, coletivização do processo, processo coletivo e do trabalho, prova judiciária no processo coletivo, distribuição dinâmica de ônus probatórios, efetividade.

ABSTRACT

The present work aims at analyzing the individual liberal paradigm crisis faced by the Brazilian legal proceeding system. The research theme approaches both entrepreneurial legal proceeding and social relations' problems, mainly focusing on the historical opposition between capital and labor. The capital/labor binomial is one of the driving forces of human society development, as well as of the existing tension between the aforementioned two vectors concerning economic activity regulation and social rights tutorship, which has historically been settled through legal proceedings. In view of such scenery, we can foresee an undoubted decrease in the individual settlement of disputes due to its high cost and heterogeneity, as well as to the state apparatus operation high costs and slowness, factors that impair the jurisdictional tutorship effectiveness and pertinence. To find out if the aforementioned hypothesis is valid, it is necessary to analyze some aspects of the legal proceeding epistemological statute taking into consideration a sequence of paradigms. In addition, the public environment role, as a means of fostering the effectiveness born through collectivization, should be analyzed in the light of important notions contained in the Hannah Arendt thoughts, followed by an analysis of the relation between legal proceeding reasonable time duration and collective tutorship, including their several enfoldments. Besides the aforementioned structural issues and focusing the discussion on effectiveness, we also approach the adequacy of the inflexible rule governing the burden of proof static distribution that, perhaps, might be considered the main obstacle to law proceedings, which include the building up of forensic evidences.

Keywords: individual liberal paradigm, legal proceeding collectivization, collective and labor legal proceedings, forensic evidences of collective legal proceedings, burden of proof dynamic distribution, effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

ACBPC	- Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos
ACDI	- Ações Coletivas para Defesa de Interesses Individuais
ACDD	- Ações coletivas para Defesa de Interesses Difusos
ACP	- Ação Civil Pública
CCB	- Código Civil Brasileiro
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CPC	- Código de Processo Civil
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CPCol	- Código de Processo Coletivo
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
EC	- Emenda Constitucional
LACP	- Lei da Ação Civil Pública
LAP	- Lei da Ação Popular
MP	- Ministério Público
MPT	- Ministério Público do Trabalho
OEA	- Organização dos Estados Americanos
PEC	- Projeto de Emenda à Constituição
PL	- Projeto de Lei
RESP	- Recurso Especial
RO	- Recurso Ordinário
RR	- Recurso de Revista
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TRF	- Tribunal Regional Federal
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A CONSTITUIÇÃO DO PARADIGMA CIENTÍFICO DA ÉPOCA MODERNA E A CRISE DO MODELO INDIVIDUALISTA	16
2.1	PROCESSO, PARADIGMA E EPISTEME	16
2.1.1	Resgate de Elementos Constitutivos do Paradigma Científico	20
2.1.2	A Influência do Cartesianismo e as Ciências Naturais	22
2.1.3	Pluralidade e Regularidade: o Problema da Normatização sob a Perspectiva Foucaultiana.....	25
2.2	ESPAÇO PÚBLICO E A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	28
2.2.1	O Espaço Público e a Superação da Dicotomia Coletivo/Individual	28
2.2.2	O Decréscimo do Espaço Público e a Crise do Paradigma Individual	32
2.2.3	O Viés Político e a Construção da Ideia de <i>Espaço Público</i> em Hannah Arendt.....	34
2.3	VERTENTES JURÍDICO-PROCESSUAIS ALTERNATIVAS AO PARADIGMA INDIVIDUAL LIBERAL	40
2.3.1	O Solidarismo Constitucional e Concertação Social	40
2.3.2	O Pluralismo Jurídico	45
2.3.3	A Nova Hermenêutica Constitucional e a Força Normativa dos Princípios.....	49
2.3.4	Os Direitos Fundamentais e a Tutela (Coletiva) de Direitos	63
3	A COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: A TEMPESTIVIDADE E EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	67
3.1	AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO PROCESSO	67
3.1.1	Primeira Onda Renovatória: Assistência Judiciária Gratuita.....	68
3.1.2	Segunda Onda Renovatória: Tutela de Direitos Metaindividuais.....	72
3.1.3	Terceira Onda Renovatória: Simplificação Procedimental.....	75
3.1.4	Princípio da Duração Razoável do Processo	77
3.1.5	Destinatários do Comando Constitucional da <i>Duração Razoável do Processo</i>	80

3.2	TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E SUA UNIFICAÇÃO SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL.....	85
3.2.1	Considerações Iniciais sobre a Tutela Metaindividual de Direitos.....	85
3.2.2	Microsistema de Tutela Coletiva e a Relativização de Fronteiras entre Direito Material e Processual.....	90
3.2.2.1	Direitos ou interesses?	93
3.2.2.2	Direitos difusos, coletivos <i>stricto sensu</i> e individuais homogêneos: o problema das classificações	94
3.2.2.3	A função social do processo e o imperativo de tutela coletiva de interesses sociais.....	98
3.2.2.4	O fenômeno da coligação contratual e o imperativo de tutela coletiva	105
3.2.2.5	Efetividade e tutela coletiva.....	108
3.2.2.6	Direitos coletivos como direitos sociais	113
3.3	ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS	116
3.3.1	Legitimidade Ativa e Extensão dos Efeitos da Coisa Julgada	116
3.3.2	Tutela Inibitória Específica dos Direitos Coletivos de Natureza Social.....	117
3.3.3	Liquidação e Execução Coletiva	120
3.3.4	Dano Moral Coletivo Trabalhista	124
4	O PAPEL DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO TRABALHISTA COMO AGENTE DE EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ...	126
4.1	EFETIVIDADE E PROVA: A IMPORTÂNCIA DA REPARTIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA JUDICIÁRIA	126
4.1.1	Algumas Considerações Prévias sobre a Prova	128
4.1.2	A Influência do Direito Material no Plano da Prova	133
4.1.3	Verdade, Verossimilhança e Prova Indiciária	137
4.2	EFETIVIDADE, DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS, SOB O VIÉS TRABALHISTA	140
4.2.1	A Prova no Processo do Trabalho.....	140
4.2.2	A Prova no Contexto do Processo Coletivo	141
4.3	DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DE ÔNUS PROBATÓRIOS E EFETIVIDADE	150
4.3.1	Ônus da Prova	154

4.3.2	Distribuição do Ônus Probatório no Processo do Trabalho face à sua Especificidade	158
4.3.3	Supressão do Critério de Omissão Material quanto à Distribuição de Ônus da Prova no Processo Coletivo do Trabalho.....	167
4.3.4	Fundamentos Teóricos para a Distribuição Dinâmica das Cargas Probatórias	169
4.3.4.1	Máximas da experiência.....	171
4.3.4.2	Poder geral de cautela e distribuição do ônus probatório.....	172
4.3.4.3	Presunções de Direito do Trabalho.....	175
4.3.4.4	Preconstituição da prova	176
4.3.4.5	Teoria da redução do módulo probatório e a importância da prova indiciária	177
4.3.4.6	A teoria da <i>res ipsa loquitur</i> como corolário da distribuição probatória dinâmica	178
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
	REFERÊNCIAS	191

1 INTRODUÇÃO¹

Nas últimas décadas, observa-se acentuada intensificação da crise do paradigma individualista, inaugurado mais ostensivamente pelo liberalismo, de sorte que já começa a tomar corpo um movimento contrário, com vistas ao coletivo e às soluções que atendam ao sujeito observada a alteridade nele contida.

O recorte temático em exame situa a problemática no viés não apenas da tutela processual afeta ao direito empresarial, mas também das relações sociais. Isso se dá especialmente por conta da histórica oposição do binômio capital/trabalho como forças propulsoras do desenvolvimento da sociedade humana e da usual tensão entre esses dois vetores a que o Direito historicamente é chamado a intervir. Tal situação acontece seja pela regulação da atividade econômica, seja pela tutela dos direitos sociais, importando ao presente estudo essa última vertente.

Vislumbra-se, assim, um possível declínio da solução individual do dissídio por conta de sua onerosidade, heterogeneidade nas soluções, custo operacional ao aparelho estatal e, ainda, principalmente, de sua conhecida morosidade; fatores que, sinergicamente, esvaziam a tutela jurisdicional da necessária efetividade e tempestividade.

O **problema** objeto deste estudo envolve ponderar em que medida o fenômeno da coletivização do processo constitui-se na resposta mais apropriada à crise da resposta jurisdicional estatal, pautada no dissídio individual, ante as exigências de efetividade e tempestividade. Além disso, é preciso verificar, dentro do próprio processo coletivo, qual (ou quais) condição(ões) procedimental(ais) melhor colabora(m) em prol da efetividade.

¹ Parte da pesquisa aqui compilada foi apresentada junto ao XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá/PR (SANTOS, Willians Franklin Lira dos. O fenômeno da coletivização do processo como alternativa de efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, Maringá/PR. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009c. p.6689-6710) e XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo/SP (Breves considerações sobre o dever de cautela e a conveniência de inversão do ônus da prova em demandas acidentárias. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a. p.6.029-6.048).

A hipótese positiva diz respeito ao delineamento de possíveis soluções à evidente crise da resposta jurisdicional estatal, especialmente na vertente do fortalecimento do espaço público e da coletivização do processo como resposta à crise do dissídio individual. Consideram-se aí os aspectos de tempo e homogeneidade de decisões, sob a perspectiva da efetividade da tutela das relações de trabalho, as quais representam um grande contingente das obrigações empresariais, bem como o papel da prova e da distribuição de seus ônus aos litigantes.

Se confirmada a hipótese positiva, indicará que a coletivização do processo insere-se e desponha dentre um movimento que se orquestra no sentido de exigir um Poder Judiciário mais ágil e eficaz, o que se traduz em benefício dúplice ante o binômio capital/trabalho. Ao primeiro permite maior segurança de investimento em razão de melhor previsibilidade quanto ao resultado das decisões, e, ao segundo, assegura decisões uniformes e mais céleres. Paralelamente a isso se espriam valores adjuntos à prestação da tutela jurisdicional numa dimensão política do processo, que, para além da necessária salvaguarda das garantias constitucionais, importam em reforço à cidadania e ao espaço público. Nesse contexto, é admissível supor que, além da efetividade manifestada pela coletivização do processo, a distribuição de ônus probatórios parece representar o ponto principal na busca por concretizar a efetividade, uma vez que a constituição da verdade no processo e o próprio resultado final da lide dependem diretamente da prova.

Por outro lado, ainda que não reste confirmada a suposição de partida, tem-se como **hipótese negativa** que, dentro de uma exegese sistemática, não há qualquer veto legal (pelo contrário, uma exegese constitucional atenta assim o recomenda) ao uso ostensivo de soluções de natureza coletiva para dirimir eventual confronto entre capital e trabalho. Entendem-se aí a obrigação trabalhista e a atividade empresarial, especialmente porque o benefício é amplo e comum a ambas as partes (celeridade, homogeneidade e previsibilidade, dentre outros), atendendo, ainda, à determinação constitucional de duração razoável do processo. Além disso, também há lacuna não apenas legislativa como doutrinária no que diz respeito à prova no processo coletivo, pelo que também se justifica uma análise mais detida.

Os **objetivos gerais** envolvem delinear, a partir da crise do estatuto epistemológico do processo individual, possíveis soluções à evidente crise da resposta jurisdicional estatal. Isso sob a perspectiva da efetividade da tutela e duração razoável do tempo

do processo, tomando em conta a transcendência do paradigma individual, que marca a ciência processual e impede uso mais ostensivo de soluções processuais pautadas na coletivização da tutela, bem como os reflexos positivos nas obrigações trabalhistas e na atividade empresarial.

Os **objetivos específicos** acercam-se de **a)** ponderar em que medida se deu a constituição do paradigma científico da época moderna e os reflexos da crise do modelo individual no processo: a.1) esboçar os contornos da crise do dissídio individual, a partir da crise do Direito em geral e do Direito Processual em particular, a.2) analisar qual a influência no processo da crise do espaço público no contexto dessa alteração paradigmática, a.3) delinear as vertentes teóricas que tenham se proposto resolver o problema da crise do paradigma individual-liberal; **b)** verificar se a coletivização do processo pode e, em sendo afirmativa a resposta, em que medida contribui para a efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional: b.1) analisar os movimentos renovatórios em prol da efetividade no processo, b.2) em razão do caráter esparso, verificar se há algum parâmetro científico que possa unificar a tutela coletiva, b.3) verificar quais os pontos dogmáticos que merecem maior atenção no processo coletivo; **c)** analisar o papel da prova como agente de efetividade na prestação jurisdicional, sobretudo sob o enfoque coletivo: c.1) avaliar as relações entre efetividade e prova, sob o enfoque da distribuição dos ônus processuais, c.2) analisar as peculiaridades da mesma questão sob o enfoque trabalhista e coletivo, c.3) considerar a importância da distribuição dinâmica da prova em prol da efetividade.

No **primeiro capítulo** (item 2 do sumário), procura-se situar o problema inicial no contexto da discussão da crise do estatuto epistemológico das Ciências em geral, ressaltando-se a importância do pensamento de Thomas S. Kuhn para bem visualizar o devir desse processo, tomando-se o conceito de *epistémê* de Michel Foucault como complemento a esse esboço da crise analisada. Nesse sentido é que se insere a crise do dissídio individual, na medida em que não dá conta da realidade fática a que está instrumentalmente ligado. Assim, em um primeiro movimento, a partir da limitação expressiva da linguagem, conforme aludida em Jürgen Habermas, pensar-se-á na tensão entre realidade e norma que assola a ciência positiva do direito. Aprofundando a questão, procurar-se-á repensar o sujeito essencialmente individual construído no liberalismo, a partir da assunção de uma dimensão de alteridade, o que talvez convenha se fazer a partir do resgate da ideia de “espaço público”, tal

como proposta por Hannah Arendt. Por último, uma vez apresentados paradigmas em crise, procurar-se-á apresentar as vertentes encontradas como alternativa à crise, todas, em maior ou menor grau, de viés pluralista, para tanto utilizando-se das ideias de Boaventura de Souza Santos (no viés emancipatório), Antonio Carlos Wolkmer (pluralismo jurídico), Ingo Wolfgang Sarlet (eficácia dos direitos fundamentais) e Robert Alexy (força normativa dos princípios e critério de ponderação).

O **segundo capítulo** (item 3 do sumário) dedica-se a averiguar as relações entre a coletivização do processo como resposta à crise de efetividade e tempestividade que marcam o dissídio individual. Para isso, analisam-se as principais ondas renovatórias do processo moderno, como pensadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. A segunda onda abre campo de grande reflexão sobre a tutela metaindividual, como alternativa de efetividade, a qual reclama por conceituação e análise nesse contexto coletivizado, conforme pensado por Mauro Cappelletti, Francesco Carnelutti, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gidi, Elton Venturi, Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior, Gregório Assagra de Almeida, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Márcio Flávio Mafra Leal, Sérgio Arenhart, Vicente de Paula Maciel Júnior e Teori Albino Zavascki. No entanto, exatamente por ser um sistema aberto, o direito processual coletivo necessita de um critério unificador que parece ser encontrado em berço constitucional, para o que é necessário superar a dicotomia existente entre público e privado e os planos de direito material e processual. Ainda que possa ser possível encontrar esse elo unificador, pendem questões controvertidas, que são ínsitas à própria natureza coletiva e que merecem análise individualizada.

Por fim, o **terceiro** e último capítulo (item 4 do sumário) dedica-se a analisar em que medida, e sob qual enfoque, a prova pode interferir favoravelmente em prol da efetividade na prestação jurisdicional. Assim como a prova está ligada visceralmente à realidade no que respeita à questão da efetividade, o ônus é o ponto decisivo quando se pensa na prova. Parece oportuno, para equacionar o problema inicial, analisar o instituto da prova judiciária sob o viés trabalhista e coletivo. Além disso, ante a importância da distribuição dos ônus de prova, procura-se, como fecho do trabalho, ponderar a importância e a aplicabilidade da técnica da distribuição dinâmica dos ônus probatórios.

A temática desta dissertação **adere à Linha de Pesquisa número 1** do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, denominada “Obrigações e Contratos Empresariais: responsabilidade social e efetividade”, uma vez que compreende tópicos de Direito Processual, pensados sob o aspecto da racionalização da solução de eventuais conflitos, pela via da Jurisdição Estatal, entre a obrigação trabalhista e a atividade empresarial, buscando a solução de maior efetividade para os envolvidos.

2 A CONSTITUIÇÃO DO PARADIGMA CIENTÍFICO DA ÉPOCA MODERNA E A CRISE DO MODELO INDIVIDUALISTA

2.1 PROCESSO, PARADIGMA E EPISTEME

A crescente complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea tem-se refletido num questionamento no sentido de reavaliar, numa perspectiva geral, a própria validade do estatuto epistemológico de cada ramo do saber, não apenas em si mesmo considerado, mas em relação aos demais ramos com os quais dialoga, e o papel das ciências em sua relação com a sociedade, cabendo ao Direito² papel destacado nesse panorama.

Os operadores do Direito, em geral, cumpre que se reconheça, nem sempre têm clara a noção das limitações da cientificidade do objeto de seu estudo, das dificuldades teóricas a ele inerentes, e de como isso está relacionado ao paradigma científico que lhe concedeu o estatuto epistemológico de ciência a partir da época moderna.

Ademais, o Direito, enquanto ciência da cultura, precisa ser pensado não sob o viés da matematização, que marcou sua origem, e menos ainda dentro do critério da limitação dogmática ao *dever ser*, condição prescritiva e hermenêutica da norma posta, frente à qual o operador pouco poderia intervir, mas pela busca da interpretação mais consentânea com a *mens legis* do legislador. Aliás, como bem adverte João Caração, tal problema, embora de cariz vetusto, ainda carece de muita reflexão:

O século XIX, o século da mecânica e do positivismo, dos caminhos de ferro e do telégrafo, constrói uma visão da classificação dos conhecimentos que tenta consagrar definitivamente não só uma organização, mas também uma hierarquia dos saberes: no topo da pirâmide está a matemática (a rainha das

² Notadamente ao direito processual, que é vocacionado à concretização do direito material.

ciências), ocupando estratos sucessivamente inferiores à física, à química e às ciências naturais e depois, mais abaixo, as humanidades, as artes e a religião. **Esta classificação dos saberes permaneceu praticamente indisputada até a década de 1960.**³

Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴ alerta para a "geometrização"⁵ do Direito, que tomou corpo no racionalismo do século XVII, posteriormente reproduzida por Savigny, mediante o exame dos casos concretos em prol de regras gerais, já que a complexidade daqueles jamais poderia ser captada por estas últimas.

Francesco Carnelutti, com peculiar propriedade, observa que não se pode "confundir a ciência com o progresso da ciência"⁶ para explicar que a Ciência Jurídica encontra dificuldades de subsunção ao método próprio das Ciências Naturais, em razão de seu peculiar objeto prescritivo⁷. Nessa perspectiva, parece-lhe que o estudo do Direito haverá de ser feito considerando-se sua *função*⁸ e *estrutura*⁹.

Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁰ considera que o pacto do Direito Processual Civil com o paradigma racionalista, aliado às filosofias liberais do iluminismo europeu, convergiram para a tentativa de impor ao direito os mesmos princípios metodológicos utilizados pelas ciências naturais, o que transformou o Direito num sistema de conceitos, desvinculado da realidade, sendo que o Direito Processual Civil "[...] foi o

³ CARAÇA, João. Um discurso sobre as ciências passadas e presentes. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: "um discurso sobre as ciências" revisitado. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2006. p.185. [grifo nosso].

⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.38.

⁵ Aliás, a busca da condição formal é herança grega e, de uma forma ou de outra, se refletiu na constituição do paradigma científico das Ciências Sociais. Veja-se, por exemplo, a ideia aristotélica de Justiça, que informou a Patrística, sobretudo em São Thomaz de Aquino, e tomou força no racionalismo do século XVII: "O juiz, portanto, restaura a legalidade. Fazendo-o, ele age como se, estando um dado comprimento dividido em segmentos desiguais, ele eliminasse ao maior segmento uma determinada porção, que acrescentando-a ao menor, dividindo o comprimento em duas metades. E é então que se pode dizer que cada um tem a sua parte – quer dizer, quando se obteve o igual." (ARISTÓTELES. **Éticas a Nicómano, éticas a Eudemo, retórica**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, [198-?]. p.69).

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2002b. p.16.

⁷ O *dever ser*.

⁸ Qual seja, o descobrimento da experiência jurídica, op. cit., capítulo 1.

⁹ Que envolve observação e elaboração de dados, analisados nos capítulos 2 e 3, respectivamente, da obra em comento.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.28, p.347, abr./jun. 2003.

domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social".¹¹

Detectado esse perigoso viés de matematização do Direito, conclui o mesmo doutrinador, encarecendo que:

[...] É necessário, porém, ampliar o debate a respeito dessas questões, com o objetivo de superar a redução metodológica que o sistema impõe, tanto ao ensino universitário, quanto à experiência forense. Em resumo, superar o dogmatismo, fazendo com que o direito aproxime-se de seu leito natural, de ciência da cultura.¹²

Com base nessas premissas é que se inicia a investigação sobre a crise paradigmática que assola o Direito Processual, para analisar em que medida tem relação com o talhe liberal-individualístico em que foi forjado e quais as alternativas que o ordenamento disponibiliza em prol da efetividade da tutela dos Direitos Sociais. Isso porque, é preciso reconhecer, nem sempre se tem clara a devida noção das dificuldades teóricas¹³ que cercam a ciência jurídica, e de como isto está relacionado ao paradigma que lhe concedeu o estatuto epistemológico de ciência.

Em vista disso, a partir do momento em que se compreende o modo como o conhecimento utilizado hoje foi construído e reconhecem-se suas limitações, pode-se, assim, não apenas construir-se uma visão mais crítica do direito processual, como também abrir-lhe novas perspectivas hermenêuticas.

Daí a importância do pensamento de Thomas Kuhn para bem visualizar esse fenômeno, na proporção em que desenvolve a noção de *paradigma* para demonstrar como os modelos de racionalidade se impõem em cada época¹⁴; bem como, de

¹¹ SILVA, 2004, p.347.

¹² SILVA, loc. cit.

¹³ Insistindo na necessidade de análise percuciente do objeto de pesquisa na seara jurídica, assim considera Carnelutti: "Limite-me a esse cuidado metódico de girar em torno ao instituto para observá-lo por todos os lados. Por sua vez a função e a estrutura do instituto, mais que um ponto de vista, são um setor que pode distinguir-se em mais de um ponto." (CARNELUTTI, 2002b, p.52).

¹⁴ É importante observar que Thomas Kuhn utiliza a noção de "paradigma" de uma forma bastante ampla, abrangendo outros sentidos. No decorrer da evolução de seu pensamento, em vez de paradigma passou a utilizar a expressão "matriz disciplinar", conforme informa CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993. p.123.

tempos e tempos, a transição entre um modelo e outro, o que ocorre sempre que um paradigma já esgotou sua capacidade enquanto tal.

Nesse sentido é que se insere a crise do dissídio individual, na medida em que não dá conta da realidade fática a que está instrumentalmente ligado.

Também no direito material convém observar a transição do tratamento patrimonialista que marcou o Código Civil de 1916 para o antropocentrismo do Código Civil de 2002, em vista da caducidade do paradigma individualista, que é o mesmo parâmetro que propõe o tratamento individual das demandas. Em termos processuais, merece registro também a transição da ordinariiedade do procedimento, como regra, para o advento das tutelas diferenciadas, com vistas à efetividade da tutela jurisdicional, também como reflexo da crise do paradigma patrimonialista.

Seguindo no raciocínio, Michel Foucault, por sua vez, desenvolve a noção de *episteme*, contribuindo também para a compreensão da hegemonia de um modelo de racionalidade em cada período histórico:

Por *episteme* entende-se, na verdade, o conjunto das relações que podem unir, em uma dada época, as práticas discursivas que dão lugar a figuras epistemológicas, a ciências, eventualmente a sistemas formalizados; o modo segundo o qual, em cada uma dessas formações discursivas, se situam e se realizam as passagens à epistemologização, à cientificidade, à formalização; a repartição desses limiares que podem coincidir, ser subordinados uns aos outros, ou estar defasados no tempo; as relações laterais que podem existir entre figuras epistemológicas ou ciências, na medida em que se prendam a práticas discursivas vizinhas mas distintas. A *episteme* não é uma forma de conhecimento, ou um tipo de racionalidade que, atravessando as ciências mais diversas, manifestaria a unidade soberana de um sujeito, de um espírito ou de uma época; é o conjunto das relações que podem ser descobertas, para uma época dada, entre as ciências, quando estas são analisadas no nível das regularidades discursivas.¹⁵

A análise conjunta da ideia de crise em Thomas Kuhn e Michel Foucault permite o entendimento da forma como se organiza o conhecimento e de como se relacionam entre si áreas de saber aparentemente distintas.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008a. p.214. À ciência que estuda as *epistemes*, Michel Foucault denomina *Arqueologia do Saber* (p.149).

Com isso, abre-se a perspectiva para se compreender a extrema relação que os vários saberes surgidos ou institucionalizados como ciência no século XIX reciprocamente possuem e como influem na forma de pensar até os dias de hoje, determinando não somente o método de conhecimento, mas o próprio conteúdo a ser pesquisado.

Essa problematização, ainda mais incisiva em Michel Foucault, das condições de gênese e permanência no processo de constituição de um paradigma científico, permite descortinar as razões fundantes do paradigma e de sua sobrevivência, ponto cujo discernimento é imperioso para o estudo de tema em franca transição, pois o Direito, sobretudo o Processual, cruza os umbrais do positivismo em busca de uma resposta mais plural e concorde com a realidade; ao passo que o Direito Processual reconhece a falibilidade de seus métodos na medida em que não encontra soluções efetivas aos conflitos que lhe são propostos, sobretudo quando se pensa na solução de conflitos entre capital e trabalho, que ressoam tensões históricas.

2.1.1 Resgate de Elementos Constitutivos do Paradigma Científico

Um primeiro ponto a ponderar diz respeito à formação dos paradigmas científicos, que são os modelos descritivos de realidade aceitos pelo *establishment* como retrato fiel da realidade.

As Ciências Humanas, quadro maior onde se insere o Direito, herdaram das Ciências Naturais o desejo de se constituir como *Ciência* propriamente dita, muito embora não fosse assim admitida em sua gênese, exatamente porque seu objeto não se identificava com o método científico das ciências naturais. A par disso, também lhe era inviável a demonstração empírica, restando-lhe o reconhecimento paulatino de seu objeto e o desenvolvimento de métodos específicos de abordagem dos fenômenos que lhe cabia analisar.

Num recorte histórico, Thomas Kuhn¹⁶ demonstra que o paradigma científico tomou-se hegemônico¹⁷ na época moderna e se constituiu a partir das ciências naturais. Seu gérmen pode ser localizado no século XVI, sobretudo na revolução científica de Nicolau Copérnico, Galileu Galilei e Isaac Newton.

As descobertas ali empreendidas desautorizavam todo o conhecimento até então obtido por meio do senso comum. Nicolau Copérnico afirmava ser o Sol a girar ao redor da Terra, e a razão, por meio da experimentação científica, demonstrou o contrário, ou seja, que era a Terra que girava em torno do Sol. Galileu Galilei, sob essa mesma perspectiva, afirmava que não seria possível explicar a água como fria e úmida. Enfim, em ambos os casos as qualidades sensíveis não explicam o objeto. Isaac Newton, por sua vez, foi o primeiro a demonstrar que o movimento de objetos, tanto na Terra como em outros corpos celestes, governam-se pelo mesmo conjunto de leis naturais e o poder unificador das leis por ele enunciadas ia ao encontro da revolução científica, do heliocentrismo e da ideia de que a investigação racional pode revelar o funcionamento intrínseco da natureza.

Conclui, portanto, Thomas Kuhn¹⁸ que uma das características da ciência moderna, que então se constituía, era buscar nos objetos o absolutamente diferente do que é apreendido pela sensibilidade. Tornava-se cada vez mais hegemônica a ideia de que o que é apreendido dessa forma faz parte do sujeito e não do objeto; contudo, cabia à ciência perscrutar as qualidades do objeto.

A ciência e a física moderna buscam aquilo que é passível de quantificação, matematização. A linguagem científica é a matemática. Buscam-se variáveis quantificáveis. Enfim, um mundo objetivo e mecânico, indene das ilusões dos sentidos humanos. Tal método, inobstante inaplicável no todo para as ciências sociais¹⁹, pode ter validade e aplicação neste âmbito, desde que respeitada a natureza dialética das ciências da cultura. Tomando em conta esse panorama, Alan F. Chalmers considera

¹⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p.94-segs.

¹⁷ E, essa constatação pode ser estendida para o Direito.

¹⁸ KUHN, op. cit., p.43-56.

¹⁹ Especialmente com relação ao Direito que se rege pelo *dever ser* e não pelo *ser*.

que "grande parte da sociologia moderna não tem um paradigma e, conseqüentemente, deixa de qualificar-se como ciência" ²⁰.

Como não é possível abstrair por completo o sujeito, é necessário de algum modo sair da ilha da subjetividade e falar do mundo objetivo, excluindo a sensibilidade²¹ como forma de conhecimento. Enquanto a imaginação ou os sentidos de um modo geral não apreendem um desenho geométrico de mil lados, o entendimento (a razão) o faz. Portanto, a essência do mundo, sob esse viés, é de ordem matemática. Tal racionalidade poderia – e deveria –, *mutatis mutandis*, orientar a apreciação e construção das ciências sociais.

Assim foi que o método empírico, em razão de sua decantada objetividade²², foi invocado para conferir imparcialidade à observação dos fatos pelo Juiz. A exacerbação desse raciocínio, que de fato ocorreu no paradigma positivista, importa em admitir que o Direito limita-se ao ordenamento positivo e que sua interpretação é meramente subsuntiva.

2.1.2 A Influência do Cartesianismo e as Ciências Naturais

No século XVII, René Descartes escreve o *Discurso do Método*, estabelecendo a metodologia, de caráter eminentemente racional²³, que dá fundamentação filosófica ao modo de conhecer das ciências naturais. A matemática aparece como linguagem universal, devendo ser usada em todas as ciências porque é nela que se encontra a ordem e a medida²⁴.

No século XIX, nem a filosofia escapou da necessidade de se tornar "científica", tanto que Immanuel Kant, no prefácio à *Crítica da Razão Pura*, deseja que a metafísica torne-se uma ciência irrefutável, como as outras ciências de então:

²⁰ CHALMERS, 1993, p.124.

²¹ Aqui entendida na acepção primária de *apreensão sensorial*.

²² Onde se radica a busca de neutralidade nas Ciências Sociais.

²³ Científica, portanto.

²⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Capítulo primeiro.

Eu deveria achar que os exemplos da Matemática e da Ciência da Natureza, as quais se tornaram o que agora são por uma revolução levada a efeito de uma só vez, seriam suficientemente notáveis para fazer meditar sobre os elementos essenciais da transformação na maneira de pensar que lhes foi tão vantajosa e, na medida em que o permite sua analogia com a Metafísica como conhecimentos da razão, para imitá-las nisso ao menos como tentativa.²⁵

Ainda no século XIX, o modelo mecanicista das ciências naturais se instala em todos os domínios do conhecimento²⁶, da Física à Psicologia, da Biologia à Sociologia, da Filosofia ao Direito.

Em todos os ramos do saber procurava-se estabelecer a relação entre sujeito e objeto, em que o sujeito estuda o objeto como ente absolutamente destacado de si.

Acreditava-se que o modelo mecanicista, advindo das ciências naturais, era o modelo sob o qual todas as ciências deveriam se constituir. Concebia-se, então, não só o universo funcionando de forma mecânica, mas também a mente, o corpo, a sociedade, a história etc. Nessa perspectiva, qualquer objeto científico, em qualquer área do saber, tornou-se uma "coisa"; e, nessa perspectiva, uma engrenagem passível de ser apreendida e decifrada. No Direito, essa justa procura pelo exato redundou no Positivismo.

Tal metodologia foi aos poucos tornando-se discriminatória no sentido de estabelecer o que poderia ser um conhecimento válido, e marginalizando as formas de conhecimento que não se "encaixavam" no modelo mecanicista.

Tinha-se como projeto fazer do conhecimento uma forma de controle dos fenômenos naturais e sociais²⁷. Durante a emergência desse paradigma, havia um entusiasmo geral em todas as áreas do saber, mormente porque se pensava nos benefícios que os resultados de cada área de conhecimento trariam à humanidade.

²⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. São Paulo: Abril Cultural, 1987. Prefácio, p.7.

²⁶ Dentro desse contexto, não seria exagero afirmar que as técnicas de estatística, emprestadas das ciências matemáticas para as humanas, solidificam-se como meio de validação aritmética de ideias, ou pelo menos era o que se esperava com tal processo.

²⁷ Num sentido negativo, poder-se-ia dizer que a seleção natural de Darwin muito calhava com o darwinismo social sonhado pelo liberalismo desde seu princípio; exatamente como denunciaria Michel Foucault ao tratar das relações de poder subjacentes aos saberes (FOUCAULT, 2008a; e, FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 15.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000).

Em contraposição à religião, à fé e ao senso comum, predominantes até então, pensava-se na ciência como um instrumento real de emancipação humana diante de todos os problemas da existência, nos termos de um ideal comtiano²⁸. Sonhava-se ser possível reparar com o resultado das investigações científicas o que não estava funcionando bem em qualquer das "engrenagens", fosse na psiquê, no corpo, nas relações sociais ou no mundo, tudo isso sem a interferência da religião²⁹ ou do senso comum (tidos como conhecimentos "não-científicos"). A propósito, o justo aparte de Paulo Roney Ávila Fagundez:

É como se a vida pudesse ser dominada. É, sem dúvida, o grande projeto da modernidade, ainda presente às portas do século XXI. O que se almeja, em essência, é construir grandes teorias para que os dramas humanos sejam resolvidos. Ou seja, que as doenças possam ser "curadas", que a violência seja eliminada, que os problemas políticos e sociais sejam resolvidos, enfim, que as pessoas possam viver mais felizes.³⁰

É importante asseverar que a base desse paradigma – o da modernidade –, embora tenha favorecido o fortalecimento epistemológico do Direito³¹, suscitou em contrapartida, perda de sensibilidade³² e, pior, da discussão política³³ naturalmente nele inserta. Isso ocorreu com todas as áreas do conhecimento e é um dos aspectos

²⁸ Segundo Augusto Comte, havia a *lei dos três estados*, segundo a qual todas as concepções humanas passam por três estádios sucessivos – teológico, metafísico e positivo, este último tido como desejável e próprio da civilidade, porque pautado na racionalidade. Vide: COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. Tradução José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores). p.13 e segs.

²⁹ Inobstante isso, o fenômeno da laicização do Direito, com a exclusão da ingerência da Igreja, conduz a que os valores sociais fiquem sujeitos tão-somente à legitimidade do Direito como fonte moral e normativa e, nesse contexto, as expectativas individuais e coletivas definem o rumo de cada sociedade.

³⁰ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O significado da modernidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Sociais Aplicadas - Universidade Federal de Florianópolis, Florianópolis 2000. p.23.

³¹ Mediante a neutralidade na percepção do objeto, que não se pode olvidar é, na maior parte, a conduta humana.

³² Aqui, no sentido que Enrique Dussel (**Filosofia da libertação na América Latina**. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1977. p.93) empresta ao termo: percepção do patrimônio sensivo do outro, sob uma perspectiva política.

³³ Toma, portanto, foros científicos qualquer discussão, não sendo de estranhar o advento da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, nesse momento histórico.

mais críticos das ciências que se constituíram sob o paradigma de matematização das ciências naturais.

2.1.3 Pluralidade e Regularidade: o Problema da Normatização sob a Perspectiva Foucaultiana

Assim, sacrificou-se a pluralidade e a diferença em nome da regularidade, a solidariedade em nome da neutralidade científica, as experiências conquistadas pelo senso comum em nome das normas científicas; ou, como põe à mesa Boaventura de Souza Santos³⁴, houve desperdício da experiência de grupos sociais, justamente daqueles menos favorecidos na pirâmide social; fenômeno este que, na contemporaneidade, culmina na exclusão, quase segregacionista³⁵, de grupos inteiros.

De tempos que se afirma estar em crise o paradigma científico da época moderna. As ciências, quando surgiram, tinham como objetivo libertar o homem dos dogmas e verdades teológicas que predominavam até então. O que se verificou, no entanto, é que o potencial emancipador, tornar o homem autônomo e dono de seu destino, foi aos poucos sendo suprimido e as ciências passaram a ter um papel muito mais regulador – servir ao poder, em prejuízo e até, muitas vezes, de forma antagônica ao interesse popular.

Michel Foucault³⁶ foi um dos primeiros autores a fazer uma crítica contundente às ciências que tinham como objeto o homem e a sociedade e que surgiram no século XIX no bojo do paradigma das ciências naturais.

A crítica foucaultiana a essas ciências é dupla. Dirige-se ao fato de não terem um estatuto epistemológico próprio, calcarem-se no estatuto epistemológico das ciências naturais e ao uso das mesmas no controle social.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000b. p.63, 144 e 293.

³⁵ Exclusão essa de natureza econômica, decorrência em boa parte da condução política neoliberal.

³⁶ Principalmente nas obras em que trata criticamente da influência do poder no campo do conhecimento científico: FOUCAULT, 2008a; e, FOUCAULT, 2000).

Seu pensamento constituiu-se, de certa forma, em uma denúncia dos discursos que se tornaram instrumentos de repressão e sujeição do homem na sociedade moderna, especialmente as Ciências Humanas e Sociais, dentre as quais convém destacar a Sociologia e, especialmente, o Direito.

Tais ciências fizeram da pessoa humana e das relações sociais um objeto científico e, por consequência, mecânico. Procuraram nesse objeto as regras gerais de funcionamento, estabelecendo conceitos de normalidade e anormalidade, de saúde e doença etc., classificando pessoas e grupos sociais de forma prejudicial ao seu pleno desenvolvimento.

Para Michel Foucault³⁷, o *status* de ciência adquirido por tais saberes contribuiu para que fossem se transformando em poderosos, e até inquestionáveis, mecanismos de domesticação em nosso tempo. As ciências tornaram-se um poder à parte, e muitas vezes muito mais forte do que as outras formas de poder burocraticamente constituídas como tal, sobretudo as prescritivas (como o direito e a psicologia) e as de formação (como a pedagogia).

Por meio de uma outra ferramenta conceitual, a genealogia do saber, Michel Foucault analisa o uso dos saberes sobre o homem (ciências humanas e sociais), criticando sua utilização para a normalização do sujeito na sociedade moderna, em que este passa a ser visto dentro da referência do que é normal ou anormal, e desse processo resulta a "fabricação" do sujeito, em que as diversas disciplinas determinam como ele deve comportar-se para ser um indivíduo "normal".

Nessa linha de raciocínio, o sujeito torna-se objetivado por práticas epistêmicas e disciplinares. As primeiras criam o paradigma do que é normal e anormal. As práticas disciplinares, por sua vez, garantem que o indivíduo se condicione ao discurso predominante de sua época. Esse isolamento do sujeito, analisado como objeto, imbrica perfeitamente com a ideia de sujeito liberal, construído a partir do referencial patrimonial.

Um dos questionamentos de Michel Foucault³⁸ é de que o homem, enquanto objeto de saber, nasceu de práticas de vigilância e controle, as quais possibilitaram extrair dele vários conhecimentos através de relatos, inquéritos, questionários, testes

³⁷ FOUCAULT, 2008a, p.203-204.

³⁸ FOUCAULT, 2008a e, também, FOUCAULT, 2000.

de aptidão, assim como medindo e avaliando seu comportamento. Isso aconteceu com a delimitação do espaço dos indivíduos nas prisões, hospitais, hospícios, presídios, escolas e quartéis, facilitando a aquisição dos saberes por meio do aprisionamento do corpo. Nesse sentido, afirma que o saber dos discursos é devedor e produtor de certas relações de poder e que ao lado do poder econômico, político, judiciário, está esse *poder epistêmico*, extraindo saber sobre os indivíduos já submetidos por aqueles outros poderes.³⁹

Esse poder, que advém das práticas epistêmicas e se concretiza pelas práticas disciplinares, nasce com a observação dos indivíduos, sua classificação, registro e análise de comportamento. É, portanto, um saber de comparação, de observação clínica, psiquiátrica, psicológica, psicossociológica e criminológica. Dessa forma, o indivíduo moderno é fruto da disciplina que fabrica indivíduos:

[...] ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos do seu exercício. Não é um poder triunfante...; é um poder modesto, desconfiado, que funciona ao modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos na soberania ou aos grandes aparelhos do Estado.⁴⁰

Michel Foucault⁴¹ observa, também, a relação entre o cientificismo e o capitalismo na sociedade moderna. Este necessita de vários saberes sobre o homem e, sem esses saberes, encontraria dificuldades para implantar-se e permanecer enquanto sistema. Em outros modos de produção semelhantes, onde igualmente há um forte poder estabelecido, verificou-se que também foi necessário o domínio sobre o corpo, como é o caso da escravidão e da vassalagem.

³⁹ FOUCAULT, 2000, capítulo segundo.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987. p.153.

⁴¹ Nesse sentido, FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

Por entre esse pano de fundo estão também a gênese da oposição do binômio capital/trabalho e a preponderância do capital sobre o labor assalariado, que pode encontrar força de resistência no agrupamento organizado e político no Espaço Público, politicamente, e no espaço da Tutela Metaindividual, processualmente.

2.2 ESPAÇO PÚBLICO E A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

2.2.1 O Espaço Público e a Superação da Dicotomia Coletivo/Individual

Conquanto a intenção seja delinear uma breve caracterização dos elementos que diferenciam o coletivo e o individual, convém enfrentar um antecedente lógico que se refere à dicotomia público/privado.

Isso porque a ideia de *público*, segmentadamente considerada⁴², vem sendo desenhada por oposição desde o binômio fundante do direito antigo público/privado. Apenas modernamente tem-se considerado uma teoria conglobante dessas categorias, cumprindo destacar as considerações de Norberto Bobbio⁴³, que reputa a essa divisão importância que transcende ao nível meramente classificatório, para tomar foros axiológicos⁴⁴, dada a importância que tem para as Ciências Sociais.

Mauro Cappelletti, em seus primeiros estudos sobre o Processo Coletivo, já alertava sobre a necessidade de enfrentamento da questão do público e do privado:

⁴² Ou mais apropriadamente, em si mesma considerada.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p.15.

⁴⁴ Alçada a questão a nível axiológico, ela passa a interferir na hermenêutica jurídica e, também, na solução do processo, a exemplo do que sucede quando se reconhece, em alguma medida, a força normativa dos princípios constitucionais.

*Tertium no datur ! Fra "pubblico" e "privato" c'è un profondo abisso, una "mighty cleavage" come è stato detto da um noto giurista inglese [T. E. Holland]. Tra i due termini della summa divisio, no si vedono punti di raccordo: La dicotomia sembra avere carattere esclusivo, come um aut aut che non ammette pluralismi.*⁴⁵

Embora tratando do tema da Tutela dos Direitos de Personalidade, descortina Luiz Eduardo Gunther um aspecto crucial acerca do tema ora em comento, concernente à superação da apontada dicotomia:

Não é possível estabelecer um regramento para todas as situações de que a pessoa humana possa ser titular, em virtude da acelerada manifestação dos fatos sociais. O direito público e o direito privado, em seus rígidos compartimentos, não se mostram suficientes para essa tutela, que pode exigir, na maioria das vezes, proteção não só estatal, mas também das sociedades intermediárias como a família, a empresa e as associações.⁴⁶

Bem se vê que os lindes da tutela não apenas poderiam, como deveriam projetar-se além do quadrante tradicionalmente ocupado pelo contrato de natureza meramente individualista em prol da efetividade do Direito Material.

Ainda sob o viés histórico, Rodolfo de Camargo Mancuso assim considera:

Pensamos que tal confronto remonta à *summa divisio*, forjada nas origens do Direito, onde este aparecia rigidamente dividido entre "público" e "privado". *Tertium non datur!* Com efeito, pela palavra de Ulpiano, se estabeleceu que "*jus publicum est quod ad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*".⁴⁷

⁴⁵ Tradução livre: "Entre 'público' e 'privado' há um abismo profundo, uma 'poderosa clivagem' [invencível oposição], como foi dito pelo famoso jurista Inglês [T. E. Holland]. Entre os dois termos da *summa divisio*, não se veem pontos de conexão: a dicotomia parece ter caráter exclusivo, como um *aut aut* [ou ou] que não admite pluralismo". (CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.30, p.369, 1975).

⁴⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: _____ (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p.154.

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.36-37.

Esse autor esclarece⁴⁸, ainda, que o Estado, enfraquecido no período medieval, viu ocorrer uma pulverização do poder, desde os feudos e corporações até a Igreja.

Feita essa consideração, aponta fato, também considerado por Sérgio Arenhart⁴⁹, de que o Direito francês é um tanto refratário à solução coletiva. Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁰ também alerta para essa particularidade, muito embora o faça sob outro enfoque, qual seja, o de que chegou a ter expressão corrente doutrinária, que defendia a necessidade de controle estatal em qualquer manifestação coletiva (dentro e fora do processo), o que resultou exatamente em reduzir a solução pela via coletiva.

Em que pese a interessante abordagem da fonte francesa empreendida por Rodolfo de Camargo Mancuso⁵¹, que tem o especial mérito de inserir a solução coletiva em um sistema que lhe é refratário, Sérgio Arenhart aponta a importância da *common law*, cuja índole pragmática no sentido de dar solução completa aos litígios⁵² favoreceu o fenômeno da coletivização do processo:

Em espremida síntese, pois, é possível concluir que, tirante a situação dos países de vinculação anglo-americana, não há, no direito continental europeu, a tradição de lidar com a tutela coletiva, ao menos de modo generalizado. Embora se possam localizar, nesses últimos países, alguns traços de proteção coletiva de interesses (normalmente fulcrados no direito material antes do direito processual), nota-se nítida tendência individualista, indicando a preferência por tutelas em que se pode sempre individualizar o sujeito a ser beneficiado.⁵³

Mauro Cappelletti alerta, ainda, para o problema da complexidade da sociedade contemporânea e a conseqüente insuficiência da tutela pela via individual. Afirma que a Justiça será invocada não mais somente contra a violação de caráter individual, mas sempre mais frequentemente contra violações de caráter coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades, denunciando a crise do dissídio individual:

⁴⁸ MANCUSO, 2004, p.37-38.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.147.

⁵⁰ MANCUSO, op. cit., p.40.

⁵¹ Ibid., p.40-63.

⁵² No sentido de que, simplificando procedimentos, permitir, de uma só vez, que todos os interessados possam ter acesso à solução indicada pelo Estado.

⁵³ ARENHART, op. cit., p.150-151.

*Le conclusioni di questa ricerca sono formulabili in poche parole. Stiamo assistendo al lento, ma sicuro declino de una concezione individualistica del processo e della giustizia. Tutti i principî, i concetti, le strutture, che erano radicati in quella concezione, appaiono sempre più insufficienti a dare un'accettabili risposta al problema di assicurare la necessaria tutela ai nuovi interessi diffusi e di gruppo, divenuti vitali per le società moderne.*⁵⁴

E, a par dessa crise, esse mesmo autor ressalta que a solução plural representa a solução para a clássica antinomia público/privado, pois

*Stiamo assistendo, dall'altro lato, all'aurora sai pur faticosa di un nuovo pluralismo, che al posto della superata summa divisio tra pubblico e privato, porta ache nel processo forme nuove e molteplici di combinazione ed integrazione di pubbliche e private iniziative, intese alla salvaguardia di interessi meta-individuali.*⁵⁵

Sobre o tema em epígrafe, Gregório Assagra de Almeida, analisando em detalhe os movimentos que antecederam a constituição da tutela coletiva de direitos, conclui que a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado, herança do Direito Romano, não se sustenta no Estado Democrático de Direito delineado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz o outro binômio⁵⁶ (Direito Coletivo e Direito individual), que, além de substituir o anterior, "[...] impõe mudança dos paradigmas em torno da própria interpretação e aplicação da ordem jurídica"⁵⁷.

⁵⁴ Tradução livre: "As conclusões desta pesquisa são formuladas em poucas palavras. Estamos testemunhando o lento, mas seguro, declínio de uma concepção individualista do processo e da justiça. Todos os princípios, conceitos, a estrutura, enraizada naquela concepção são cada vez mais insuficientes para dar uma resposta aceitável para o problema de assegurar a tutela necessária para os novos interesses difusos e coletivos, vitais para a sociedade moderna". (CAPPELLETTI, 1975, p.401).

⁵⁵ Tradução livre: "Estamos testemunhando, por outro lado, o advento de um novo pluralismo, que, em vez da superada *summa divisio* [dicotomia] entre público e privado; traz, ainda, para o processo muitas novas formas de combinação e integração das iniciativas públicas e privadas, destinadas a salvaguardar os interesses metaindividuais". (CAPPELLETTI, loc. cit.).

⁵⁶ CRFB de 1988, Título II, Capítulo I. (BRASIL. **Constituição federal. Código civil. Código de processo civil. Código comercial.** Organizador Yussef Said Cahali. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p.17-21).

⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.606.

Como se vê, o profundo enraizamento da dicotomia público e privado na cultura jurídica é tema que antecede a discussão acerca da coletivização do processo e requer, dada sua importância, uma perquirição mais profunda. Hannah Arendt⁵⁸, embora encare a questão num viés filosófico, que é o leito natural da reflexão concernente a essa dicotomia, aprofunda o tema, descortinando aspectos de interesse à importância do Espaço Público, sobretudo, no contexto antes delineado, em que o Direito questiona seu papel no que se refere à efetividade e à tempestividade da prestação que lhe cabe na ambiência do Estado Democrático de Direito.

2.2.2 O Decréscimo do Espaço Público e a Crise do Paradigma Individual

O marco inicial de qualquer análise sobre o tema da coletivização do processo deve passar, necessariamente, pelo delineamento da ideia de sujeito, que marcou o evoluir da dogmática processualística.

Isso porque o liberalismo marcou profundamente a identidade do pensamento ocidental, centrada no sujeito, enquanto indivíduo e destituído de comprometimento com o corpo coletivo que o cerca.

Não se pretende afirmar aqui, evidentemente, uma cisão invencível entre o individual e o coletivo, mas sim apontar para o eixo ideológico reinante e sua nítida influência na construção da Ciência Processual, haja vista o relacionamento visceral que marca os conjuntos Direito e Sociedade.

Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁹ propõe a existência de uma racionalidade individual e uma coletiva, a primeira norteando o direito privado e a segunda decorrente de uma série de categorizações que espontaneamente são construídas pelo grupo ("modelo da boa-fé, o *bonus pater familias*", dentre outras) e que sugerem uma conduta que serve como referente, gérmen do interesse comum.

⁵⁸ Vide: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.273-281.

Nessa medida, parece justo, retomando a hipótese positiva deste trabalho, vislumbrar o franco declínio do dissídio individual por conta de sua onerosidade, heterogeneidade de decisões, custo operacional ao aparelho estatal e, ainda, a conhecida morosidade, fatores que, sinergicamente, esvaziam a tutela jurisdicional de qualquer efetividade.

Aliás, essa assimetria é fator de agravamento da crise da resposta estatal da jurisdição, que fenece ante os reclamos fáticos, não apenas pela falta de melhor aparelhamento, como também se agrava pelo crescente contingente de litígios a compor; suscitando, por conta dessa nefasta sinergia, cada vez maior morosidade e inefetividade da resposta jurisdicional.

Em movimento compensatório à crise em epígrafe, o fenômeno da coletivização do processo tem encampado, conquanto estenda-se apenas pontualmente⁶⁰ no ordenamento brasileiro, um parâmetro de solução não apenas factível como desejável. Isso acontece na medida em que permite menor custo (tanto para o jurisdicionado, como para o Estado) pela demanda, ao mesmo tempo em que confere maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho, na estrutura produtiva brasileira.⁶¹

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 129, III, destacou, como de maior importância, a Ação Civil Pública como o meio mais apropriado para a defesa de direitos coletivos e individuais.

O futuro aponta para o crescimento dessa modalidade processual, na medida em que o Poder Judiciário parece não ter condições de dar resposta célere e satisfatória a inúmeras ações individuais e repetitivas.

Destarte, a concentração de demandas num único processo, como alerta Ives Gandra Martins Filho⁶², para reconhecimento genérico da existência de lesão de determinado direito, deverá assegurar um sensível desafogamento do Poder Judiciário.

⁶⁰ Destaquem-se as tutelas transindividuais tuteláveis por Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, além de outras formas esparsas de tutela coletiva.

⁶¹ Convindo pontuar que o trabalho humano é considerado fundamento da República brasileira (CRFB, art. 1.º, IV), fundamenta a ordem social (CRFB, art. 193) e assume papel destacado na ordem econômica (CRFB, art. 170).

⁶² MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p.12.

Assim acontecendo, o Judiciário solucionaria os conflitos de maneira mais efetiva e homogênea.

2.2.3 O Viés Político e a Construção da Ideia de *Espaço Público* em Hannah Arendt

Dentre os filósofos modernos, o pensamento de Hannah Arendt tem se destacado não apenas pela originalidade na reflexão sobre fenômenos inerentes à condição humana, como pela verticalidade de análise, não raro procedendo a um recorte diacrônico a fim de revisar a experiência grega, em exegese incontestável⁶³, como bem considera Ovídio Baptista da Silva: "De resto, como adverte Hannah Arendt, devemos recuar a Platão – o inspirador das filosofias do Iluminismo –, para descobrir a origem remota dessa idéia da matematização do Direito e das ciências sociais em geral"⁶⁴.

Hannah Arendt⁶⁵ entende que não foi a experiência originária que o Ocidente herdou dos gregos, mas a concepção de política sistematizada na filosofia platônica, a qual tinha uma concepção mais abstrata que concreta em relação ao mundo.

Além disso, o pensamento platônico opôs sistematicamente a *verdade* à *opinião*, e isso repercutiu muito claramente no método científico das ciências naturais, que admitem um nível de objetividade inalcançável nas ciências sociais.

Em Sócrates não haveria, como em Platão, um modelo ou padrão transcendente⁶⁶, ou seja, uma verdade exterior a partir da qual julgar-se-ia a opinião (*doxa*) particular dos indivíduos.

⁶³ Ocorre que, salvo nos Departamentos de Filosofia da Academia, não é comum o acesso a uma interpretação segura da constituição das raízes da Filosofia Política no Ocidente, tema que Hannah Arendt aborda com profundidade e clareza, imbuindo o leitor atento de sua obra de um nível de compreensão mais apurado quanto a esse desenvolvimento que, não raro, é mal compreendido. Ocorre que as noções de público e privado, de opinião (*doxa*) e, mesmo, de Política, tem foros destacados quando se tem em conta o berço helênico, onde todo esse conjunto conceitual teve gênese. Esse resgate, consciente e profundo, na obra de Hannah Arendt, por si só já justificaria atenção especial a essa autora, mormente quando se analisam questões afetas à dicotomia do público e privado e do processo enquanto espaço político.

⁶⁴ SILVA, 2004, p.40.

⁶⁵ ARENDT, 1999, p.15-36.

⁶⁶ O *mundo das ideias* platônico constitui-se em um modelo transcendente, um padrão segundo o qual se pode medir e julgar as ações humanas.

Referindo-se ao pensamento socrático nesse particular, afirma Hannah Arendt que "a *doxa* era a formulação em fala daquilo que me parece". Essa *doxa* compreendia o mundo na forma como ele se abre ao sujeito. O pressuposto era o de que "o mundo se abre de modo diferente para cada homem"⁶⁷, de acordo com a posição que se ocupa nele. Como há *diferente posição* para cada indivíduo, todas as *doxas* se tornam igualmente válidas.

Isso é que reforça o espaço público.

No plano sindical, a organização permite – ou, pelo menos, deveria permitir – uma atividade preventiva à violação de direitos.

No entanto, nem sempre a atividade sindical desempenha satisfatoriamente esse papel preventivo, que talvez seja o mais importante. Isso porque é necessário ter em mente que efetividade deveria ser, especialmente, prevenir a violação ao direito ou impedir que a violação se consuma. Promover a rápida e eficaz remoção do ilícito, papel que cabe ao Judiciário, deveria ser a exceção e não a regra, como usualmente ocorre, quiçá, por falta de uma cultura preventiva (e coletiva) pelos órgãos representativos de classe.

Relativamente ao aspecto processual, existem a versão dos fatos apresentada pelas partes e o panorama inferido pelo Juiz. A verdade das partes pode apropriadamente ser identificada com a ideia de *doxa*. Todavia o Juiz, representando o Estado, tem o dever de buscar a verdade real e, caso não possa obtê-la, como de regra não é possível, a condição máxima que a prova permite aferir é a verossimilhança, condição que permite atribuir validade à versão de uma das partes.

Observa-se na noção de *doxa* e de verdade socrática, resgatada por Hannah Arendt, a importância do outro – de um mundo comum, sem o qual a *doxa*, "a verdade que cada um possui em potencial", não se revelaria.

Esse é o gérmen de alteridade, que dá força ao paradigma coletivo e o qualifica como superior ao paradigma individual, em vista do que possibilita a resistência dos grupos oprimidos.

⁶⁷ ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994a. p.96.

Assim foi na gênese do Direito do Trabalho. A exploração fez com que essa alteridade, reforçada pela coalizão do grupo, pudesse fazer prevalecer o conjunto de verdades individuais.

No entanto, adverte Hannah Arendt que "assim como ninguém pode saber de antemão a *doxa* do outro, não há quem possa saber por si só, e sem um esforço adicional, a verdade inerente à sua própria opinião"⁶⁸. É exatamente nessa medida que o espaço público é condição antecedente a qualquer ideia de coletivo.

Na interpretação do processo que levou Sócrates à morte, Platão teria concluído que a *persuasão*, como forma de discurso que exprime uma opinião (uma *doxa*), é sempre passível de contestação. E mesmo quando não é contestada, ou seja, quando convence os demais, não se torna uma verdade absoluta.

Para Hannah Arendt, "o fato de que Sócrates não tivesse sido capaz de persuadir os juízes de sua inocência e de seu valor fez com que Platão duvidasse da validade da *persuasão*"⁶⁹.

E conclui que "intimamente ligada à dúvida de Platão quanto à validade da *persuasão* está a sua enérgica condenação da *doxa*, a opinião", que atravessou suas obras políticas deixando uma "marca inequívoca", e, também, tornou-se uma das "pedras angulares do seu conceito de verdade"⁷⁰, na qual verdade e opinião se opõem sistematicamente.

Nessa medida, a transferência da discussão política do espaço público para o espaço privado (esfera econômica) parecia inapropriada. Diferentemente do discurso sobre o eterno e imutável, que exige apenas a contemplação, a *doxa* possui uma nota caracteristicamente política, no sentido de que é necessário um espaço público onde as *doxas* possam manifestar-se:

A palavra *doxa* [na *polis*] significa não só opinião, mas também glória e fama. Como tal relaciona-se com o domínio político, que é a esfera pública em que qualquer um pode *aparecer* e mostrar quem é. Fazer valer sua própria opinião referia-se, na *polis* grega, a ser capaz de mostrar-se, ser visto e ouvido pelos outros.⁷¹

⁶⁸ ARENDT, 1994a, p.96.

⁶⁹ *Ibid.*, p.91.

⁷⁰ *Ibid.*, p.92.

⁷¹ *Ibid.*, p.97.

Platão, ao introduzir na filosofia um modelo⁷² duplamente além⁷³ do alcance dos homens e ao condenar a *doxa*, acaba por introduzir, já na gênese do pensamento político, o não reconhecimento da atividade, que permite o aparecimento da *doxa* de cada um. Com isso, condena o espaço público, no qual se desenvolve a atividade política e onde, portanto, as *doxas* têm seu local de aparecimento.

Ao se referir à noção de opinião em Hannah Arendt, esclarece André Duarte que:

[...] uma opinião não anula a validade de outra opinião e somente o debate constante pode estabelecer as bases frágeis sobre as quais recai o consentimento provisório a favor de uma opinião em relação à outra. Por certo, as opiniões não dispensam o amparo em verdades factuais a fim de se tornarem persuasivas, e uma opinião pode ser refutada e descartada por estar fundamentada em informações factuais questionáveis ou mesmo erradas. Mas mesmo então, ela só poderá ser substituída por uma outra opinião, e não por uma verdade racional que pudesse encerrar a discussão e estabelecer-se como regra universal para a avaliação de todos os casos concretos semelhantes.⁷⁴

Necessária se faz essa digressão para concluir que têm raízes históricas profundas o encurtamento do espaço público e a conseqüente crise do Homem Político, situação que se faz sentir no enfraquecimento das instituições democráticas atualmente, tão bem descortinada por Hannah Arendt.

Ainda no campo do Direito, essa mesma autora alerta que o contrário do *homem político*, que expressa sua opinião (*doxa*), é o homem sujeito ao totalitarismo, cuja expressão máxima é o campo de concentração, onde contestação alguma é possível, onde qualquer dialética, que não a força, pode existir.

Um dos aspectos observados nas ideologias totalitárias do século XX é o que ela denomina de *paradigma da fabricação*. A noção de *fabricação* teria sido introduzida na tradição do pensamento ocidental pelo sistema filosófico platônico, na medida em que o *mundo das ideias* transformou-se em modelo a partir do qual o mundo sensível é criado como cópia.

⁷² Uma verdade (o mundo das ideias).

⁷³ Por ser *externo* ao mundo humano e *eterno*.

⁷⁴ DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.180.

Na economia, tal paradigma está presente na produção em série. Na política, observa-se a produção de comportamentos segundo uma lógica, uma ideologia. Mesmo a Psicologia, albergada na teoria comportamentalista, resta inserida neste paradigma. No Direito pode haver o risco da pressão social pela massificação das decisões⁷⁵, o que felizmente não ocorre na prática, haja vista que o esforço redobrado dos envolvidos na atividade jurisdicional encara a enorme quantidade de litígios de forma individual e pondera suas peculiaridades antes de prolatar o provimento meritório.

Quanto trata da *alienação do mundo* Hannah Arendt⁷⁶ alerta para o risco de que não há mais necessidade de um espaço público em que as *doxas* possam aparecer. Com isso, tem fim a "intersubjetividade", que surge quando as *doxas* de cada indivíduo se entrecruzam entre si. Com o fim da intersubjetividade, tem fim também a "vida comum", aquela "rede comunitária"⁷⁷ que torna real a vida humana.

Um outro aspecto característico do fim do espaço público é o medo. O medo é constituído pelo desespero de não mais ser possível agir em conjunto e é, portanto, uma das consequências do isolamento. "O isolamento conduz à impotência, pois agir significa sempre agir em concertação."⁷⁸

O poder, na acepção arendtiana do termo, conduz sempre a uma pluralidade organizada dos homens. Mais ainda, o poder que um único indivíduo julga ter sobre os demais não é poder na verdadeira acepção da palavra, e está mais próximo da força e da violência, que surgem justamente nos vácuos de poder.⁷⁹

Em sintonia com essa interpretação da filosofia socrática, afirma Arendt, em *A condição humana*, que somente quando as coisas podem ser vistas "por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade", quando todos sabem que veem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo

⁷⁵ A solução, certamente, repousa no plano do tratamento coletivizado dos dissídios.

⁷⁶ ARENDT, 1999, p.260-269.

⁷⁷ AMIEL, Anne. **Hannah Arendt política e acontecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.30.

⁷⁸ Ibid., p.39.

⁷⁹ Tal distinção – entre poder, força e violência – encontra-se desenvolvida sobretudo no capítulo primeiro da obra *Sobre a Violência* (ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994b).

manifestar-se de maneira real e fidedigna"⁸⁰. Isso só é possível quando se preserva a pluralidade, a liberdade e o espaço público em que podem se manifestar.

A propósito, por conta da crescente complexidade das relações intersubjetivas na contemporaneidade e da ausência de uma resposta efetiva às questões que delas emergem, cada vez mais se acentua a tendência de questionamento não só da validade do estatuto epistemológico de cada um dos ramos do saber, como também da responsabilidade que ostentam face à sociedade, cujo reclamo converge por soluções efetivas, não raro orientadas pelo aspecto pragmático⁸¹, mecanismo que pode escamotear a necessária dimensão política de tais problemas.

Nessa medida, um recorte bastante interessante, posto que traz à baila a inserção do sujeito na dimensão política que o cerca, diz respeito à gênese e desenvolvimento do paradigma do pensamento político ocidental⁸² no que respeita à ideia de espaço público⁸³.

Torna-se, assim, possível dizer que esse recorte específico⁸⁴ não recebeu, até então, tanta e merecida atenção quanto nas reflexões arendtianas.

O principal objetivo deste trabalho é, acompanhando a origem da filosofia política, na ótica arendtiana, associar outros autores que dialogam com o viés específico da crise do espaço público, delineando os contornos da ideia de espaço público, que é tema conexo e dependente, quando se pretende pensar o fenômeno da coletivização do processo como alternativa à crise do dissídio individual.⁸⁵

Aliás, essa assimetria é fator de agravamento da crise da resposta estatal da jurisdição, que fenece ante os reclamos fáticos, não apenas pela falta de melhor aparelhamento, como também se agrava pelo crescente contingente de litígios a compor, suscitando, por conta dessa nefasta sinergia, cada vez maior morosidade e inefetividade da resposta jurisdicional.

⁸⁰ ARENDT, 1999, p.67.

⁸¹ No sentido corrente de encontrar uma solução prática ao problema.

⁸² Evidentemente, trata-se de um recorte parcial, envolvendo apenas alguns autores.

⁸³ Que mais bem e modernamente se realiza em Hannah Arendt.

⁸⁴ Dentro da relação entre Filosofia e Política.

⁸⁵ Nesse passo será interessante, ainda que *en passant*, pensar a crise do sujeito na modernidade sob a ótica de Foucault, mencionando, sobretudo os primeiros capítulos da obra: FOUCAULT, 2008b.

Em movimento compensatório à crise em comento, o fenômeno da coletivização do processo tem encampado, conquanto se encontre positivado apenas pontualmente⁸⁶ no ordenamento brasileiro, um parâmetro de solução não apenas factível como desejável. Isso se dá na medida em que permite enfrentar exatamente os pontos críticos de açoitamento do aparelho judiciário, possibilitando menor custo (tanto para o jurisdicionado, como para o Estado) pela demanda, ao mesmo tempo em que confere maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho, na estrutura produtiva brasileira.⁸⁷

Por fim, gize-se que a solução coletiva, ao considerar a alteridade para conduzir e solucionar o dissídio individual, parece ser a solução mais consentânea aos reclamos de celeridade e efetividade, tão caros à atual ciência processual.

2.3 VERTENTES JURÍDICO-PROCESSUAIS ALTERNATIVAS AO PARADIGMA INDIVIDUAL LIBERAL

2.3.1 O Solidarismo Constitucional e Concertação Social

Como bem alerta Michel Foucault⁸⁸, poder no mundo moderno é muito mais sutil e muito mais perigoso porque não se apresenta como poder. É um poder microfísico, que atua de diversas formas sobre o indivíduo, na fábrica, na escola, no quartel, nas prisões. Em todas essas esferas de poder, nota-se que a subjugação disciplinar, longe de ser total e violenta, vale-se de táticas e procedimentos que se instalam nas relações imediatas entre os indivíduos, tornados sujeitos e sujeitados por autoridades competentes, técnicas, gerenciais. O corpo útil, produtivo e

⁸⁶ Destaquem-se as tutelas transindividuais tuteláveis por Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, além de outras formas esparsas de tutela coletiva.

⁸⁷ Convindo pontuar que o trabalho humano é considerado fundamento da República brasileira (CRFB, art. 1.º, IV), fundamenta a ordem social (CRFB, art. 193) e assume papel destacado na ordem econômica (CRFB, art. 170).

⁸⁸ FOUCAULT, 2000.

submisso é componente essencial das sociedades modernas. Portanto, mesmo o fortalecimento do espaço público talvez possa não conduzir o processo ao necessário resultado efetivo, pois o poder é exercido diretamente sobre o indivíduo.⁸⁹

Jürgen Habermas, que, assim como Michel Foucault, questiona a racionalidade moderna, discorda da crítica radical deste às ciências sociais. Enquanto Foucault vê no Direito moderno a regularização da "implantação de forças perversas nas prisões, escolas, clínicas", Jürgen Habermas observa que o Direito Criminal não se refere unicamente à imposição, tendo também representado "ganhos indiscutíveis quanto à liberdade e segurança jurídicas e à expansão das garantias dos direitos civis neste domínio"⁹⁰.

Afirmar que toda verdade produz poder, conforme ilustra Jürgen Habermas⁹¹, impede a reconstrução e a realização de saberes efetivos, calcados em pressupostos de objetividade contestável.

Para ele⁹², é necessário continuar o projeto da modernidade, ou seja, repensar os valores do Iluminismo, de emancipação da espécie, e as ciências humanas e sociais podem contribuir para isso. Assim observa Inês Lacerda Araújo:

O desejo de emancipação evita que a modernidade fique na ilusão das filosofias totalizantes e dos discursos cientificizantes. Habermas propõe uma racionalidade comunicativa pela qual a ação que visa entendimento torna-se capaz de evitar a colonização do mundo das interações vitais conduzida pelo mercado, pelo Estado burocrático e pelos meios de comunicação de massa. As dificuldades da modernidade não a impedem de projetar o que ela engendrou de melhor, como a capacidade de revisão permanente de projetos que podem falhar, ao mesmo tempo em que exclui a totalidade reconciliadora.⁹³

⁸⁹ O *capital* que, embora mundializado está também, muitas vezes, fragmentado e, ainda assim, exerce poder sobre o indivíduo.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990. p.271.

⁹¹ Ibid., p.272-273.

⁹² Ibid., p.272 e segs.

⁹³ ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault: um filósofo da nossa época e para nossa época**. Curitiba: UFPR, 2000. p.207.

No tocante ao Direito, esclarece, ainda, a mesma autora⁹⁴ que há uma reserva de domínio, de espaço público e de discussão, horizontal, fora da relação sujeito-objeto. É neste espaço que a lei é confeccionada e é aí que deve se estabelecer o agir comunicativo, intersubjetivo, que pode contribuir para o projeto da emancipação.

O mesmo vale, quer parecer, para o processo, que pode e deve ser pensado sob o cariz político, na medida em que é um espaço de discussão e, portanto, público.

No que concerne ao marxismo, não há o modelo de racionalidade intersubjetivo, somente o modelo sujeito-objeto. Para Jürgen Habermas⁹⁵, esse modelo de racionalidade não tem condições de desalienar o homem, pois foi esse o modelo que o alienou. Somente a racionalidade comunicativa, o modelo da intersubjetividade, dentro do espaço público, pode fazê-lo.

Com o objetivo de evidenciar elementos de uma transição paradigmática, no sentido kuhniano, ou mesmo uma transição epistêmica, no sentido foucaultiano, com reflexos importantes para a Ciência do Direito, Boaventura de Souza Santos⁹⁶ menciona evidências do surgimento de uma nova racionalidade em contraposição ao paradigma dominante até então.⁹⁷

Segundo ele⁹⁸, o paradigma científico, que se cristalizou e se tornou dominante a partir do século XIX, está em crise, e por razões de ordem teórica e social.⁹⁹ Aponta,

⁹⁴ ARAÚJO, 2000, p.209.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de filosofia política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.248-249. Além disso, toda a discussão alusiva à *comunicação* possui como ponto central o diálogo como fundamento filosófico da intersubjetividade como meio para alcançar a *razão* (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992. Tomo I). Aliás, nessa última obra citada (p.465-493), Jürgen Habermas afirma que "[...] *La subjetividad definida por la razón comunicativa se resiste a toda desnaturalización del 'sí mismo' (Selbst) en aras de la autoconservación. A diferencia de la razón instrumental, la razón comunicativa no puede subsumirse sin resistencias bajo una autoconservación engeguedida*". Tradução livre: "[...] a subjetividade definida pela razão comunicativa resiste a qualquer distorção do 'eu' (*si mesmo*) em prol da autopreservação. Ao contrário da razão instrumental, a razão comunicativa, sem resistência, não pode ser incluída no âmbito de uma autopreservação cega" (p.507).

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000a. p.55-85.

⁹⁷ O paradigma positivista.

⁹⁸ SANTOS, B.S., op. cit., p.57.

⁹⁹ Ibid., p.68.

então, quatro novas condições teóricas emergentes¹⁰⁰ e duas condições sociais¹⁰¹ que pulverizam o paradigma dominante.

No que respeita a esse tema, Boaventura de Souza Santos¹⁰² arrola alguns fatos sociais, que representam exemplos de hipóteses de pluralismo alternativo, e conclui que o direito não oficial das favelas existe, além de deter efetividade no seu campo de ação.

Vislumbra-se a construção do paradigma emergente por meio das representações inacabadas da modernidade. São consideradas como representações inacabadas o princípio da comunidade, no domínio da regulação, e a racionalidade estético-expressiva, no domínio da emancipação.¹⁰³ O paradigma emergente possivelmente se constituirá a partir das "energias emancipatórias" do princípio da comunidade e da racionalidade estético-expressiva, que ficaram soterradas durante a hegemonia do paradigma dominante.

Demonstra-se, no decorrer dessa obra¹⁰⁴, que esses princípios, até então soterrados pelo paradigma dominante, já se fazem notar em diversas áreas do conhecimento.

No tocante ao Direito, já se vislumbra o emergir do princípio da comunidade, com o reconhecimento de formas de direito autorreguladoras em comunidades marginalizadas.

No que concerne à casuística, observa-se o advento primeiramente de regras diretrizes na Constituição Federal de 1988, bem assim, e aí especificamente, no por ela previsto regramento complementar, via do qual se reconhece uma positiva mudança calcada na tutela de situações fáticas até então excluídas da proteção jurídica; além da relevância do chamado "solidarismo constitucional", forma a que tradicionalmente se refere ao vetor da fraternidade, um dos vértices da Revolução Francesa, ainda não tão bem explorado como os demais, igualdade e liberdade, que

¹⁰⁰ A primeira condição teórica foi a Teoria da Relatividade de Albert Einstein, a segunda concerne à mecânica quântica, a terceira ao impacto do Teorema de Gödel (de que a matemática carece ela própria de fundamento) e a quarta diz respeito aos progressos do conhecimento científico (sobretudo, na microfísica, na química e na físico-química). As condições sociológicas, por sua vez, referem-se, por um lado, à assunção de um interesse filosófico na problematização científica e, por outro, à maior importância ao conteúdo do conhecimento científico que à sua forma, como até então acontecia.

¹⁰¹ SANTOS, B.S., 2000a., p.71.

¹⁰² SANTOS, Boaventura de Souza. Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n.49, p.52-55, set./dez. 1988.

¹⁰³ Id., 2000b, p.75.

¹⁰⁴ Ibid., p.80.

já mereceram não só longa e profunda reflexão da Doutrina, como expressa e efetiva regulação legal.

Na seara do direito de família, como exemplo, o Código Civil de 1916¹⁰⁵ juridificou como válido tão-somente o modelo de família adotado pela Europa no século XIX, impondo-o à realidade social aqui existente. Uma pálida reação foi o advento da Lei de Divórcio¹⁰⁶, e o mais contundente: o reconhecimento em igualdade de condições¹⁰⁷ das uniões estáveis e demais arranjos alternativos.

Outra séria mudança de referenciais verificou-se no plano do direito processual, no que se refere à migração do cânon da ordinariedade do procedimento à efetividade do mesmo por via de tutelas diferenciadas.

No entanto, este exemplo é importante na medida em que demonstra que sempre existiram meios de tutela efetivos, mas estavam à disposição, talvez, de grupos socialmente mais influentes¹⁰⁸, como as sociedades bancárias, que dispunham, nessa espécie contratual, de tutela liminar satisfativa para retomar o bem objeto da transação, mesma tutela que somente foi facultada, com os mesmos contornos, ao jurisdicional comum, com o advento da antecipação dos efeitos da tutela, com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme redação dada pela Lei n.º 8.952, de 13/12/1994).

Nas palavras de Luiz Fernando Coelho¹⁰⁹, o momento atual é marcado por uma transição paradigmática, em que o saber jurídico tradicional, caracterizado pela racionalidade analítica, dá espaço a aproximações holísticas, decorrentes da inserção

¹⁰⁵ Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

¹⁰⁶ Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

¹⁰⁷ Em relação ao casamento tradicional e formalmente regulado pelo ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ Não se ignora que o Decreto-Lei n.º 911/69, diploma que regula a alienação fiduciária, nasceu do exercício de uma função atípica do Poder Executivo. Essa atribuição lhe foi conferida por um dos muitos atos institucionais por ele próprio editados, desde o início da década de sessenta. A prisão do depositário infiel aí prevista foi afastada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o Plenário dessa Corte, em 03/12/2008, aplicou o Pacto de *San Jose* da Costa Rica, arquivando o Recurso Extraordinário n.º 349703 e negando provimento ao Recurso Extraordinário n.º 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. No mesmo ensejo, o Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos, conforme notícia veiculada no endereço eletrônico do STF (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 16 maio 2009).

¹⁰⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2009. p.281.

de elementos historicistas, organicistas, sociológicos e dialéticos na construção do saber jurídico contemporâneo.

Cite-se, também, o referencial, antes inexistente, de amplo acesso à Justiça, superando, inclusive, obstáculos de natureza econômica, de forma a assegurar paridade de armas entre os litigantes, onde se insere, com destaque, a assistência judiciária gratuita.

Mais que isso, contemplou-se uma transição do dogmatismo jurídico para o instrumentalismo.

2.3.2 O Pluralismo Jurídico

Verifica-se, pois, a existência de profundas mudanças de perspectiva na ciência jurídica contemporânea, de sorte a possibilitar um regramento adequado à demanda sociológica que lhe cabe disciplinar. Dos exemplos já mencionados extraem-se avanços consideráveis, sobretudo no que pertine à tutela dos interesses segundo uma perspectiva antes plural¹¹⁰ que unívoca.

A hipercomplexidade das relações sociais tem exigido não apenas abertura do sistema, como também criatividade do intérprete na construção de um sentido integrado, considerando todo o sistema.

Um viés interpretativo, que tem mostrado originalidade e força para suplantar as antinomias dessa transição de paradigmas, parece ser o pluralismo jurídico, vertente na qual se destaca Antonio Carlos Wolkmer. A obra desse autor vem ao encontro do que até aqui foi dito e possibilita uma solução para o impasse da questão lançada por Michel Foucault quanto ao equacionamento entre pluralidade e regulamentação, que, para esse filósofo, tende a ser antitético.

Basicamente, o pensamento de Antonio Carlos Wolkmer¹¹¹ dirige-se, primeiramente, à análise da sistematização jurídica pelo Estado e do monismo, que

¹¹⁰ Por exemplo: a convivência do regramento do CCB e do CDC, bem assim a convivência da legislação infraconstitucional e constitucional no direito de família, entre outros.

¹¹¹ Veja-se: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

historicamente o caracterizou, passando à análise dessa crise¹¹² e uma possível alternativa para esse modelo insuficiente, que se constitui exatamente no chamado pluralismo jurídico.

A premissa é de que a crise do modelo jurídico ocidental não está concorde à realidade e, nessa medida, não atende aos reclamos fáticos que se lhe submetem, pois "o processo de ruptura e de afirmação de paradigmas delineados por formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade"¹¹³.

Cuida-se, a rigor, de uma aguda crise de efetividade¹¹⁴ que se espraia por todo o sistema e cuja causa, nesse sentir, está na concepção monista que perpassa todo o sistema.

Outra premissa do mesmo autor diz respeito a que o modelo político-jurídico em vigência não reflete os antecedentes históricos, políticos e sociais, pois estes sempre¹¹⁵ serão anteriores à regulação.

Aqui cabe um breve parêntese no sentido de que a tradição do direito continental, fonte imediata do direito brasileiro, sempre se ressentiu de um ajustamento direto à realidade que regula.

Ocorre que a tradição da *civil law*, marcada pela perspectiva racionalista da certeza, traduzida na ordem jurídica pela positivação e pela segurança jurídica, traz em si um gérmen de descompasso com as mudanças da realidade.

Diferentemente, a *common law* – pautada no costume e, portanto, naturalmente flexível e adaptável à realidade – não se ressentiu desse descompasso.

Mesmo assim, ambos os modelos, que compõem a construção do discurso jurídico ocidental, passam por crise de estagnação, em razão do já mencionado descompasso entre o discurso jurídico e sua prática, de forma que a *civil law* disso se ressentiu mais acentuadamente.

¹¹² Por questão metodológica e de identidade temática a este trabalho, pareceu apropriado descortinar a crise em questão e também recortá-la (especialmente no que toca à crise do paradigma individual), pensando-a a partir de Thomas Kuhn, Michel Foucault, Hannah Arendt e Jürgen Habermas, autores inequivocamente fundantes para o tema esquadrihado, deixando a análise da proposta do pluralismo como consequência apropriada dos temas precedentes.

¹¹³ WOLKMER, 2001, p.232.

¹¹⁴ E, também, marcada no final de século XIX e início do século XX pelo fenômeno da codificação.

¹¹⁵ Aliás, essa limitação é própria do direito escrito, em parte compensada pelo parâmetro criativo da Jurisprudência, que adapta situações.

É que a intervenção do Estado nas relações dos indivíduos, mediada pelo controle de seus órgãos, na medida em que excluiu (ou não incentivou) outras formas de intervenção, acabou por consagrar o monismo jurídico, que posteriormente se revelou insuficiente para dar conta da realidade.

Esse engessamento favoreceu, ainda, a ascensão dos sentidos negativos¹¹⁶ de estabilidade, unicidade, positividade e racionalidade, motes iluministas da consecução do Estado ideal.

A bem da verdade, a já mencionada crise do modelo monista, apontada por Antonio Carlos Wolkmer¹¹⁷, confunde-se com a própria crise da Jurisdição Estatal em seu papel de única voz que pode dizer o direito. Logo, é admissível supor que tal crise não decorre especificamente do órgão jurisdicional¹¹⁸, mas da dificuldade ínsita a ele de trazer efetividade por meio desse único canal de manifestação, enquanto poder estatal: a *jurisdictio*.

Destarte, o pluralismo jurídico tem-se mostrado como uma interpretação alternativa, já que perfilha utilização de mecanismos alternativos e plurais para a pacificação das lides, em boa parte pautados na descentralização do poder estatal e sua exclusividade na aplicação do direito, o que permitiria uma ruptura produtiva¹¹⁹ do paradigma monista.

Nesse flanco, é evidente a necessidade da concertação social e das formas alternativas de soluções de conflitos, dentre elas a negociação coletiva e a arbitragem, mais amplas que a tutela jurisdicional estatal.

No entanto, o dissídio individual está em crise exatamente porque também está preso numa concepção monista, qual seja, a centralidade no individualismo. Isso efetivamente realça o contorno combativo da ideia usual de conflito de interesses,

¹¹⁶ Os sentidos positivos seriam exatamente aqueles propostos pelo Iluminismo e que culminariam em um Estado perfeito, engendrado e pautado pelo paradigma racionalista.

¹¹⁷ WOLKMER, 2001, p.25-46.

¹¹⁸ Analisa-se mais adiante e com mais vagar a condição do Poder Judiciário – e não apenas este – como destinatário das garantias constitucionais.

¹¹⁹ Evidente que a simples transição de paradigma sem melhora nas relações do tecido social não se justifica. E, este, frise-se, não é o caso do pluralismo jurídico, cujo discurso é voltado para a efetividade da jurisdição.

qualificado por uma pretensão resistida, na clássica definição de lide de Francesco Carnelutti¹²⁰, para quem, aliás, a jurisdição é a atividade voltada a essa composição.¹²¹

O viés coletivo do processo, nunca é demais insistir, vem ao encontro do reclamo da efetividade porque transcende o monismo limitante do indivíduo e a ideia de combate individual e patrimonialista, haurido da lenta sedimentação do direito civil ao redor de valores, como a liberdade (do indivíduo), a propriedade (sem qualquer função social) e a família (meramente patriarcal), vetores consolidados em definitivo com o movimento de codificação nos séculos XIX e XX.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer¹²², a estrutura normativista do atual direito positivado não se mostra eficaz, haja vista que não atende aos reclamos das atuais sociedades de massa, marcadas por novos meios de produção (também em massa, além da mundialização do capital¹²³), bem como por contradições sociais e instabilidades. Isso tudo conduz a crises, as mais diversas, inclusive quanto à aplicação da Justiça.

Em vista disso, propõe a abertura do sistema, de modo a que o sistema jurídico torne-se mais aberto e adaptável a qualquer situação concreta que se lhe submeta.

A teoria crítica não se presta apenas a se opor ao paradigma vigente. Vai além, na medida em que visa a encontrar meios para solucionar a crise jurídica, sob um viés coletivo, designado por Antonio Carlos Wolkmer¹²⁴ como pluralismo comunitário-participativo, bastante diferente dos valores até então consagrados pela democracia liberal-burguesa, cujo fruto principal, a liberdade vincada no individualismo, se revelou insubsistente como projeto social.

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936. v.1. p.40.

¹²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p.78.

¹²² WOLKMER, 2001, p.66-78 e p.96-104.

¹²³ Roberto Pessi alerta para o risco que a centralidade das leis de mercado suscita. Menciona que esse perigo se acerca não apenas ao labor assalariado, como à própria soberania estatal: "*Ma vi è ancora di più; la globalizzazione dell'economia ed il trionfo della lex mercatoria evidenziano il governo planetario delle multinazionali (Che allocano il fattore lavoro nei Paesi a welfare deboli ovvero inesistenti) e del mercato, che giudica i titoli di debito pubblico emessi dagli Stati e ne determina anche la bancarota sovrana*" (PESSI, Roberto. *Laboro, mercato, "ordine spontaneo", regolazione transnazionale*. **Rivista italiana di diritto del lavoro**, Milanob, v.28, p.283, 2009).

¹²⁴ WOLKMER, op. cit., p.235-273.

Nessa linha de raciocínio, o direito poderia – e deveria – ser pensado a partir da eficácia e legitimação, de modo a privilegiar seu viés de democratização do espaço público de participação e comunitário (coletivo).

E é justamente aqui que podem germinar as sementes da cidadania¹²⁵ no espaço endoprocessual¹²⁶. A cidadania, tal como é percebida atualmente, decorre de um ajustamento paulatino do contrato social, delineado pelo Iluminismo, sobretudo por John Locke¹²⁷, Montesquieu¹²⁸ e Jean-Jacques Rousseau¹²⁹. O reforço da condição política do homem – quando manifesta sua *doxa* na ambiência plural do espaço público¹³⁰ – é o que define a cidadania no pensamento de Hannah Arendt, conceito por ela lapidarmente enunciado como "o direito a ter direitos".

2.3.3 A Nova Hermenêutica Constitucional e a Força Normativa dos Princípios

O fenômeno de reformulação das bases da hermenêutica constitucional está diretamente ligado à redemocratização da Europa posteriormente à Segunda Guerra Mundial, na medida em que, a partir desse trágico episódio histórico, começaram a surgir constituições de caráter democrático e de forte conteúdo axiológico, para além

¹²⁵ Entende-se hoje cidadania como o sentimento de pertença a um Estado, regulada por um estatuto jurídico, que atribui ao titular direitos e deveres.

¹²⁶ Sobretudo se coletivo.

¹²⁷ John Locke referia-se a um *pacto original*, uma forma de contrato social feito entre os homens de modo a constituir uma sociedade civil: "aquilo que constitui a comunidade e tira os homens do estado livre da natureza e os coloca em uma sociedade política é o acordo que cada um estabelece com o restante para se associar e agir como um único corpo, e assim se tornar uma comunidade civil distinta" (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p.213).

¹²⁸ Montesquieu contribui para a temática do contrato social na medida em que trata da constituição de uma sociedade democrática e do ajuste que os cidadãos necessariamente têm que fazer sobre a quem atribuir a autoridade, ao tratar "do governo republicano e das leis relativas à democracia" (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.19-23).

¹²⁹ A Jean Jacques Rousseau tocou a sistematização do pensamento referente ao contrato social, o que fez na clássica obra homônima (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989).

¹³⁰ Seja no âmbito sindical, seja no processual, para circunscrever o exemplo ao Processo do Trabalho.

da mera estruturação das instâncias políticas do Estado, operando-se transição para um papel dirigente e programático.

Essa mudança estrutural¹³¹ também inaugurou a emergência de uma nova hermenêutica, cuja nota fundamental é a atribuição de valor normativo aos preceitos constitucionais.

O modelo positivista, como se sabe, não permite uma satisfatória exegese sequer para a legislação ordinária, e muito menos para o texto constitucional, sobretudo se em pauta sua força normativa¹³².

Analisando o amplo alcance e eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³³ afirma categoricamente a supremacia da Constituição, enfatizando sua característica de *plexo de regras de Direito*, reconhecendo esse mesmo autor¹³⁴ não apenas a juridicidade como a impositividade dos Direitos Sociais constitucionalmente assegurados¹³⁵. Além disso, atos legislativos e infralegislativos praticados contra a previsão constitucional

[...] surtem a conseqüência de impor ao exegeta, na análise de quaisquer atos ou relações jurídicas, contenciosas ou não (portanto, submetidas ao Poder Judiciário, ou apenas dependentes de aplicação administrativa), o *dever jurídico* irrecusável de interpretá-los na mesma linha e direção estimativa, para que aponte o dispositivo constitucional.¹³⁶

Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁷ vai mais longe e afirma que atualmente não são os direitos fundamentais que devem se ajustar à medida da lei, mas esta deve ser elaborada em conformidade com os direitos fundamentais.

¹³¹ De caráter paradigmático e pluralista.

¹³² Sobre o tema, veja-se a obra fundante: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.11-20.

¹³⁴ *Ibid.*, p.13.

¹³⁵ O autor trata especificamente dos preceitos (e desdobramentos) da função social da propriedade (CRFB, artigo 170, III), da redução das desigualdades regionais e sociais (CRFB, artigo 170, VII) e a busca do pleno emprego (CRFB, artigo 170, VIII).

¹³⁶ MELLO, *op. cit.*, p.15.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.344.

Segundo Luís Roberto Barroso¹³⁸, o neoconstitucionalismo¹³⁹ necessita de técnicas de argumentação jurídica compatíveis com esse novo modelo de Constituição.

Dentro dessa nova concepção de Constituição, o rompimento com o paradigma positivista¹⁴⁰ é inevitável, pois, além de conferir força normativa ao conteúdo material da Constituição, permite uma leitura, de natureza moral, mais consentânea com o conteúdo material da Constituição que a exegese meramente positivista.

Considerada sua evolução, é razoável pensar o neoconstitucionalismo como uma teoria, um método e, mesmo, uma ideologia.

Como teoria, seu objetivo estaria circunscrito em delinear a supremacia do preceito constitucional, visto como núcleo do sistema jurídico. Sob essa perspectiva, poderia ser encarado como ideologia, na medida em que propõe um paradigma axiológico de Constituição.

Metodologicamente, por fim, sustenta a conexão dos conjuntos Direito e Moral, dirigindo ao Magistrado o papel de construir a norma jurídica mediante a concretização dos princípios. Isso aconteceria a fim de imprimir a necessária eficácia ao comando constitucional, caso em que o julgador poderia efetuar escolhas e valorações morais, via juízo de ponderação.

Essa possível discricionariedade judicial é o ponto nodal em que se fundam os críticos do neoconstitucionalismo, vislumbrando aí uma ofensa à separação dos Poderes da República, por invasão do Judiciário na esfera de competência do Legislativo.

A respeito da supremacia constitucional sobre as normas infraconstitucionais, que se constitui no principal mote do neoconstitucionalismo, merecem comentários as recentes decisões acerca de fornecimento de medicamentos. As normas constitucionais, até ali admitidas como meramente programáticas, passam a ser consideradas como de eficácia imediata e vinculante.

O direito à saúde é um bom exemplo a respeito. Isso porque o artigo 2.º-B da Lei n.º 9.494/1997 prevê que a sentença que autorize liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou

¹³⁸ Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³⁹ Utiliza-se muito comumente o termo *neoconstitucionalismo* para se referir a esse enfeixamento de tendências hermenêuticas e de abertura do sistema constitucional, pensadas pelos mais diversos autores.

¹⁴⁰ Herdado da tentativa de identificação da ciência jurídica com as ciências sociais.

extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. Contudo, recentemente¹⁴¹, o Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União têm ingressado com ações na Justiça Federal, pleiteando a concessão de medicamentos, não distribuídos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde para as pessoas carentes, em sede de tutela de urgência, com fundamento no direito fundamental à saúde.

Mesmo havendo uma norma que impede a liberação de verba dos cofres públicos antes do trânsito em julgado de sentença, o direito constitucional à saúde prevalece e justifica um julgamento, aparentemente *contra legem*¹⁴².

Como se extrai desse exemplo, o Juiz não pode fazer escolhas políticas¹⁴³, mas tão-somente para confirmar o sentido material do texto constitucional e, nessa perspectiva, parece não se sustentar a crítica usualmente feita a esse sistema interpretativo, baseada no risco de arbitrariedade judicial e invasão de competência do Poder Judiciário na esfera do Poder Legislativo.

¹⁴¹ Eis um julgado do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região admitindo liminar para concessão de medicamentos: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. A União tem legitimidade à ocupação do pólo passivo de ação visando a realização de exames médicos e o fornecimento de medicação. 2. O ente político em tela não se exime do cumprimento de ordem deferitória de antecipação de tutela ao argumento de ausência de previsão orçamentária, pois consabido possuir várias fontes de receita e meios orçamentários de realocação de verbas. Também não lhe socorre a alegada prejudicialidade que a medida acarreta aos usuários que porventura necessitem dos serviços públicos de saúde. 3. Afastada a alegada ingerência do Poder Judiciário na esfera administrativa, bem como o empeco ao concessório objurgado, não havendo a incidência da Lei n.º 9.494/97. 4. Presente a conjugação dos pressupostos legais a tanto, defere-se pedido de antecipação de tutela para que a União custeie a realização de exame médico e os medicamentos necessários a tratamento emergencial de saúde, notadamente ante à envergadura constitucional do direito correspondente". (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. **Agravo de Instrumento n.º 200304010505363**. Órgão Julgador: 4.^a T. Data da decisão: 31/03/2004. Rel. Amaury Chaves de Athayde. Disponível em <<http://trf4.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2010).

¹⁴² Além, é claro, do fundamento constitucional que orienta decisão, há também o fundamento sociológico previsto referido por Antonio Carlos Wolkmer, no sentido de que se está em um momento: "[...] de transição paradigmática, cuja proposta de um pluralismo jurídico do tipo social é uma tentativa inicial de 'sistematizar' os primeiros indícios e os sintomas de uma realidade descentralizada que já existe informal, subjacente e fragmentada" (WOLKMER, Antonio Carlos. Mudanças de paradigmas e ressurgimento do pluralismo no direito. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.145).

¹⁴³ Consoante sua escala de valores.

Em todo caso, essa gama heterogênea de vertentes, que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, ainda está em construção, justificando-se inexistir consenso sobre ela.

Por outro lado, é inegável a importância de seus influxos renovadores no pensar e no argumentar o conteúdo materialmente constitucional.

No que atine à diferenciação dos conjuntos princípios e regras, Eros Roberto Grau¹⁴⁴ assevera que um ordenamento jurídico não pode constituir-se unicamente por regras, mas também pelos princípios de direito.

A crise do paradigma positivista demonstrou, não sem custo, que um ordenamento jurídico constituído tão-somente por regras não daria conta de responder a todos os reclamos da realidade que requerem a intervenção do Direito.

Para Ronald Dworkin, as regras são "*applicable in all or nothing fashion*"¹⁴⁵:

Os dois padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão.¹⁴⁶

Exatamente por este mesmo motivo que José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴⁷ afirma que a convivência entre regras tem natureza antinômica, gerando um juízo de exclusão.¹⁴⁸

Assim, se ocorrerem os fatos nela previstos, a regra será válida e a resposta que der deverá ser aceita. *A contrario sensu*, isso não se verificando, a regra em nada

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.76.

¹⁴⁵ "Aplicadas à maneira de tudo ou nada".

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.39.

¹⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1035.

¹⁴⁸ Se uma regra tem validade, deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais, nem menos.

contribuirá para a decisão, conforme alerta Paulo Armínio Tavares Buechele¹⁴⁹, ao tratar do papel do princípio da proporcionalidade na hermenêutica constitucional.

No entanto, merece análise atenta o pensamento de Robert Alexy no que respeita à importância das normas que envolvem direitos fundamentais e a irradiação de sua eficácia nas relações privadas, haja vista que esse importante autor, se não responde pelos primeiros estudos, certamente se insere dentre os mais influentes juristas que se dedicaram ao tema.

Conforme lapidar lição de Juarez Freitas, "proporcionalidade, antes de mais nada, significa obrigação de sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos"¹⁵⁰.

Robert Alexy¹⁵¹ distingue entre fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais partindo da oposição de dois modelos constitucionais, um puramente procedimental e, outro, puramente material.

No modelo procedimental¹⁵², a constituição contém apenas normas de organização e procedimento que, se observadas, geram direito positivo válido, revelando uma influência tão-somente indireta. Assim, o conteúdo das leis é decisivamente definido pela vontade do legislador, de forma que os direitos fundamentais não projetam nenhuma força vinculante face ao legislador.

Já o modelo puramente material¹⁵³, embora de duvidosa possibilidade, pressupõe uma constituição que contenha apenas normas materiais, a partir das quais pode ser derivado o conteúdo de qualquer norma infraconstitucional. Nesse contexto, a legislação infraconstitucional nada mais faria que declarar o que já está na própria constituição.

¹⁴⁹ BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.16.

¹⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.274.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.520.

¹⁵² Envolve decisão, nos termos Princípio Estático declinado Hans Kelsen: "As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.136-137).

¹⁵³ Concerne à cognição, nos termos do Princípio Dinâmico formulado por Hans Kelsen:"O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental" (Ibid., p.137).

Daí se admitirem os conteúdos possíveis¹⁵⁴ e os conteúdos necessários ou impossíveis¹⁵⁵. Destarte, direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais¹⁵⁶, independentemente da quantidade de conteúdo que lhes é relegada. Se pouco, tal poder resta delegado ao legislador.

Sustenta o autor que "o fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade é algo que decorre dos objetos regulados"¹⁵⁷, tal como se vê quando se trata de direitos envolvendo liberdade ou igualdade, cuja transcendência face aos ramos específicos do Direito os alçam à categoria de direitos fundamentais.

Considerando que um sistema jurídico pode ser analisado a partir de diferentes perspectivas, propõe Robert Alexy uma análise a partir do confronto entre um sistema de normas e um sistema de posições e relações jurídicas.

Embora sejam faces de uma mesma coisa, cada qual pode e deve ser analisada de *per si*.

O sistema pautado em normas permite a abstração e é sistematicamente interessante. Por outro lado, o sistema pautado em relações tem como principal qualidade a capacidade de diferenciação e, em razão de sua importância na análise dos direitos fundamentais, é preferida face à anterior.

A influência dos direitos fundamentais está além da mera relação Estado/cidadão (direitos subjetivos face ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário), mas projeta-se na ordem jurídico-civil (eficácia horizontal, cidadão/cidadão¹⁵⁸). Eis o efeito irradiador com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores, que, segundo esse mesmo autor, podem ser interpretados como princípios.

Quanto ao aspecto objetivo, em princípio a natureza "meramente objetiva" é incompatível com os direitos fundamentais e, desde logo, é descartada, porque não pode simplesmente ser ignorada a dimensão individual dos direitos fundamentais.

¹⁵⁴ Decorrentes do processo legislativo.

¹⁵⁵ Consistente na natureza negativa absoluta das cláusulas pétreas.

¹⁵⁶ Porque tem caráter fundante das estruturas do Estado e da Sociedade.

¹⁵⁷ ALEXY, 2008, p.522.

¹⁵⁸ A eficácia vertical é mais fácil de vislumbrar: Num concurso público a isonomia tem de ser respeitada. Na iniciativa privada, todavia, a questão permite indagações: há o dever de contratar o melhor candidato? É possível a demissão meramente potestativa?

O que importa, nesse caso, é que os direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico como princípios objetivos (eficácia substancial). Além do mais, esse caráter objetivo evidencia-se em que os direitos fundamentais não se limitam ao sujeito, mas se projetam para a coletividade.

Por isso, após uma demonstração lógica de tríplice abstração¹⁵⁹, o autor opta por referir-se a eles como "princípios de nível máximo de abstração"¹⁶⁰.

Sua principal vantagem reside na flexibilidade de utilização, e a desvantagem está na indeterminação (corre grande risco de falseabilidade a derivação de conteúdo concreto a partir de premissa abstrata).

Entretanto, tal irracionalidade constitui exceção e não invalida sua utilização. Aliás, é mais apropriado falar-se em incompletude do modelo, pois "a tese segundo a qual se devem associar às disposições e direitos fundamentais princípios supremos que se irradiam em todos os âmbitos do sistema jurídico não é nem certa nem errada; ela apenas diz muito pouco"¹⁶¹.

Ainda quanto à irradiação, convém pontuar que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos por meio de mediação legislativa (necessidade de lei intermediadora). Nas relações entre particulares, ocorreria, por exemplo, mediante interpretação das cláusulas gerais (boa-fé, bons costumes, ordem pública etc.) a partir dos direitos fundamentais. Em todo caso, porém, ligada à concretização distributiva da Justiça: "A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do direito"¹⁶².

Acerca da possibilidade de as normas de direitos fundamentais produzirem efeito cidadão/cidadão (efeito horizontal), não se controverte. Contudo, pende discussão acerca de como (a questão repousa num problema de construção) e da extensão em que isso ocorre (problema de colisão).

¹⁵⁹ Objetivo envolve a abstração do sujeito.

¹⁶⁰ Também referidos como: "decisões jurídico-constitucionais", "decisões axiológicas", "ideias mestras da Constituição Alemã".

¹⁶¹ ALEXY, 2008, p.528.

¹⁶² Ibid., p.544.

Três são as teorias propostas para solucionar o problema.

A primeira refere-se aos efeitos indiretos perante terceiros, segundo a qual os direitos fundamentais, enquanto *princípios objetivos*, influenciam a interpretação do direito privado, mormente nas cláusulas gerais, podendo inclusive fundamentar decisões contrárias à letra da lei. É voltada prioritariamente ao Juiz.

A segunda diz respeito aos efeitos diretos perante terceiros.¹⁶³ A diferença com relação à primeira teoria reside no fato de que os princípios subjetivos não se limitam a emprestar modulação à interpretação da norma de direito privado, mas porque deles fluem direitos subjetivos privados para os indivíduos. Nesse sentido, os direitos fundamentais têm efeito absoluto. Esta teoria é voltada prioritariamente ao Juiz.

A terceira teoria propõe que os efeitos mediados por terceiros face ao Estado decorrem da vinculação deste aos direitos fundamentais. Na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens e direitos fundamentais de outro cidadão. Tais violações, ainda que particulares, são consideradas como intervenções estatais. Vale dizer, trata-se de concepção dos direitos fundamentais como direitos de *status* negativo dirigidos contra o Estado, anotando o autor que tal não se sustenta. Inobstante isso, a construção pode ser aproveitada em seu aspecto *positivo*, qual seja, a proteção constitucional no âmbito das relações entre os cidadãos. Abarca tanto o Legislador como o Juiz:

Sempre que um tribunal civil viola o direito do cidadão em face da jurisdição (quando não leva em consideração, na medida do exigível, ele também viola um princípio de direito fundamental favorável à posição alegada pelo cidadão, ele também viola – dependendo das circunstâncias do caso – um direito de defesa ou um direito à proteção.¹⁶⁴

¹⁶³ A partir do entendimento manifestado pela Primeira Turma do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que entendeu serem os direitos fundamentais, em sentido clássico e estrito, direitos públicos subjetivos dirigem-se somente contra o Estado.

¹⁶⁴ ALEXY, 2008, p.538.

As três teorias são equivalentes no resultado, haja vista que a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão envolve uma questão de sopesamento.

Robert Alexy¹⁶⁵ as problematiza, contudo, asseverando que é necessária maior reflexão sobre o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico e apresenta as bases de um modelo que deva dar conta desse complexo problema.

O modelo proposto subdivide-se em três níveis.

No primeiro, tocante ao dever estatal¹⁶⁶ de assegurar as normas fundamentais como princípios objetivos, determinam sua observância pelo Estado na esfera civil, conforme entendimento manifestado, acerca do direito de defesa, no caso Lüth¹⁶⁷.

Um segundo nível coloca os direitos face ao Estado. Dessa forma, o Juiz deve observar uma conexão entre os direitos fundamentais e o direito privado. O autor problematiza em que consistiria "um direito fundamental que pode ser violado pelo conteúdo de uma decisão de um tribunal civil"¹⁶⁸. Assim, se os Tribunais podem violar direitos com suas decisões, é porque se tratam de direitos dos cidadãos contra o Judiciário (Estado). A questão central no caso Lüth foi que o Tribunal de Hamburgo proibiu Lüth de realizar certas declarações, e isso infringiu a cláusula de que as manifestações de pensamento não são nem proibidas nem obrigatórias. Ou seja, um ato estatal (decisão do tribunal) interveio na liberdade de opinião.

¹⁶⁵ ALEXY, 2008, p.538.

¹⁶⁶ É aqui que se situa a teoria dos efeitos indiretos.

¹⁶⁷ Trata-se de ação de indenização promovida por Veit Harlan (cineasta do Reich) em razão de boicote capitaneado por Lüth, que redundou em prejuízo à exibição do filme. O Tribunal de Hamburgo havia proibido Lüth de fazer determinadas declarações, o que lhe subtrairia uma parte da liberdade jurídica de manifestação. Prevaleceu, na Corte Constitucional, a liberdade de expressão de Lüth, que vindicava o boicote contra qualquer obra do antigo cineasta nazista. Independentemente do mérito, o caso é emblemático pela eficácia conferida aos direitos fundamentais. Conclusão do voto: "O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada."

¹⁶⁸ ALEXY, op. cit., p.527.

Outro importante julgado proferido pela Justiça Alemã, já agora pelo Tribunal Constitucional Federal, refere-se à extensão da liberdade de opinião ou de expressão às revistas e publicações privadas.

O litígio, conhecido como caso Springer, envolvia essa famosa editora, que publica jornais e revistas de grande circulação e controla grande parte da distribuição das publicações em todo o país. Valendo-se de seu poder de influência no mercado, esse grupo empresarial anunciou que encerraria os contratos de distribuição com relação às empresas distribuidoras que continuassem a vender a revista Blinkfuer, uma pequena publicação que, ainda depois da construção do Muro de Berlim, continuava a veicular em suas páginas os programas da rádio e da televisão da Alemanha dita oriental, ao contrário da quase totalidade da imprensa do lado ocidental que, nos tempos da guerra fria, deixaram de fazer publicações do gênero em sinal de protesto contra a divisão da antiga capital germânica.

Em ação judicial promovida pela revista Blinkfuer, aquele Tribunal Federal Constitucional, em grau de recurso, prolatou acórdão em 26 de fevereiro de 1969, considerando inconstitucional a tentativa de boicote da editora. Para tanto, pacificou o entendimento de que a liberdade de expressão e de imprensa, que constitui direito fundamental garantido pelo artigo 5.º (1) da Constituição alemã, aplica-se, por igual, às relações sociais e econômicas públicas e privadas em que esteja periclitado tal princípio sublimado pela Constituição.

Postula, ainda, acrescer-se aos direitos de defesa e de proteção uma construção explicitamente referida à jurisdição, via da qual o Tribunal Civil tem de levar em consideração os princípios de direitos fundamentais favoráveis às posições alegadas pelas partes e aplicar o direito privado vigente, salvo se incompatível com todas as interpretações dos princípios constitucionais.

O terceiro nível, que concerne às relações jurídicas entre os sujeitos privados, segundo a qual não é sustentável qualquer alegação no sentido de que um direito do cidadão face ao Estado possa ser admitido como um direito de um cidadão contra outro cidadão.

Mais que a lei, os direitos fundamentais estão ligados à "vontade" do legislador constituinte. Em todo caso, se a decisão for contrária ao texto da Lei (argumento semântico), deverá escudar-se em fortes razões constitucionais. Tal afastamento

gera um ônus argumentativo. Embora a vinculação à Lei na argumentação relativa aos direitos fundamentais seja mitigada, ela existe.

As teorias sobre a ética, de inspiração kantiana, postulam que não é possível uma teoria moral substancial, mas procedimental. Nesse sentido, a teoria do discurso prático racional.

A bem da verdade, Robert Alexy retoma a difícil questão enfrentada desde Kant, no sentido de se perguntar se é possível a moral ser racionalizada.

Defende, portanto, que há uma multiplicidade de opções e que a sua escolha deve ser pautada segundo os critérios de correção do discurso. Como não é possível uma teoria da razão prática de cunho ontológico, somente se pode recorrer para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação e para uma decisão racional.

Em suma, propõe Robert Alexy a controlabilidade racional das questões alusivas à argumentação no âmbito de direitos fundamentais.

Há uma lacuna que deve ser preenchida pela racionalidade:

O tema da certeza na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais expressa apenas um aspecto do problema geral da existência de critérios e regras que permitam, no âmbito da Ciência do Direito, diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas. Enfrentar essa questão é tarefa da teoria da argumentação jurídica.¹⁶⁹

A insegurança no discurso é mal que abrange o discurso jurídico em geral, por isso a abertura do sistema jurídico pelos direitos fundamentais é inevitável, mas é qualificada pela argumentação racional, com o que se evita mera arbitrariedade ou decisionismo:

Para superá-lo [argumento semântico] não é suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele compatível; as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado.¹⁷⁰

¹⁶⁹ ALEXY, 2008, p.548.

¹⁷⁰ Ibid., p.553.

O Judiciário brasileiro, não poucas vezes, já entendeu razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, nos termos propostos por Robert Alexy.¹⁷¹

Por exemplo, o Recurso Extraordinário n.º 161.243-6, consoante voto condutor do Ministro Carlos Velloso, reconheceu a existência de discriminação a empregado brasileiro que desenvolvia as mesmas tarefas que empregado francês na *Air France*, todavia percebendo remuneração inferior. Com base no princípio da isonomia, restou determinada a aplicabilidade do estatuto mais benéfico, a fim de assegurar a igualdade de tratamento entre empregados em situações rigorosamente idênticas, em decisão assim ementada:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1.º; C.F., 1988, art. 5.º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a 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: C.F., 1967, art. 153, § 1.º; C.F., 1988, art. 5.º, 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 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.¹⁷²

¹⁷¹ Nesse sentido, as seguintes decisões do STF: REExt 160.222-8 (reconheceu a configuração de constrangimento ilegal em razão da revista íntima em empregadas que trabalhavam em fábrica de *lingerie*), REExt 158.215-4 (declarou violados o devido processo legal e a ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito à ampla defesa), REExt 175.161-4 (contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência ofende o princípio da razoabilidade e proporcionalidade). Há também decisões do STJ: HC 12.547/STJ (relaxamento de prisão civil em contrato de alienação fiduciária em razão de aumento absurdo do valor contrato de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, com fundamento em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana), REsp 249.321 (nulificou cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo, também por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana).

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 161.243**. Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento em 29.10.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 maio 2010.

Um *leading case* diz respeito à mudança de posicionamento da Suprema Corte brasileira, no que se refere à prisão de depositário infiel. Em 3 de dezembro de 2008, o Ministro Celso de Mello prolatou decisão de relatoria no Recurso Extraordinário n.º 466.343-SP, feito em que se questionava a impossibilidade da prisão civil por conta da aplicação do Pacto de *San José*, e modificou radicalmente sua opinião anterior, para admitir que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira detêm *status* de norma constitucional, independentemente de aprovação por maioria no Congresso Nacional. Entretanto, a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição, para acompanhar o Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível supralegal.¹⁷³

Assim, no julgamento – histórico – do dia 3 de dezembro de 2008 prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o voto do Ministro Gilmar Mendes¹⁷⁴, ficando afastado¹⁷⁵ o posicionamento do Ministro Celso de Mello, que reconhecia valor constitucional a tais tratados.

Desse modo, a tese sobre o nível materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada prevista no artigo 5.º, § 3.º¹⁷⁶, não foi adotada pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal.

A crítica reside, portanto, na tese de que a supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada¹⁷⁷ peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos", imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético.

¹⁷³ Hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

¹⁷⁴ Por cinco votos a quatro.

¹⁷⁵ Pelo menos por enquanto.

¹⁷⁶ A maioria qualifica-se pela aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Trata-se da mesma exigência requerida para aprovação das emendas constitucionais.

¹⁷⁷ Defendida, *v.g.*, pelo Min. Gilmar Mendes, no RE^{extr} 466.343/SP.

2.3.4 Os Direitos Fundamentais e a Tutela (Coletiva) de Direitos

Oportuno à discussão acerca das novas tendências da hermenêutica constitucional é analisar, brevemente, a história dos direitos fundamentais, haja vista que a evolução desses direitos reflete a história da limitação do poder.

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, segundo Ingo Sarlet¹⁷⁸, foram reconhecidos nas primeiras Constituições escritas e são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo face ao Estado, em especial o de defesa, demarcando a esfera de não-intervenção estatal na autonomia individual.

Por isso possuem "cunho negativo", e, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁹, voltam-se a uma abstenção por parte dos poderes públicos: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Em razão disso, contemplam liberdades de expressão coletiva (expressão, reunião, imprensa, manifestação, associação), de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva, revelando a íntima relação entre direitos fundamentais e democracia) e de igualdade formal (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição).

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão¹⁸⁰, rompendo em parte com o paradigma liberal-individualista, são aqueles versantes sobre os aspectos econômicos, sociais e culturais. Diferentemente dos direitos de primeira geração, possuem cunho positivo, de participação do bem-estar social, mediante outorga de prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Sob o aspecto negativo, englobam as liberdades sociais como os direitos de sindicalização, de greve, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo e limitação da jornada de trabalho.

Como os de primeira geração, reportam-se à pessoa e não à coletividade, mas representam uma densificação do princípio da justiça social, como compensação às classes menos favorecidas em razão da extrema desigualdade nas relações com a classe empregadora, detentora de maior poder econômico.

¹⁷⁸ SARLET. 2003, p.54.

¹⁷⁹ SARLET, loc, cit.

¹⁸⁰ Ibid., p.55-56.

Os direitos fundamentais de terceira geração¹⁸¹ já encampam o coletivo, rompendo de vez com o paradigma liberal-individual, haja vista que envolvem diretamente a solidariedade e a fraternidade. Nessa medida, são destinados à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) de titularidade coletiva e difusa.¹⁸²

Dentre tais direitos, inserem-se aqueles relativos à manutenção da paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação. Possuem implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e exigem esforços e responsabilidades em escala mundial para serem efetivados.

Tratando da constitucionalização do Direito do Trabalho e da função do Judiciário Trabalhista na concretização dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, Dinaura Godinho Pimentel Gomes¹⁸³ assevera que é dever do intérprete dos preceitos trabalhistas fazer uso da técnica da ponderação de valores, cumprindo ao Juiz interpretar as normas trabalhistas conforme a Constituição,

[...] sempre à luz de seus princípios e regras, de modo a afastar os efeitos nefastos provocados pelo fenômeno da globalização que se assenta basicamente em valores materiais, sem qualquer suporte humanístico, mas em consonância com as chamadas leis de mercado.¹⁸⁴

Afigura-se em relevo o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o qual Flávia Piovesan menciona impor-se "[...] como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional"¹⁸⁵.

¹⁸¹ SARLET. 2003, p.56-59.

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.514-528.

¹⁸³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.15, n.58, p.18-38, jan./mar. 2007.

¹⁸⁴ Ibid., p.35.

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.27-28.

No plano trabalhista, mais que em outros ramos de raiz privatística, o núcleo de direitos tutelados¹⁸⁶ parece possuir identidade ainda mais próxima dos direitos fundamentais, o que reclama por uma abordagem processual adequada. Esse tratamento, por certo, deverá ser o mais homogêneo e o mais célere possível, sendo razoável concluir que a coletivização do processo dê conta dessa contingência.

Os direitos fundamentais visam precipuamente a assegurar a igualdade material, no plano do direito objetivo, da mesma forma que a tutela coletiva persegue idêntico desiderato em nível processual.

O antecedente histórico-filosófico das ações afirmativas reside na conscientização de que não adianta proclamar igualdade de direitos entre os cidadãos se esses cidadãos não tiverem igual acesso às mesmas oportunidades¹⁸⁷. Dessa compreensão defluiu a concepção de um conceito substancial/material de igualdade para mitigar o peso das desigualdades sociais e econômicas e promover justiça social.

Uma das formas de operar igualdade substancial, segundo esclarece Joaquim Benedito Barbosa Gomes¹⁸⁸, surgida no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foram as chamadas *ações afirmativas* ou *discriminação positiva*, políticas sociais de apoio e promoção de grupos social e economicamente fragilizados. Em vista disso, as ações afirmativas constituem políticas públicas – e privadas – com vistas "[...] à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física"¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Em sede constitucional principalmente no artigo 7.º da CRFB, além da CLT e diplomas esparsos, em nível infraconstitucional.

¹⁸⁷ Essas oportunidades somente refletirão a necessária igualdade material caso todos os cidadãos estejam nas mesmas condições.

¹⁸⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, capítulo primeiro (advento do Estatuto de Direitos Civis) e capítulo terceiro (*teoria do impacto desproporcional*).

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.06.

Essa igualdade material remete à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, "[...] especificidade que se corporifica na atenção às minorias, uma vez que a lei da maioria, formalmente justa, transmutou-se em substancialmente injusta [...]", nas palavras de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca¹⁹⁰, que também alerta que tal foco no aspecto da forma conduziu à legitimação (também formal) de movimentos como o nazismo e o fascismo, regimes estes que, além de oprimirem determinados grupos, subtraíram os direitos gerais de cidadania, de igualdade social e de liberdade.

O debate em torno do princípio constitucional da igualdade e seu principal instrumento de implementação, o processo, traz em si, além de uma explosiva carga político-ideológica, uma base filosófica e constitucional não desprezível.

¹⁹⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: O direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p.148.

3 A COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: A TEMPESTIVIDADE E EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

3.1 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO PROCESSO

Em paralelo à crise do paradigma positivista do Direito em geral e da crise do paradigma individual, o imperativo de efetividade da tutela judicial estatal – que culminou em alguma abertura do sistema, por meio, inclusive, de alterações estruturais – confirma a concretização do pluralismo.

Tais alterações vieram sendo incorporadas ao sistema positivo não apenas por meio de reformas pontuais (mais ou menos extensas), como também por guinadas hermenêuticas, que conduziram à reinterpretação de institutos jurídicos, ou, mais comumente, pela combinação de reformas e mudanças hermenêuticas.

Primeiramente, convém tratar das chamadas ondas renovatórias, assim batizadas originariamente por Cappelletti e Garth.¹⁹¹

Justifica-se iniciar por elas pois constituem, senão o melhor, o mais tradicional recorte que elenca as sucessivas alterações paradigmáticas da Ciência Processual, analisadas a partir da busca da efetividade, além de aglutinarem, com reconhecido apuro metodológico, os principais avanços no acesso à jurisdição estatal, delimitando com clareza o advento¹⁹² da tutela de direitos metaindividuais, destacando-a como um dos apropriados meios de facilitação do acesso à Justiça¹⁹³. A par delas, inserem-se as tutelas diferenciadas, a saber: acautelatória (e as submodalidades, inibitória e de remoção do ilícito), antecipada satisfativa e sumária, sendo certo que a tutela inibitória ante seu caráter preventivo destaca-se como instrumento de efetividade,

¹⁹¹ Vide: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹⁹² Este trabalho tomará como direção primária o advento da tutela *efetiva* de interesses metaindividuais, tomando em conta o advento da litigância coletiva *efetiva*, inaugurada com a LACP em 1985, consagrada pela CRFB, em 1988, e significativamente ampliada com o CDC, em 1991. Não se olvida é claro a importância da LAP, todavia, opta-se por privilegiar a análise a partir da dos três diplomas antes referidos.

¹⁹³ Dependendo do recorte que se faça o Acesso à Justiça poderá se incluir entre as formas de tutela diferenciada ou entre as inovações procedimentais.

merecendo análise apartada, logo após o estudo da tutela de interesses metaindividuais, espaço sobre o qual se centra este estudo.

3.1.1 Primeira Onda Renovatória: Assistência Judiciária Gratuita

O primeiro vértice renovador diz, de perto, com a abertura de acesso à jurisdição estatal, a despeito de qualquer restrição de natureza econômica. Nesse aspecto, a gratuidade processual e a constituição das defensorias públicas talvez representem a solução mais eficaz para a histórica limitação do acesso à ordem jurídica justa do materialmente menos favorecido.

Em via reflexa, essa renovação do processo reforça a ideia de cidadania, até então impresente no Poder Judiciário mediante ação concreta de acesso.

Importante frisar que o ordenamento brasileiro, desde a metade do século passado¹⁹⁴, possui um sistema muito eficaz de assistência judiciária gratuita, envolvendo não apenas a representação processual por profissional habilitado, como também taxas e emolumentos diversos, inclusive os honorários periciais.

Apesar de ser impossível pensar atualmente em impossibilidade de acesso¹⁹⁵ à Jurisdição Estatal por falta de recursos materiais, a questão ainda possui aspectos controversos, principalmente na seara laboral.

O processo do trabalho sempre se deparou com a hipossuficiência de seus destinatários primeiros, os trabalhadores, que são levados a procurar pela Justiça do Trabalho porque tiveram suprimidos seus direitos.

¹⁹⁴ A Lei n.º 1060/50, publicada em 5 de fevereiro de 1950, entrou a vigor em 5 de março do mesmo ano. Não se olvida é claro a importância da LAP, todavia se opta por privilegiar a análise a partir da LACP, em vista do seu indiscutível papel de concretizadora da tutela coletiva.

¹⁹⁵ Até 1950, efetivamente, o acesso à Jurisdição Estatal estava sujeito a este critério econômico limitador, que hoje inexistente. Obviamente que, quando se fala em impossibilidade de acesso a menção é literal e não diz respeito à eventual *paridade* dos contendores, esta sim, ainda merecedora de atenção, mesmo nos dias de hoje. Aliás, no terceiro capítulo, dedicado à prova, aprofunda-se essa discussão.

Quanto a esses jurisdicionados, estabelecido está que a mera declaração de hipossuficiência lhes confere o direito ao benefício da gratuidade processual, despendida prova da situação fática declarada, já que presumida¹⁹⁶ conforme declarada.

Pende controvérsia, contudo, no que respeita à extensão do benefício às pessoas jurídicas, justo porque estas, normalmente ocupando o polo passivo da relação processual, estavam obrigadas, por força do exigido pelo artigo 899 da CLT, ao recolhimento do depósito recursal, como condição prévia ao conhecimento dos recursos por elas interpostos.

O regime de prévia garantia para segurança do Juízo surgiu com o Decreto-Lei n.º 75 de 1966, que modificou a redação originária do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não continha tal exigência.

Importante observar que a justificativa do diploma legal fundava-se na efetividade e na tempestividade da prestação jurisdicional, pois, de um lado, inibiria a utilização de medidas protelatórias e, de outro, asseguraria a oportuna percepção, ao menos, de parte do crédito judicialmente reconhecido.

Recente alteração na Lei n.º 1.050/60 ampliou o rol de isenções, já enumeradas em seu artigo 3.º, de forma a também dispensar o beneficiário da assistência judiciária dos depósitos previstos em lei para ajuizamento de ação e demais atos processuais.¹⁹⁷ Assim, ao menos no que se refere a esse tópico, parece estar pacificada a dispensa do depósito recursal quando deferida a gratuidade processual, permanecendo controversa, contudo, a possibilidade de concessão desse benefício às pessoas jurídicas indistintamente.

¹⁹⁶ Inteligência dos artigos artigo 3.º da Lei n.º 1.060/50, artigos 14 a 20 da Lei n.º 5.584/1970 e artigos 789 e 790, § 3.º, da CLT, conforme redação dada pela Lei n.º 10.537/2002, que possibilita a concessão de ofício da assistência, em caso de percepção de menos de dois salários mínimos vigentes mensais.

¹⁹⁷ A Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, acrescentou o inciso VII ao artigo 3.º da Lei Lei n.º 1.050/60, que passou a vigor com a seguinte redação: "**Art. 3.º** A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: [...] **VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório**" (grifo nosso).

Às entidades pias e beneficentes bem como às sociedades com fins lucrativos organizadas sob a forma de microempresa e à firma individual, bem como ao empregador doméstico, assim já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho¹⁹⁸:

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - EMPREGADOR - A discussão que se coloca, hodiernamente, é sobre a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica. O simples fato de ser empregador não a desautoriza, principalmente em se tratando de empregador doméstico [...].¹⁹⁹

Essa decisão²⁰⁰, segundo entendimento que vigia à época²⁰¹, teve o especial mérito de abranger os empregadores domésticos nos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, mediante declaração do interessado. Todavia, limitava o benefício às custas processuais, exatamente porque prevalecia então o entendimento de que o depósito recursal possuía natureza de garantia do juízo de execução.

Embora a matéria pareça enfim pacificada²⁰² com a inclusão do inciso VII ao artigo 3.º da Lei n.º 1.060/50, merece registro a construção hermenêutica que admitia elástico *in bonum* da norma assistencial, exatamente porque fundada no máximo implemento do princípio constitucional do amplo acesso à Justiça. Além disso, na hipótese de renitência, ou de amesquinamento teleológico da norma ampliadora, tais argumentos haverão de novamente justificar a exegese ampliativa.

¹⁹⁸ O mesmo entendimento também é esposado pelo Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSO CIVIL - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - Não há distinção entre as pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos para a concessão da assistência judiciária; ambas, para terem direito ao benefício, têm que demonstrar que não possuem recursos, salvo casos excepcionais de pessoas jurídicas destinadas a fins filantrópicos. Agravo regimental não provido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso de Revista n.º 464.467**. 3.ª T. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 24.03.2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2009). E, também: "BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - Em se tratando de pessoa jurídica, a concessão do benefício da gratuidade judiciária cinge-se a hipóteses excepcionais, em que fique comprovada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais face à falta de hígidez econômica. (BRASIL. Tribunal Regional da 20.ª Região. **Recurso Ordinário 10.032-2002-002-20-00-7**. Rel. Juiz Carlos de Menezes Faro Filho, julgado em 05.11.2002. Disponível em: <www.trt20.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2009).

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 771.197**, 4.ª T. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJU 14.02.2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2010.

²⁰⁰ BRASIL, loc. cit.

²⁰¹ Anteriormente ao advento da Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009.

²⁰² No sentido de a assistência judiciária gratuita também abranger o depósito recursal.

A classe de empregadores em análise – entidades pias e beneficentes bem como as sociedades com fins lucrativos organizadas sob a forma de microempresa e firma individual, e também o empregador doméstico – inegavelmente traz em si uma afinidade maior com eventual declaração de hipossuficiência do que os empregadores afetos à exploração econômica pura e simples, parecendo mais propensos a receberem o benefício da gratuidade.

A condição de *possível* hipossuficiente não basta, por si só, para afastar o direito à efetiva e tempestiva tutela jurisdicional do reclamante. A par disso, a relatividade do princípio do duplo grau de jurisdição²⁰³ não ampara eventual alegação de violência à ampla defesa, porque, ainda que discorde a parte quanto ao mérito, a tutela foi prestada na instância primeira e nela se possibilitou a defesa.

No entanto, há o argumento em prol do entendimento elastecido, fundava-se na desejável igualdade de tratamento, também chamada de paridade de armas em nível processual, que pode fazer pender a balança, ocasionalmente, em prol de empregador hipossuficiente.²⁰⁴

O intuito dessa digressão, antes de pretender solucionar o impasse, que possui argumentos bastante razoáveis, fundamentos e posicionamentos favoráveis ou contrários à concessão do benefício da justiça gratuita, não só demonstra a complexidade do tema – mormente quando trazido à seara laboral –, como também evidencia a necessidade de *balanceamento* hermenêutico que a busca da efetividade reclama, mesmo após posicionamento normativo sobre o tema.

²⁰³ Haja vista que o legislador ordinário pode estabelecer condições de acesso ao exercício recursal.

²⁰⁴ Desde que não se trate de pessoa jurídica dedicada à exploração econômica pura e simples, mas àquela classe especial de empregadores, há pouco referida, que guarda compatibilidade com a ideia de hipossuficiência, lastro primeiro da concessão de qualquer dispensa de despesas processuais.

3.1.2 Segunda Onda Renovatória: Tutela de Direitos Metaindividuais

Inicialmente, torna-se necessário rememorar que o veto estatal à autotutela²⁰⁵ conduziu necessariamente à preponderância²⁰⁶ da heterocomposição²⁰⁷ estatal dos conflitos.

A jurisdição estatal realiza-se pelo processo e, originariamente, pela via do dissídio individual. Daí o dogma da legitimação ordinária individual no processo brasileiro.

A crise do paradigma liberal individual importou na recuperação de um segmento do espaço público de discussão, qual seja, o processo.

Essa afirmativa suscita implicações tanto políticas (exercício da cidadania nesse espaço público do processo, sobretudo quando coletivizado), como também jurídicas (o ordenamento jurídico tem sofrido ajustes para contemplar a tutela de interesses coletivos com a técnica de tutela apropriada e não mediante mera transposição do conflito coletivo para a técnica processual típica do dissídio individual).

Aliás, consubstancia-se aí o teor da segunda onda renovatória, que envolve atribuir a decantada efetividade em uma sociedade de massa, cujos membros em maior ou menor medida podem ter consciência de seus direitos, mas nem sempre dispunham de meios de tutela adequados para os fazer valer.

No que se refere à legitimação de propositura de ações coletivas, importante frisar que nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a legitimação pode ser difusa (legitimidade do indivíduo ou de alguns componentes do grupo), restrita a alguns grupos sociais (associações legalmente reconhecidas, por exemplo), ou ainda mais restrita, caso em que são legitimados apenas órgãos específicos.

As *class actions* do direito americano subsumem-se à primeira modalidade de legitimação, ao passo que o direito brasileiro adotou o segundo e o terceiro

²⁰⁵ Salvo em situações excepcionais (como, por exemplo, a greve), todavia, a regra é o veto a essa modalidade de tutela face ao monopólio da tutela jurisdicional estatal.

²⁰⁶ Mesmo com o avanço das soluções alternativas de conflitos, tais como a arbitragem, a solução heterônoma estatal ainda é, em regra, a forma de solução estatisticamente prevalente.

²⁰⁷ Não se exclui a autocomposição, todavia a solução heterônoma ainda é regra.

modelos²⁰⁸ para as ações coletivas contempladas em nosso ordenamento, conforme expressa dicção de cunho generalista, registrada no diploma mor do microssistema de processo coletivo (o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁹ elenca os legitimados à representação de interesses de natureza coletiva).

Em termos práticos, houve grande avanço no que se refere à tutela coletiva, principalmente no que diz respeito à tutela ambiental, sendo provável essa ocorrência pela evidência do interesse público e inestimável, além da franca indivisibilidade do objeto²¹⁰, que são os traços que caracterizam o viés publicístico da tutela metaindividual.

Aliás, é constatação inegável, parece existir algum relacionamento entre o grau de indeterminação coletiva do objeto e a factibilidade de exercício dessa mesma tutela. Nesse sentido, Mauro Cappelletti²¹¹ sinaliza que o enfrentamento da aparente cisão entre público e privado²¹² abre espaço para o reconhecimento da dimensão coletiva, o que, por sinal, em razão de seu evidente caráter difuso, aproxima-o das garantias constitucionais:

²⁰⁸ Questão institucional interessante acerca do tema em debate concerne à legitimação do Ministério Público na defesa de direitos puramente individuais, ainda que homogêneos. Embora tormentosa de início, a questão tende a se pacificar no sentido do reconhecimento da legitimação do MP, inclusive para os direitos individuais homogêneos, inobstante nunca tenha havido dúvida quanto à competência concorrente. Basicamente a argumentação contrária à legitimação, por um lado, era no sentido de que a CRFB restringia a atuação do MP aos direitos difusos e coletivos, sendo vedado ao legislador ordinário ampliar a estrita prescrição constitucional; e, por outro, invocava a *voluntas* do titular do direito material que, poderia, ou não, realizar a defesa desse mesmo direito. Tais conjuntos argumentativos, embora apresentados singelamente, sequer resistiriam à atual hermenêutica constitucional no sentido da prevalência dos direitos fundamentais, dentre os quais aqueles de feição social. Nesse sentido, ressalte-se a vocação social estampada no artigo 1.º do Código de Defesa do Consumidor, que legitima, sim, o *Parquet* em demandas versantes sobre direitos individuais homogêneos, até mesmo porque, uma vez que tomados em sua dimensão coletiva, os direitos homogêneos haverão de ser caracterizados antes pela sua natureza social, que pela eventual disponibilidade do direito material pelo titular individualmente considerado. Aliás, os direitos sociais são sempre sociais, como muito adequadamente sempre referiu Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, Le azioni a tutela di interessi collettivi** (obra coletiva). Padova: Cedam, 1976).

²⁰⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, a questão é tratada diretamente, pelo Código de Defesa do Consumidor, que contempla o regramento geral do microssistema de Direito Coletivo, em termos de representação, *in verbis*: "**Art. 82.** Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada autorização assemblear. (BRASIL, 2009b, p.1202-1203).

²¹⁰ Direito transindividual a um meio-ambiente equilibrado.

²¹¹ CAPPELLETTI, 1975, p.372-373.

²¹² "*La summa divisio appare irrimediabilmente superata dalla realtà sociale della nostra epoca, che è infinitamente più complessa, più articolata, più "sostificata" di quella semplicistica dicotomia tradizionale.*" Tradução livre: "*A summa divisio parece irremediavelmente ultrapassada pela realidade social do nosso tempo, que é infinitamente mais complexa, mais estruturada, mais "sostificata" do que aquela simplista e tradicional dicotomia.*" (Ibid., p.372).

Eppure è proprio la lotta per questi diritto – la lotta, continuando l'esempio testé fatto, per l'aria non inquinata – che esprime una delle massime esigenze dei sistemi giuridici contemporanei. La negazione della "giustiziabilità" delle situazioni giuridiche diffuse o collettive, una negazione ancora oggi troppe volte pronunciata dai tribunali italiani e di molti altri paesi, è la logica, coerente conclusione della concezione dell'azione come domanda di tutela di un diritto di cui l'attore è, o si afferma, titolare. Tale negazione è però, allo stesso tempo, un'offesa alle più vitali esigenze della realtà contemporanea, esigenze che la nostra Costituzione spesso traduce in termine di libertà fondamentali.²¹³

Considera-se incontestável, por outro lado, que, já no advento do Código de Defesa do Consumidor, conforme antes referido, surgiu uma grande discussão acerca dos limites de legitimidade do Ministério Público, enquanto órgão agente, quando em pauta direitos individuais homogêneos.

Essa mesma renitência se viu também na seara trabalhista, quando o Tribunal Superior do Trabalho limitou a legitimação extraordinária dos sindicatos por meio da súmula 310²¹⁴, que exigia inclusive rol de substituídos como condição de desenvolvimento

²¹³ Tradução livre: [...] No entanto, é a luta por esses direitos – a luta, dando continuidade ao exemplo dado, pelo ar não poluído – que representa uma das maiores exigências dos sistemas jurídicos contemporâneos. A negação da 'justiciabilidade' [juridicidade] das situações de interesse difuso ou coletivo representa uma negação ainda muitas vezes perpetrada pelos tribunais italianos e de muitos outros países: é a lógica que se funda na concepção da ação como instrumento de tutela de um direito *de que o autor é ou se afirma proprietário [titular]*. Esta negação, porém, é ao mesmo tempo *uma ofensa às necessidades mais vitais da realidade contemporânea*, exigências que a nossa Constituição amiúde traduz em termos de liberdades fundamentais."

²¹⁴ A súmula 310 do TST foi cancelada pela Resolução n.º 119/2003, publicada no DJ de 01/10/2003, e seu teor era o seguinte: "Súmula n.º 310. Substituição processual. Sindicato: I - O art. 8.º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis n.ºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei n.º 7.788. III - A Lei n.º 7.788/1989, em seu art. 8.º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei n.º 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios".

válido do processo, o que somente foi corrigido após decisão do Supremo Tribunal Federal²¹⁵, que reconheceu a ampla substituição processual²¹⁶ dos sindicatos.

3.1.3 Terceira Onda Renovatória: Simplificação Procedimental

A terceira onda envolve o acesso à justiça em todas as suas formas, inclusive aquelas afetas à simplificação procedimental. De certa forma aqui se tem um conjunto de ponderações críticas sobre processo e procedimento.

Em que pese nem sempre verdadeiras e muitas vezes imerecidas, as críticas endereçadas aos órgãos do Poder Judiciário quase sempre são fruto da morosidade na prestação jurisdicional, muitas vezes decorrente da própria estrutura do direito material e processual, conducente a formalismo desnecessário e restritivo à efetiva tutela.

Inobstante as sucessivas reformas com pauta na efetividade da prestação da tutela jurisdicional, a sistemática procedimental ordinária é caracterizada por uma considerável sequência de atos processuais burocráticos, no sentido de possibilitar a cognição e convencimento do julgador em relação à causa, a cuja apreciação lhe foi sujeitada, na usual via da busca da verdade formal²¹⁷, por verossimilhança.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 214.668**. j. 12.06.2006, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

²¹⁶ Veja-se, também a "77. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DOS SINDICATOS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ROL DOS SUBSTITUÍDOS. I - Os sindicatos, nos termos do art. 8.º, III, da CF, possuem legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses – individuais e metaindividuais – da categoria respectiva em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva, sendo desnecessária a autorização e indicação nominal dos substituídos. II - Cabe aos sindicatos a defesa dos interesses e direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) da categoria, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente. III - Na ausência de sindicato, é da federação respectiva a legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria e, na falta de ambos, da confederação. IV - O art. 16 da Lei da ação civil pública contraria toda a filosofia e sistemática das ações coletivas. A decisão proferida nas ações coletivas deve ter alcance, abrangência e eficácia em toda área geográfica afetada, seja em todo o território nacional (âmbito nacional) ou em apenas parte dele (âmbito supra-regional), conforme a extensão do ato ilícito e/ou do dano causado ou a ser reparado" (Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em 02 ju. 2010).

²¹⁷ Muito embora se admita que é escopo do processo a busca da verdade real, igualmente verdadeiro é que a prolação de decisão judicial é pautada nos fatos provados no processo. Em outras palavras, trata-se de um juízo de verdade processualmente (formalmente) válido, já que o juízo substancial pertence ao mundo dos fatos numa inteireza tal que extrapola a moldura processual.

Permanece grande, ainda, a distância entre o anelo da concretização da oralidade, celeridade e busca da verdade material, naturalmente vocacionadas a conferir efetividade à tutela jurisdicional. Isso porque a realidade do acúmulo de processos não permite a utilização desses mecanismos com a amplitude desejável. Talvez o processo eletrônico, o sistema de gravação de audiências, a ausência de autos em papel possam contribuir decisivamente na consecução desse desiderato.

Ocorre que a morosidade importa em menor efetividade e efetivação do processo, enquanto meio colocado para solucionar litígios, em que a parte mais prejudicada acaba por ser a hipossuficiente, o litigante não habitual, eis que o contendor abastado vê minimizadas ou abrandadas as consequências fáticas da não entrega ou entrega tardia da almejada prestação jurisdicional.

De outro enfoque, a eficácia sentencial condenatória²¹⁸ sempre se constituiu em mera exortação do magistrado (uma simples ordem desprovida de sanção efetiva, quase um exercício de retórica). Vale dizer: embora exaurida a atuação jurisdicional, considerada a entrega da sentença reconhecendo a procedência da pretensão, a decisão não possuía força para conferir meios efetivos de fazer valer seus termos, senão quando o condenado voluntariamente cumprisse a determinação judicial. Em outras palavras, o modelo pautava-se na eficácia sentencial de menor efetividade de tutela em relação ao elemento tempo.

Além disso, havia necessidade de nova instauração de instância, a fim de se deflagrar o processo de execução. Dito de outro modo, o sistema não dotava o exequente de meios realmente ágeis e eficientes para transformar a decisão em efeitos práticos e satisfativos logicamente decorrentes de seu reconhecimento. Como consequência, dava-se o fenômeno conhecido por "litigiosidade contida"²¹⁹, oriundo da insatisfação ante a inefetividade da prestação jurisdicional.

Nasceram aí as formas alternativas de composição de litígios (técnicas de tutela jurisdicional diferenciada, procedimentos diversificados e soluções alternativas de conflitos, para mencionar aquelas de maior relevo), tendência essa a mais veemente

²¹⁸ Que era a regra geral de provimento até o advento de técnicas de tutela diferenciadas na década de 90 (antecipação dos efeitos da tutela, por exemplo) e, posteriormente, a tutela inibitória, dentre outras, desconhecidas (ou, mais apropriadamente, não utilizadas), no processo brasileiro até então.

²¹⁹ Expressão, de grande conteúdo expressivo, atribuída a Watanabe (WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.2).

dentro da processualística moderna, e corporificada em boa medida pela última onda reformista, em que se almeja muito mais a efetividade e efetivação do processo.

3.1.4 Princípio da Duração Razoável do Processo

Embora conhecida de longa data e sob a roupagem do reclamo da celeridade na prestação da tutela, apenas recentemente, por meio do movimento reformista que culminou na Emenda Constitucional n.º 45/2004, inscreveu-se no rol de garantias do artigo 5.º, inciso LXXVIII²²⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil, o imperativo de duração razoável do processo.

Adiante-se, desde logo, que o mesmo dispositivo legal contempla norma cogente de imediata aplicabilidade de direitos e garantias individuais.²²¹

Até então, o reclamo de celeridade encontrava-se disposto esparsamente na legislação.

A atual redação do artigo 531²²² do Código de Processo Penal determina que o processo das contravenções observe o prazo máximo de trinta dias para formação da culpa. Anteriormente à alteração já dispunha que o procedimento observasse a forma sumária.²²³

²²⁰ "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 2009b, p.30).

²²¹ CFRB, artigo 5.º, § 1.º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (BRASIL, loc. cit.).

²²² Artigo 531 do Código de Processo Penal: "O processo das contravenções **terá forma sumária**, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público [...]". (BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2010, grifo nosso).

²²³ Houve alteração na redação deste artigo em 23/06/2008 (BRASIL. Lei n.º 11.719/2008. **Vade Mecum**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.535), sendo que a expressão *forma sumária* foi substituída por *no prazo máximo de 30 (trinta dias)*, dentre outras modificações. No entanto, haja vista que a teleologia do artigo permanece a mesma, opta-se pela utilização da redação originária do artigo legal, o que está em consonância com a intenção de demonstrar que a redação originária, datada de 11 de dezembro de 1941 já manifestava preocupação com a celeridade processual. A mudança com fixação de prazo, inclusive, corrobora a fixação da duração razoável no processo na lei posta.

No plano trabalhista, o artigo 765²²⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho assegura liberdade na condução do processo aos Juízes do Trabalho e Tribunais do trabalho, para que velem pelo célere andamento dos processos.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 125, II²²⁵, possui prescrição semelhante, determinando ao Juiz diretor do processo o esforço no sentido da rápida solução da controvérsia.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nascidos da necessidade de amplo e célere acesso ao Judiciário, possuem prescrição positivada²²⁶ no sentido de que o processo de sua competência será orientado por vários critérios visando a esse desiderato, registrando, dentre eles, expressamente, a celeridade.

Observe-se, também, que em 1992 o Brasil ratificou parcialmente o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (por meio do Decreto Legislativo n.º 27/1992), sendo que a integral observância deu-se por meio do Decreto Legislativo n.º 678/1993. Importante frisar que se trata de marco dos Direitos Humanos e, nessa perspectiva, este tratado assim regula a matéria:

Artigo 8.º Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por Lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²²⁷ (grifo nosso)

²²⁴ Artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho está assim redigido: "Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e **velarão pelo andamento rápido das causas**, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas" (BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Organizadores Armando Casimiro Costa et al. 36.ed. São Paulo: LTr, 2009a. p.117, grifo nosso).

²²⁵ Diz o inciso II do artigo 125 do CPC: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] **velar pela rápida solução do litígio**" (BRASIL, 2009b, p.541, grifo nosso).

²²⁶ Dispõe o artigo 2.º da Lei n.º 9099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) que: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e **celeridade**, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação" (Ibid., p.1659, grifo nosso).

²²⁷ Tradução livre do original, extraído do site da OEA: "**Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*". (Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso: em 17 fev. 2010).

Percebe-se, por conseguinte, que a celeridade possível é uma preocupação antiga e, todavia, em que pesem os avanços já alcançados²²⁸, ainda está longe do ideal de uma "duração razoável do processo".

A almejada celeridade do processo está ligada, fundamentalmente, à simplificação procedimental e, mesmo, ao debate sobre a mitigação de preceitos monolíticos assentados desde a concepção codificadora, sempre visando à segurança jurídica. Tratando de ponto nodal do tema, Orlando Venâncio dos Santos Filho²²⁹ entende que urge a superação de uma visão dogmática²³⁰ da *ampla defesa*, incluindo-se nela igualmente os interesses do autor da demanda²³¹, a fim de estabelecer não apenas um resultado efetivo do processo, como seu provimento em tempo razoável.²³²

Nesse ponto do trabalho, cabe trazer uma reflexão alusiva às grandes transformações paradigmáticas pelas quais passa, atualmente, o Processo Civil, ramo informativo primeiro²³³ do Processo do Trabalho, no que respeita, exatamente, à coletivização.

Em que pese a aparente dificuldade de normatização desse tema²³⁴, ganhou espaço a ideia da macrorreforma do Código de Processo Civil, ora em andamento²³⁵, cujo mote é a celeridade e a efetividade das decisões, mediante simplificação do sistema, reservando espaço importante ao tratamento coletivo dos dissídios, inobstante a expressa ressalva de que o Direito Processual Coletivo propriamente dito permanece sob análise em projetos próprios junto ao Congresso Nacional.

²²⁸ Nesse sentido, arrola-se, apenas a título exemplificativo: utilização de meios alternativos de composição (mediação e arbitragem), negociação coletiva, tutela de interesses transindividuais, uso de tutelas diferenciadas (monitória, inibitória, antecipação dos efeitos da tutela), informatização do processo, a tutela célere ao idoso (Lei n.º 10.173/2001).

²²⁹ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice à efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p.171.

²³⁰ Centrada unicamente na segurança jurídica e não na efetividade, como seria mais apropriado.

²³¹ Pois aludida garantia costuma ser enfocada pelo prisma do polo passiva (SANTOS FILHO, loc. cit.).

²³² SANTOS FILHO, loc. cit.

²³³ Muito embora a solução de eventual omissão material, por força do disposto no artigo 769 da CLT, seja tributada primeiramente à Lei de Execuções Fiscais, a rigor, é o Código de Processo Civil e a dogmática deste ramo quem informam com mais veemência o Processo do Trabalho, sobretudo pela maior identidade no conjunto desses regramentos, ao passo que a LEF é diploma específico e visa a emprestar, isto sim, *efetividade* à execução trabalhista.

²³⁴ Para limitar o exemplo aos dois principais diplomas em andamento sobre a matéria, veja-se que o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo ainda não logrou existência normativa, ao passo que o PL 5139/2009, que visava à regulamentação da Ação Civil Pública e outros temas de Processo Coletivo, encontra-se em fase de arquivamento.

²³⁵ A primeira versão do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi disponibilizada em 08 jun. 2010.

Sucintamente, a Comissão para reforma do Código de Processo Civil, instalada por meio do Ato n.º 379/2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009, e capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, no que respeita à solução coletiva do processo, tratará apenas do incidente de coletivização. Desse modo, uma decisão será largamente ampliada em seu espectro, mediante contraditório amplo (envolvendo todos os possíveis interessados), de forma a se constituir em diretriz de julgamento em uma determinada classe de casos concretos, a exemplo da tendência já positivada²³⁶ de julgamento conjunto de recursos repetitivos, tornando, como nesse caso, vinculante o entendimento por essa via esposado às demais lides.

3.1.5 Destinatários do Comando Constitucional da *Duração Razoável do Processo*

Não obstante o efeito horizontal das normas jurídicas²³⁷ tenha sido amplamente difundido e aceito, ainda é possível afirmar que o Estado é o destinatário principal

²³⁶ Artigo 543-C do CPC, conforme redação a ele atribuída pela Lei n.º 11.672/2008: "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1.º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2.º Não adotada a providência descrita no § 1.º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3.º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4.º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5.º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4.º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6.º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7.º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8.º Na hipótese prevista no inciso II do § 7.º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9.º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo". (BRASIL, 2009b, p.606-607).

²³⁷ No sentido da irradiação de sua eficácia nas relações privadas.

dos comandos normativos, sobretudo por conta do reconhecimento do aspecto negativo das garantias fundamentais, consubstanciadas numa cláusula restritiva do poder estatal em salvaguarda da liberdade do indivíduo.

Segundo moderna doutrina²³⁸ sobre o tema, este não é exatamente o caso²³⁹, todavia, do direito ao processo judicial em tempo razoável.

Não raro sucede que um dado direito corresponda não a um único e preciso destinatário, mas sim a diversos, que variam de acordo com a perspectiva que se toma em análise.

Conquanto seja regra consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais²⁴⁰, deixou a Carta Magna de detalhar explicitamente os órgãos ou entidades a eles vinculados, ou seus efeitos nas relações privadas, sendo possível deduzir, no entanto, que essa aplicabilidade imediata deva ser garantida pelo Poder Público na sua mais ampla acepção.

Uma análise semântica prévia dos termos da garantia em comento evidencia que o destinatário primeiro, embora não o único, é o Poder Judiciário, pois ao sistema julgador é que incumbe mais imediatamente preservar esse direito das partes litigantes, haja vista que a jurisdição "[...] é a atividade estatal soberana pela qual se deslinda uma situação social de conflito, afirmando-se e aplicando-se o direito objetivo"²⁴¹.

Aliás, esta é a contrapartida do poder do julgador na condução do processo: quanto maior o grau e a intensidade de suas prerrogativas processuais, tanto maior será sua responsabilidade na preservação do direito sob cognição.

²³⁸ Nesse sentido, destaca-se obra fundamental sobre o tema de Samuel Miranda Arruda (**O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Jurídica, 2006), que orienta, em boa parte as reflexões que se realiza acerca dos destinatários da garantia em análise.

²³⁹ Merece destaque a existência de corrente em direção inversa segundo a qual o destinatário dos preceitos é única, ou quase unicamente, o Estado. No entanto, mesmo nesse caso, impõe-se que se verifique se a norma contempla opções legislativas futuras (dirigidas mais diretamente ao legislador) ou de maior proximidade ao governo ou poder judicial, como regra de imediata aplicabilidade, situação fenomênica essa que reforça a ideia de pluralidade de destinatários.

²⁴⁰ CRFB: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1.º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". BRASIL, 2009b, p.30).

²⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.33.

Em que pese a relativa independência e autoadministração do Poder Judiciário, depende ele exclusivamente de aportes financeiros advindos de receitas auferidas da sociedade, cujo direcionamento compete ao Poder Executivo.

Na maioria das vezes o julgador, enquanto pessoa física, não detém um poder tão efetivo e decisivo de influência na duração dos procedimentos a seu cargo, pois estes têm sua temporalidade determinada por um complexo conjunto de fatores alheios à vontade do Magistrado.

Isso não exime o Juiz, naturalmente, de adotar um procedimento de trabalho compatível com o desiderato da celeridade, na mesma medida em que cabe aos Tribunais a devida atenção ao mandamento constitucional em tela.

Ao analisar-se a recepção e o cumprimento desse direito fundamental por parte do poder judicial, podem surgir questionamentos relativos à abertura e imprecisão do conceito de "prazo razoável", donde só após uma intermediação legislativa concretizadora poder-se-ia reclamar o cumprimento do direito.

Tal concepção, aliás, reflete uma postura conservadora no que concerne à exegese constitucional e que na história recente suprimiu direitos e garantias à guisa de necessária normatização infraconstitucional.²⁴² Certo é que, conquanto não se possa afirmar que esteja consagrado o neoconstitucionalismo²⁴³ – via própria que é de construção do sentido constitucional-material dentro de um Estado Democrático de Direito²⁴⁴ –, já corre a passo grande o movimento de valorização dos preceitos constitucionais e da hermenêutica voltada para sua máxima efetividade.

²⁴² Cite-se, por exemplo, o artigo 192 da CRFB que originariamente fixava juros anuais à taxa de 12%. Nesse viés de interpretação restritiva, pacificou-se o entendimento de que o dispositivo não era autoaplicável, dependendo de regulamentação ordinária, o que lhe retirou absolutamente a eficácia. E, antes de qualquer regulamentação, restou alterado o dispositivo, excluindo-se a limitação de juros. Eis um exemplo de amesquinamento teleológico do sentido material da Constituição que, nesse caso, era auto evidente e, ainda assim, restou fulminado pela exegese conservadora e restritiva do dispositivo.

²⁴³ Veja-se, a propósito: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Primeiro capítulo.

²⁴⁴ O conservadorismo na exegese constitucional foi marcado do regime ditatorial que antecedeu a abertura democrática havida com a CRFB de 1988; conformação política, aliás, que retardou o avanço democrático em várias frentes, inclusive nesta.

Sob um enfoque ainda mais restrito, há quem compreenda esta prescrição normativa como mera "exortação" ou declaração de intenções para o futuro.²⁴⁵ Também é importante precisar o grau de conformação reservado ao legislador na determinação do prazo razoável e das consequências que a violação do direito acarretará.

Pode-se divisar a situação sob o enfoque daquilo que Robert Alexy²⁴⁶ chama "direito a prestações normativas", caso em que o mero estabelecimento de normas processuais agilizadoras, com reduções de prazos e simplificação de procedimentos, não necessariamente torna mais céleres os feitos judiciais.

Da mesma forma, sua enunciação expressa não tem o condão de tornar a garantia imediatamente respeitada. Nessa perspectiva, o comando deve ser aperfeiçoado sistemicamente, o que demanda altos investimentos, estando limitado por uma "reserva do possível", de forma que não se trata de meramente fixar prazos, mais importante é fazê-los cumprir, estabelecendo consequências reais²⁴⁷ para o caso de desrespeito a estas prescrições normativas.

Não há dúvida de que tomar o legislador como único destinatário da norma (como exegeta literal, na produção do complemento de sentido infraconstitucional) pode tornar o direito bastante limitado.

Isso vai frontalmente contra sua desejada plena efetivação por conta da estreiteza da via legislativa, além de suprimir quase inteiramente o caráter subjetivo da norma, impedindo que esta seja diretamente aplicável.

Em se considerando, num plano negativo, o respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo, reclama do legislador que se abstenha de instituir ritos processuais demasiadamente complexos e com prazos muito alongados.

²⁴⁵ Veja-se, por exemplo, a contundente crítica de Humberto Ávila à exegese ampliativa proposta pela nova hermenêutica constitucional (ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>. Acesso em: 03 jun. 2010).

²⁴⁶ ALEXY, 2008, p.520 e segs.

²⁴⁷ Isso já é verdadeiro no que concerne ao Judiciário brasileiro. Isso porque a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu a *razoável duração do processo* como garantia fundamental (CRFB, art. 5.º, inciso LXXVIII), estabeleceu a aferição do merecimento dos magistrados para fins de promoção e acesso também pelo critério de presteza, bem como previu impedimento à promoção do "juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal" (CRFB, art. 93, inciso II, letras "c" e "e").

A propósito desse tema, o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil segue exatamente essa trilha, visando à simplificação do procedimento, limitando o acesso aos Tribunais por meio de apenas um recurso, por meio da instituição da sucumbência recursal.

Por fim, a já referida inexistência de dotação própria do Judiciário, que depende do Executivo em boa medida para implementar meios físicos para atuar e alcançar a celeridade, vincula esse direito fundamental a um dever de dotação que é também e sobretudo dirigido ao Poder Executivo.

No Brasil, o Poder Executivo possui poder de veto sobre a lei orçamentária, o que possibilita sejam supervisionados e limitados os gastos públicos. Diante desse quadro, ao Judiciário cabe tão-somente sugerir as despesas, sujeitando-se às diretrizes legais orçamentárias e à sanção do Poder Legislativo, que aprova o orçamento geral, o que explica, em parte, a impossibilidade material do Judiciário de dar cumprimento a tal comando constitucional, em que pese o inegável empenho de seus integrantes.

Mencione-se, por fim, o relevante papel do Conselho Nacional de Justiça a respeito desse tema ao fixar metas²⁴⁸ ao Poder Judiciário.

²⁴⁸ Extraído do site do TRT da 9.^a Região: "Estas são as 10 metas definidas no 3.^o Encontro Nacional do Judiciário: **1.** Julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal. **2.** Julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1.^o grau, 2.^o grau e tribunais superiores) até 31/12/2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31/12/2007. **3.** Reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31/12/2009). **4.** Lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 (dias) após a sessão de julgamento. **5.** Implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1.^o grau. **6.** Reduzir em pelo menos 2% o consumo per capita (magistrados, servidores, terceirizados e estagiários) com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009). **7.** Disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do Tribunal, em especial a quantidade de julgamentos com e sem resolução de mérito e homologatórios de acordos, subdivididos por competência. **8.** Promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados, priorizando-se o ensino à distância. **9.** Ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na Capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior. **10.** Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário, inclusive cartas precatórias e de ordem". (Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/destaqueman.do?evento=Editar&chPlc=1418106>. Acesso em: 08 jun. 2010).

3.2 TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E SUA UNIFICAÇÃO SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

3.2.1 Considerações Iniciais sobre a Tutela Metaindividual de Direitos

Há importante viés doutrinário²⁴⁹ no sentido de que o Processo Coletivo encontra suas raízes primais em solo constitucional.²⁵⁰

E isso ocorre porque a dicotomia público/privado resolve-se no plano constitucional²⁵¹, pois, segundo Juarez Freitas²⁵², é imperioso "[...] sublinhar que o Direito privado e o Direito público apenas podem ser compreendidos, reunificados, cada um e ambos, nos fundamentos do sistema constitucional"²⁵³.

Aprofundando a ideia, Gregório Assagra de Almeida²⁵⁴ considera que a antinomia público e privado, além de possuir solução constitucional, não tem sido recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, em lugar da *summa divisio* clássica, adotou a *divisio* individual/coletivo, realçando, inclusive a importância da solução coletiva.

²⁴⁹ Parece ínsita à discussão do Processo Coletivo sua gênese constitucional e, em maior ou menor grau, a doutrina respectiva trata do tema sob esse viés (Ada Pelegrini Grinover, Antonio Gidi, Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, Márcio Flávio Mafrá Leal, Sérgio Arenhart, Vicente de Paula Maciel Júnior e Teori Albino Zavascki, para mencionar os mais recorrentemente lembrados). No entanto, dada a singularidade de análise, é importante destacar os trabalhos de Gregório Assagra de Almeida, cuja tese doutoral propõe exatamente a superação da dicotomia público/privado pela ideia de individual/coletivo a partir da vigência da CFRB. Da mesma forma, merece destaque a obra de Elton Venturi, que vislumbra um sistema de direito coletivo constitucional, a partir dos vários segmentos de regulação que emergem da legislação infraconstitucional.

²⁵⁰ A tutela coletiva de direitos está consagrada na CRFB. Citam-se os principais exemplos: ação popular (art. 5.º, LXXIII), ação civil pública (art. 129, III), dissídio coletivo (art. 114, § 2.º), ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11), mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) e mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXIX e LXX).

²⁵¹ Importante observar que a redação prévia do Anteprojeto de Código de Processo Civil, dada a conhecer em 08.06.2010, vem ao encontro da nova processualística, prevendo a exegese constitucional em matéria de processo: "**Art. 1.º** O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". (BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jun. 2010).

²⁵² FREITAS, J., 2004, p.238-240.

²⁵³ Ibid., p.239.

²⁵⁴ ALMEIDA, 2008, p.611.

Isso parece bastante apropriado na medida em que a Constituição, além de trazer regulação expressa de temas em matéria individual e coletiva em nível processual, é o diploma mais vocacionado, norma de ápice que é, para congregar o conjunto disperso de regulação infraconstitucional que forma o Direito Processual Coletivo. Indica, além disso, com segurança e harmonia exegética a análise dos institutos envolvidos, muitos deles oriundos da regulação do dissídio meramente individual.

A esse propósito, Luiz Fernando Coelho²⁵⁵ encerra estudo sobre Direito Constitucional e Filosofia da Constituição concluindo que: "A consciência do verdadeiro papel da constituição como referencial hermenêutico para a eficácia do direito pode conduzir a que ela se transforme em instrumento de libertação das pessoas e dos povos oprimidos"²⁵⁶.

Lembrando-se, também, que um dos primeiros aspectos a ter em conta é a apropriada justificação do imperativo de tutela representado pela inafastabilidade da jurisdição, princípio constitucional que reclama pela realização do direito material.

Assim, o viés da instrumentalidade e da teleologia do processo imanta ainda mais a necessidade de adequada tutela ao direito material lesionado ou em risco de lesão. Tais direitos, pela sua própria natureza, podem reclamar não pela tutela individual, mas pela coletiva, como observa Elton Venturi²⁵⁷, justificando-se algum esforço exegético a partir do direito positivo, haja vista que o tema em reflexão ainda não foi uniformemente codificado no ordenamento.

Essa abordagem cresce, ainda, em grandeza, quando se tutelam direitos de natureza social, tais como aqueles ligados ao binômio capital/trabalho.

Pelo contrário, a tutela de direitos na forma coletiva repousa esparsa dentre vários diplomas legais, sobretudo na Constituição da República Federativa do Brasil (como núcleo unificante), no Código de Defesa do Consumidor (que já se qualifica

²⁵⁵ COELHO, 2009, p.331.

²⁵⁶ COELHO, loc. cit.

²⁵⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. Primeiro e segundo capítulos.

como microssistema de Processo Coletivo), a Lei de Ação Civil Pública que lhe subsidia²⁵⁸, dentre outros.

Não é possível simplesmente transpor o interesse metaindividual para tratá-lo em aparato desenvolvido para o direito individual (pensando-se, aqui, sobretudo, na subsidiariedade do Código de Processo Civil, cujo aparato instrumental é francamente individual).

Nesse panorama, que reclama por sistematização, justifica-se sobremaneira a análise dos institutos afetos à tutela em forma coletiva, a partir de referenciais constitucionais que lhe são evidentemente apropriados.

Registre-se como fundamental o alerta no sentido da timidez dos operadores do Direito no que tange à utilização dos instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico para a defesa de tais direitos metaindividuais.

Analisando o tratamento molecular dos megaconflitos, em contraposição ao tratamento atomizado das demandas individuais, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵⁹ reconhece a dimensão do espaço público no processo, concluindo que:

A par da *economia* de processos individuais que o processo coletivo pode propiciar, ele ainda desempenha missão de outra ordem, qual a de ensejar que o Judiciário participe da boa gestão da coisa pública – sob a égide da *democracia participativa* – sindicando, nos limites do que o permita a separação entre os Poderes, as condutas adotadas pela Administração Pública [...].²⁶⁰

Explicita Elton Venturi²⁶¹ que a Constituição da República procurou dar maior ênfase às estruturas básicas da Justiça, quando estabeleceu os Juizados de Pequenas Causas e os Juizados Especiais, também enfatizando as liberdades públicas; entendidos aí o direito à vida, à liberdade de expressão, englobando também o acesso à justiça,

²⁵⁸ Como se verá mais adiante, a subsidiariedade entre os diplomas que regulam matéria processual em nível coletivo, tende a ser reflexa, ou seja, um diploma subsidia o outro sem, necessariamente, uma ordem preferencial, que é ditada natureza da tutela reclamada pelo caso concreto.

²⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.78-88.

²⁶⁰ Ibid., p.84.

²⁶¹ VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. **Revista de Direito Processual Civil**, v.4, p.15 e segs., 1997.

o direito ao meio-ambiente equilibrado, dentre outras, cujo desrespeito dá acesso à via jurisdicional por meio das ações de índole coletiva²⁶².

Essa transposição do individual para o social, por sinal, imprime ao processo uma natureza substancial de garantismo²⁶³, por ele chamada de devido processo social, de natureza constitucional²⁶⁴.

Portanto, é sob o viés da efetividade que o processo deve adequar-se aos reclamos da realidade concreta, e, em vista da inafastabilidade da jurisdição (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5.º, XXXV), deverá assegurar o direito concretamente com todos os meios disponibilizados pelo ordenamento, pois "[...] a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo revela intuitivamente, a preocupação com o problema da adequação do processo à realidade concreta"²⁶⁵.

Exorta o mesmo autor:

[...] não é lícito ao órgão jurisdicional obstaculizar a dedução de pretensões coletivas sob fundamentos que derivam do **formalismo** e **conceitualismo** processuais há muito já derogados pelas noções da chamada **instrumentalidade do processo**, que propugna, em última instância, pelo aprimoramento funcional do sistema processual, intentando-se-lhe extrair todo o proveito que seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas.²⁶⁶

²⁶² Dentre as quais destaca a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo.

²⁶³ Quanto a esse aspecto da questão, considere-se que após a CRFB, é admissível pensar que os direitos coletivos foram alçados à categoria de direitos fundamentais. A própria Constituição é farta de exemplos nesse sentido: a legitimação das entidades associativas (art. 5.º, XXI), o mandado de segurança de viés coletivo (art. 5.º, LXX, da CF), a ampliação das hipóteses de cabimento da ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CF), a ação civil pública (art. 129, III, da CF), a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria pelos sindicatos (art. 8.º, III), a ampliação do rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102 da CF), e a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10 e 11, da CF).

²⁶⁴ "[...] examinada a importância social da efetividade esperada da plena utilização das ações coletivas como instrumento determinante para o acesso à justiça, o que já autoriza a aludir-se ao estabelecimento de um **devido processo social**, trata-se de indagar-se em que medida ainda pode subsistir integralmente a interpretação emprestada tradicionalmente a muitas das figuras processuais clássicas, tais como a legitimação *ad causam*, a intervenção de terceiros e o instituto da prescrição". (VENTURI, 1997, p.14).

²⁶⁵ *Ibid.*, p.15.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.30.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁷, embora tratando do processo na perspectiva individual, alerta para a imbricação que existe entre direito material e processo, ressaltando a necessidade de tornar flexível a tutela jurisdicional, adaptando-a a fim de dar efetiva proteção ao direito material, pois "a eficácia do direito processual é medida em função de sua utilidade para o ordenamento e para a pacificação social"²⁶⁸.

Além disso, a vocação constitucional do processo, para solucionar conflitos com enfoque social, de forma a dar conta da litigiosidade de massa, reclama pelos remédios constitucionais coletivos²⁶⁹, novo e inevitável paradigma que sucede aos estertores do monismo e do individualismo.

Registrem-se, ainda, nesse mesmo norte de reflexão, as oportunas palavras de Luiz Gustavo de Andrade:

Conclui-se que na perspectiva de mudança de paradigma acerca das tutelas jurisdicionais, uma sociedade capitalista, de consumo em massa, em que as relações jurídicas são padronizadas e disponibilizadas de forma idêntica a toda uma coletividade, há uma enorme coincidência entre conflitos compartilhados por essas várias pessoas, com uma fonte problemática em comum e atingindo a todos. Sempre que, nesta perceptiva, houve lesão ou ameaça de lesão a direitos da personalidade, a tutela coletiva abrir-se-á como instrumento eficaz na defesa desses direitos metaindividuais.²⁷⁰

Já existem, é certo, em nível ordinário, microsistemas que regulam o processo coletivo segundo os princípios que lhe são próprios. Inserem-se aí o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei do Mandado de Segurança Coletivo, dentre outros. Porém, igualmente certa também é a carência de um regramento genérico **de lege lata** que enfoque o Processo Coletivo, tomando em conta suas peculiaridades, haja vista que a disciplina própria do dissídio individual

²⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.72.

²⁶⁸ Ibid., p.175.

²⁶⁹ A saber: mandado de segurança coletivo, habeas data, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, sobretudo.

²⁷⁰ ANDRADE, Luiz Gustavo de. A tutela coletiva e o rompimento com o paradigma processual liberal-individual: um instrumento de proteção aos direitos da personalidade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p.203.

não lhe é perfeitamente adequada. Daí a importância da junção desse microsistema a partir do cimento constitucional.

3.2.2 Microsistema de Tutela Coletiva e a Relativização de Fronteiras entre Direito Material e Processual

Torna-se necessário, assim, um certo ajustamento, por semelhança, de um microsistema, fundado nas prescrições da Lei de Ação Popular²⁷¹, da Lei de Ação Civil Pública²⁷² e do Código de Defesa do Consumidor²⁷³, que tem sido entendido pela Jurisprudência²⁷⁴ como autossubsidiárias²⁷⁵ entre si.

Nesse sentido, convém analisar um precedente jurisprudencial, Recurso Especial 2008/0187271-3, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15/10/2009 e publicado no Diário da Justiça em 06.11.2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Cuida-se de ação civil pública alusiva a indisponibilidade de bens, em caráter liminar, por conta de possível ato ímprobo de servidor público. Embora o enfoque inicial remeta ao Direito Administrativo, inegável admitir que a profundidade da análise no que se refere aos contornos processuais dos institutos tutelados na Ação Civil Pública tornou o voto condutor não apenas da Turma no Julgamento, mas de relevante corrente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que vários diplomas legislativos esparsos, que pontualmente tratam da tutela coletiva de

²⁷¹ Lei n.º 4.717/1965.

²⁷² Lei n.º 7.347/1985.

²⁷³ Lei n.º 8.078/1990.

²⁷⁴ O aresto citado representa entendimento já sedimentado quanto ao tema no Superior Tribunal de Justiça e foi escolhido por ser recente e retratar o entendimento esposado pelo Ministro Luiz Fux, condutor do voto e atualmente responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Citam-se outros precedentes, no mesmo sentido: Recurso Especial 2006/0259028-9 (Relator Ministro Luiz Fux), Conflito de Competência 2008/0156218-4 (Relator Ministro Castro Meira) e Recurso Especial 2007/0288416-2 (Relator Ministro Castro Meira).

²⁷⁵ Inclusive, há quem centre – e com fundamentos relevantes –, essa integração apenas na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Ver, nesse sentido: ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p.53 e segs.

direitos²⁷⁶, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Primeiramente, a decisão analisa os contornos materiais da improbidade administrativa, concluindo ser ela corolário da moralidade administrativa, detendo, portanto, caráter difuso, o que viabiliza a legitimação concorrente de vários órgãos de tutela, com maior relevo ao Ministério Público, dada sua natural vocação à titularidade de temas afetos aos direitos coletivos.

Verificando a natureza eminentemente material da Lei de Improbidade Administrativa, a par da obrigatória correspondência do direito de ação ao direto material que tutela, conclui que o caráter difuso, inerente ao interesse de tutela sobre a moralidade pública, faculta o exercício de ação civil pública para o caso sob cognição, pois "axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda"²⁷⁷, premissa a partir da qual conclui que os diplomas que tratam da tutela coletiva de direitos interpenetram-se e subsidiam-se.

Feitas essas breves observações sobre o teor da decisão analisada, importa referir que, além da precisão técnica com que aborda a matéria, tem a especial qualidade²⁷⁸ de proceder à subsunção da matéria substantiva (improbidade administrativa) em tratamento coletivo, na medida em que reconhece que materialmente difusa a pretensão de base (proteção do erário público) e, ainda, faz evidenciar a interdisciplinaridade que marca o estudo da tutela processual coletiva. Inegável que essa abordagem – necessária – rompe com as concepções estanques entre ramos do direito e, mais ainda, põe em xeque a clássica separação entre direito processual e direito material.

²⁷⁶ O acórdão em questão (prolatado no REsp n.º 187.271-3, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça) refere-se à Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, à Lei de Ação Popular, à lei do Mandado de Segurança Coletivo, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como ao Estatuto do Idoso.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 187.271-3**. 1.^a T. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 15/10/2009 e publicado no DJ em 06/11/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

²⁷⁸ Outro aspecto relevante diz respeito a que a decisão em estudo permite que se estabeleça um verdadeiro diálogo entre fontes normativas análogas, de modo que uma pode subsidiar a aplicação da outra.

Elton Venturi²⁷⁹ afirma que o processo coletivo exige uma relativização do binômio direito/processo, bem como uma análise a partir de um ângulo externo, numa perspectiva pragmática (de resultados práticos).

Em estudo que enfrenta a dicotomia direito material/processual, Cássio Scarpinella Bueno²⁸⁰ entendeu que não apenas o direito privado transformou-se com a massificação da sociedade, mas principalmente ampliou-se a consciência do jurisdicionado no que concerne ao acesso à Justiça. Na medida, então, em que se coletiviza, o direito material nele vinculado torna-se qualitativamente mais importante.²⁸¹

Quanto aos direitos difusos, considera-se incontroverso seu caráter transcendente ao interesse individual em razão da natureza transindividual do próprio direito material tutelado, sendo interessante ressaltar que Cássio Scarpinella Bueno não deixa dúvida acerca do viés público também das demandas coletivas *lato sensu*²⁸², afirmando que todo processo traz em si o interesse público: "Dessa forma, mesmo quando voltado exclusivamente à solução de controvérsias privadas entre indivíduos singulares, o direito processual tem um caráter eminentemente público, ligado à atuação daquele poder estatal"²⁸³.

Daí se ligam duas coisas. Por um lado, que o acesso à Jurisdição traz em si, em menor ou maior medida, um viés inclusivo, descortinado por Jônatas Luiz Moreira de Paula:

[...] a jurisdição integra o ambiente social completo e desigual e tem por razão essencial o cumprimento dos fins delineados no artigo 3.º, da CF. Por isso, a atividade jurisdicional é, teleologicamente, uma atividade material, tendo em vista que visa à promoção da justiça social, alterando substancialmente o ambiente em que está inserida.²⁸⁴

²⁷⁹ VENTURI, 1997, p.14-16.

²⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.26.

²⁸¹ Ibid., p.33.

²⁸² Aqui entendido, na acepção usual, de processo que envolva direitos coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

²⁸³ Ibid., p.33.

²⁸⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manolo, 2002. p.88.

Por outro, é tentador verificar que a menor medida estaria ligada ao dissídio individual e, a maior, ao coletivo, em razão da evidente identidade deste com o espaço público, o que contribui para o realce da dimensão político-democrática do processo, enquanto arena retórica²⁸⁵, e, reflexamente, dos interesses públicos, que importam a toda a coletividade.²⁸⁶

3.2.2.1 Direitos ou interesses?

O transbordamento, para além do indivíduo, no que respeita à titularidade subjetiva, nota marcante da tutela coletiva de direitos, compreende-se usualmente como interesses ou direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Já aqui há um problema imediato, que exige ponderação acerca de sua relevância, concernente à distinção entre *interesse* e *direito*.

Vicente de Paulo Maciel Júnior²⁸⁷ talvez seja, dentre os autores que se dedicam à tutela coletiva, quem mais verticalizou essa reflexão, afirmando²⁸⁸ que a distinção tem relevância na medida em que muitas situações jurídicas atualmente não são mais explicadas com base no pensamento de Rudolf Von Ihering, autor que equiparou essas expressões.

Prossegue Vicente de Paulo Maciel Júnior²⁸⁹ mencionando o interessante exemplo do empregado que, no intuito de manter o seu emprego, submete-se a labor em condições agressivas à sua saúde, em condições proscritas pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, o interesse individual do empregado é a manutenção do emprego, ao passo que não há direito correspondente. Segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, nessas hipóteses, a concepção de Rudolf Von Ihering levaria fatalmente a uma

²⁸⁵ Onde se discutem interesses intersubjetivos (*doxa*).

²⁸⁶ V.g.: a salvaguarda da vigência da Constituição Federal, plena observância das garantias individuais etc.

²⁸⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006. p.41-68.

²⁸⁸ Ibid., p.57.

²⁸⁹ MACIEL JÚNIOR, loc. cit.

antinomia "[...] porque tanto o interesse individual e a pleora de direitos seriam a mesma coisa, quando na verdade não o são"²⁹⁰.

Por conta disso, parece-lhe conveniente ter bem clara a distinção.

Parece sensato esse modo de entender, pois, nessa perspectiva, *interesse* retratará sempre uma situação meramente individual, ao passo que *direito* poderá representar conotação tanto individual como coletiva.

Essa distinção parece ser fundamental para a boa construção da tese desenvolvida pelo autor, das ações coletivas como ações temáticas, uma vez que está visceralmente ligada²⁹¹ à questão da legitimidade. Nesse caso, a proposta do autor, de maneira bastante simplificada, seria a de que, numa perspectiva de ampla participação dos *interessados* (e isto seria muito importante quanto aos direitos difusos), qualquer deles teria o *direito* de participação em contraditório no processo decisório que os afete. No entanto, o objeto da ação é temático, porque representa o molde do *direito* coletivo submetido à Jurisdição Estatal. Em outras palavras, o *direito* perseguido (tema) não se confunde com o *interesse* de vê-lo prevalecer em Juízo, matéria conexa à legitimidade ligada materialmente à titularidade do direito material, de natureza coletiva.

Além disso, há importante argumento *a contrario sensu* em concordância com a distinção apresentada. Em congruência ao *direito* que deve fundamentar a ação coletiva *ativa*, o objeto de uma ação coletiva passiva ou será um *dever prestacional* ou um *direito*, mas jamais um interesse.

3.2.2.2 Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos: o problema das classificações

A classificação usualmente nomeada trinária dos direitos coletivos²⁹² tem largo uso, possivelmente porque radicada na disposição que o Código de Defesa do

²⁹⁰ MACIEL JÚNIOR, 2006, p.57.

²⁹¹ A tese em comento.

²⁹² A saber, direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Consumidor²⁹³, principal diploma legislativo que compõe o microsistema de tutela coletiva, atribuiu à matéria.

A classificação proposta pelo direito posto permite vislumbrar critérios lógicos e homogêneos, de categorização desses direitos, que seriam determinabilidade/indeterminabilidade, divisibilidade/indivisibilidade e, ainda, o critério, heterogêneo, que leva em conta a origem do direito consoante tenha assento em uma situação de fato, em uma relação jurídica de base ou em uma origem comum.

Assim, os direitos difusos têm a nota de indeterminabilidade, indivisibilidade e assentam-se em uma situação fática. Em virtude disso, eventual sentença de procedência vai atingir a todos da mesma maneira (artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor).

Os direitos coletivos *stricto sensu*, embora também indivisíveis, são determináveis e têm fundamento em uma relação jurídica de base. Nesse caso, a sentença será *ultra partes*²⁹⁴ em relação aos proponentes da demanda, mas limitada à categoria (ou classe), nos termos do artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto a esses dois direitos inexistente qualquer controvérsia quanto ao seu caráter coletivo.

Os direitos individuais homogêneos, além de divisíveis e determináveis, gravitam ao redor de uma origem comum, caso em que a sentença proferida projetará eficácia *erga omnes*.

Com relação a esses últimos, a doutrina tende a reconhecê-los como direitos individuais subjetivos. No entanto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho entende que o direito individual homogêneo transborda aos interesses individuais de seu titular

²⁹³ "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum". (BRASIL, 2009b, p.1202).

²⁹⁴ Autores de processos individuais não serão prejudicados em caso de improcedência do pleito coletivo desde que optem pela suspensão do processo individual enquanto se processa a demanda coletiva. Podem, também, excluir-se integralmente do âmbito do provimento coletivo optando, em vez da suspensão, pelo seguimento da demanda individual, ficando, nesse caso, sujeitos à decisão nela proferida, nos termos do artigo 104 do CDC.

porque é complexo, na medida em que as necessidades do indivíduo repercutem no grupo em que está inserido, "fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão"²⁹⁵.

Talvez o traço distintivo mais importante entre essas classes de direitos resida na *transindividualidade*, denominada por Gregório Assagra de Almeida "transcendência da titularidade individual"²⁹⁶. Considera esse autor "pura" quando em pauta direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, e "artificial", "processual" ou "por ficção jurídica" quando concernente a direitos individuais homogêneos.²⁹⁷ Tal diferenciação corresponderia à "tutela de direitos coletivos" e à "tutela coletiva de direitos" proposta por Teori Albino Zavascki²⁹⁸, que se inspira na diferenciação entre "direitos essencialmente coletivos" e "direitos acidentalmente coletivos" de José Carlos Barbosa Moreira.²⁹⁹

Mauro Cappelletti também não distinguiu entre direitos difusos e coletivos, haja vista que o fenômeno da coletivização foi encarado, originariamente, sob o enfoque do traço transindividual da tutela:

La nostra epoca, lo abbiamo già visto, porta prepotentemente alla ribalta nuovi interessi "diffusi", nuovi diritti e doveri che, senza essere pubblici nel senso tradizionale della parola, sono però "colettivi": di essi nessuno è "titolare", allo stesso tempo che tutti, o tutti i membri di un dato gruppo, classe, o categoria, ne sono titolari. A chi appartiene l'aria che respiro? L'antico ideale dell'iniziativa processuale monopolisticamente accentrata nelle mani del solo soggetto a cui il diritto soggettivo "appartiene", si rivela impotente di fronte a diritti che appartengono, alla stesso tempo, a tutti e a nessuno.³⁰⁰

²⁹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo ministério público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.33.

²⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.65.

²⁹⁷ ALMEIDA, loc. cit., p.65.

²⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.23-52.

²⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p.193-221.

³⁰⁰ Tradução livre: "Nosso tempo, já vimos, traz à tona e com força novos interesses 'difusos' novos direitos e deveres que, ainda que não sejam considerados públicos no sentido literal da palavra, são, quando menos, 'coletivos': ninguém é seu 'dono' [titular], ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria o são. A quem pertence o ar que respiro? O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centrada nas mãos de única pessoa, a quem o direito subjetivo 'pertence' demonstrou-se impotente face aos direitos que pertencem ao mesmo tempo, a todos e a ninguém". (CAPPELLETTI, 1975, p.372-373).

Conforme observa Elton Venturi³⁰¹, o tema foi recepcionado originariamente no ordenamento brasileiro dessa mesma forma³⁰², sendo que somente por ocasião do advento do Código de Defesa do Consumidor tomou corpo uma classificação mais detalhada.³⁰³

Antonio Gidi³⁰⁴, forte na simplicidade³⁰⁵ do sistema americano das *class actions*³⁰⁶, critica a distinção trinária operada modernamente no direito brasileiro e reputa à necessidade de utilização de instrumentos conceituais a que está apegado o jurista de *civil law*. No seu sentir, "teria sido mais adequado se o legislador brasileiro tivesse condicionado a possibilidade da tutela coletiva apenas à existência de questão comum de fato ou de direito entre um grupo de pessoas"³⁰⁷.

Sua crítica, nesse particular, não se volta exatamente à categorização pura e simples, mas ao risco de inefetividade de direito que, eventualmente, não se encaixe nessas prévias categorizações em que o jurista de *civil law* está habituado a operar.

³⁰¹ VENTURI, 2007, p.49-62.

³⁰² O artigo 1.º, IV, da LACP refere-se genericamente a *interesses difusos ou coletivos*.

³⁰³ A classificação trinária: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

³⁰⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.69.

³⁰⁵ Grosso modo, a admissibilidade da demanda, em nível de tutela coletiva, está condicionada à demonstração de que está em jogo uma *questão comum* do grupo.

³⁰⁶ Linda S. Mullenix, professora titular da Faculdade de Direito do Texas, menciona que, modernamente, os litígios complexos, particularmente aqueles de massa, inobstante a extensão de cidadãos sobre os quais projeta seus efeitos, tem sido solucionados consoante vetores de eficiência privados, evidenciando o imbricamento dos planos do direito público/privado e sua superação pelo social: "*Without repeating that critique, two observations are in order. First, modern complex litigation, particularly mass tort litigation, is being resolved in ways that resemble private legislation negotiated and approved by unelected people. This private legislation – most often class action settlements – affects thousands and in some instances hundreds of thousands of citizens. Second, a new descriptive paradigm is needed to capture the both the essence and the nuance of the complex litigation that the American judicial system has experienced at the end of the twentieth century*". (MULLENIX, Linda S. Lessons from abroad: complexity and convergence. **Villanova Law Review**, Pennsylvania, n.2000-9, p.02, jun. 2009). Segue fazendo uma análise da constituição de paradigmas de litigância coletiva em vários lugares (Europa, América do Sul e Canadá), concluindo a mesma professora que o modelo da *class action* americana influenciou grandemente esses outros sistemas: "*Civil lawyers and scholars in Europe, South America, Australia, and Canada have studied the American way of resolving complex litigation. As a result, many of these countries have created methods for resolving complex litigation that resemble American aggregate procedures, while at the same time rejecting the problematic procedures and doctrines involved in American class action litigation*" (Ibid., p.42).

³⁰⁷ Ibid., p.69.

Inobstante eventual escolha entre a divisão, trinária ou binária, não interfira no propósito deste trabalho, que é o de analisar a coletivização sob o amplo enfoque da efetividade, parece importante, ao menos, registrar o debate, sobretudo porque o modelo binário está ligado a uma concepção mais próxima à ideia da *common law*³⁰⁸. Sobre esse tema, Márcio Flávio Mafra Leal³⁰⁹, resgatando a conceptualística medieval concernente à litigância coletiva, menciona a ideia da *public law litigation* em ações coletivas para defesa de interesses individuais³¹⁰, com conceito próximo às *class actions for damages* e das ações coletivas³¹¹ para defesa de interesses difusos.

3.2.2.3 A função social do processo e o imperativo de tutela coletiva de interesses sociais

Assim como a ideia de coletivização, a função social representa o que está além do parâmetro meramente individual, observada a alteridade que contém. De certa forma, envolve uma modulação de valores priorizando o espaço público.

Ocorre que, *lato sensu*, o Direito como um todo inequivocamente tem função social³¹², assim como a tem o processo e os institutos de direito material.³¹³ A partir do viés publicista do processo do trabalho, que tutela o relevante interesse social da satisfação do crédito trabalhista, delinea Mauro Schiavi³¹⁴ a função social desta classe de processos³¹⁵, vislumbrando-a como desdobramento necessário da função social da propriedade e do contrato.

³⁰⁸ *Class action for damages* (tradução livre: ação de indenização coletiva) e *public law litigation* (tradução livre: ação em benefício do interesse público).

³⁰⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.48.

³¹⁰ *Ibid.*, p.48-49.

³¹¹ *Ibid.*, p.49-52.

³¹² Qual seja e idealmente, promover a pacificação social e o bem-comum.

³¹³ Pela importância no desenvolvimento da ideia

³¹⁴ SCHIAVI, Mauro. Novas reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho à luz dos princípios da duração razoável do processo e da função social do processo do trabalho. **LTr**, São Paulo, v.72, n.12, p.1.416, dez. 2008.

³¹⁵ Segundo esse mesmo autor (*Ibid.*, p.1.417), a função social se concretiza na medida em que a efetividade é alcançada.

Assim posta a questão, o primeiro ponto a se considerar é a tentativa de uma demarcação desse conceito, antes de se pensar a função social do processo.

Isso é bastante perceptível no contexto do instituto da propriedade. Tradicionalmente, o direito de propriedade está associado ao privado, atendendo *a priori* os interesses de seu titular. Isso se deve possivelmente à sua gênese negativa³¹⁶, baseada na – hoje mitigada – cláusula *abutere*³¹⁷, que traduz a noção contrária do uso de um bem, seja por possibilitar uso diverso da coisa, seja por possibilitar a inutilização intencional do bem.³¹⁸ O estertor, contudo, da face exclusivamente privatística se deu somente na Idade Moderna³¹⁹, quando a cláusula de respeito ao coletivo mitigou o sentido individualístico da propriedade. Isso se deu mesmo nos campos de maior prevalência do caráter privatístico – como nas sociedades comerciais –, haja vista que modernamente se admite, inclusive, a função social da empresa³²⁰, esta com previsão legislativa no artigo 116³²¹, parágrafo único, e artigo 154³²², ambos da Lei n.º 6.404/76. Sobre o

³¹⁶ Tratando da virada paradigmática referente ao delineamento do direito de propriedade intelectual, cujo conceito excede ao conceito tradicional de propriedade Patrícia Aurélio Del Nero assim considera: "A concepção clássica da propriedade manteve presente a noção da concessão ou atribuição de um direito de caráter perpétuo, permanente, que era usufruído independentemente o exercício efetivo desse direito" (DEL NERO, Patrícia Aurélio. **Biotecnologia**: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: RT, 2008. p.38) e prossegue afirmando que os novos contornos do instituto por ela analisado, tal como ocorre com a coletivização do processo – aglutinam-se em microssistemas: "Segundo a atual dinâmica estabelecida pelas disposições do Código Civil, a disciplina jurídica da propriedade intelectual é realizada por intermédio de normas próprias ou por intermédio da 'legislação extravagante'" (p.40).

³¹⁷ Essa nuance, de certa forma, contradiz as demais cláusulas que dão sustento ao direito de propriedade (uso e fruição).

³¹⁸ SANTOS, Willians Franklin Lira dos. O alcance e os reflexos do princípio da capacidade contributiva em face da atual disciplina normativo-constitucional do IPTU. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v.84, p.179-207, jan./fev. 2009b.

³¹⁹ Mais precisamente por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, via da qual se reconheceu que a propriedade restava intimamente ligada ao uso de que dela faria o cidadão; afastando-se, portanto, das noções individualistas até então preponderantes.

³²⁰ Veja-se, por exemplo, um artigo clássico sobre o tema: COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.85, n.732, p.43-44, out. 1996 e **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

³²¹ "Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender". (BRASIL. Lei 6.404/1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 jan. 2010).

³²² "Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa". (BRASIL, loc. cit.).

tema, considerando-se o aspecto social das lides laborais, assim considera Dinaura Godinho Pimentel Gomes,

No mundo atual de tendência cada vez mais globalizante, não se pode mais reservar unicamente ao Estado a responsabilidade pela solução dos problemas sociais. A realidade impõe que se desenvolva a participação cidadã que propicie a redefinição dos papéis do Estado e do mercado 'pelo fortalecimento dessa sociedade civil mediante a atuação organizada dos indivíduos, grupos e associações'. E é nesse contexto que se realça o caráter institucional da empresa como comunidade capaz de realizar plenamente sua destinação econômica e social, porém de um modo bem mais humano e solidário.³²³

Dentro do ordenamento positivo, a função social da propriedade vem gizada nos artigos 5.º, XXII³²⁴, 182, § 2.º³²⁵, 170, III³²⁶ e 186³²⁷, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, e é bifronte, pois contempla um parâmetro não apenas inibitório (vedação de eventual abuso por parte do titular), como outro promocional (cláusula de observância do bem-comum³²⁸).

³²³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005. p.127.

³²⁴ "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade" (BRASIL, 2009b, p.25).

³²⁵ CRFB: "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor [...]". (Ibid., p.122-123).

³²⁶ CRFB: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...]". (Ibid., p.118).

³²⁷ "Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

³²⁸ O conceito, embora um pouco mais delimitado, ainda se encontra imerso na vagueza da ideia de bem-comum. (Ibid., p.124).

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil prevê expressamente a função social da propriedade³²⁹ e do contrato, em seus artigos 421³³⁰ e 2.035, parágrafo único³³¹.

Como observa Luiz Edson Fachin³³², a própria ideia de propriedade focada no aspecto real pelo Código Civil de 1916 passou a um vetor antropológico com o Código Civil de 2002. Enfrenta, segundo esse autor, a *summa divisio* entre Direito Público e Privado, vislumbrando o imbricamento e não a separação entre as duas categorias, para concluir que o desafio para o Direito Civil está em promover alguma abertura, a fim de considerar os fatos e a realidade³³³, tomando o sujeito como seu componente nuclear. Por ele é que devem se formar e regular as categorias, e não ficar a elas subordinado.

Eventual limitação aos direitos subjetivos, tal como ocorre na constituição da ideia de função social da propriedade, está vinculada à noção de abuso de direito³³⁴, ou seja, quando o direito é exercido em desconformidade com sua finalidade. Sobre esse viés da questão, Eduardo Milléo Baracat³³⁵ considera que a boa-fé exige moderação no exercício de um direito, modulada por sua função social. Mais adiante, esse mesmo doutrinador observa que o princípio da boa-fé objetiva tem a finalidade de estabelecer um critério para caracterizar o abuso de direito.³³⁶

³²⁹ No que respeita ao Direito de Empresa, o mesmo diploma legislativo privilegiou, quanto à forma, o perfil subjetivo, focando a problemática na pessoa do empresário (artigo 966 do Código Civil: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa). Isso, contudo, não excluiu a disciplina das sociedades comerciais (Não apenas as previstas no Código Comercial, mas também as Limitadas e de Capital Aberto), além de abordar aspectos da Sociedade Anônima, instrumentalizada em essência pelo capital.

³³⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2009b, p.281).

³³¹ "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". (Ibid., p.493).

³³² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.77-137.

³³³ Ou seja, a mesma ruptura.

³³⁴ Que envolve eventual excesso da cláusula *abutere*.

³³⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p.187.

³³⁶ Ibid., p.188.

Admitindo a função social da propriedade como princípio jurídico, Eros Roberto Grau³³⁷ alerta que a propriedade privada a ele se subordina, trazendo nova conotação – mais ampla – à ideia patrimonialística de propriedade. Rende ensejo, assim, a um novo conceito de propriedade, que naturalmente reclama por tutela diferenciada e adequada, haja vista a emergente dimensão social, representada pelo coletivo, na visão contemporânea dos institutos clássicos, como, por exemplo, a ora analisada função social do direito de propriedade.

Nesse particular, faz-se importante o registro à ponderação de Gregório Assagra de Almeida³³⁸ no sentido de que, ante o princípio constitucional da "*não-taxatividade do objeto material da ação civil pública*"³³⁹, eventual violação ao dever de observância da função social da propriedade e do contrato pode, por si só, constituir o objeto de ação civil pública e, por meio dessa adequada tutela coletiva, obter provimento judicial no sentido de determinar o cumprimento da função social. Prossegue o mesmo autor citando o exemplo³⁴⁰ de ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público no intuito de preservar o meio ambiente, em casos de existência de propriedade privada dentro, ou contígua, à área de preservação ambiental. Quanto à função social do contrato, observa Gregório Assagra de Almeida³⁴¹ que o Código de Defesa do Consumidor³⁴² encampou, numa relação que era tradicionalmente econômica³⁴³,

³³⁷ GRAU, 1991, p.253.

³³⁸ ALMEIDA, 2007, p.219.

³³⁹ ALMEIDA, loc. cit. (original em itálico).

³⁴⁰ ALMEIDA, loc. cit.

³⁴¹ ALMEIDA, loc. cit.

³⁴² CDC: Artigo 4, III: "Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]"; artigo 46: "Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance" e artigo 54: "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...]".(BRASIL, 2009b, p.1187 e 1196).

³⁴³ Usualmente tipificada como compra e venda.

uma função social, representada pela mitigação da autonomia privada para manter o equilíbrio contratual.

Importante salientar que, ao mesmo tempo em que o Código de Defesa do Consumidor inseriu conteúdo de natureza social em institutos cuja moldura era preponderantemente econômica – como no caso da compra e venda entre particulares –, paralelamente é o diploma que, além de condensar a disciplina do sistema de tutela coletiva, incentiva a solução por essa via.

No Direito Civil, tal como ocorre no Direito Processual, o afastamento entre o mundo fenomênico e a prática jurídica (assentada em categorias abstratas) conduz a uma crise de efetividade e a solução parece estar, em ambos os casos, na transcendência a esse descompasso entre norma e realidade. No caso do Direito Civil essa solução ocorreu pela dispersão da ideia monolítica de codificação e pela centralidade na pessoa em vez do patrimônio.³⁴⁴ No Direito Processual, uma das soluções parece estar na coletivização do processo.

O Direito do Trabalho e seu processo, embora tenham avançado mais, comparativamente à senda privatística, em razão de seu objeto mais voltado ao caráter social, que é contraponto do econômico, representado pela tentativa de harmonização das instâncias capital e trabalho, ainda pode ampliar o uso da solução coletiva, que parece ser a mais adequada.

No quadrante laboral, a existência de sindicatos organizados e a possibilidade de intervenção normativa do Poder Judiciário na solução econômica do conflito, mediante o peculiar instituto do Poder Normativo, permitiram o avanço da solução coletiva, naturalmente mais indicada para conflitos qualificados pelo interesse social.

A cláusula do *comum acordo* instituída pela Emenda Constitucional n.º 45 reduziu sensivelmente a utilização desse importante mecanismo. Eis mais uma razão pela qual as lides que não se submetem a essa tutela especial merecem ser pensadas sob o enfoque coletivo, como alternativa ao encurtamento do Poder Normativo.

Fechado esse parêntese, o processo, além de sua função ideal de distribuir justiça, traz consigo a importante missão pragmática de promover a pacificação social.

³⁴⁴ BRASIL, 2009b, p.175.

Em estudo sobre o tema, José Joaquim Calmon de Passos³⁴⁵ considera que o processo possui uma dimensão social ligada à pacificação social, e que para ser concretizada necessita de mitigação do princípio dispositivo, que tradicionalmente dita a inércia do Juiz e decorre da concepção liberal de sujeito, com um processo voltado antes às partes – e seu interesse individual – que ao interesse público.³⁴⁶

No entanto, a palavra função está diretamente ligada à consecução da efetividade e da direção *material* do processo, imprescindível no campo movente³⁴⁷ do Direito Processual Coletivo.

Isso porque a dispersão do sistema coletivo em vários diplomas legislativos esparsos embora possa, por um lado, conferir flexibilidade ao sistema, causa insegurança, por outro lado, na medida em que enseja interpretação aberta.

Além dessa dificuldade, de natureza técnica, o sistema de tutela coletiva de direitos projeta-se, também, no campo das motivações sociológicas e políticas, de que falam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior³⁴⁸, haja vista a conexidade da tutela, na forma coletiva, com o interesse social.

Esse aspecto da questão³⁴⁹ é analisado por José Carlos Barbosa Moreira³⁵⁰ sob o enfoque da igualdade que deve prevalecer na relação processual, mais provavelmente realizada pela tutela em via coletiva.

Parece razoável admitir que a coletivização do processo esteja dentre os escopos extraprocessuais da tutela, no sentido de promover maior tempestividade na prestação jurisdicional, além de colaborar efetivamente pela igualdade material dos contendores, parecendo colaborar, em boa medida, na concreção da função social do processo.

³⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Função social do processo. **Gênesis** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n.7, p.35-45, jan./mar.1998.

³⁴⁶ Nesse caso, representado pelo poder de direção do processo, de titularidade do Juiz.

³⁴⁷ Não se olvide o caráter esparso do conjunto normativo que disciplina a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v.4. p.34-35.

³⁴⁹ Do interesse social que emana da demanda em sua forma coletiva.

³⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

3.2.2.4 O fenômeno da coligação contratual e o imperativo de tutela coletiva

Em importante marco teórico acerca da constitucionalização das instituições de Direito Civil e de sua reinterpretação crítica, Luiz Edson Fachin³⁵¹ analisa os três vértices fundantes do Direito Privado, a saber, o contrato, a propriedade e a família.³⁵²

Ricardo Luis Lorenzetti³⁵³, identificando as várias instâncias em que o coletivo se projeta na sociedade, analisa a questão da coligação de contratos, que é uma característica sociológica^{354,355} da propriedade contemporânea.

Como sucede com a propriedade, procedendo-se a um recorte diacrônico³⁵⁶, torna-se perceptível a ideia de migração desses institutos da esfera meramente privada do indivíduo para o quadrante da esfera pública, sendo a manifestação mais visível dessa transição – e também a que aqui mais interessa – o hodierno delineamento da função social, tanto do contrato como da propriedade, chancelada expressamente pela Carta Política, além de merecer regramento ordinário.

³⁵¹ FACHIN, 2000, p.17-23.

³⁵² Ibid., p.27.

³⁵³ LORENZETTI, 2009, p.283-295.

³⁵⁴ Em análise mais propedêutica sobre a proliferação transnacional da propriedade em sentido lato, François Chesnais observa que o adjetivo "global" surgiu no começo dos anos 80, nas grandes escolas americanas de administração de empresas e era tomado, no sentido específico daquela ciência social aplicada, de "todo lugar onde se possa gerar lucros". Posteriormente, parece ter tomado dimensões de cooperação dos diversos blocos de capital em razão de seus interesses comuns, consagrando a expressão "globalização", com o sentido mais corrente que tem hoje. Por outro lado, o termo de origem francesa "mundialização", embora dotado de maior nitidez conceitual, não logrou o mesmo destaque. (CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. Capítulo primeiro).

³⁵⁵ Analisando as consequências da mundialização do capital e seus reflexos sobre as relações de trabalho, Giovanni Alves visualiza na reestruturação produtiva (cujo expoente máximo é o toyotismo) uma das causalidades que conduziram à debilitação do poder sindical. Mais que isso, esse novo arranjo do sistema produtivo, aliado às novas tecnologias, proporcionou uma nova investida do grande capital contra o trabalho, cujas fraturas das conquistas sociais se fazem ver na precarização das relações de trabalho (trabalho em tempo parcial, flexibilização de direitos trabalhistas e, como foco principal desse segmento da obra), a crise do sindicalismo, pontuada com exemplos da ofensiva do Capital nas décadas de 80 e 90. Especificamente quanto à influência da mundialização do capital no ciclo produtivo, sindicalização e relações de trabalho ver: ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boitempo, 2005, sobretudo p.82-198.

³⁵⁶ Aqui, além de divisar o instituto em instantes históricos diversos, convém ter em conta uma análise filosófica dos valores sociais que lastrearam tal alteração.

A gênese do Direito Civil clássico tem duas premissas fundantes³⁵⁷: a razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal, culminando na codificação e na *teoria geral do Direito Civil*³⁵⁸ cuja finalidade abstratamente desejada seria a explicitação do Direito Positivo, com pretensões generalizantes e exaustivas.³⁵⁹

Por outro lado, na "despatrimonialização" constitucionalizada³⁶⁰, os direitos subjetivos assumem relevo³⁶¹, antes mitigados pelo sistema de Direito Civil clássico, e é nessa perspectiva que o direito subjetivo implica a coexistência de direito e deveres.

Ainda quanto ao aspecto subjetivo dos direitos, na época da elaboração do Código Civil de 1916, as categorias jurídicas tomaram o lugar da pessoa, sendo certo que, no recente advento dos direitos de cunho personalíssimo, nestes se identifica um duplo viés constitutivo, por um lado, uma feição privada (interesse particular) e, por outro, a característica, até então inédita, de garantia pública. Daí serem intransmissíveis e irrenunciáveis e extrapatrimoniais, embora em alguns casos, como os Direitos Autorais, possam ter, em parte, expressão econômica.

Ao redor dessa evidente complexidade das relações fáticas, ante a conhecida insuficiência do discurso jurídico codificado, acresçam-se, hoje, o fenômeno da mundialização do capital e a estratégia das grandes empresas dos países industrializados no sentido de obter o máximo de ativos com o mínimo de custos.

Fabrice de Bouard³⁶² adverte sobre os reflexos desse anelo empresarial, cujo resultado prático é exatamente a externalização de algumas funções produtivas e distributivas, para além da estrutura usual da empresa.

³⁵⁷ Já, sob uma perspectiva crítica, tal arranjo de coisas tenderia à pluralidade de fontes, à força criativa dos fatos e a afirmação de não-direitos (FACHIN, 2000, p.173-245).

³⁵⁸ A *teoria crítica* começa onde acaba a tradicional *teoria geral* (Ibid., p.17).

³⁵⁹ Nesse panorama, estão lançadas as bases para se desenhar juridicamente o sujeito insular, abstrato, atemporal e sem historicidade e, portanto, suposto. Tal ideia foi gestada em ambiente positivista, com proposta de explicar a lei, sempre com objetividade e neutralidade. Ocorreu aqui a submissão do Direito Civil ao positivismo civilístico. A relação jurídica, segundo a formulação clássica, remete à presença de pessoas (estas segundo o desenho jurídico de pessoa) e as considera em nível genérico e abstrato, que é um "perfil jurídico" com pretensão generalizante, ou seja, a pessoa deverá se amoldar, independente de suas características individuais. Aliás, Orlando de Carvalho adverte para um risco de "reificação ou desumanização do jurídico". (Ibid., p.23).

³⁶⁰ Antes prevaleciam os direitos reais.

³⁶¹ O direito subjetivo tem um dever como contraparte, já o direito potestativo não tem um dever em contraparte. Por fim, o direito personalíssimo caracteriza-se por referir-se a um direito da esfera pessoal do titular, assegurado publicamente.

³⁶² BOUARD, Fabrice de. **La dépendance économique née d'un contrat**. Paris: LGDJ, 2007. p.33-95.

Obviamente a exploração econômica, sob esse viés externo, reclama por diferentes formas de tutela contratual, desde as conhecidas integração agrícola e subcontratações em geral, até modelos que, embora evidentes no mundo fenomênico, não têm reconhecimento e – principalmente – tutela estatal.

Daí o fenômeno da dependência econômica, mote da ideia desenvolvida por esse autor, via do qual é possível caracterizar uma atividade integrada, subordinada a uma atividade integradora.³⁶³

Esse contexto permite uma primeira reflexão sobre a coligação contratual, qual seja, a unidade de controle do capital que negocia.

À míngua de qualquer referência *de lege lata* que discipline a matéria, a alternativa primeira é a subsunção ao critério normativo genérico disposto no artigo 425 do Código Civil Brasileiro³⁶⁴ e o apoio na experiência do Direito estrangeiro, ao entorno de alguma prévia reflexão filosófica sobre a crise do estatuto epistemológico do contrato.

De certa forma é intuitivo o que se pretende exprimir com a ideia de contrato coligado. Todavia, ante a inexistência de parâmetros legais ou jurisprudenciais³⁶⁵, a matéria ainda reclama por maior reflexão³⁶⁶, mas aponta, como pondera Ricardo Luis Lorenzetti³⁶⁷, para um reclamo de tutela também coletiva.

³⁶³ Nesse passo dissertativo, Fabrice de Bouard desenvolve a interessante ideia de empresário economicamente dependente, à semelhança, obviamente de menor grau, à dependência econômica que caracteriza a obrigação trabalhista no viés da subordinação.

³⁶⁴ CCB: "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código". (BRASIL, 2009b, p.230).

³⁶⁵ Frise-se que a Jurisprudência brasileira nos Tribunais Superiores é um tanto renitente ao reconhecimento do fenômeno da coligação nos mesmos termos em que é reconhecida no direito estrangeiro, sendo certo que os contratos coligados que melhor foram reconhecidos como tais foram aqueles de distribuição de combustível, que justamente trouxeram o debate da conexão contratual à pauta dos Tribunais Superiores. Talvez a mencionada tendência jurisprudencial tenha sido derivada da interpretação restritiva do art. 126 do Código Comercial, que preconiza serem os contratos mercantis obrigatórios, sem especificar, contudo, a sua forma.

³⁶⁶ Que excede ao escopo desse trabalho.

³⁶⁷ LORENZETTI, 2009, p.290.

3.2.2.5 Efetividade e tutela coletiva

Conquanto ontologicamente autônomo, o processo colima, prioritariamente, conferir efetividade às regras de Direito Material. Essa assertiva encerra, grosso modo, e em apertada síntese, uma das principais ideias do movimento que milita pela instrumentalidade do processo.

Isso porque, vencida a discussão concernente à autonomia do processo³⁶⁸, sucedeu a ela pesada crítica ao formalismo, que não raro macula a efetividade da prestação jurisdicional.

Hoje, porém, muito provavelmente insuflado pela visível crise da resposta jurisdicional estatal, o reclamo por efetividade é ainda maior e encampa um fenômeno de *substancialização* do Direito Processual, em razão do reconhecimento da força normativa dos princípios também na seara processual, a fim de melhor assegurar a efetiva tutela do Direito Material.

José Roberto Freire Pimenta³⁶⁹ assim condensa os questionamentos brevemente referidos à guisa de introdução do tema:

O processo civil dos nossos tempos, através da superação do conceitualismo positivista pelo instrumentalismo substancial a partir da segunda metade do século XX e da colocação da luta pela *universalização da tutela jurisdicional* e pela ampliação do *acesso à justiça* no centro das preocupações dogmáticas e metodológicas dessa disciplina, tem procurado conceber novas e mais adequadas soluções para a baixa efetividade da prestação jurisdicional, preordenando novos institutos e procedimentos capazes de atender às novas necessidades das modernas e democráticas sociedades de massa pós-industriais.³⁷⁰

³⁶⁸ Cujo termo final, tradicionalmente, é admitido em Oskar Von Bülow, em sua clássica obra "Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais".

³⁶⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. **Revista Trabalhista - Direito e Processo**, ano 7, n.28, p.38, out./dez. 2008.

³⁷⁰ PIMENTA, loc. cit.

Refere esse mesmo autor que a atual fase do processo civil contemporâneo, filiado à escola instrumentalista, inclusive o brasileiro, caracteriza-se:

[...] pela preocupação, pelo atendimento aos portadores de pretensões *de baixo valor econômico*, pela *tutela coletiva* ao meio ambiente, aos consumidores ou a comunidades integradas a grupos associativos, pela busca prioritária da *efetividade da tutela jurisdicional*, pela ênfase nos *escopos sociais do processo*, pela consagração do *acesso à justiça* como um valor a ser a todo custo postulado pela ordem processual e, enfim, pela implantação de um sistema de *processo justo e equo*.³⁷¹

Jônatas Luiz Moreira de Paula³⁷², apoiado nos pressupostos da Teoria Crítica do Direito, sustenta que um aspecto material da jurisdição é a inclusão social, ao passo que Luiz Guilherme Marinoni³⁷³ encarece que o procedimento deve ser necessariamente o mais idôneo à efetiva tutela do Direito Material:

Perceba-se que o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento instituído, ou a conceito tradicional de acesso à justiça. Não importa apenas dizer que todos (pobres ou ricos) devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e advogados, mediante a efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova.³⁷⁴

Propõe, então, esse autor que o direito à tutela jurisdicional:

[...] ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como direito a prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela das situações de direito substancial.³⁷⁵

³⁷¹ PIMENTA, 2008, p.38.

³⁷² PAULA, J. L. M., 2002.

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.28, p.306, 2003.

³⁷⁴ MARINONI, loc. cit.

³⁷⁵ MARINONI, loc. cit.

Feitas essas considerações, há que se enfrentar algumas das questões que gravitam ao redor da crise do dissídio individual que, em boa medida, também não deixa de ser uma crise do paradigma privado e individualista, ante o decréscimo do espaço público.³⁷⁶

O acesso à justiça – para além do teor da *segunda onda* renovatória – está ligado, estruturalmente, aos princípios da efetividade, celeridade, simplicidade e instrumentalidade processuais. Do campo semântico desses princípios, pondere-se, devem exsurgir os contornos de uma busca por um processo célere e, ao mesmo tempo, efetivo.

Em perspectiva um pouco diferente, Guy Rocher³⁷⁷, em estudo que analisa as relações entre efetividade e o caráter sociológico do Direito, embora afeto à *common law*³⁷⁸, primeiramente alerta que a noção de efetividade do direito se situa num campo um tanto vago entre os vetores da *força do Direito*³⁷⁹ e do *impacto da Lei*³⁸⁰. Realça, portanto, a investigação da eficácia da lei a partir da incorporação de seu conteúdo prescritivo nas condutas que pretende regular, bem como a compreensão de seu alcance pelos destinatários.

Por conseguinte, estudar a eficácia reclama por uma investigação empreendida, sobretudo, a partir do mundo dos fatos:

*Étudier l'effectivité attendue, c'est observer des faits d'une nature particulière. Il ne s'agit pas de l'effectivité dans les faits, mais de l'effectivité telle qu'elle se présente dans l'esprit de l'auteur du droit, juge, législateur, administrateur ou même contractant. Il s'agit bien de faits, mais de faits que l'on peut décrypter par l'analyse du discours écrit ou oral de l'auteur du droit, ou de gests posés par lui, voire de ses silences.*³⁸¹

³⁷⁶ Aqui tomado sob a perspectiva arendtiana.

³⁷⁷ ROCHER, Guy. L'effectivité du droit. In: LAJOIE, André; MacDONALD, Roderick A.; JANDA, Richard; ROCHER, Guy. **Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité**. Montréal, Les Éditions Thémis, 1998. p.133-149.

³⁷⁸ A partir do Direito Canadense.

³⁷⁹ No original: "*la force du droit*" (Ibid., p.136).

³⁸⁰ No original: "*l'impact' de la loi*" (ROCHER, loc. cit.).

³⁸¹ Ibid., p.139. Em tradução livre: "Estudar a efetividade atingida significa observar os fatos, considerando suas peculiaridades. Não se trata da efetividade que emana dos fatos, mas da efetividade tal qual ela se apresenta no espírito de Julgador, Legislador, Administrador ou, mesmo do Contratante. Trata-se de fatos, que podem ser decifrados pela análise do discurso, escrito ou oral, do operador do Direito ou de seus gestos, ou mesmo de seus silêncios".

A questão da efetividade, portanto, na visão desse autor, estaria visceralmente ligada à origem da força do direito enquanto agente interventor no tecido social, situando-se no âmbito público:

L'effectivité du droit renvoie à la question: "quelle est la force du droit et d'où la tire-t-il?" ou encore à celle du "sérieux du droit". Particulièrement dans le cas du droit public. Et la question se pose tout autant dans le cadre de sociétés autoritaires que dans le cas de sociétés démocratiques, bien qu'avec d'évidentes variantes. Particulièrement dans ces dernières, où elle jouit d'une liberté qui lui est toujours refusée dans les premières, la sociologie du droit trouve dans la démarche pluridisciplinaire engagé pour répondre à ces questions un vaste champ de recherche. Elle a ici quelque chance de contribuer pour sa part à une certaine théorie du droit.³⁸²

No Brasil, Candido Rangel Dinamarco³⁸³ foi quem descortinou esse viés sociológico da efetividade. Todavia, como ele mesmo adverte, a visão instrumentalista do processo no Brasil é recente. Por intermédio dessa ótica é que a finalidade última de tutela do direito material deve ser pensado a partir dos "benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material"³⁸⁴.

Convém, ainda, pensar a efetividade como desdobramento desejado da instrumentalidade, no sentido de materialização de eficácia da norma e, segundo esse mesmo autor, trata-se a efetividade da plena realização da sua "função sócio-político-jurídica do processo"³⁸⁵, em moldes semelhantes àqueles propostos por Guy Rocher.³⁸⁶

³⁸² ROCHER, 1998, p.148-149. Em tradução livre: "A efetividade do Direito remete à questão: 'qual é a força do direito de onde ela é extraída?' Ou ainda, àquela do 'direitos sérios', particularmente no caso do Direito Público. E a questão se coloca tanto no quadro das sociedades totalitárias como no caso das sociedades democráticas, se bem que com variantes, evidentemente. Particularmente no caso destas, que gozam de uma liberdade sempre recusada no caso das primeiras, a Sociologia do Direito encontra, ao adotar-se uma abordagem multidisciplinar, vasto campo de pesquisa para contribuir com a sua parte à Teoria do Direito",

³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.10-32.

³⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.15.

³⁸⁵ DINAMARCO, op. cit., p.270.

³⁸⁶ ROCHER, op. cit., p.133-149.

Nesse sentido, o princípio da máxima efetividade, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, não apenas se projeta sobre todo o corpo constitucional, como também implica afirmar que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido de que maior eficácia lhe dê"³⁸⁷.

No princípio da garantia de acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil³⁸⁸, incluem-se todos os demais princípios, como é necessário realçar, sendo para um amplo e efetivo alcance que os demais atuam. Ainda, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco³⁸⁹, tem-se na garantia do acesso à justiça o "princípio-síntese e objetivo final", ressaltando que não garante simples direito de ajuizamento da demanda, mas assegura, de forma ampla, o acesso a uma ordem jurídica justa, onde, de fato, recebe-se *Justiça*.

Enfatizando que o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, sem condicionamentos, é conquista histórica que surgiu a partir do momento em que foi vedada a autotutela privada, Fredie Didier Júnior assim considera: "então, ao criar um direito, estabelece-se o dever do Estado prestar a jurisdição"³⁹⁰.

Pode-se até afirmar, assim, que conformação e organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais, de acordo com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado momento. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.³⁹¹

Analisando a crise do modelo processual brasileiro contemporâneo e os meios que podem facultar um melhor e mais efetivo acesso à Justiça, Sérgio Torres Teixeira³⁹² conclui a reflexão que desenvolve inferindo que os modelos normativos

³⁸⁷ CANOTILHO, 2003, p.1210.

³⁸⁸ "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 2009b, p.27).

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.3. p.134 e 267.

³⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juris Podivm. 2007. v.1. p.79.

³⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.260-261.

³⁹² TEIXEIRA, Sérgio Torres. Acesso à justiça e crise do modelo processual brasileiro contemporâneo: superando os obstáculos à efetividade do processo trabalhista. In: GOMES NETO, José Wanderley. **Dimensões do acesso à Justiça**. Salvador: Juspodivm, 2008. p.235-252.

existentes "[...] tanto no plano material como no âmbito processual, não se limitam à lei. O direito é mais amplo que esta, e a justiça é ainda maior de que o direito"³⁹³.

Dito isso, e levando-se em consideração que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, verifica-se que, na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição, o Estado-juiz não deve se limitar a conformar o processo às normas constitucionais. Isso porque ao Estado-Juiz compete concretizar o processo por meio da via interpretativa, mesmo em caso de omissão ou de insuficiência legislativa, com reflexo direto naquilo que é decidido e na maneira como é por ele conduzido.³⁹⁴

3.2.2.6 Direitos coletivos como direitos sociais

Considerando-se a atual – e merecida – centralidade conferida aos Direitos de Personalidade e Direitos Sociais, decorrência dos novos vetores de hermenêutica constitucional, a tutela de direitos coletivos também começa a receber esses influxos renovatórios, para ser considerada materialmente de interesse social.

Situando o tema da tutela da personalidade no ordenamento civil sob o enfoque constitucional, Gustavo Tepedino³⁹⁵ afirma que a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana e a adoção do princípio da igualdade formal e substancial, todas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, projetam efeitos hermenêuticos importantíssimos sobre a compreensão do direito infraconstitucional. Vai mais longe e conclui que o desdobramento dessa opção pela centralidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao sentido programático de redução das desigualdades sociais,

³⁹³ TEIXEIRA, 2008, p.251.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro: temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Capítulo primeiro.

[...] juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, formada como valor máximo pelo ordenamento.³⁹⁶

Interessante questão é levantada por Ingo Wolfgang Sarlet³⁹⁷, na medida em que problematiza a titularidade dos direitos sociais, se individual ou coletiva.

Inicia contextualizando os direitos sociais³⁹⁸, já pelo seu forte vínculo³⁹⁹ com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial. Esclarece, também, que surgiram e foram incorporados ao plano internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.

Para esse autor, os direitos sociais não são, em geral, direitos coletivos, mas sim, precipuamente, direitos humanos e fundamentais concernentes à pessoa individual. Não devem, pois, serem compreendidos como afastando uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou mesmo com a circunstância de que direitos sociais podem ser também direitos coletivos e, mesmo em determinadas circunstâncias, difusos, exemplificando o direito ao trabalho.

É nesse sentido que Jürgen Habermas⁴⁰⁰ apreende "o surgimento de uma esfera do social", cuja regulamentação poderia ser dividida entre a estrutura burocrática do Poder Público e a sociedade (coletivamente considerada⁴⁰¹).

Argumenta Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰² que o direito ao trabalho, direito social constitucionalmente assegurado⁴⁰³, fornece a conexão entre uma dimensão individual e

³⁹⁶ TEPEDINO, 2001, p.28.

³⁹⁷ SARLET, 2003, p.217-218.

³⁹⁸ Tanto na condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

³⁹⁹ Pelo menos em boa parte dos casos.

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.68 e segs.

⁴⁰¹ Jürgen Habermas cita como exemplos dessa articulação: "[...] a jurisdição no plano interno, auto-afirmação perante o plano externo". (Ibid., p.126).

⁴⁰² SARLET, op. cit., p.217.

⁴⁰³ Conforme art. 6.º, da CRFB: "Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". (BRASIL, 2009b, p.30, grifo nosso).

coletiva, visto tanto se referir à garantia de condições de acesso a um trabalho digno para cada pessoa individualmente considerada e na sua proteção no âmbito das relações de trabalho, mas apresentando, também, uma face coletiva (transindividual) inequívoca, como fundamento da obrigação estatal de promover políticas públicas que resultem na criação de vagas no mercado de trabalho:

[...] mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social.⁴⁰⁴

Por outro lado, conforme observa Guadalupe Louro Touros Couto⁴⁰⁵, no âmbito do Direito do Trabalho, a coletivização do processo em redobrada importância, seja porque tende a haver uma multiplicidade de trabalhadores vinculada a um mesmo empregador, seja porque essa mesma coletividade pode estar vinculada a uma questão social comum. Essas duas situações, que são comuns, fazem emergir direitos transindividuais. Em razão da hipossuficiência ínsita ao trabalhador médio e da relação de dependência que mantém com o empregador, as ações coletivas desempenham importante papel na despersonalização processual dos litígios.

⁴⁰⁴ SARLET, 2003, p.217.

⁴⁰⁵ COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.292.

3.3 ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

3.3.1 Legitimidade Ativa e Extensão dos Efeitos da Coisa Julgada

Há uma direta correlação entre o direito coletivo e as transformações econômico-sociais posteriores à Revolução Industrial, a partir da qual tomou visibilidade a massificação não apenas da produção, como também da sociedade. A partir desse marco, inclusive, a tutela coletiva de direitos passou a ser reconhecida como uma importante alteração de paradigma⁴⁰⁶, em prol da efetividade, no processo.

No entanto, não se olvida que foi o contexto medieval que gestou o modelo de ação de classe, informou a *common law* e chegou até o direito brasileiro a partir das investigações da doutrina italiana.⁴⁰⁷

Um dos principais autores brasileiros que se dedicaram ao tema do processo coletivo, Antonio Gidi, aliás, no conjunto de sua obra⁴⁰⁸, sempre defendeu a busca dessa fonte medieval, para construir o direito coletivo, sem o vezo da *civil law* que lhe imprimiu a doutrina italiana.

Embora o modelo continental tenha obtido melhor aceitação na doutrina brasileira, não deixa de ser interessante observar que a ambiência medieval colaborou para o desenvolvimento do processo coletivo, exatamente porque não era obrigado a enfrentar duas dificuldades teóricas capitais, que hoje representam um problema, inclusive dentro da *civil law*, que adotou o modelo medieval.

O primeiro problema refere-se à legitimidade ativa, que na ação de classe é assumida por mais de um representante da classe, que se investe na legitimidade de representação dos demais. O segundo problema, decorrência do primeiro, refere-se à extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva.

⁴⁰⁶ Tanto que Mauro Cappelletti e Bryant Garth classificaram-na como um movimento importante de sucessão de paradigmas, ao tratarem da segunda onda renovatória do processo, conforme visto em no item 3.1.2.

⁴⁰⁷ Sobretudo: CAPPELLETTI, 1975 e 1976.

⁴⁰⁸ Vide, sobretudo: GIDI, 2007.

No cenário medieval, como esclarece Márcio Flávio Mafrá Leal⁴⁰⁹, os grupos eram homogêneos⁴¹⁰ e os integrantes desse grupo identificavam-se facilmente como membros da classe e, também, como representantes dela, "por não se discernir *indivíduo* de *comunidade*, como se concebe hoje"⁴¹¹.

A transposição do modelo da *common law* para o direito continental exige o enfrentamento de dois problemas, o primeiro quanto à legitimidade, o segundo, que é consequente lógico do primeiro, da extensão da coisa julgada. Num processo pensado pelo prisma eminentemente individual, como o nosso, isso exige um esforço adaptativo.⁴¹²

A *civil law*, ao adotar o modelo das *class actions*, que é exatamente a ação de classe medieval, adaptou-o, e o resultado final dessa apropriação resultou diferente daquele modelo.

Não tendo optado pela vinculação da coisa julgada à classe, resolveu-se o problema pela coisa julgada de efeitos diferenciados *secundum eventum litis*, de forma a que não houvesse prejuízo àqueles que não aderissem à demanda. Da mesma forma, salvagam-se os resultados positivos para aqueles que dela não participaram, diferindo frontalmente do sistema *opt in* e *opt out* da *class action*. Por meio desse sistema, a parte é notificada para manifestar interesse em não participar da demanda proposta em nome de classe da qual faça parte e, em não o fazendo, resta vinculada à decisão e à coisa julgada que se vier a formar.

3.3.2 Tutela Inibitória Específica dos Direitos Coletivos de Natureza Social

Na consideração de que o direito material precisa ser efetivamente tutelado e de que a tutela tradicional pela reparação (ressarcitória) não evita o ilícito, Luiz Guilherme Marinoni⁴¹³, com ênfase nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro

⁴⁰⁹ LEAL, 1998, p.29-32.

⁴¹⁰ O que rendeu ensejo inclusive à expansão das Corporações de Ofícios.

⁴¹¹ *Ibid.*, p.27.

⁴¹² Nesse sentido, a coisa julgada *secundum eventum litis* foi pensada para resolver os dois problemas.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.29-309.

consagra uma ação inibitória atípica, capaz de atender aos direitos da personalidade (ação inibitória individual) e aos direitos que requerem defesa coletiva⁴¹⁴ (ação inibitória coletiva).

Discorre esse mesmo autor que a tutela inibitória é decorrência procedimental do princípio geral da prevenção⁴¹⁵ e, embora pontualmente prevista no ordenamento⁴¹⁶, representa meio inequívoco para conferir efetividade à tutela, demorando para se expandir visto que a sentença que a corporifica não se enquadra na classificação trinária.

No entanto, em vista da necessidade de tutela preventiva de direitos, bem como da relevância constitucional da dignidade da pessoa humana⁴¹⁷ "pesa, portanto, sobre a doutrina processual, a grave e importante incumbência de elaborar, teoricamente, um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores do tempo presente"⁴¹⁸.

A maior qualidade da tutela inibitória é seu caráter manifestamente preventivo e efetivo, pois prescinde da ocorrência da violação de um direito⁴¹⁹, bastando a configuração de um ilícito.

Veza mais referindo o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet⁴²⁰, os direitos de natureza social, sem dúvida, reclamam por tutela efetiva e tempestiva, exatamente pela natureza qualificada de seu objeto e sua proximidade ao princípio condutor da dignidade da pessoa humana, considerada pelas constituições modernas como núcleo central dos direitos fundamentais. No Brasil, esse superprincípio está inserido como um dos fundamentos da República.⁴²¹ Daí a orientação de que o princípio da dignidade da pessoa humana deverá servir como norte interpretativo geral, vinculando o intérprete em seu ofício. Claro está, ainda, que da dicção do artigo 170, *caput*, da Constituição

⁴¹⁴ Tutela ao consumidor, ao meio-ambiente etc.

⁴¹⁵ MARINONI, 2006, p.71.

⁴¹⁶ Ibid., p.23.

⁴¹⁷ CRFB: "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]" (BRASIL, 2009b, p.17).

⁴¹⁸ MARINONI, op. cit., p.23.

⁴¹⁹ Caso em que incide a tutela reparatória.

⁴²⁰ SARLET, 2003, p.217.

⁴²¹ CRFB: "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]". (BRASIL, op. cit., p.21).

da República Federativa do Brasil⁴²² extrai-se que a vida digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano, e como bem define José Felipe Ledur: "A dignidade humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada"⁴²³.

Tratando especificamente da tutela inibitória em demandas coletivas, Sérgio Cruz Arenhart⁴²⁴ assevera que a tutela, especialmente a de natureza coletiva, deveria sempre procurar a *restitutio* material do bem lesado, evitando-se a via reparatória.

Isso é especialmente relevante no que atine ao Direito do Trabalho, Direito Social por excelência. No entanto, em que pese seu caráter intuitivo, não é possível excluir-lhe um viés patrimonialista, que encontra esteio na raiz privatística que lhe antecede e subsidia, e cuja resultante final é a monetarização dos riscos a que se sujeita o trabalhador quando vitimado por resultado infortunistico, em regra satisfeito pela via da reparação pecuniária⁴²⁵. Isso é assaz importante na medida em que se verifica que o fenômeno de monetarização dos riscos tocante à insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho, bem como o caráter meramente compensatório das indenizações por acidente de trabalho e aposentadorias especiais perpassam todo o sistema.

Evidentemente é inviável a completa erradicação do fator risco na execução do contrato de trabalho⁴²⁶, sob pena até mesmo de cerceamento de atividades empresariais que trazem o risco como condição inerente.⁴²⁷

Aí reside uma interessante reflexão sobre a natureza da violação da norma trabalhista e dos meios de que dispõe o sistema para reprimir condutas ou para restaurar o *status quo ante violatio*.

Nesse contexto, a prevenção do risco laboral insere-se no campo da responsabilidade empresarial, como cláusula de base, pois que a propriedade deve não apenas ser utilizada sem abuso, como também observar sua função social, o que, vez

⁴²² CRFB: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]". (BRASIL, 2009b, p.118-119).

⁴²³ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.95.

⁴²⁴ ARENHART, 2003, p.225.

⁴²⁵ Tal como ocorre no Direito Privado.

⁴²⁶ Que seria a solução mais apropriada.

⁴²⁷ Apenas exemplificativamente: a atividade de vigilância, produção de artefatos explosivos, dentre outras.

mais, evidencia a necessidade de tratar o Direito sob o prisma material e processual, quando se pretende dar concreção à efetividade.

No que pertine às demandas trabalhistas, Paulo Ricardo Pozzolo⁴²⁸ trata das várias formas em que a inibição ou remoção do ilícito pode – e deve – ser empreendida na seara laboral, onde sempre será preferível a prevenção ou a remoção do ilícito. No entanto, o anelo dessa efetividade pressupõe a superação da divisão trinária⁴²⁹ da sentença. Isso porque somente a outorga de decisões mandamentais e executivas *lato sensu* tem aptidão a dar imediata funcionalidade à ordem judicial adequada à tutela apropriada aos Direitos Sociais do Trabalho.

3.3.3 Liquidação e Execução Coletiva

O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 97 a 100, com destaque para os artigos 97⁴³⁰ e 98⁴³¹, disciplina a liquidação e a execução coletiva de direitos.

Assim, uma vez obtida a sentença, segundo Teori Albino Zavascki⁴³² cessa a legitimação extraordinária, cumprindo a cada interessado o manejo de ação específica. E isso acontece em razão da iliquidez típica da sentença coletiva, cumprindo seu imediato enfrentamento, pois, consoante alertam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, muitas vezes "[...] não se pode definir, na fase de conhecimento, quem é o seu sujeito ativo"⁴³³.

⁴²⁸ POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação inibitória no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. Capítulo primeiro.

⁴²⁹ Que envolve as eficácias declaratória, constitutiva e condenatória.

⁴³⁰ Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82. (BRASIL, 2009b, p.926).

⁴³¹ "Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções § 1.º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado. § 2.º É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II - da ação condenatória, quando coletiva a execução" (BRASIL, loc. cit.).

⁴³² ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.32, n.127, p.83-96, jul./set. 1995.

⁴³³ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2009, p.370.

No que respeita à execução trabalhista de direitos coletivos, em virtude do sistema de substituição processual, pelo sindicato de classe, a execução se perfaz – ou deveria se perfazer – na mesma via.⁴³⁴

No entanto, embora na Justiça do Trabalho, o artigo 876 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho ditem as regras executivas no âmbito dessa Justiça Especializada.⁴³⁵

Contudo, inexistente previsão específica⁴³⁶ acerca da execução coletiva. Desse modo, constatada a omissão material e manifesta a compatibilidade do rito previsto no Código de Defesa do Consumidor⁴³⁷ para execução de direitos coletivos⁴³⁸, pois é preciso em momento oportuno estabelecer o alcance da coisa julgada e da litispendência.

Importante frisar que a condenação genérica⁴³⁹ evita prejuízos aos substituídos e permite, que na liquidação e execução se faça a habilitação ou a representação para recebimento de eventuais créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente.

Enquanto não sobrevierem normas especiais sobre a questão da substituição no processo do trabalho, entende Ronaldo Lima dos Santos⁴⁴⁰ que são plenamente aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública à ação de cumprimento e outros instrumentos processuais de tutela coletiva de direitos, face à determinação expressa do artigo 21 da Lei n.º 7.341/85, acrescentado pela Lei n.º 8.078/90, entendimento que se fundamenta no permissivo do artigo 769 da CLT, assim concluindo:

⁴³⁴ No processo do trabalho, o art. 3.º da Lei n.º 8.073/90, em consonância com o art. 8.º, III, da Constituição Federal, confere aos sindicatos ampla legitimidade para defenderem em juízo os direitos da categoria, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual.

⁴³⁵ Além disso, a Súmula 310 do TST estabelecia que "Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento". (Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2010). É verdade que a Súmula 310 do TST foi cancelada pela Resolução 119/03. Tal cancelamento, contudo, decorreu da alteração da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da ampla legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual.

⁴³⁶ Embora o artigo 872 da CLT submeta o cumprimento da decisões às regras de seu Capítulo II e Título X, nada refere sobre a especificidade e o procedimento adequado à execução coletiva.

⁴³⁷ Artigos 91 e seguintes do CDC.

⁴³⁸ Iguamente, é compatível o rito previsto na Lei de Ação Civil Pública.

⁴³⁹ CDC, "Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". (BRASIL, 2009b, p.1204).

⁴⁴⁰ SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008.

No caso de ações coletivas típicas ou não do processo do trabalho, devem ser aplicadas as normas que regem o direito processual coletivo, e não aquelas de cunho liberal-individualístico do Código de Processo Civil, posto que estas são, num primeiro momento, incompatíveis com a natureza coletiva das lides em comento. Somente na falta de normas pertinentes a ações coletivas deve o intérprete buscar alento nas normas do Código de Processo Civil.⁴⁴¹

Cabe, aqui, a lição de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴² acerca da necessidade de tutela adequada ao direito material que o processo visa a concretizar, sobretudo se social, como é o caso de um direito de natureza trabalhista e coletivo, pois

Quando se afirma que o juiz deve interpretar as regras processuais em conformidade com a Constituição, deseja-se evidenciar que a decisão, diante de suas interpretações possíveis, deve preferir aquela que dê concretude ao direito a ser tutelado, ou seja, aquela que confira a tutela jurisdicional prometida ao jurisdicionado, desde que – é claro – não desconsidere direito fundamental do réu.⁴⁴³

Portanto, parece apropriada, todavia, em prol da tempestividade e efetividade que se esperam do processo coletivo, a observância do regramento previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese esse ainda não ser o entendimento prevalente, já existem decisões observando esse técnica executiva, importando analisar o acórdão, de Relatoria do Juiz Eduardo Milléo Baracat, assim ementado:

AÇÃO DE CUMPRIMENTO - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. As decisões proferidas em processo decorrente de ação de cumprimento seguirão as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor. Os empregados da Ré, associados do Sindicato Autor, que se enquadram na hipótese acima indicada poderão se habilitar, diretamente, ou através do Sindicato autor, nos termos do art. 97 do CDC. Tendo em vista o disposto no art. 7.º, XXIX, da Constituição, terão os interessados o prazo de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão, para realizar a habilitação no processo de

⁴⁴¹ SANTOS, R. L., 2008, p.27.

⁴⁴² MARINONI, 2003, p.328.

⁴⁴³ MARINONI, loc. cit.

liquidação. A liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis, de modo que aquele que comparecer em Juízo para habilitar crédito do empregado interessado deverá apresentar procuração para promover a respectiva liquidação. O procedimento de liquidação será realizado em autos separados, sendo possível a formação de litisconsórcio ativo.⁴⁴⁴

Nesse processo, foi determinada a habilitação e liquidação do processo consoante as regras respectivas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, restou facultada aos empregados da Ré, associados do Sindicato Autor, a possibilidade de se habilitarem na execução nos termos do artigo 97⁴⁴⁵ do já mencionado diploma legislativo.

Destarte, a habilitação de interessados sujeita-se ao prazo de cinco anos, estabelecido no artigo 7.º, XXIX⁴⁴⁶, da Constituição da República Federativa do Brasil, contados a partir da publicação do edital a ser fixado no átrio da Vara, podendo, obviamente, o Sindicato também promover a divulgação do prazo.

No que respeita ao procedimento de liquidação⁴⁴⁷, tomou-se em conta a divisibilidade dos interesses, de forma que resta deslocada para os empregados titulares dos direitos, para o que deverão apresentar o instrumento de mandato, a cópia da carteira de trabalho demonstrando a existência de relação de emprego no período exequendo, bem como a certidão de trânsito em julgado, documentos para apuração de diferenças e a sentença ou acórdão exequendo.

⁴⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região. **Recurso Ordinário n.º 03562/2007**. Rel. Juiz-convocado Eduardo Milléo Baracat, data da publicação no DJ em 10/06/2008. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

⁴⁴⁵ CDC: "Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82". (BRASIL, 2009b, p.1.204).

⁴⁴⁶ "CRFB: Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; [...]". (Ibid., p.32).

⁴⁴⁷ A ser realizado em autos apartados, sendo que a fixação de honorários advocatícios dar-se-á em cada procedimento de liquidação.

3.3.4 Dano Moral Coletivo Trabalhista

O dano moral coletivo, consoante definição de Carlos Alberto Bittar Filho⁴⁴⁸, representa a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, de forma que está em pauta a violação de um conjunto de direitos abstratamente considerados.

Essa modalidade de ilícito projeta-se, portanto, sobre a esfera moral da coletividade, que é atingida pela conduta lesiva do causador do dano.

Não basta que esteja presente a antijuridicidade na conduta lesiva, mas deverá estar qualificada pela lesão de valor, que se situa no plano do transbordamento para além do contexto meramente individual. No que respeita ao Direito do Trabalho, tal violação muitas poderá estar ligada à inobservância para com a dignidade humana, com o valor social do trabalho, com a função social da empresa e com o meio ambiente.

Os pressupostos básicos para reconhecimento da responsabilidade civil, consoante Xisto Tiago Medeiros Neto, são os mesmos que são utilizados regularmente em sede de tutela individual, formulando-se-os conforme a moderna teoria da responsabilidade civil, da seguinte forma:

[...] (a) a conduta do agente (comissiva ou omissiva) que denote antijuridicidade (ou seja, suficiência para causar, inclusive por força do risco assumido, uma lesão injusta a interesses alheios), (b) a existência de dano (material ou moral) e (c) o nexa causal entre ambos (conduta e dano).⁴⁴⁹

A diferença, relativamente ao dano moral individualmente considerado, reside no plano em que ocorre a lesão, qual seja, o plano metaindividual, reclamando, evidentemente, pela tutela adequada.

⁴⁴⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v.12, p.55, 1994.

⁴⁴⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007. p.30.

Raimundo Simão de Melo⁴⁵⁰ afirma que a tutela coletiva é apropriada para situações dessa natureza, inclusive mediante manejo de ação civil pública:

[...] o objetivo maior da Lei n.º 7.347/85 e da jurisdição coletiva é dar efetividade ao direito metaindividual e estabelecer meios coativos ao autor do dano ou da ameaça de lesão para que se abstenha da conduta danosa. E a condenação em dinheiro pelos danos genericamente causados visa exatamente punir o réu, com efeito pedagógico para que não mais pratique o ato danoso.⁴⁵¹

Importante descrever, ainda que de forma breve, decisão na qual o Tribunal Superior do Trabalho entendeu⁴⁵² que a conduta ilícita patronal, que afeta a coletividade de trabalhadores, violando direitos sociais constitucionalmente assegurados⁴⁵³, atrai o dever de indenizar o dano moral coletivo ocasionado.

Na mencionada decisão, relatada pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, a Alta Corte trabalhista, julgando ação civil pública envolvendo ato atentatório à dignidade de trabalhadores rurais, reconheceu oportuna a proteção de direitos transindividuais "[...] cujos titulares são os trabalhadores rurais da região de Minas Gerais ligados entre si com os recorrentes por uma relação jurídica base, ou seja, o dispêndio da força de trabalho em condições que aviltam a honra e a dignidade e na propriedade dos recorridos"⁴⁵⁴, que sofreram coletivamente dano moral, em razão das precárias condições de trabalho a que foram submetidos pelo empregador.

⁴⁵⁰ A indenização pelo dano moral coletivo está positivada no artigo 1.º da Lei n.º 7.347/85: "Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V- por infração da ordem econômica e da economia popular; VI - à ordem urbanística" (BRASIL. Lei n.º 7.347/85. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 maio 2010).

⁴⁵¹ MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008. p.111.

⁴⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 56.140-15.2004.5.03.0096**. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, data de publicação no DJ 19/10/2007. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 maio 2010.

⁴⁵³ CRFB, artigos 7.º, incisos VIII, XIII e XXII.

⁴⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 56.140-15.2004.5.03.0096**. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, data de publicação no DJ 19/10/2007. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 maio 2010.

4 O PAPEL DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO TRABALHISTA COMO AGENTE DE EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

4.1 EFETIVIDADE E PROVA: A IMPORTÂNCIA DA REPARTIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA JUDICIÁRIA

Como referenciado nos capítulos anteriores, a efetividade está visceralmente ligada à ideia de prestação jurisdicional que evite violação do direito, faça cessá-la ou, isso sendo impossível, restabeleça-o ao *status quo ante violatio*. Trata-se de um enfrentamento pelo viés fático.⁴⁵⁵

A coletivização, é certo, favorece grandemente esse desiderato, todavia não o exaure, nem o assegura por completo. A prova judiciária, como responsável direta pelo direcionamento final da demanda, parece representar importante via para analisar estratégias de efetividade. Isso seguramente envolve a superação de paradigmas⁴⁵⁶ de fortalecimento da dimensão pública⁴⁵⁷ no seu viés de interesse social do processo.

A perspectiva pluralista também tem espaço em matéria de prova, na medida em que a desejada paridade de armas entre os demandantes, ingrediente primal da efetividade, pode ser assegurada mediante distribuição de ônus que, relativizando a rígida divisão dos planos material e processual, tome em conta a natureza do direito processual tutela. Essa constatação parece direcionar a hipótese inicial à conclusão de que a efetividade está diretamente ligada à distribuição dos ônus probatórios.

Nesse caso, e como já sinalizam importantes regramentos *de lege ferenda*⁴⁵⁸, a distribuição dos ônus probatórios é o ponto nodal do resultado prático do processo e, em consequência, da efetividade que dele se espera, remetendo à questão, em última análise, à prova e, conseqüentemente, à distribuição de seus ônus.

⁴⁵⁵ Considerando-se o resultado da demanda.

⁴⁵⁶ Sobretudo, o paradigma liberal-individualístico que marca a ciência processual.

⁴⁵⁷ No sentido das matizes de espaço público que o processo contempla.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, acolheram a tese da distribuição dinâmica dos ônus probatórios tanto o ACBPC, como o anteprojeto de CPC, sendo importante ressaltar que esse último diploma, embora naturalmente vocacionado à disciplina do dissídio individual, também tende a relativizar a regra monolítica da distribuição estática encampada pelo CPC vigente.

A função jurisdicional do Estado presume a necessidade de se encontrar a melhor solução à lide. Por conseguinte, as partes vão deduzir suas pretensões, que sustentam como verdadeiras, no intuito de vencer a demanda. No entanto, em razão do princípio da verdade real, o Estado-Juiz tem interesse em encontrar a verdade dos fatos e, para tanto, a prova será, talvez, o único instrumento para o alcance dessa meta. Outra questão importante diz respeito aos limites de intervenção do Juiz, diretor do processo, em prol da busca da verdade real.⁴⁵⁹

Isso é ainda mais importante na seara coletiva, haja vista que, na medida em que os direitos tutelados transbordam a barreira da individualidade⁴⁶⁰, reclamam por maior atenção e interferência do Juiz na realização da verdade material. Nesse sentido, a oportuna lição de Rui Portanova: "em matéria de prova, o interesse público aparece com toda sua força e leva o processualista civil para caminhos que se aproximam do processo penal"⁴⁶¹.

Parece apropriado, então, o aprofundamento dos temas afetos à especificidade da prova no direito processual em sua forma coletiva e, dentro do principal viés deste estudo – a efetividade da tutela jurisdicional⁴⁶² –, enfatizar alguns aspectos da prova, que é talvez o ponto mais relevante para a realização concreta desse objetivo.

Não se olvide que Leo Rosenberg⁴⁶³ considerou a prova a *coluna vertebral* do processo. Realçando que a importância desse instituto é política e situa-se no viés do devido processo legal, Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶⁴ considera-o um dos pilares fundamentais do sistema processual.

⁴⁵⁹ Na prática, isso implicaria na possibilidade de produção probatória de ofício pelo Juiz.

⁴⁶⁰ Na tutela de direitos difusos é indiscutível o interesse público que imanta essa classe de direitos, exatamente porque indetermináveis e indivisíveis. No entanto, essa característica, embora em proporção diversa, também marca os direitos coletivos e individuais homogêneos.

⁴⁶¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.197.

⁴⁶² Muito embora a proposição temática desta dissertação se volte também à tempestividade da prestação jurisdicional, parece certo que esta é pressuposto da efetividade, o que permite referir à efetividade, pressupondo a contingência da tempestividade (cf. análise realizada no capítulo anterior).

⁴⁶³ ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesual Civil**. Tradução para o espanhol de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956. p.228.

⁴⁶⁴ DINAMARCO, 2004, p.47.

O processo coletivo, em que pese observe regramento conexo⁴⁶⁵ àquele fixado no Código de Processo Civil⁴⁶⁶, tem peculiaridades próprias⁴⁶⁷ e, dentre elas, a que mais importa à efetividade parece ser a técnica da distribuição dinâmica dos ônus probatórios.

4.1.1 Algumas Considerações Prévias sobre a Prova⁴⁶⁸

A prova envolve o público e o privado. É sua missão expor o privado (situações particulares que tenham conexão com a verdade buscada no processo) ao público (Estado-Juiz e partes⁴⁶⁹ envolvidas no processo), com a finalidade de estabelecer a verdade real ou, ao menos, aquela máxima *condição* de verdade que o juízo de avaliação dos elementos coligidos permita aferir, podendo-se falar, nesse sentido, em máxima verossimilhança do alegado.⁴⁷⁰

A prova é o elo de conexão do processo com o mundo dos fatos, os quais, pela tradição normativista e generalizante da *civil law*, em regra, recebem menor atenção que a articulação abstrata da norma (ou normas) que vão incidir sobre o caso concreto. Como bem pontuam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁷¹, a função

⁴⁶⁵ Considera-se aqui o conjunto legislativo que forma o microsistema de tutela de interesses metaindividuais, composto, principalmente, pela Constituição Federal, pela Lei de Ação Civil Pública, e pelo Código de Defesa do Consumidor, diplomas que regem de maneira mais ampla a matéria, sem prejuízo, evidentemente de diplomas que também tratam da tutela coletiva em âmbito incidental e específico (como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros).

⁴⁶⁶ E na CLT, no que se refere ao Processo do Trabalho.

⁴⁶⁷ Absolutamente distintos.

⁴⁶⁸ Disciplina legal genérica: CPC (artigos 332 a 457), CLT (artigos 818 a 830 e 852-D), CDC (artigos 4.º, I e 6.º, VIII) e CCB (artigos 212 a 232).

⁴⁶⁹ Em princípio, o Juiz deveria ser o destinatário da prova e as partes teriam ciência de seu conteúdo em razão dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. No entanto, salvo as situações de segredo de justiça, o princípio da publicidade faculta a qualquer pessoa acesso ao conteúdo do processo, em decorrência da publicidade dos atos processuais, o que evidencia, com máxima clareza, esse *sentido* público da prova.

⁴⁷⁰ Conforme se verá mais adiante, quando se analisam os módulos probatórios reduzidos e a prova indiciária.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.25.

da prova, justamente porque envolve o parâmetro fático, bem justifica o extenso regramento que lhe foi dedicado no Código de Processo Civil:

Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.⁴⁷²

Em termos conceptualísticos, na acepção mais usual⁴⁷³, a ideia de prova remete a todos os meios legítimos de que as partes podem lançar mão a fim de demonstrar a veracidade das alegações que deduziram em Juízo. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, dissertando sobre a Teoria Geral da Prova, pontua: "Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento*."⁴⁷⁴

No mesmo compasso, Francisco Antônio de Oliveira, também tratando do conceito de prova, esclarece:

Do ponto de vista processual, poder-se-ia dizer que a prova é o meio pelo qual a parte procura obter a confirmação dos fatos sobre os quais sustenta a existência de um direito (autor) ou a inexistência desse mesmo direito (réu). Vale dizer: é o trabalho desenvolvido pelas partes, em sede jurisdicional, para convencer o julgador da existência ou da inexistência de um direito.⁴⁷⁵

Francesco Carnelutti⁴⁷⁶ aprofunda essa reflexão, destacando o parâmetro de convencimento que envolve o tema probatório, quando disserta sobre seu sentido

⁴⁷² MARINONI; ARENHART, 2009, p.25.

⁴⁷³ O artigo 332 do CPC conceitua prova como "Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa" (BRASIL, 2009a, p.571).

⁴⁷⁴ DINAMARCO, 2004, p.43, itálico conforme o original.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A prova no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.23.

⁴⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002a.

jurídico, asseverando que, na linguagem comum, o termo prova se utiliza no sentido de comprovação da verdade de uma proposição, pois:

[...] somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade firmada.⁴⁷⁷

Ponderando que o conteúdo comum do conceito se encontra na antítese entre a *operação aritmética* e a *prova da operação*, conclui que:

Rigorosamente, pois, a prova deve diferenciar-se do *procedimento utilizado* para a verificação da proposição (afirmada); a distinção surge de maneira clara do exemplo da operação aritmética: a *prova* (do resultado) de uma operação de faz *mediante outra operação*, que é a operação de *prova*. Assim, a *prova* da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o *conhecimento* de um mesmo fato; o *conhecimento* não é prova, porém *dá* a prova da afirmação. Nesse sentido, é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos senão as afirmações, as quais não se conhecem porém se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, senão que se conhecem. Não obstante já na linguagem comum se produz uma transposição (translação) no significado do vocábulo, em virtude da qual, prova não designa tão somente a *comprovação*, senão do mesmo modo o *procedimento* ou a *atividade usada para a comprovação*; a *prova* já não é a demonstração da exatidão da operação aritmética obtida mediante outra operação, senão *esta mesma operação*; prova já não é a comprovação da verdade de uma afirmação mediante o *conhecimento do fato afirmado*, senão *este mesmo conhecimento quando se obtém para a comprovação da afirmação*. Opera-se assim uma alteração entre *resultado e procedimento ou atividade*, que responde em substância uma função intransitiva do vocábulo. Neste sentido, é justo dizer que objeto da prova são os fatos e não as afirmações: *os fatos se provam, enquanto que se conhecem, para comprovar as afirmações*.⁴⁷⁸

Nessa ordem de ideias, o objetivo da prova é dotar o juízo de elementos objetivos suficientes para declara ou negar a pretensão deduzida, com razoável margem de certeza.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ CARNELUTTI, 2002a, p.67.

⁴⁷⁸ Ibid., p.67.

⁴⁷⁹ O tipo de cognição que interessa ao presente estudo é a exauriente.

Em acréscimo, registre-se que, na fase cognitiva, as fontes de prova⁴⁸⁰ têm sua natural expressão no momento instrutório, oportunidade em que poderão se exteriorizar pelos meios regulares⁴⁸¹. Aliás, nesse sentido é que se fala no aspecto subjetivo da prova, que diz respeito à produção probatória em si mesma, realizada pelas partes.⁴⁸²

Quanto ao julgamento, a prova será fatalmente valorada e, dentro do critério da livre apreciação e da persuasão racional, de forma que o julgador vai ponderar, em princípio, a quem cabe o ônus de provar, e como foi ele dirimido pela parte a quem incumbia, a fim de proferir um pronunciamento judicial favorável, ou não, dependendo do caso.

Nesse viés, o ônus da prova constitui-se em regra de julgamento.

Cumpra, ainda, observar que, contrariamente ao processo civil que preza pela igualdade formal dos contendores, o processo do trabalho rege-se também pelas normas protetivas de Direito Material do Trabalho. O enfoque coletivo, embora possa reduzir a hipossuficiência do litigante trabalhador, não assegura uma completa superação dessa desigualdade. Basta considerar que fenômeno semelhante sucedeu na gênese do direito material trabalhista, mediante a coligação dos hipossuficientes em busca de melhores condições, e nem por isso foi-lhes possível efetivamente lograr a implementação das condições pretendidas no mundo fenomênico.

Portanto, nesse ponto do trabalho é conveniente analisar, isto sim, o ônus de prova no processo do trabalho e no processo civil, em razão da usual subsidiariedade do sistema trabalhista na fonte civilística, haja vista que o resultado prático do processo está diretamente ligado ao resultado da prova. Nessa medida, a prova responde em grande medida pela efetividade da tutela do direito material.

Tal constatação evidencia reflexos importantes quanto ao ônus da prova, que é diverso nesses dois ramos e quanto à sua distribuição, que deve se operar,

⁴⁸⁰ Com a habitual pertinência e técnica Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.57), subdivide o tema probatório em: *objeto da prova, ônus da prova, fontes de prova, meios de prova e valoração da prova*. Tais conceitos serão pontualmente utilizados nesta reflexão no sentido originário dado pelo autor há pouco referido.

⁴⁸¹ Nas modalidades usuais: documental, oral (testemunhal e depoimento das partes), pericial etc.

⁴⁸² Provar no sentido de demonstrar, portanto.

num primeiro momento, consoante os princípios regentes de cada ramo⁴⁸³, todavia modulado pela condição coletiva de tutela, que, a exemplo do modelo trabalhista, é mais aberta e também deita raízes constitucionais.

Considerado o núcleo mais importante do microsistema de direito coletivo, o Código de Defesa do Consumidor já acena para a conveniência da distribuição dinâmica de ônus probatórios, uma vez que admite e assegura, inclusive, até mesmo a inversão do ônus da prova, conforme expressa previsão de seu artigo 6.º, VIII. De mais a mais, o arcabouço preceptualístico desse diploma legal, além de semelhante, é compatível com o direito do trabalho, visto que, na mesma medida em que este, tem por finalidade a igualdade material, inclusive lançando mão de técnicas de tutela diferenciadas⁴⁸⁴ a fim de reduzir a desigualdade entre os contendores.

Da mesma forma, as prescrições versantes à prova da LACP e o arcabouço preceptualístico que envolve o tratamento coletivo de demandas devem sempre estar presentes.

Sobreleva notar que, mesmo em sede de tutela coletiva de direitos, que enseja uma prevalência do aspecto público naquilo que se refere à formação de um dos polos da demanda, é exatamente sobre o privado que vai se focar.

Portanto, vez mais presente a antinomia público e privado que, como bem assevera Gregório Assagra de Almeida⁴⁸⁵, tem solução constitucional, já que é a partir dessa fonte que o microsistema de direito processual coletivo se unifica, inclusive o juslaboralista.

Para tanto, nesse segmento do trabalho procede-se à análise de temas específicos referentes à prova na tutela metaindividual de direitos trabalhistas⁴⁸⁶, por se entender que a prova é fator decisivo na solução da demanda e, portanto, reflete diretamente a principal medida de efetividade⁴⁸⁷ – a pragmática⁴⁸⁸.

⁴⁸³ No caso, utilizam-se ferramentas conceituais do Direito Processual Coletivo, do Direito Processual Civil e do Direito Processual do Trabalho.

⁴⁸⁴ Especialmente a inversão do ônus probatório.

⁴⁸⁵ Vide: ALMEIDA, 2008.

⁴⁸⁶ Já que se busca uma resposta à efetividade, pela análise dos ônus probatórios, opta-se por limitar a análise aos ônus probatórios e não às espécies probatórias.

⁴⁸⁷ Obviamente, efetividade verdadeiramente seria a prevenção da lesão ao direito. Todavia, considerando-se essa já consumada, a prova assume o importante papel de assegurar o provimento que vai recompor o direito lesado.

⁴⁸⁸ Conforme sugerida por Guy Rocher e analisada no bloco anterior desse trabalho.

Com isso, é possível analisar, sob o paradigma coletivo, o leito individual em que corre o processo⁴⁸⁹, sem ofensa à literalidade dos preceitos utilizados regularmente no tratamento desses litígios.

4.1.2 A Influência do Direito Material no Plano da Prova

Admitindo-se a premissa de que é da prova que decorrerá o resultado fático do processo, revestido em procedência ou improcedência do pedido inaugural, bem como de sua relação direta com princípios fundantes do processo, dentre os quais se destacam, pela importância, aqueles do devido processo legal, da ampla defesa, e do contraditório, imperiosa se faz uma breve incursão no fundamento constitucional que lastreia o instituto analisado.

Outra premissa que exige análise quando se trata da prova diz respeito ao papel do Juiz na atividade probatória. Esclarece João Batista Lopes⁴⁹⁰ que essa atividade foi tradicionalmente descrita a partir da imparcialidade do Juiz diante da relação processual, que se limitava ao exame do conjunto probatório produzido pelos litigantes. No entanto, o reclamo de efetividade que perpassa a ciência processual contemporânea, segundo esse mesmo autor⁴⁹¹, concomitante à publicização do processo e do fortalecimento do instrumentalismo em prol da efetividade do processo, conduz ao advento de um papel de direção material do processo, balizado pelas garantias constitucionais asseguradas às partes.

⁴⁸⁹ Queria-se, ou não, o processo trabalhista, embora possua gênese material coletiva, desenvolve-se judicialmente, em regra, sob o prisma individual.

⁴⁹⁰ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.173 e segs.

⁴⁹¹ LOPES, loc. cit.

Nessa medida, as regras que constituem o devido processo legal-constitucional têm por finalidade estabelecer um modelo ideal de processo, pautado na efetividade de seu resultado.⁴⁹²

E, dentro dessa perspectiva, a postura ativa do Juiz na produção da prova, necessária para o ajustamento da igualdade material no caso do processo coletivo e do trabalho, a atividade probatória oficial não parece incompatível com a imparcialidade, pois esta é assegurada pelo contraditório.⁴⁹³

Embora esteja a se referir a contexto hermenêutico mais amplo, mostram-se oportunas e apropriadas à apreensão do fenômeno da prova as palavras de Dinaura Godinho Pimentel Gomes:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a idéia democrática como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Exige dos operadores do direito uma concepção diferenciada do que seja segurança, igualdade, justiça e liberdade, para impedir que o ser humano seja tratado como mero objeto, principalmente na condição de trabalhador, muitas vezes assim reconhecido, a serviço da economia, como uma simples peça da engrenagem.⁴⁹⁴

Consoante posicionamento adotado por Konrad Hesse⁴⁹⁵, deparando-se o intérprete com uma multiplicidade de pontos de vista⁴⁹⁶, não dispõe do arbítrio de

⁴⁹² Elton Venturi, inclusive vai além e fala em devido processo social: "[...] examinada a importância social da efetividade esperada da plena utilização das ações coletivas como instrumento determinante para o acesso à justiça, o que já autoriza a aludir-se ao estabelecimento de um **devido processo social**, trata-se de indagar-se em que medida ainda pode subsistir integralmente a interpretação emprestada tradicionalmente a muitas das figuras processuais clássicas, tais como a legitimação *ad causam*, a intervenção de terceiros e o instituto da prescrição". (VENTURI, 1997, p.14).

⁴⁹³ Um exemplo da viabilidade dessa postura ativa da magistratura está na distribuição dinâmica de ônus probatório. Um melhor exemplo reside na inversão do ônus da prova, que tem previsão legal e, que, embora rompa com a tradicional divisão estática de ônus processuais, demonstrou absoluta segurança, pois que é realizada dentro das balizas das garantias constitucionais do processo.

⁴⁹⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O respeito ao princípio da dignidade do trabalhador pelo estado-empregador: a inafastável observância da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade. **Revista LTr**, São Paulo, v.68, n.3, p.292, 2008.

⁴⁹⁵ HESSE, 1991, p.15-20.

⁴⁹⁶ Ou seja, diversos *topoi*. No que refere à tópica aristotélica, por conclusões dialéticas entendem-se aquelas que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que merecem contar com aceitação.

ideias, da faculdade de livremente eleger o ponto de vista que melhor lhe apraz, para fazer valer a Constituição, mas deve eleger a leitura consentânea com a realidade fática, que lhe confere normatividade. Pensando o processo constituição e sua instância de fixação de sentido da norma constitucional, Peter Häberle⁴⁹⁷ entendeu que a interpretação realizada pelos Juízes pode-se tornar "mais elástica e ampliativa, sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador"⁴⁹⁸.

Na contemporaneidade, segundo assevera Cássio Scarpinella Bueno⁴⁹⁹, o processo precisa ser repensado⁵⁰⁰ porque o direito material por ele tutelado, uma vez que transborda o plano individual, é *qualitativamente* diferente do direito clássico (civil).

"Com isso, relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*", conforme observa Eduardo Cambi⁵⁰¹, pois a efetividade está diretamente ligada à consideração da importância do direito material tutelado, mencionando esse mesmo autor que a Corte Europeia dos Direitos Humanos já reconheceu que o direito de acesso ao Judiciário não é um fim em si mesmo, mas envolve "[...] o direito a um provimento jurisdicional *idôneo* à resolução do direito material"⁵⁰².

Nessa ordem de ideias, faz-se necessária alguma mitigação do princípio dispositivo em relação à prova, desde, claro, que respeitado o princípio do contraditório, condição de validade de qualquer meio de prova. A visão publicista do fenômeno processual exige do julgador comprometimento com a efetivação do direito material.

Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos.⁵⁰³

⁴⁹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.48.

⁴⁹⁸ HÄBERLE, loc. cit.

⁴⁹⁹ BUENO, 2003, p.33.

⁴⁹⁹ BUENO, loc. cit.

⁵⁰⁰ "[...] o repensar do processo porque é coletivo [...]" (BUENO, loc. cit.).

⁵⁰¹ CAMBI, 2009, p.220.

⁵⁰² Ibid., p.221.

⁵⁰³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.57.

Nesse contexto, há dois aspectos a considerar. De um lado, o sistema prevê a regra de distribuição estática dos ônus de prova⁵⁰⁴, que limita⁵⁰⁵ eventual iniciativa oficial pelo Juízo. De outro, consoante o princípio da *aquisição processual* ou *comunhão das provas*, conforme menciona Eduardo Cambi⁵⁰⁶, as provas integram o interesse público de descoberta da verdade existente no processo, enfatizando sua dimensão pública.

Isso abre a perspectiva de pensar, num contexto em que prevalece o instrumentalismo⁵⁰⁷, sobre o nível de intervenção possível e desejável do Juiz, a quem incumbe a direção do processo, de forma a concretizar a efetividade.

Sob esse aspecto, abre-se espaço para a análise da prova, sob seu viés público, já que, embora trate de assuntos ligados à vida privada das partes, destina-se prioritariamente ao Juiz.

Considerada a questão dessa forma, Eduardo Cambi⁵⁰⁸ pondera que a distribuição dinâmica dos ônus probatórios⁵⁰⁹ é naturalmente melhor vocacionada à tutela jurisdicional efetiva que a distribuição estática de ônus probatórios, presa ainda a uma concepção individualística-liberal de sujeito e de processo.

Aliás, a distribuição estática demonstra maior preocupação com a realização de *um* julgamento que do julgamento *mais apropriado*, pois tutela antes a vedação ao *non liquet*, que o próprio direito lesado ou ameaçado.⁵¹⁰ Para romper com esta lógica de procedência ou improcedência, pautada unicamente na verificação de cumprimento com os ônus probatórios, o Código de Defesa do Consumidor ampliou⁵¹¹ os poderes

⁵⁰⁴ Art. 333, I e II, do CPC e art. 818 da CLT.

⁵⁰⁵ Ou mesmo a limita.

⁵⁰⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.319-320. Segundo esse mesmo autor: "Percebe-se, pois, que a prova não aumente nem diminui de valor caso tenha sido trazida por quem se incumbia do ônus probatório ou pelo adversário [...]". (p.219).

⁵⁰⁷ Nesse sentido, Eduardo Cambi, que acrescenta à efetividade, o imperativo de tutela que reclama o direito fundamental à efetiva e tempestiva prestação jurisdicional, *verbis*: "A dimensão objetiva do art. 5.º, XXXV, CF e, conseqüentemente, a sua *eficácia irradiante* sobre as leis (processuais) infraconstitucionais permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização dos direitos fundamentais. A *ausência* de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão obstaculizada à proteção dos direitos materiais". (CAMBI, 2009, p.222).

⁵⁰⁸ Id., 2006, p.340-346.

⁵⁰⁹ Via da qual o Juiz estabelece, com base nas máximas de experiência, qual litigante está melhor qualificado para a produção probatória.

⁵¹⁰ Ibid., p.340-346.

⁵¹¹ CAMBI, 2006, p.340-346.

do Juiz⁵¹², permitindo-lhe aferir se o caso concreto reclamaria distribuição diversa de ônus, podendo, inclusive, invertê-lo. No que se refere ao Direito Coletivo, importante mencionar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos encampou a distribuição dinâmica de ônus de prova, segundo a qual o ônus incumbe à parte que "detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração"⁵¹³.

4.1.3 Verdade, Verossimilhança e Prova Indiciária

Como já mencionado *en passant* no início deste capítulo, a prova está ligada à ideia de reconhecimento objetivo da realidade. Todavia, isso parece conduzir à solução de uma máxima verossimilhança que possa ser alcançada, com base nos elementos objetivos coligidos na instrução (provas).

A partir do conflito que se instaura entre verdade e prova, Osvaldo Alfredo Gozaíni⁵¹⁴ pondera que, para além das considerações de ordem substancial e formal de que se reveste a verdade no processo, a prova se destina fundamentalmente a afirmar a verdade dos fatos.⁵¹⁵ Mais adiante, apresenta, como desdobramento dessa ideia, o dever ético que cabe às partes de sempre dizer a verdade.⁵¹⁶ Aliás, exatamente

⁵¹² No escopo de dotá-lo de meios hábeis à buscar a verdade real e realizar justiça. Tal ampliação, evidentemente, em respeito ao Estado Democrático de Direito, é balizada pelas garantias processuais que, necessariamente, devem ser observadas.

⁵¹³ ACBPC: "**Art. 11. Provas** – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova por estatística ou por amostragem. § 1.º Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração". (GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.455).

⁵¹⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba. In: MIDÓN, Marcelo Sebastián (Coord.). **Tratado de la prueba**. Resistência: Librería de la Paz, 2007. p.59-84.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p.72-73.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p.76-78.

por isso já se fala em boa-fé objetiva processual⁵¹⁷, como dever das partes, porque deve vigor no plano processual a mesma boa-fé que deve imperar no exercício do direito material.⁵¹⁸

Também analisando as relações entre verdade e prova, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵¹⁹ mencionam que esse questionamento⁵²⁰ transcende ao campo do Direito porque reflete o problema da verdade em perspectiva mais ampla. Consideram⁵²¹, ainda, com base no pensamento de Jürgen Habermas, que a construção da verdade é probabilística e dialógica, alheia, portanto, a qualquer injunção de natureza absoluta.

Tratando do tema da prova indiciária, Hernando Devis Echandia⁵²² ressalta o aspecto lógico que liga alegação e fato *probrandi*, a partir da qual o Julgador poderá construir um juízo de verossimilhança:

*Es decir, en la prueba indiciaria aparecen, como un todo indivisible, el hecho y el argumento probatorio que de él puede obtenerse, en virtud de esa operación lógica, por lo cual estimamos que no es correcto contemplar el hecho desde un punto de vista estático, aislado de esa actividad.*⁵²³

⁵¹⁷ Nas palavras de Manuel Albuquerque Júnior: "A consistência com que se percebe a boa-fé objetiva no âmbito processual não se limita aos fundamentos constitucionais do instituto. O princípio da boa-fé objetiva no processo está intrinsecamente relacionado com novo princípio que se consolida na dinâmica processual, qual seja, o princípio da cooperação. Na verdade o princípio da cooperação pode ser considerado como manifestação da boa-fé processual ao mesmo tempo em que concretiza esta. A aceitação do processo cooperativo é a demonstração do império da boa-fé na relação processual" (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Manuel. O momento de efetivação da tutela jurisdicional como método de promoção em caráter específico da boa-fé objetiva processual. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Orlando Gomes**, Salvador, n.16, p.236, 2008).

⁵¹⁸ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.64-65.

⁵¹⁹ MARINONI; ARENHART, 2009, p.25-50.

⁵²⁰ Da verdade na prova.

⁵²¹ *Ibid.*, p.42-54.

⁵²² ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 5.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981. Tomo II. p.601-602.

⁵²³ Tradução livre: "Vale dizer, no que respeita à prova indiciária, constituem um todo indivisível o fato e a alegação a ser provada, que dele pode ser extraída. Em razão dessa operação lógica, acreditamos que não é correto analisar o fato a partir de um ponto de vista estático, isolado a partir desta atividade [de construção do sentido lógico]". (*Ibid.*, p.602).

Essa concepção, sem dúvida, questiona o modelo de verdade processual, haurida do ideal de certeza, que marca o ciclo de cognição exauriente do processo, corolário da almejada segurança jurídica que marcou o alvorecer do processo civil.

Essa interpretação parece dar conta de um aspecto importante do modelo processual tradicional, de verdade que se assenta na suposição de que a construção racional de verdade no processo é real porque haurida a partir de um ciclo de cognição exauriente, capaz de refletir a realidade com precisão. A propósito, Cândido Rangel Dinamarco⁵²⁴ assevera que a convicção não é idêntica à certeza, pois, do contrário, o julgamento seria impossível.

Tratando da antecipação dos efeitos da tutela, Athos Gusmão Carneiro⁵²⁵ menciona que verossimilhança implica um juízo de probabilidade que permite ao julgador razoável certeza sobre as alegações vertidas pela parte. Nesse contexto, a noção de verossimilhança assume importância na medida em que relativiza a ideia de certeza que sempre marcou os juízos de cognição.

Isso vale para as tutelas de urgência, como também vale para a apreciação da prova indiciária, que pode ser definida como a prova parcial, pois não exaure a cognição operada, embora ofereça concebido como tema abstrato e sem qualquer relação com o direito material que tutela. Atualmente se entende que o preceito constitucional que assegura o direito de ação mantém inegável relação com o direito material que assegura. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci⁵²⁶ consideram que o direito de ação faz com que o acesso à jurisdição estatal se dinamize e, nessa medida, conecta-se ao direito material.

⁵²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo, 1994. p.239.

⁵²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.23.

⁵²⁶ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos constitucionais do processo. São Paulo, Saraiva, 1989. p.13.

4.2 EFETIVIDADE, DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS, SOB O VIÉS TRABALHISTA

4.2.1 A Prova no Processo do Trabalho

O regime probatório sempre rendeu extenso debate entre os estudiosos do processo, sobretudo por conta da dimensão pragmática que contempla.

A considerar-se como verdadeiro que o processo constitui seus limites objetivos a partir da delimitação dos pedidos na petição inicial, cujo aperfeiçoamento se dá em definitivo com a *litiscontestatio*, igualmente é verdadeiro afirmar que o êxito em demonstrar a afirmação do direito, ou sua negação, passa obrigatoriamente pela prova. Quanto a esta, importa perquirir a quem naturalmente é destinado determinado encargo probatório. Além disso, cabe perquirir se a realização da prova se fez a contento e as consequências decorrentes. Nesse panorama, é evidente que apenas os fatos controversos são objeto de prova.⁵²⁷

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho expressa, de forma bastante genérica, que o ônus de prova incumbe à parte que fizer as alegações. O artigo 333 do Código de Processo Civil, de seu turno, divide ativa e passivamente o ônus, conforme seja a alegação constitutiva (inciso I) ou impeditiva (inciso II) do direito alegado. Embora seja usual a utilização desse dispositivo no processo do trabalho, importa considerar que a disposição laboral, mais generalista, contempla, justo por conta dessa característica, a possibilidade de distribuição do encargo probatório de forma mais elástica.

Em que pese a ressalva em epígrafe, como regra geral⁵²⁸, disciplina-se o Direito do Trabalho por norma semelhante àquela preconizada para o Processo Civil⁵²⁹. Assim, cabe à parte que alega fato constitutivo de direito promover a prova respectiva,

⁵²⁷ Fatos incontroversos e notórios são despiciendos de prova. Oportuno comentar que, por conta do *princípio da aquisição processual*, as provas se incorporam ao processo e servem à cognição do Juízo e, nessa medida, é absolutamente desimportante quem as tenha produzido.

⁵²⁸ Pende majoritariamente a jurisprudência trabalhista a admitir a regra civilística da distribuição da prova, mitigada, evidentemente, pelos princípios próprios do Direito do Trabalho.

⁵²⁹ CPC, artigo 333, I e II e CLT, artigo 818.

sendo a mesma a regra para o fato impeditivo⁵³⁰, podendo, por vezes, haver um certo elastecimento desta regra, por conta dos princípios e características próprias deste ramo do direito.

Cabe, porém, chamar atenção para um detalhe. A primeira operação cognitiva do magistrado consiste no exame conjuntural das provas existentes nos autos. Caso isso baste para verificar ou negar o direito, despicienda será qualquer operação adicional quanto à prova produzida, sendo possível o imediato julgamento da causa.

Caso, porém, penda dúvida quanto às alegações vertidas nos autos, necessária será a resolução da controvérsia aplicando-se as regras de como se distribui o encargo probatório.

Nesse viés, por primeiro, é de observar que os princípios regentes do direito do trabalho reclamam pela realização da verdade real, pela igualdade substancial dos contendores.

Segue-se a verificação da regra da aptidão para a produção da prova, via da qual pende o ônus à parte em melhores condições de produzir a prova.

O momento de cognição também envolve o cotejo da situação apresentada face às máximas da experiência, que são aquelas regras que constituem o *background*⁵³¹ constituído pela experiência de vida do Magistrado e que o habilita a sopesar situações e aferir o nível de verossimilhança de que se reveste a alegação vertida pela parte.

Nessa perspectiva justifica-se perquirir sobre a distribuição dinâmica dos ônus da prova. Antes, contudo, convém analisar um de seus fundamentos principais, qual seja, a distribuição do ônus probatório consoante critérios de aptidão para realização da prova.

4.2.2 A Prova no Contexto do Processo Coletivo

Numa perspectiva puramente dogmática, o tratamento processual dispensado à tutela de interesses metaindividuais não difere substancialmente daquele já

⁵³⁰ Mais tecnicamente, trata-se de uma exceção substancial do réu.

⁵³¹ *Background* no sentido que lhe atribui a Antropologia, qual seja, de *arcabouço cultural*.

positivado para os dissídios individuais, exatamente porque pende de regulamentação o processo coletivo.

Impende considerar que o processo coletivo deita raízes constitucionais, e isso tem reflexos na condução procedimental coletiva. Oportuno mencionar que o Anteprojeto de Código de Processo Civil propõe a exegese constitucional⁵³² das normas processuais nele disciplinadas. Na mesma toada, atualmente se fala na relevância de um Código de Processo Constitucional. Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva asseveram que se trata de tentadora alternativa para efetividade aos preceitos constitucionais, a exemplo do que ocorreu no Peru e, por semelhante via, "[...] se alcançará entre nós o regramento sistemático das ações constitucionais de defesa de direitos e de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, em sintonia com as conquistas jurídicas contemporâneas"⁵³³.

Inobstante isso, os operadores do Direito ainda encaram com acentuada timidez a solução coletiva. Nesse sentido, oportuna a admoestação de Elton Venturi:

[...] a aplicação jurisdicional das normas referentes às ações coletivas tem caracterizado-se pela timidez e restrição, vale dizer, ainda com claro apego às disposições do processo tradicional, o que certamente contribui para a inefetividade de tudo aquilo que se pretendeu implantar em termos de instrumentalidade à tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.⁵³⁴

Insta salientar que o dissídio individual, em que pese o esforço doutrinário e jurisprudencial antes delineados no sentido de relativizar em parte a distribuição estática das cargas probatórias, tem gênese comum a eles. A relativização lhe é superveniente.

⁵³² Anteprojeto de CPC: "Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". (BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jun. 2010).

⁵³³ BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lopo. **Proposta**: código de processo constitucional. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2010/01/o-codigo-de-processo-constitucional.html>>. Acesso em: 16 jun. 2010. No mesmo endereço eletrônico, há também artigo do de André Ramos Tavares e Domingo García Belaunde endossando essa ideia (<http://supremoemdebate.blogspot.com>>. Acesso em: 16 jun. 2010).

⁵³⁴ VENTURI, 1997, p.13.

O Direito Coletivo, ao que parece e pela própria linha interpretativa que vem manifestando, parece trilhar caminho diverso. Sobre a prova no Processo Coletivo, afirmam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

Um ponto muito importante no estudo do processo coletivo diz respeito à distribuição do ônus da prova. Os projetos que prevêm a codificação da legislação coletiva consagram a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que de resto já vem sendo defendida por diversos doutrinadores e tem impacto na jurisprudência.⁵³⁵

E seguem⁵³⁶ argumentando que a distribuição dinâmica das cargas probatórias, no caso específico da Tutela Coletiva, encontra respaldo nos princípios da adaptabilidade do procedimento ao caso concreto, da igualdade (artigo 5.º, *caput*⁵³⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil), da solidariedade com o órgão judicial (artigos 339⁵³⁸, 340⁵³⁹, 342⁵⁴⁰, 345⁵⁴¹, 355⁵⁴² do Código de Processo Civil), da lealdade processual e

⁵³⁵ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2009, p.308.

⁵³⁶ *Ibid.*, p.311.

⁵³⁷ CRFB: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]" (BRASIL, 2009b, p.22-30).

⁵³⁸ CPC: "Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade" (*Ibid.*, p.572).

⁵³⁹ CPC: "Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado" (BRASIL, loc. cit.).

⁵⁴⁰ CPC: "Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa". (BRASIL, loc. cit.).

⁵⁴¹ CPC: "Art. 345. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor". (*Ibid.*, p.573).

⁵⁴² CPC: "Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder" (*Ibid.*, p.574).

da boa-fé (artigos 14⁵⁴³, 16⁵⁴⁴, 17⁵⁴⁵, 18⁵⁴⁶ e 125, III⁵⁴⁷, do Código de Processo Civil), no princípio do acesso à justiça (artigo 5.º, XXXV⁵⁴⁸, da Constituição da República Federativa do Brasil), no devido processo legal (artigo 5.º, XIV⁵⁴⁹, Constituição da República Federativa do Brasil) e, ainda, no princípio da cooperação intersubjetiva.

⁵⁴³ CPC: "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado". (BRASIL, 2009b, p.525-526).

⁵⁴⁴ CPC: "Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente". (Ibid., p.526).

⁵⁴⁵ CPC: "Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório". (BRASIL, loc. cit.).

⁵⁴⁶ CPC: "Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou [...]". (Ibid., p.526-527).

⁵⁴⁷ CPC: "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; [...]" (Ibid., p.541).

⁵⁴⁸ CRFB: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" (Ibid., p.27).

⁵⁴⁹ CRFB: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;" (Ibid., p.24).

Colimando a preservação do devido processo legal, frisam ainda que essa repartição:

[...] casuística e dinâmica do ônus de provar deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo da parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.⁵⁵⁰

Ressalte-se que, *de lege ferenda*, o artigo 2.º do Anteprojeto do Código de Processo Coletivo elenca, como princípio da tutela jurisdicional coletiva, a dinâmica do ônus da prova (alínea k⁵⁵¹).

Prevê ainda que, não obtida transação na audiência preliminar, o juiz, após algumas ponderações de ordem saneadora⁵⁵², fixará, então, os pontos controvertidos, decidindo sobre a distribuição dos ônus processuais e sobre eventual inversão do ônus da prova.

Portanto, admite-se que a distribuição dinâmica dos ônus probatórios seja a regra que melhor converge à natureza constitucional do Processo Coletivo, por alguns fundamentos importantes: seja pela natureza publicística dos direitos que tutela; seja pela necessidade de adequação da tutela ao direito material; seja ainda pela melhor exegese de amplo alcance à efetividade da tutela.

Ainda que assim não fosse, mesmo sob a ótica da sistemática afeta ao dissídio individual, também é plenamente viável a repartição dinâmica dos ônus probatórios na senda coletiva.

Nesse último caso é preciso enfrentar o tema a partir de suas dificuldades estruturais. Uma das mais acentuadas diz respeito a que qualquer interpretação diversa daquela instituída no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho ou no artigo

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.312.

⁵⁵¹ "Art. 2.º *Princípios da tutela jurisdicional coletiva* – São princípios da tutela jurisdicional coletiva: [...] k) dinâmica distribuição do ônus da prova [..]" (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p.453).

⁵⁵² Referentes à pertinência do seguimento da demanda coletivamente, regularidade do litisconsórcio e intervenção de terceiros.

333, I e II, do Código de Processo Civil constituiria exceção, atraindo por princípio interpretação restritiva.

Entretanto, a jurisprudência e a doutrina vêm admitindo, inclusive, a inversão, sobretudo com fundamento no princípio da aptidão para prova⁵⁵³.

Nessa perspectiva, cumpre ao Julgador proceder à correta distribuição do ônus probatório, adaptando-o casuisticamente.

A regra geral aponta o ônus probatório àquele que afirmou fato constitutivo ou impeditivo em controvérsia, vigendo ainda hoje tal disposição no ordenamento pátrio. Tal postura reflete a opção pelo reconhecimento de igualdade formal entre os contendores, mitigada tanto pelo Direito do Consumidor, como pelo Direito do Trabalho, e mais ainda quando coletiva a demanda, diante da percepção da desigualdade substancial dos destinatários da norma.

Ainda que se admita que o litigar coletivo possa mitigar a hipossuficiência – e de fato isso tende a ocorrer –, certo é que disso não se infere sua supressão. Ao contrário, não raro, a defesa coletiva de interesses esbarra em dificuldades probatórias decorrentes de natural dificuldade da prova ou de custo elevado, dentre outras situações possíveis. Centrando o exemplo no Direito do Trabalho, as lides promovidas mediante legitimação extraordinária pelos órgãos representativos de classe não logram suprir a hipossuficiência estrutural⁵⁵⁴ da classe trabalhadora face ao capital, hoje mundializado.

Inclusive a inversão do ônus da prova, dentro desse panorama, vem sendo considerada um dos mais eficientes instrumentos para a correta solução dos litígios sob o aspecto individual, na medida em que é o instrumento que mais bem realiza o princípio da aptidão para a prova. Nessa medida, também, possibilita não apenas a decantada paridade de armas entre os litigantes, como também sua igualdade substancial. Por outro lado, seguindo o mesmo raciocínio, a divisão dinâmica de ônus

⁵⁵³ Interessante observar que esse critério de inversão dispensa até mesmo a hipossuficiência e verossimilhança reclamadas pelo art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, posto que o fundamento da inversão é diverso (dificuldade ou impossibilidade na produção da prova).

⁵⁵⁴ Via de regra, o efeito prático mais relevante das demandas trabalhistas via substituição processual extraordinária situa-se na condição anônima da litigância de classe; todavia, ainda está longe de realizar plenamente todas as possibilidades de efetivação de tutela que lhe confere o ordenamento.

probatórios parece o meio apropriado de ponderação, em vista das peculiaridades das demandas coletivas.⁵⁵⁵

A natureza cogente das normas trabalhistas, visto que estas compõem o patrimônio social da classe trabalhadora⁵⁵⁶, não apenas permite como também exige a aplicação desse mecanismo. Observe-se, ainda, que não se trata de faculdade do julgador proceder à análise e eventual distribuição dinâmica do ônus da prova, mas de dever de ofício, vez que tal postura permite a direta realização da igualdade material entre as partes.

Tomando os parâmetros positivados no Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova pode ser determinada nas hipóteses em que, a critério do julgador, o consumidor for considerado⁵⁵⁷ hipossuficiente ou for verossimilhante a alegação por ele vertida.

Ricardo de Barros Leonel⁵⁵⁸ observa que a verossimilhança da alegação está mais ligada à pertinência, ou não, da presunção firmada pela regra da experiência do que a inversão do ônus de provar, o que não ocorre em relação à hipossuficiência, hipótese que conclama a inversão como medida assecuratória da igualdade entre os contendores. Defende⁵⁵⁹, ainda, que o conhecimento prévio das normas, de que não se podem furtar as partes, permitiria perfeitamente a inversão apenas quando do julgamento da demanda, sem que isso representasse surpresa às partes. Anota, todavia, que nada obsta que tal se dê em regime de saneamento, tão logo constatada pelo Juiz a conveniência da inversão.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁵⁶⁰ consideram que eventual repartição dinâmica do ônus de prova terá melhor momento antes da fase instrutória, como forma de salvaguardar a segurança jurídica, por um lado, e o direito fundamental à

⁵⁵⁵ SANTOS, Willians Franklin Lira. Viabilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas demandas coletivas trabalhistas. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Coord.). **Tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2009d. v.2. p.479-509.

⁵⁵⁶ CRFB, art. 7.º, *caput* e incisos (BRASIL, 2009b, p.30-33).

⁵⁵⁷ Segundo as regras ordinárias da experiência comum (CPC, art. 335).

⁵⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.336.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p.340.

⁵⁶⁰ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2009, p.312.

prova, por outro, entendimento que se revela razoável, na medida em que evita qualquer risco de açoitamento das garantias processuais das partes.

No processo do trabalho individual, e principalmente no coletivo, é certo que a preferência pela distribuição dinâmica de ônus probatórios se justifica com mais razão ainda, por conta de sua natural vocação na procura pela verdade real, que é visada não apenas pelas partes como pelo magistrado. Contudo, o Estado não pode atingir esse desiderato, atinente à segurança jurídica e o direito fundamental à prova, sacrificando direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, nem poderá determinar que a parte produza provas contra si mesma, uma delas.

Não é demais insistir que se inverte apenas o ônus de provar, e ônus não se confunde com dever, nem com obrigação, muito menos com ilícito. Assim, não há ofensa ao devido processo legal nem ao contraditório.

Nesse sentido, pontua Sandra Aparecida Santos:

Um dos principais fundamentos que informa a teoria do ônus da prova é o da igualdade da posição dos litigantes no processo. O princípio da igualdade constitucional é um direito individual que é assegurado por diversas garantias, dentre elas o devido processo legal.⁵⁶¹

Essa garantia do devido processo legal, segundo essa mesma autora, torna-se efetiva na medida em que se exercita o "contraditório entre os litigantes, com vistas à busca da verdade real, "por meio de amplo debate e sem restrições de alegação de fatos e produção de provas"⁵⁶². Considerando o contexto da tutela do consumidor, considera que o instituto da inversão tem por finalidade equilibrar a hipossuficiência do consumidor, a fim de possibilitar a aplicação da igualdade real⁵⁶³, pois, "[...] no caso de improcedência do pedido, fere-se o princípio da ampla defesa, na hipótese de tutela favorável, além da inaplicabilidade do princípio da igualdade, seja qual for o teor da decisão"⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.91.

⁵⁶² SANTOS, S. A., loc. cit.

⁵⁶³ Ibid., p.92.

⁵⁶⁴ SANTOS, S. A., loc. cit.

A alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório não raro tem sido utilizada como argumento contrário a tal distribuição de ônus da prova.

Não há dúvida de que vige no direito processual o princípio da igualdade das partes litigantes. Justamente por isso é que se exige cautela quando da distribuição dinâmica do ônus da prova. Razoável, assim, que se fundamente nas especiais características do caso concreto em exame e se justifiquem as razões para tanto, muito embora, como visto, a doutrina incline-se a entender que a distribuição dinâmica deveria ser a regra nas demandas coletivas, tal como antevista no anteprojeto de códigos de processos coletivo. Evidentemente isso quando já presentes os requisitos autorizadores da inversão (artigo 6.º, VIII⁵⁶⁵, do Código de Defesa do Consumidor), fundamento legal que assegura, mesmo dentro de uma perspectiva eminentemente positivista, angulação do tema sob outra perspectiva, já que ampara a exegese proposta.

No caso de manejo da tutela trabalhista metaindividual, é perfeitamente viável a utilização não apenas da distribuição diversa de ônus, como também da técnica da inversão do ônus da prova prevista no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. A razão disso se prende ao fato de ser omissa a Consolidação das Leis do Trabalho quanto à matéria e perfeitamente compatível o instituto com os princípios regentes do direito do trabalho, de forma que resta perfeitamente superado o critério de suprimento material a que alude o artigo 769⁵⁶⁶ da Consolidação das Leis do Trabalho.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁶⁷ trazem mais luz sobre o assunto, ao direcionar a discussão do ônus da prova aos diversos graus de cognição – no caso, verossimilhança – que devem ser cotejados, antes da materialização da regra de julgamento adequada ao caso. Veja-se:

⁵⁶⁵ CDC: "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]". (BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial**. Organizador Yussef Said Cahali. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.1188).

⁵⁶⁶ CLT: "Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título". (BRASIL, 2009a, p.117).

⁵⁶⁷ MARINONI; ARENHART, 2006, p.272.

A regra do ônus da prova se dirige às partes e ao juiz. Quando o juiz é o seu destinatário, importa para a formação do seu convencimento – uma vez que o juiz pode reduzir as exigências da prova, visando formar a sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova – e para a sua decisão.⁵⁶⁸

Considerando, ainda, que nem sempre a prova será concludente e que, nesse caso, a tendência seria a solução pelo ônus legal, ponderam esses autores ser admissível pensar, por razoabilidade, em uma solução pautada em juízo de verossimilhança, caso em que a regra do ônus da prova funcionaria como regra de decisão caso permaneça em estado de dúvida: "Nesse último sentido, a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir"⁵⁶⁹.

Nessa medida, ainda que não se assumam por completo a posição doutrinária acima colacionada, é de se admitir, inclusive como regra de preservação dos princípios constitucionais – da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal –, que prévio juízo de verossimilhança a informar a inversão do ônus da prova é regra inclusive que traz elementos objetivos que permitem mais segura ponderação sobre a necessidade e conveniência de inversão do ônus da prova, mormente nas demandas coletivas, que reclamam por tutela adequada ao direito por elas realizado.

4.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DE ÔNUS PROBATÓRIOS E EFETIVIDADE

Como introito do tema, parece interessante analisar o regramento positivado e admitido com maior homogeneidade no campo doutrinário sobre a prova em geral e no Processo do Trabalho em particular, antes de se abordar os temas afetos à prova no Processo na forma coletiva.

⁵⁶⁸ MARINONI; ARENHART, 2006, p.272.

⁵⁶⁹ MARINONI; ARENHART, loc. cit.

Essa opção metodológica se justifica não apenas porque o Processo Coletivo encontra-se pulverizado, desde o regramento constitucional até microssistemas próprios, como também porque o próprio Direito do Trabalho também se trata de um sistema aberto.

Essa regulação, tal como ocorre no âmbito laboral, tem à mercê da abertura do sistema, permitindo a colmatação de suas lacunas⁵⁷⁰ motivada pela omissão material e desde que compatível o instituto invocado, o mesmo sucedendo ao Processo em âmbito Coletivo.⁵⁷¹

No processo em geral, a prova refere-se a todo meio lícito que permite a demonstração dos fatos alegados pelos litigantes. Tem como característica intrínseca apoiar um Juízo de certeza no ciclo cognitivo e, justamente por isso, haverá de constituir-se, também ela – a prova –, de elementos objetivos, suficientes à sua caracterização.

Depreende-se, assim, conveniente tendência à certeza.

No que se refere ao seu aspecto subjetivo, como premissa geral, cabe àquele que alega a demonstração de tais fatos. Aliás, a raiz profunda dessa construção está vinculada na ideologia liberal, que marca o dissídio individual:

A regra de distribuição do ônus da prova na forma mencionada está vinculada à ideologia de um Estado Liberal, porque é o aspecto subjetivo da prova que delimita a atuação e contornos do aspecto objetivo da prova, ou seja, a *contrario sensu*, o juiz não pode deixar de julgar alegando falta ou insuficiência da prova, conquanto caiba às partes, precipuamente, o encargo de municiá-lo sobre as provas que servirão à formação do seu convencimento.⁵⁷²

Desse modo, nas palavras desse autor, se as partes não oferecem subsídios, assim mesmo deve o Juiz julgar: "[...] formando seu convencimento, sobre o material probatório que lhe foi fornecido. A busca e a investigação da prova pelo próprio juiz são algo excepcional e subsidiário no direito processual civil tradicional."⁵⁷³

⁵⁷⁰ No Direito do Trabalho, aliás, essa abertura de sistema tem previsão expressa (CLT, artigo 769) e, de certa forma, caracteriza esse ramo do Direito, o mesmo sucedendo ao Direito Coletivo, em sua incipiência.

⁵⁷¹ Aliás, *de lege ferenda*, observa-se no ACBPC a aplicação de subsidiariedade a vários diplomas.

⁵⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.244.

⁵⁷³ RODRIGUES, 2007, p.244.

Assim sucede no processo em geral, de feição individual. Todavia, o processo coletivo amplia significativamente esses pressupostos, na medida em que precisa dar conta de uma realidade que transborda à lide individual e reclama por soluções procedimentais consentâneas à sua peculiar natureza.

Assim é que admite prova por amostragem⁵⁷⁴, bem como tem como regra a distribuição dinâmica das cargas probatórias.

Pensar em contrário ou inadmitir hermenêutica que bem contemple a alteridade do processo coletivo equivale a tolhê-lo exatamente de sua característica mais marcante e desejada, a efetividade.

Portanto, parece interessante uma análise um tanto mais detida dos modelos de prova em geral, para se chegar a algum delineamento específico da prova em processo coletivo, haja vista não apenas um nível maior de diferenciação no que pertine a esse tema, como também a manifesta nota de efetividade que dele emana.

Reconhecendo-se, ainda, o caráter esparso do regramento da tutela coletiva de direitos, revela-se conveniente analisar o conjunto legislativo existente, sempre dentro de uma exegese sustentável consoante esse novo paradigma.

Portanto, proceder-se-á à reflexão sobre os fundamentos que norteiam a distribuição de ônus da prova, secundada da análise da própria ideia de prova, justo porque a distribuição desse ônus em dissídio individual e coletivo tem peculiaridades distintas a serem consideradas.

Dentro do recorte que ora se toma⁵⁷⁵, uma primeira consideração de relevo diz respeito à questão da hipossuficiência, traço justificador do reequilíbrio processual dos contendores no Processo do Trabalho, inclusive quanto aos ônus probatórios, e que é de *per si* mitigada quando o processo é coletivizado.

⁵⁷⁴ Modo de exteriorização da prova absolutamente consonante ao Processo Coletivo e que, em boa medida, dá conta da necessária ampliação do polo ativo ou passivo da relação processual, o que, obviamente não implica em qualquer mitigação de qualquer garantia processual.

⁵⁷⁵ Da efetividade da demanda coletivizada e da especificidade de sua prova.

Em princípio submetem-se ambas as espécies processuais⁵⁷⁶ à regra geral⁵⁷⁷ de que o ônus volta-se àquele que deduziu a alegação. Além disso, é a natureza do Direito Material que reclama pela tutela mais adequada à sua natureza⁵⁷⁸, cumprindo à Lei Processual operacionalizar tal concreção.

Por outro lado, é preciso delinear como o ordenamento vigente e a técnica de tutela afeta às lides coletivas tratam da distribuição de ônus probatórios.

O mesmo se diga quanto ao modo ampliado de produção de prova⁵⁷⁹, consistente na chamada prova por amostragem.

Sempre que se fala em coletivização do processo, ínsita está a ideia de ampliação dos limites materiais da lide. A primeira ideia é sempre da ampliação do polo ativo (forma mais comum de litigância coletiva, por sinal⁵⁸⁰). Contudo, esse deslocamento de limites – para além dos usuais – envolve, ou deveria envolver⁵⁸¹, as demais estruturas do ferramental processual, sob pena de se reduzir o processo coletivo a mero litisconsórcio multitudinário, situação que marcou a subsunção de direitos coletivamente considerados ao modelo processual individual.

Para além da distribuição dinâmica das cargas probatórias, que não deixa de ser uma ampliação da ideia clássica de distribuição estática do ônus probatório, a prova por amostragem revela-se como o meio probante adequado ao processo coletivo, exatamente porque permite que se dê conta do contingente de interesses enfeixados na litigância coletiva.

⁵⁷⁶ Dissídio individual e coletivo.

⁵⁷⁷ Constante dos incisos I e II do artigo 333 do CPC, e do artigo 818 da CLT. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos parte de premissa teórica diversa, qual seja, da distribuição dinâmica das cargas probatórias, todavia os artigos de Lei vigentes antes citados, em nível positivo, tomam como regra a distribuição estática. O Anteprojeto de Código de Processo Civil segue a mesma tendência do ACBPC.

⁵⁷⁸ De notar que o dissídio individual, embora orientado por vetores constitucionais, assenta raízes na legislação ordinária sendo apenas subsidiariamente informado pela Constituição, ao passo que o dissídio coletivo tem fundamentação essencialmente constitucional.

⁵⁷⁹ Aliás, o uso arraigado da prova direta está ínsito no conteúdo de certeza que a ideia de prova evoca. Eduardo Juan Couture, inclusive, já referia que a palavra prova deriva do latim *proba, ae*, do verbo *probo*, denominativo de *probus*, que significa originalmente aquele que marcha, reto, bom honesto, probo, ou seja, séria ou boa porque exata (COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. Buenos Aires: De Palma, 1993. p.240).

⁵⁸⁰ Embora menos comum, o processo coletivo passivo também existe e um bom exemplo dessa estrutura, no âmbito trabalhista, é a Ação de Cumprimento e o Dissídio Coletivo.

⁵⁸¹ Como vimos de mencionar há pouco, infelizmente a práxis revela uma tendência dos operadores do Direito à sujeitá-lo aos modelos próprios do processo individual, que, à toda evidência, menos lhe convém.

Portanto, em prol de melhor apuro metodológico, primeiramente, analisam-se temas gerais e importantes concernentes à prova no processo em geral, dentre os quais se destacam o conceito de prova e a ideia de ônus. Somente depois enfrenta-se o tema no Processo do Trabalho, que é sistema aberto e admite a supressão de omissões material por adoção de instituto compatível, para, ao fim, tentar delinear alguns parâmetros do processo coletivo pensado *lege lata*⁵⁸², sem se olvidar, evidentemente, de alguma incursão nas tendências *de lege ferenda*⁵⁸³.

Assim se analisa primeiramente a prova direta e a distribuição estática de ônus probatórios, secundando-se a análise da prova por amostragem e da distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Como carece o Processo Coletivo de uma sistematização legal, e também não tem a matéria alusiva aos ônus probatórios devidamente regulada, impõe-se analisar a compatibilidade, a subsidiariedade e a conveniência da distribuição dinâmica dos ônus de prova nessa seara.

4.3.1 Ônus da Prova

De modo geral, os processualistas enfatizam que o conceito de ônus está muito mais próximo da ideia de exercício de uma faculdade do que relacionado à estrutura dialética que compõe logicamente a ideia de obrigação.⁵⁸⁴

Isto porque, enseja apenas consequências pela inércia⁵⁸⁵, sem tipificar qualquer ilicitude⁵⁸⁶, já que se situa unicamente na esfera da *voluntas* do agente realizar, ou não, o que o ordenamento lhe determine nesse sentido.

⁵⁸² Aí considerado o regramento positivado sobre a matéria: a CRFB, a LACP e o CDC, principalmente, tríade de diplomas que corporifica o Processo Coletivo no ordenamento positivo.

⁵⁸³ Aqui considerados, basicamente, o ACBPC e o PL 5139/2009.

⁵⁸⁴ A ideia de um direito a que corresponde uma prestação, e cujo inadimplemento importa em conduta ilícita.

⁵⁸⁵ A contumácia é um exemplo recorrente na Doutrina, quanto às consequência da inobservância dos ônus. Como também o é a ideia de ônus de alegar, encerrada no princípio da eventualidade, encerrada no artigo 300 do Código de Processo Civil.

⁵⁸⁶ A inobservância do ônus é sempre lícita e isso o caracteriza.

A compreensão dessa distinção é acentuadamente importante na medida em que influi decisivamente no resultado final da operação de distribuição do ônus da prova⁵⁸⁷ como regra de julgamento, inclusive.

Tal instituto remonta ao direito romano⁵⁸⁸, em que era entendido como a incumbência probatória que tocava àquele que deduzisse a pretensão. Todavia, no direito germânico, por diverso, esse instituto passou a ter seus contornos pensados e identificados a partir de uma especificidade até então não considerada.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico debruça-se longamente sobre a especificidade teórica do ônus da prova e traz a lume um ponto bastante interessante quanto à consolidação do conceito em comento:

A depuração do conceito iniciou-se na Áustria e na Alemanha, em razão da dificuldade encontrada pela doutrina desses países em conciliar a noção romana – herdada do direito comum, que identificava o ônus com a necessidade de provar (*necessitas probandi*) – com a realidade de um processo em que fossem reconhecidos amplos poderes instrutórios ao juiz e concedida uma extrema liberdade na valoração do resultado probatório.⁵⁸⁹

O autor⁵⁹⁰, ainda, revela que esse conceito, posteriormente, passou a ser estudado em países onde predominava o princípio dispositivo, como a Itália e a França. Alberto Reis de Paula, por sua vez, esclarece que a norma jurídica que cuida do ônus contém um imperativo:

⁵⁸⁷ Se encarada como obrigação ou admitido qualquer liame que enseja ofensa ao ordenamento em caso de descumprimento o resultado seria num determinado sentido. Se encarado como *facultas*, embora gere consequências, o resultado será outro. É nesse sentido, pois, que a distinção tem grande importância. Basta lembrar do brocardo clássico: *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*, que preconiza fique atrelado o julgamento às alegações provadas.

⁵⁸⁸ *Probandi necessitas incumbit illi qui agit*, ou, em tradução livre, a necessidade de provar recai sobre o autor (da ação).

⁵⁸⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.21.

⁵⁹⁰ PACÍFICO, loc. cit.

[...] mesmo quando estabelece uma conduta que o sujeito é livre de seguir, porquanto tratar-se de um poder que lhe é conferido pelo direito objetivo. O conceito que se tem de ônus é essencialmente instrumental, na medida em que indica o meio necessário para a obtenção de um determinado fim, sendo livre o sujeito para utilizá-lo ou não. Na doutrina geral do direito é que se situa o ônus como uma situação jurídica, ao lado da obrigação e do dever.⁵⁹¹

O mesmo critério distintivo já era formulado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

a) a diferença entre *dever* e *ônus* está em que a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre os dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.⁵⁹²

Conceitualmente, trata-se de uma construção lógica, cuja finalidade é determinar a qual dos litigantes cabe promover a demonstração que sustente a alegação por ele vertida no processo.

Assim, toda afirmação, processualmente, necessita da respectiva sustentação em elementos objetivos⁵⁹³, sob pena de carecer de valor argumentativo e, nessa sorte, vir a ser desconsiderada por ocasião do julgamento da lide.

Ocorre, porém, que não existe um critério normativo abstrato genérico que abarque todas as situações de análise da prova. Por isso a distribuição do ônus da prova tem uma dimensão mais casuísta⁵⁹⁴ que apriorística. O reconhecimento disso é de suma importância, até porque é nesse passo que podem se definir os destinos dos contendores.

⁵⁹¹ PAULA, Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p.25-26.

⁵⁹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3.ed. rev. e aum. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo IV. p.217.

⁵⁹³ Necessita de prova.

⁵⁹⁴ O contingente teórico do Processo Coletivo aponta para uma mitigação do princípio dispositivo, de forma que os poderes do Magistrado possam ser ampliados exatamente para assegurar às partes um balanceamento quanto aos ônus de prova.

No que toca à esfera do dissídio individual, há o artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que de certa forma retomam a máxima latina de que a prova da alegação incumbe a quem alega, prescrevendo que a previsão genérica legal de que cabe a quem alega promover a prova de seu direito ou objeção. Assenta-se aqui a primeira premissa.

No que toca ao dissídio coletivamente considerado, à falta de discriminação legal sobre a divisão de ônus *in abstracto* considera-se que incidem *de lege lata* os dispositivos citados, todavia orientados pela exegese constitucional e pelos princípios que lhe são peculiares.

A segunda diz respeito a que, quando da avaliação da prova, não poderá jamais o magistrado decidir *non liquet*⁵⁹⁵, visto que lhe é vedado deixar de solucionar a lide, cumprindo-lhe utilizar os meios integrativos usuais⁵⁹⁶ quando se defronte com eventual lacuna no ordenamento.

Em terceiro, há, ainda, as presunções que vão se constituindo ante as alegações das partes e das provas já produzidas, evidenciando ainda mais o já aludido caráter casuístico da operação em comento. A isso, somem-se as máximas da experiência, os princípios do direito do trabalho, o princípio da aptidão para a prova e as regras de pré-constituição da prova.

Eis o panorama em que se desenvolve a distribuição do ônus da prova dentro da atividade intelectual do julgador quando da solução da lide.⁵⁹⁷

Feitas essas considerações, o que se tem é que cabe ao julgador conhecer do litígio e decidi-lo e, para tanto, lança mão das ferramentas já referidas. Ocorre, porém, que a operação não é exata e, nessa perspectiva, é impossível afirmar de

⁵⁹⁵ Ou seja, a abstenção de decidir ante a ausência de prova suficiente a formar a convicção do magistrado, que é vedada pelo CPC: "Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ao despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". (BRASIL, 2009b, p.541).

⁵⁹⁶ LICC, Art. 4.º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁵⁹⁷ Excetuados os artigos mencionados (333 do CPC e 818 da CLT), a orientação na construção do *iter* cognitivo e de fixação de ônus probantes até aqui está indiferenciado com um modelo de prova para Processo Coletivo; ressalvada, claro, a tendência já mencionada à mitigação do princípio dispositivo.

antemão e abstratamente sobre quem recai determinado ônus probatório⁵⁹⁸, à vista de que muitas são as variáveis envolvidas, conforme se verá adiante.

4.3.2 Distribuição do Ônus Probatório no Processo do Trabalho face à sua Especificidade

Em vista das peculiaridades do processo do trabalho, a distribuição do ônus probatório às partes é marcada por alguns parâmetros em particular.

A primeira baliza são os princípios próprios do direito do trabalho, que iluminam a interpretação das normas trabalhistas, inclusive de caráter processual. Registre-se, porém, que não há exatamente um consenso doutrinário sobre a aplicação direta dos princípios do direito do trabalho ao direito processual do trabalho. Destaque-se que Mario de La Cueva⁵⁹⁹ defende tal proceder, embora o mais da doutrina, especialmente a pátria, entenda que isso é possível, mas de forma mitigada, razão porque se poderia falar em uma aplicação indireta dos princípios do direito material do trabalho no processo do trabalho, especialmente quando informam a correta realização do direito material⁶⁰⁰.

A segunda é a aptidão à produção probatória. Embora tal interpretação do ônus da carga probatória não seja de todo absorvida no processo do trabalho enquanto técnica processual, sempre norteia, ainda que indiretamente, senão a distribuição do ônus probatório, ao menos sua valoração. Observe-se, como já visto anteriormente, que o processo coletivo reclama por essa dinamicidade na distribuição probatória.

A terceira diz respeito às regras de pré-constituição da prova, que são exatamente a prévia distribuição do ônus probatório pela lei, sendo que sua inobservância gerará os ônus típicos referentes à prova.

⁵⁹⁸ Inclusive é nesse sentido que Pontes de Miranda (1997, p.193), acercado da doutrina austríaca, sustenta que o ônus da prova tende a ser regra de julgamento; prevalecendo, assim, seu aspecto objetivo.

⁵⁹⁹ LA CUEVA, Mario de. **Panorama do direito do trabalho**. Tradução de Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Sulina, 1969. p.93.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, há aparente consenso.

A quarta refere-se às máximas da experiência, que dizem respeito à escala de valores do magistrado somada ao conjunto de experiências que foram seu arcabouço cultural e que vai servir muito especialmente à formulação de um juízo de razoabilidade ou de verossimilhança acerca das alegações e provas que lhe são postas.

Antes de prosseguir, convém detalhar, ainda que brevemente, os elementos em epígrafe, posto que são justamente o parâmetro onde se gesta a distribuição do ônus probatório na cognição do Juízo.

Quanto aos princípios e sua influência sobre a exegese do tema de prova, na interpretação e aplicação ao direito processual, oportuno transcrever as específicas considerações de Emília Simeão Albino Sako:

Normas e princípios foram um universo, um sistema organizado, uniforme, destinado a esclarecer os fatos controvertidos e dar soluções aos litígios. Os princípios estão em posição hierárquica superior, encontram-se acima das normas, regulam a atividade da jurisdição, informam e definem uma lógica de atuação. Das normas processuais emanam princípios lógicos de atuação, como por exemplo, aquele em (*sic*) estabelece que a inicial deve preceder a contestação e esta a sentença. Orientam a observar as regras do ordenamento jurídico, como o dever de fundamentar as decisões, de julgar, e a buscar o máximo resultado com o mínimo dispêndio de tempo, de atividades e de custo.⁶⁰¹

Nesse mesmo diapasão, temos que os princípios de Direito Material também norteiam a análise da prova, ainda que indiretamente, como há pouco brevemente referido.

Mais ainda, é de se lembrar que, diferentemente das normas jurídicas, que necessariamente têm de se harmonizar entre si, sob pena de derrogação da mais antiga pela regra geral de hermenêutica, os princípios, ainda que contraditórios, convivem entre si e são avaliados pelo intérprete no momento da subsunção da norma ao caso concreto.

Ao tratar da aplicação e colisão de princípios, Ney José de Freitas explica que o impasse se soluciona por meio da: "[...] marca distintiva de atuarem conjuntamente,

⁶⁰¹ SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho**: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho. São Paulo: LTr, 2006. p.38.

complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos"⁶⁰². Trata-se, segundo esse mesmo autor, de uma questão de peso específico:

[...] vale dizer, nos casos concretos, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem colidir princípios válidos – tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão de peso.⁶⁰³

Ao explicar como se resolvem as colisões de princípios, sugere que se observe que os princípios:

[...] podem ser objeto de ponderação e harmonização por conterem exigências ou *standards* que devem ser realizados. É necessário, entretanto, estabelecer operações de concordância prática, sem cogitar de sacrifícios unilaterais de um princípio em relação ao outro, mas, ao contrário, de harmonização.⁶⁰⁴

Nessa perspectiva é que serão encarados os princípios adiante relacionados.

a) Princípio protetivo

Conforme clássica doutrina⁶⁰⁵, o princípio protetor se expressa sob três formas distintas. A primeira forma é a regra *in dubio pro operario*. Consubstancia-se esse princípio no favorecimento da parte hipossuficiente (empregado) quando houver mais de uma interpretação possível para a mesma norma jurídica quando de sua aplicação ao caso concreto, sendo que o mesmo raciocínio se aplica quando houver lacunas na lei, em instrumento coletivo, ou qualquer outro preceito de lei, sobre o qual penda dúvida para o intérprete. Nesse caso, a dúvida deve resolver-se em favor do hipossuficiente.

⁶⁰² FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo**: presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.45.

⁶⁰³ FREITAS, N. J., loc. cit.

⁶⁰⁴ FREITAS, N. J., loc. cit.

⁶⁰⁵ Veja-se, por exemplo: PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1997. p.28.

A segunda forma é a regra da norma mais favorável. Diferentemente do princípio anterior, que envolve divergência na interpretação de uma mesma norma, este princípio refere-se à concorrência de mais de uma norma jurídica⁶⁰⁶ por ocasião da subsunção do fato à norma. A escolha da norma mais vantajosa, entretanto, deverá ser casuística e concorde às circunstâncias que envolvem o caso concreto, visto que a norma mais favorável a uma categoria nem sempre será a melhor para outra.

Por fim, desdobra-se na regra da condição mais benéfica, critério pelo qual as condições mais benéficas ao empregado incorporam-se ao seu patrimônio e não podem ser suprimidas ou diminuídas, salvo se por expressa determinação legal.

Por intermédio do princípio protetor, assim, visa-se compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este uma superioridade jurídica, atenuando no plano jurídico o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Interessante observar que, embora originariamente regra de direito material⁶⁰⁷, dentro de uma perspectiva que leve em conta o imbricamento entre os planos material e processual bem como a instrumentalidade desse último, o princípio do *in dubio pro operário* poderia e deveria projetar seus efeitos na realização do direito material do trabalho. A razão maior para isso estaria no reclamo de tutela que os direitos sociais exigem. Nesse sentido, César Pereira da Silva Machado Júnior, tratando do tema da prova, afirma que: "Com base no princípio protetor temos de considerar toda prestação de trabalho como presumidamente subordinada, em vista da grande proteção ao trabalho humano em geral, que o direito do trabalho procura assegurar."⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ De graus de hierarquia distintos, haja vista que, em havendo identidade de hierarquia, uma delas a mais antiga estará revogada.

⁶⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2007. p.214

⁶⁰⁸ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2001. p.560.

Embora haja respeitáveis vozes em contrário, tais como Manoel Antônio Teixeira Filho⁶⁰⁹, Maurício Godinho Delgado⁶¹⁰ e Sergio Pinto Martins⁶¹¹, que se posicionam no sentido de que o princípio do *in dubio pro operario* não poderá servir de critério quando dividida a prova, caso em que sucumbirá aquele que detinha o ônus legal.

Nesse sentir, o princípio do *in dubio pro operario* é encarado como regra eminentemente hermenêutica: caso o julgador se depare com um dispositivo legal de sentido dúbio, deverá adotar a interpretação que for mais benéfica ao trabalhador. A maior crítica que se faz, à possibilidade de ser utilizada no plano processual, diz respeito ao fato de que, nessa seara, a igualdade entre os litigantes seria desejável, inclusive como garantia constitucional, e que a proteção do trabalhador está relegada ao plano material.

Não há dúvida de que, sob o ponto de vista processual, o tratamento igualitário das partes há de ser observado. Da mesma forma, incontroverso que, no campo do direito material, prevalece o princípio *in dubio pro operario*, haja vista a hipossuficiência daquele que coloca a energia do trabalho a serviço do capital.

Controverte-se exatamente a possibilidade e a medida em que se poderia admitir a projeção de efeitos desse princípio no campo processual, exatamente para assegurar a paridade de armas dos contendores. Isso porque há diferença considerável entre um litigante hipossuficiente e outro munido de meios materiais sólidos, como as grandes corporações, que enfrentam, sob o mesmo mote do liberalismo nas relações

⁶⁰⁹ Assim, o ônus da prova no processo do trabalho cabe à parte que o alegar (art. 818, CLT), sendo que o ônus *probandi* "se vincula ao interesse da parte em ver provados os fatos narrados em juízo; daí porque a lei fixou, objetivamente e com base nesse interesse, os critérios relativos à distribuição desse encargo processual." (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**: processo do conhecimento. São Paulo: LTr, 2009. v.2. p.971).

⁶¹⁰ "[...] havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica do *in dubio pro operario*. É que o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à compatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico." (DELGADO, 2007, p.214).

⁶¹¹ "O *in dubio pro operario* não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT". (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.76).

jurídicas, de igualdade *inter partes*. Em outras palavras, não haverá aqui, tal como sucedeu no campo privado, uma suposta – porque meramente formal – igualdade?

Talvez por isso Américo Plá Rodriguez⁶¹² defenda, com veemência, a aplicação do princípio em questão em matéria probatória, como também o fazem Mozart Victor Russomano⁶¹³ e Coqueijo Costa⁶¹⁴.

Infere-se, pois, que o princípio protetivo, ainda que possa pender divergência quanto à influência dos princípios de direito material no campo processual, tem eficácia neste quadrante. Isso ocorre na medida em que todo o arcabouço do direito do trabalho, concomitante à sua própria gênese, inclusive pela natureza incontroversamente alimentar da verba trabalhista. Nas palavras de Eduardo Milléo Baracat, "não terá o empregado existência digna se não auferir os meios necessários à sua subsistência, sendo que estes meios, em regra, são os únicos que dispõe o trabalhador"⁶¹⁵.

Nesse aspecto, deve ser observado, quando da distribuição da carga probatória, não talvez como fator determinante, mas ao menos como norte em caso de penderem outras presunções ou juízos de verossimilhança contra a distribuição ordinária que usualmente se faria.

Dissertando sobre o panorama e do imperativo social de desigualdade racial que conduziu ao surgimento do Estatuto dos Direitos Civis⁶¹⁶ nos Estados Unidos da

⁶¹² "A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso. Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória, que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos". (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p.115).

⁶¹³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.44.

⁶¹⁴ COSTA, Coqueijo. **Princípios de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976. p.17

⁶¹⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: SANTOS, José Aparecido dos (Org.). **Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos da AMATRA IX**. São Paulo: LTr, 2008. p.203.

⁶¹⁶ Nos Estados Unidos da América esse feixe de normas legais, concebidas desde o fim da guerra civil americana até a última década do século XX é chamado de *Civil Rights Law* ou *Civil Rights acts*. As principais normas dos Estados Unidos da América seriam: o Estatuto dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Right Acts of 1964*); 13.^a; 14.^a; e 15.^a emendas constitucionais, além dos *federal acts* e das decisões emblemáticas da Suprema Corte norte americana. Pelo sistema lá vigente, da *common law*, essas decisões atuam de forma cogente e imperativa a todos os órgãos jurisdicionais inferiores.

América, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁶¹⁷ descreve um importante exemplo de rompimento de paradigma processual em prol da efetividade do direito material⁶¹⁸, quando descreve o regime probatório que disciplina demandas dessa natureza (envolvendo ações afirmativas⁶¹⁹), por meio da chamada *teoria do impacto desproporcional* via da qual a análise da questão discriminatória se dá pela perspectiva⁶²⁰ dos resultados negativos decorrentes de eventuais práticas discriminatórias.

O objetivo da técnica em comento visa a combater a discriminação dissimulada, indireta, derivada de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas (até mesmo leis) aparentemente neutras, porém, em essência, dotadas de grande potencial discriminatório.⁶²¹ Eis o seu enunciado:

Toda e qualquer prática empresarial, política, governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.⁶²²

Circunscrevendo a observação à prova no processo do trabalho, a hipossuficiência do demandante, por si só aliada ao imperativo de tutela dos Direitos Sociais, já justificaria a aplicação parcimoniosa (evidentemente) de tal princípio no momento da ponderação do encargo probatório devido a cada litigante no processo.

⁶¹⁷ GOMES, J. B. B., 2001, capítulo primeiro (advento do Estatuto de Direitos Civis) e capítulo terceiro (*teoria do impacto desproporcional*).

⁶¹⁸ A menção desse exemplo reveste-se de especial importância na medida em que evidencia adaptação (para o nível coletivo) de mecanismo processual inicialmente pensado para o tratamento individual de demandas.

⁶¹⁹ O mesmo autor descreve as ações afirmativas como o "conjunto de políticas públicas e privadas e caráter compulsório, facultativo, ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, J. B. B., 2001, p.40).

⁶²⁰ Ordinariamente, tal análise focaria as práticas em si, não seus resultados.

⁶²¹ Qualificadas pelo fator intencionalidade.

⁶²² GOMES, J. B. B., 2001, p.24. Mais adiante (capítulo terceiro) Joaquim Benedito Barbosa Gomes delinea, a partir da casuística da Suprema Corte Norte-americana, a Teoria do Impacto Desproporcional, apresentando-a como construção jurisprudencial, por meio da qual, o Poder Judiciário federal declara legítimas as medidas de cunho "afirmativo" que visem a reduzir históricas desigualdades (especialmente na área trabalhista).

b) Princípio da continuidade da prestação

Substancialmente esse princípio encontra fundamento na característica eminentemente alimentar do salário decorrente do trabalho subordinado, sendo usual dirimirem-se divergências a partir de sua aplicação⁶²³. Nessa medida, prescreve o princípio em questão que essa especial característica do salário justifica a preservação do vínculo de emprego, cuja natureza é contínua e o mais perene possível.

A lei, a doutrina e a jurisprudência, receptivas a este princípio, fomentam a obrigação de o empregador empenhar todos os meios para evitar que a rescisão do contrato de trabalho por justa causa não seja levada a efeito. Determinam-se, para tanto, a aplicação de medidas que visem à reeducação do empregado, dentre elas advertências verbais, escritas, suspensão disciplinar, para, somente, como possibilidade última, rescindir o contrato por justo motivo.

No mesmo compasso, o ordenamento prevê indenizações para inibir a dispensa imotivada, ou sem justa causa, onerando pecuniariamente a simples substituição do empregado. O objetivo dessa atração visa a impedir a rotatividade de mão de obra e, por consequência, favorecer a manutenção do contrato de trabalho e a estabilidade social.

Com fundamento nesse princípio, a lei presume ao contrato de trabalho duração indeterminada, constituindo-se os contratos por tempo certo exceção⁶²⁴ a essa regra.

c) Princípio da irrenunciabilidade de direitos sociais

O princípio da irrenunciabilidade⁶²⁵ de direitos visa resguardar os direitos elementares, tornando sem efeito eventual renúncia por parte do empregado quanto a esse patrimônio social mínimo.⁶²⁶

⁶²³ Em termos casuísticos, porém, existindo dúvida sobre fato determinante da rescisão do contrato de trabalho, quer pela dispensa motivada, quer pela rescisão indireta, relacionadas nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho impõe-se a aplicação da presunção que o empregado desejava permanecer no emprego.

⁶²⁴ Tanto isso é verdadeiro que os contratos por tempo certo, que excepcionam a regra ditada pelo princípio da continuidade da prestação deverão observar necessariamente a forma escrita (artigo 443 da CLT e Lei 9.601, de 21.01.1998).

⁶²⁵ Tem sede expressa no art. 444 da CLT, dispositivo que admite a livre estipulação "*em tudo que não contravenha a ordem pública*".

⁶²⁶ Há inclusive cogência legal nesse sentido quanto a alguns direitos. Como exemplo, pode-se citar a multa prevista no § 8.º do artigo 477 da CLT.

Tal princípio fundamenta-se no fato de que o empregado, com o fito de manutenção de seu salário mensal, cujo caráter é francamente alimentar, pode vir renunciar a direitos básicos ou submeter-se a condições inadequadas de trabalho. Tal situação decorreria da premência, pela condição hipossuficiente, além do propósito de garantir sua sobrevivência por meio do labor assalariado.

O principal efeito do princípio em tela é que as regras de direito material do trabalho têm caráter de ordem pública; e, nessa medida, eventuais renúncias que violem as garantias e benefícios por ela assegurados serão consideradas nulas.

Evidentemente, o parâmetro para tal é o eventual prejuízo, a que pode estar sujeito o trabalhador por conta do desequilíbrio econômico que sobre ele pende na relação de trabalho, podendo ser abrandada apenas em casos muito específicos.⁶²⁷

Interessante considerar que, em não podendo, por falta de meios, a parte estaria a renunciar tacitamente direito seu por impossibilidade de demonstrar o direito pretendido, visto lhe faltarem meios materiais para tanto.

Isso já é relevante em se considerando o direito individual, sendo certo que direitos tutelados coletivamente, já pela própria transcendência que os aproxima do público, merecem especial atenção.

d) Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade⁶²⁸ consiste na prevalência dos fatos e atos reais face aos documentos que contradigam tal realidade, ainda que formalmente hígidos.⁶²⁹ Tal não se limita à prova documental, podendo ocorrer com qualquer

⁶²⁷ Registre-se, nesse sentido, a seguinte ementa que, ante as peculiaridades do caso concreto, mitiga o princípio: "Embora a irrenunciabilidade constitua um dos princípios peculiares do Direito do Trabalho, a renúncia vem sendo admitida, em caráter excepcional, quando manifestada livremente no curso do contrato. Logo, poderá o empregado despojar-se o direito à estabilidade no emprego, a qual não cria um vínculo indissolúvel, desde que assistido na forma do artigo 500 da CLT, exigência que se estende às pessoas jurídicas de direito público interno (cf. Decreto-lei 779/69). A proteção à liberdade individual justifica a rescisão contratual pelo empregado, do contrário, sujeitar-se-ia a vínculos perpétuos". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. **Recurso Ordinário n.º 9687/91**. Acórdão da 2.^a Turma, de 14.07.92, Rel. Alice Monteiro de Barros, Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2010.)

⁶²⁸ Aliás, é no quadrante deste princípio que se insere o chamado *contrato-realidade* (construção teórica da lavra de Mário de La Cueva), que é o contrato nas condições efetivamente havidas e não naquelas formalmente contratadas.

⁶²⁹ Exemplificativamente, não se pode esquecer que a submissão do empregado decorrente justo de sua dependência econômica pelo salário pode fazê-lo vir a firmar documentos contra sua vontade ou fraudulentos quanto ao conteúdo.

modalidade ou situação de fato. O conteúdo do princípio diz respeito a que a verdade do processo deve identificar-se totalmente com a verdade fenomênica, prevalecendo esta, ainda que a prova aponte em sentido diverso.

Analisando a prova sob a perspectiva do direito comparado, Rui Portanova⁶³⁰ destaca o importante exemplo inserido na Constituição da República Tcheca, em seu artigo 103, que determina aos tribunais a condução do processo envidando esforços no sentido de que se estabeleça o estado real das coisas acerca das quais haverão de deliberar.

No caso da prova em processo coletivo, é de se considerar que os vários hipossuficientes, embora em coalizão de pretensões, nem por isso se encontram em melhor condição probatória que o empregador, abrindo-se a possibilidade de diversa interpretação desse encargo probatório.

4.3.3 Supressão do Critério de Omissão Material quanto à Distribuição de Ônus da Prova no Processo Coletivo do Trabalho⁶³¹

As inteiras subsidiariedade e compatibilidade são os critérios que autorizam a incorporação de institutos de outros ramos do direito no ramo trabalhista.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho expressamente prevê e admite suprimento externo, a fim de colmatar eventuais lacunas que existam quando da sua aplicação, remetendo⁶³² às disposições da Lei de Execuções Fiscais e ao Código de Processo Civil; quando omissa e compatível o dispositivo que se pretende aplicar subsidiariamente com os princípios do Direito do Trabalho.

Parece, todavia, razoável afirmar que o segundo requisito seja mais importante que o primeiro.

⁶³⁰ PORTANOVA, 2005, p.199.

⁶³¹ Capítulo adaptado de SANTOS, Willians Franklin Lira dos Santos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v.72, p.712-724, jun. 2008.

⁶³² Em razão da lacuna material e da compatibilidade princiológica, nos termos do artigo 769 da CLT.

A aplicação de instituto não previsto no Processo do Trabalho é viável na medida em que se harmonize com o sistema laboral, ou seja, o art. 769⁶³³ da Consolidação das Leis do Trabalho pretende filtrar a introdução de normas de Direito Comum que nada acresçam ao espírito protetivo do Direito do Trabalho.

A contrario sensu, admite-se supor que sempre seria desejável a incorporação de institutos que viabilizem a melhor realização do Direito Material Trabalhista, sendo certo que a omissão pode e diz respeito à melhor eficácia do instituto acrescido.

A princípio há lacuna, visto que o Direito do Trabalho não dispõe de regra específica quanto à inversão do ônus da prova, muito embora seja utilizada com certa frequência como regra de julgamento, o que já indicia a compatibilidade.

O inciso VIII⁶³⁴ do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a inversão do ônus da prova depende da conjugação de dois fatores: verossimilhança do direito alegado e hipossuficiência da parte, que é o ápice da distribuição dinâmica de ônus. Evidentemente, tratam-se referidas condições de situações familiares ao Direito do Trabalho.

Não bastasse, o espírito normativo do Código de Defesa do Consumidor está em perfeita harmonia com o caráter protetivo do direito do trabalho, sendo comum a ambos os ramos a proteção ao hipossuficiente.

Vencida esta etapa e reconhecida a compatibilidade do instituto, convém discorrer sobre as teorias que podem fundamentar o uso do instituto no processo do trabalho, individual ou coletivo, como meio de se admitir a distribuição dinâmica de ônus, assim como a própria inversão do ônus da prova.

⁶³³ CLT: "Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título." (BRASIL, 2009a, p.117).

⁶³⁴ CDC: "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]" (BRASIL, 2009b, p.1188).

4.3.4 Fundamentos Teóricos para a Distribuição Dinâmica das Cargas Probatórias

Certo é que os princípios gerais do Direito do Trabalho instruem a melhor exegese das normas trabalhistas, inclusive quando da sua subsunção ao caso concreto e respectiva dosimetria do encargo probatório.⁶³⁵

Frise-se que o princípio protetor, espécie de supra princípio laboral⁶³⁶, permeia todo o direito material e, também, o processual trabalhista.

Como boa parte do Direito Material Trabalhista possui berço constitucional, merece interpretação semelhante àquela dada às garantias individuais. Parece certo dizer que a constitucionalização do direito do trabalho assegurou eficácia diversa e mais ampla que aquela outrora havida em nível infraconstitucional.

Além dos princípios que lhe são específicos⁶³⁷, importa lembrar que o Direito do Trabalho tem moldura constitucional e se insere, topograficamente, entre os direitos fundamentais (artigo 7.^o⁶³⁸, e incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil), além de que o trabalho humano é considerado fundamento da República (artigo 1.^o, IV⁶³⁹, da Constituição da República Federativa do Brasil), fundamenta a ordem social (artigo 193⁶⁴⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil) e possui papel destacado na ordem econômica (artigo 170⁶⁴¹ da Constituição da República Federativa do Brasil).

⁶³⁵ Aqui, porém, a doutrina se divide, prevalecendo a corrente de que, em matéria processual, não incidem os princípios protetivos, como visto em item anterior.

⁶³⁶ No sentido de que informa todo o sistema e lhe confere especificidade.

⁶³⁷ A exemplo: princípio protetivo, da primazia da realidade, da norma mais favorável etc.

⁶³⁸ CRFB: "Art. 7.^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]" (BRASIL, 2009b, p.30-33).

⁶³⁹ CRFB: "Art. 1.^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]". (Ibid., p.21).

⁶⁴⁰ CRFB: "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais". (Ibid., p.125).

⁶⁴¹ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Ibid., p.118-119).

Sob essa perspectiva, dialoga com as demais garantias constitucionais que lhe são conexas e, ainda, com elas se integra dentro de uma interpretação sistemática do direito constitucional do trabalho.⁶⁴²

Nesse sentido, existem outros princípios, hauridos de outros ramos do direito, perfeitamente compatíveis e aplicáveis ao direito do trabalho, a saber: dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III⁶⁴³, da Constituição da República Federativa do Brasil), vedação enriquecimento sem causa (artigo 884⁶⁴⁴ do Código Civil Brasileiro⁶⁴⁵), boa-fé, prevalência do interesse coletivo sobre o individual etc., que indiretamente também poderiam nortear a mitigação do dogma da distribuição estática dos ônus probatórios.

SALÁRIO-FAMÍLIA - ÔNUS DA PROVA - SÚMULA N.º 254 DO C. TST - Considerando que, na prática, é muito difícil – quase impossível – o empregado provar que tentou entregar as certidões de nascimento e que o empregador recusou o recebimento, o caso suscita a inversão do ônus da prova, considerando-se a posição da jurisprudência no sentido de que certos privilégios tidos pelo empregado no direito material devam também existir no processo do trabalho, pois, em se tratando de salário-família, o que deve ser tutelado é a paternidade ou maternidade em si, a ponto de aderir ao patrimônio do trabalhador o direito ao benefício. Sob este ângulo é que deve ser entendido o comando da Corte Máxima Trabalhista contida na Súmula n.º 254 do C. TST quando se refere ao pagamento a partir apenas a partir da prova da filiação.⁶⁴⁶

⁶⁴² Aqui entendido, principalmente, como as regras de direito material contidas no artigo 7.º e incisos da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁴³ CRFB: "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]". (BRASIL, 2009b, p.21).

⁶⁴⁴ CCB: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido". (Ibid., p.330).

⁶⁴⁵ Lei n.º 10.406/2002.

⁶⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região. **Recurso Ordinário n.º 16331/1999**. Rel. Desembargador Luiz Eduardo Gunther, publicado no DJ em 02.03.2001. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

A interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, em enfoque que confira maior efetividade ao Direito Material que se tutela, mormente quando de natureza social (como é o caso do Direito do Trabalho) ou de relevante interesse social (como é o caso do Direito Coletivo), importa concluir que a regra de distribuição estática de ônus da prova, conforme alerta Eduardo Cambi⁶⁴⁷, é *materialmente* incompatível para produzir a prova nessa classe de processos "porque coloca em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo"⁶⁴⁸.

4.3.4.1 Máximas da experiência

Trata-se de método integrativo que encontra expressa previsão legal, haja vista que o artigo 335⁶⁴⁹ do CPC textualmente prevê sua aplicação. Já a CLT prevê a utilização das máximas de experiência em seu artigo 852-D⁶⁵⁰; dispositivo que, muito embora topograficamente se refira ao procedimento sumaríssimo, nada obsta que seus efeitos se projetem no procedimento ordinário, que poderia inclusive servir-se, se fosse o caso, de aplicação subsidiária do artigo 335 do CPC.

Ademais, convém observar que não se trata de uma exigência que envolve apenas o conhecimento e *background* particular do julgador, mas sim uma espécie de experiência indutiva e comum⁶⁵¹, subsidiária e harmônica à vivência particular do magistrado.

⁶⁴⁷ CAMBI, 2009, p.353-354.

⁶⁴⁸ Ibid., p.354.

⁶⁴⁹ "Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial" (BRASIL, 2009b, p.572).

⁶⁵⁰ "Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica".

⁶⁵¹ Pontes de Miranda (MIRANDA, 1997, p.361). considera que essas experiências referem-se não apenas à própria experiência de vida de cada indivíduo, como também àquelas experiências gerais, situando-se aí as máximas gerais, que podem ditar os comportamentos.

Nessa medida, uma de suas funções é servir de filtro para interpretar as alegações e depoimentos das partes, sobretudo para a formação do juízo de verossimilhança, razão porque podem e devem ser inseridas no parâmetro da persuasão racional do Juiz.

Um dos usos possíveis e apropriados deste mecanismo circunscreve-o como critério para valoração da prova, podendo inclusive conduzir à distribuição diversa ou à inversão do ônus originário⁶⁵². Isto porque, se o fato apresentado como tese é, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece, verossímil e plausível, e a antítese é de todo inverossímil, deverá ocorrer a inversão do ônus da prova, a qual ficará a cargo da parte que abusar da defesa, por inverossimilhante. Isso mitiga a rígida divisão do ônus da prova, insculpida em princípio nos artigos 818 da CLT e 333, I e II, do CPC e está de acordo com a prevalência do público sobre o privado, do individual sobre o coletivo. Razoável, pois, nesse sentido, admitir que caiba ao juiz a ponderação casuística sobre o ônus da prova, de forma a que o empregador seja compelido à prova, se assim entender apropriado o magistrado diretor do processo.

4.3.4.2 Poder geral de cautela e distribuição do ônus probatório

No processo civil, ainda que adstrito à igualdade formal, presumida pelo sistema, entre os contendores; ainda assim, excepcionando seu caráter francamente dispositivo, faculta o ordenamento ao magistrado romper com a inércia que caracteriza seu agir, a fim, inclusive, de determinar provas necessárias ao esclarecimento da verdade (artigo 130⁶⁵³ do Código de Processo Civil).

⁶⁵² Nesse sentido, registre-se o seguinte acórdão do Colendo STJ, via do qual se adota expressamente a regra do artigo 335 do CPC como fundamento para inversão do ônus da prova: "CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - COLISÃO PELA TRASEIRA - PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE ABALROA POR TRÁS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DOCTRINA - REEXAME DE PROVA – INOCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO. - Culpado, em linha de princípio, o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o 'onus probandi', cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 19.8196/99**. 4.ª T. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira DJ 12.4.99. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2009.).

⁶⁵³ "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (BRASIL, 2009b, p.541).

Com mais razão, no direito do trabalho, no qual subjaz a ideia de proteção e compensação jurídica da hipossuficiência econômica do trabalhador, é absolutamente razoável admitir uma postura mais ativa do magistrado na direção do processo, especialmente no que diz respeito à produção probatória.

Nesse sentido, Sérgio Alves Gomes⁶⁵⁴, ao comentar o fenômeno da publicização do processo e da mitigação do princípio dispositivo no próprio processo civil, assim considera:

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da *verdade real*, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele, também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias. Embora não raras vezes o juiz tenha de se contentar com a *verossimilhança*, tal somente deve ocorrer após esgotar ele as possibilidades de vir aos autos os elementos probatórios de que pode lançar mão, de ofício. Dentre os escopos do processo está o da solução justa do litígio e para tanto a *verdade* se faz necessária (CPC, arts. 17, II, 332, 339, 415).⁶⁵⁵

Bem se vê que a postura do Juiz como diretor do processo lhe investe diretamente no poder-dever de distribuir os ônus probatórios e até mesmo de determinar as provas que entenda necessárias ao deslinde da questão que se lhe põe à cognição.

Marcos Vinícius de Abreu Sampaio⁶⁵⁶, em dissertação sobre o tema em comento, parte de uma visão geral das categorias de ação e processo e, dessa análise, aproxima o conceito de poder-dever geral de cautela a uma espécie de poder vinculado-discricionário ligado às cautelares inespecíficas, via do qual pode o julgador, discricionária mas fundamentadamente, promover atos acautelatórios inespecíficos enquanto diretor do processo.

⁶⁵⁴ GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.258.

⁶⁵⁵ GOMES, S. A., loc. cit.

⁶⁵⁶ SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.138.

Nesse sentido assevera, mesmo, que o poder-dever de cautela de que se investe o Juiz na direção do processo assemelha-se ontologicamente àquele conferido às partes no manejo de cautela em prol do direito material de que são titulares:

Atualmente, pois, dizer-se que ao juiz é conferido um poder geral de cautela significa o mesmo que afirmar que aos titulares de direitos ameaçados de lesão é conferido o direito de promoverem ações cautelares inominadas e inespecíficas, além daquelas já previstas no ordenamento.⁶⁵⁷

Caracterizando a natureza jurídica do instituto, assim considera:

Conforme já mencionado acima, o poder geral de cautela pode ser encarada sob dois prismas. O primeiro toma por base quem exerce esse poder e a quem o mesmo é conferido. Já, o segundo, é encarado sob o ponto de vista de quem se beneficia do exercício desse poder, ou de quem postula seja esse poder exercitado.⁶⁵⁸

O mesmo se diga quanto aos poderes do Juiz no Processo Coletivo, seja trabalhista, ou não, pois que a presença de interesses que transbordam ao individual necessariamente reclama uma mitigação do princípio dispositivo, admitindo uma participação mais direta do magistrado na condução do processo, sem que isso fira o devido processo legal.

Novamente se verifica a possibilidade de concretização dessa tendência doutrinária na medida em que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, assim como o Anteprojeto de Código de Processo Civil⁶⁵⁹, preveem a ampliação de poderes do magistrado na condução do processo, com vistas a assegurar a igualdade material das partes, bem como o alcance da verdade real.

⁶⁵⁷ SAMPAIO, 1993, p.138.

⁶⁵⁸ SAMPAIO, loc. cit.

⁶⁵⁹ Anteprojeto de CPC: "**Art. 107.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]" (BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2010).

4.3.4.3 Presunções de Direito do Trabalho

Ladeando a regra geral segundo a qual o ônus da prova incumbe ao demandante quanto a fato constitutivo do seu direito, e ao demandando quanto à exceção substancial, há casos em que a natureza instrumental do Processo do Trabalho aproxima-o do respectivo direito material, por conta de seu caráter protetivo.

Nessa medida, a presunção é uma construção intelectual, pautada no arranjo lógico de indícios e de regras da experiência comum.

Exemplificativamente, em demanda que discuta a existência de vínculo de emprego, o ônus da prova inverte-se caso haja negativa pelo demandado com reconhecimento de prestação diversa da empregatória *stricto sensu*, atraindo a si a prova da exceção, prova essa que ordinariamente caberia à parte demandante.⁶⁶⁰

Não que se esteja, em tal caso, excepcionando a regra ordinária de distribuição do ônus da prova. O fato constitutivo do direito do autor é a prestação pessoal de serviços, a partir da qual é presumível, face à natureza protetiva do direito do trabalho, o vínculo de emprego. Alegação diversa da parte demanda, que tenderia a negar, na relação pessoal, a existência dos elementos configuradores de uma relação de emprego⁶⁶¹, suscitando prestação de natureza diversa⁶⁶², pode ser vista como fato impeditivo do direito do autor, razão pela qual incumbe justamente ao réu prová-la.

⁶⁶⁰ Interessante referir ao seguinte julgado do TST, de Relatoria do Ministro Coqueiro Costa: "Ônus da prova. Quase todos os códigos de trabalho e leis especiais presumem a existência do contrato de trabalho pela simples prestação de serviços (CABANELLAS, G. *Tratado de derecho laboral*, v. 2, p.190). É presunção *iuris tantum* (CUEVA, De La. *Derecho mexicano del trabajo*, p.46), cabendo ao empregador que alega a inexistência do fato presumido provar em contrário" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 4.851/83**. 1.ª T. Rel. Min. Coqueiro Costa. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2010).

⁶⁶¹ Artigo 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶⁶² V.g.: contrato de estágio, labor autônomo etc.

4.3.4.4 Preconstituição da prova

Por conta do poder de direção legalmente atribuído ao empregador e seu reverso, a assunção integral quanto ao risco do negócio, o ordenamento, em muitas oportunidades⁶⁶³, fixa de antemão um dever de pré-constituição da prova quanto aos direitos trabalhistas.

Cuida-se, em verdade, da prévia distribuição do ônus de provar, por dicção legal. Frise-se, porém, que pode sucumbir a outros elementos probatórios, desde que tal entender se fundamente em elementos objetivos, e haja prova diversa e concludente em sentido contrário.⁶⁶⁴

Nessa medida, cuida-se de uma presunção *ope legis* aprioristicamente direcionada a uma das partes, a quem cabe o ônus da demonstração da prova que lhe cabia produzir em antecipado.⁶⁶⁵

Observe-se o comentário de Alberto Reis de Paula, rematando o assunto:

A conclusão a que chegamos está em harmonia com a do IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social pelo qual "incumbe ao empregador a prova do cumprimento das obrigações normais impostas pelo contrato de trabalho" assim como "para efeito de provar fatos vinculados com a relação de trabalho, considera-se essencial que os mesmos sejam registrados pelo empregador em documentos de controle legalmente estabelecidos. Em tal caso, o não cumprimento desta obrigação criará a presunção *iuris tantum* de verossimilhança em favor do alegado pelo trabalhador. Os elementos de controle deverão ser submetidos à fiscalização dos órgãos públicos competentes.⁶⁶⁶

⁶⁶³ Por exemplo: anotação do contrato em CTPS, comprovantes de pagamento de salário, comprovantes de recolhimento dos depósitos fundiários, controle escrito de jornada caso haja mais de dez trabalhadores (salvo se empresa de pequeno porte, artigo 11 da Lei n.º 9.841/99).

⁶⁶⁴ A confissão do reclamante prevalece sobre a regra do art. 74, § 2.º da CLT.

⁶⁶⁵ Como exemplo, a Súmula 338 do TST, determina ao empregador a demonstração da correção do horário de jornada mediante prova pré-constituída (cartões de ponto da contratualidade).

⁶⁶⁶ PAULA, A. R., 2001, p.148.

Nesse sentido, a preconstituição assenta-se na premissa da igualdade substancial dos contendores, de forma que o direito material é preservado de lesão ou de ameaça, por técnica, legal, de distribuição diversa de ônus de prova.

4.3.4.5 Teoria da redução do módulo probatório e a importância da prova indiciária

O princípio da redução do módulo de prova, como o próprio nome sugere, cuida da constituição da verossimilhança baseada em indícios e presunções. Em outras palavras, resta reduzida a extensão do campo a ser provado.

Essa concepção foi desenvolvida, como esclarece Jorge Luiz Souto Maior⁶⁶⁷, para fazer frente às situações em que a demonstração de uma alegação revele-se difícil ou impossível, caso em que não se pode exigir um elevado grau de certeza, como ocorre ordinariamente, mas compatível com a situação concreta, mediante redução do módulo a ser provado.

Essa teoria foi desenvolvida por Gehard Walter⁶⁶⁸, na medida em que defendeu a livre apreciação da prova, como alternativa de realização do direito material. Corroborar essa ideia a tese sueca concernente ao convencimento judicial, apresentada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁶⁹ como uma espécie de relativização, pelo julgador, com base em juízo de probabilidade e verossimilhança, da regra rígida de ônus legal de prova. Feita essa ponderação, a parte que tenha demonstrado seu direito com certo grau de probabilidade poderá tê-lo reconhecido judicialmente, ao contrário do que usualmente acontece, quando a prova está dividida e aplica-se a divisão de ônus probatório legal.

Nesse particular, frise-se que a solução do ônus da prova como alternativa ao *non liquet*, além de não fazer melhor justiça, revela-se manifestamente positivista.

⁶⁶⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000. p.86.

⁶⁶⁸ WALTER, Gehard. **La libre apreciación de la prueba**: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tradução para o Espanhol de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

⁶⁶⁹ MARINONI; ARENHART, 2009, p.85-87.

Interessante observar que, consoante à teoria que se comenta, o Juiz pode chegar a um grau de verossimilhança determinado por Lei⁶⁷⁰ ou, ele próprio, poderá graduar essa medida diante das peculiaridades do caso concreto, caso em que procederá à distribuição dinâmica dos ônus de prova.

Na *common law* há a figura do *quantum of proof*⁶⁷¹, como refere Sergio Cruz Arenhart⁶⁷². Nesse caso, fala-se em preponderância da prova, prevalecendo a tese daquele que demonstrou de maneira verossímil seu direito.

Não há dúvida de que essa abordagem da prova é excepcionalmente importante para as tutelas de urgência e para a tutela inibitória, todavia ela é consentânea ao regime ordinário de cognição sumária, cujo primado seja a efetividade do direito.

4.3.4.6 A teoria da *res ipsa loquitur* como corolário da distribuição probatória dinâmica

Como antecedente lógico da análise da distribuição dinâmica de ônus da prova, convém, ainda que brevemente, delinear os elementos que caracterizam a teoria da *res ipsa loquitur*⁶⁷³.

Trata-se de tema da responsabilidade civil que, em parte, informa a gênese da responsabilidade civil objetiva⁶⁷⁴, tendo seu uso e desenvolvimento e uso mais afeto a *common law*. Aliás, dentro desse sistema, seu uso, para situações específicas, torna despicienda a distribuição do encargo probatório. Em outras palavras, comprovado o dano a partir da coisa, presume-se a obrigação de indenizar.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ No sistema brasileiro, isso corresponde ao ônus legalmente fixado.

⁶⁷¹ Em que se aplica o mesmo raciocínio que orienta a teoria sueca.

⁶⁷² ARENHART, 2003, p.256-257.

⁶⁷³ Tradução livre: *a coisa fala por si mesma* ou, mais adequadamente, *deixe-se a coisa falar de si mesma*.

⁶⁷⁴ Excede a extensão e propósito do presente trabalho enfrentar as considerações e dissensos sobre a constituição dos elementos objetivos que informam a construção da ideia da responsabilidade objetiva, convindo a exposição limitar-se a uma breve apresentação da teoria da *res ipsa loquitur* por si só.

⁶⁷⁵ Sua dinâmica é bastante simples: diante a simples ocorrência de um fato – morte do paciente, lesão, dano estético ou qualquer outra lesão – surge, contra o médico, a presunção de negligência. O fato, por si só, é entendido como causa hábil e determinante do resultado lesivo, justificando a presunção de culpa contra o agente.

Em termos probatórios, adaptando a ideia ao nosso sistema, situar-se-ia próximo do instituto da inversão do ônus da prova, com a ressalva de que se trata de instituto de direito material⁶⁷⁶, o que confirma a ideia de que os planos material e processual não são estanques como habitualmente se pensa.

Difere dos institutos referidos, porém, na medida em que exige a exclusão de evidência diversa que pudesse ser a causa do dano. Ademais, o fato lesivo deveria ter ocorrido por culpa para justificar a aplicação da teoria. Nesse sentido, assemelha-se à responsabilidade objetiva na medida em que eventual arguição de excludente de ilicitude (força maior, estado de necessidade etc.) afastaria sua incidência.

Quando se trata de dano moral envolvendo direitos de personalidade, Roberto H. Brebbia sustenta que basta que seja demonstrada a violação, eis que presumido o dano psíquico.⁶⁷⁷

Na doutrina nacional, Miguel Kfoury Neto analisa com profundidade o tema, afirmando que a teoria da *res ipsa loquitur* tem lugar nas hipóteses em que

a) o dano deve ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atendendo sob sua direção ou controle; c) deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte.⁶⁷⁸

Circunscrevendo o tema em comentário o objeto da presente ao Processo do Trabalho, no caso de demanda coletiva seria razoável presumir, mormente por força da magnitude social do direito coletivamente manejado, que se poderia, sim, em virtude disso, relativizar a distribuição dos ônus probatórios, tanto nos dissídios individuais como naqueles de índole coletiva, pois a efetividade, quando em pauta os direitos sociais, tende a se fazer encontrar na coletivização e, dentro desta, na relativização de ônus de prova, no fito de concretizar o direito material.

⁶⁷⁶ No campo do direito material estaria muito próxima à responsabilidade objetiva.

⁶⁷⁷ BREBBIA, Roberto H. **El Daño Moral**. 2.ed. Córdoba: Orbir, 1967. p.81-86.

⁶⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.51.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bem do encerramento desta reflexão vão colacionadas adiante as principais conclusões que se construíram no desenvolvimento do trabalho.

A crescente complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea tem-se refletido num questionamento no sentido de reavaliar, numa perspectiva geral, a própria validade do estatuto epistemológico de cada ramo do saber.

O Direito, a exemplo do que sucedeu com as demais Ciências Humanas, com as quais partilha sua origem, por força do racionalismo e das filosofias liberais do século XVII, acabou por sofrer uma leitura *matematizada* em sua metodologia, o que já indica grave risco de afastamento da realidade que deveria descrever e regular.

A noção de ciência centrada no objeto e não no sujeito, que calha muito bem às ciências naturais, pouco convém às ciências sociais e, dentre elas, muito menos o Direito, enquanto regulador e disciplinador de condutas, operacionalizadas, em regra, pelo direito processual.

Em razão dessa conjuntura, o Direito acabou por se transformar em um sistema de conceitos, desvinculado da realidade. Nesse contexto, insere-se o processo, profundamente marcado pelo paradigma liberal-individual, residindo aí a principal fonte de sua crise de efetividade.

O pensamento de Thomas S. Kuhn bem visualiza esse fenômeno, na proporção em que desenvolve a noção de *paradigma*, via do qual representa os modelos de racionalidade que se impõem em cada época e como, de tempos em tempos, a crise do paradigma anterior conduz à transição entre um modelo e outro, o que ocorre sempre que um paradigma já esgotou sua capacidade enquanto tal.

Essa problematização, ainda mais incisiva em Michel Foucault, concernente às condições de gênese e permanência no processo de constituição de um paradigma científico, permite descortinar as razões fundantes do paradigma e de sua sobrevivência, ponto cujo discernimento revela-se imperioso para o estudo de tema em franca transição.

O Direito, sobretudo o processual, cruza os umbrais do positivismo em busca de uma resposta mais plural e concorde com a realidade. Sob o mesmo pálio, o Direito Processual reconhece a falibilidade de seus métodos na medida em que não encontra

soluções efetivas aos conflitos que lhe são propostos, sobretudo quando se pensa na solução individual de conflitos entre capital e trabalho, que ressoam tensões históricas.

As Ciências Humanas, quadro maior onde se insere o Direito, herdaram das Ciências Naturais o desejo de se constituir como *ciência* propriamente dita, muito embora não fosse assim admitida em sua gênese, exatamente porque seu objeto não se identificava com o método científico das Ciências Naturais.

Assim foi que o método empírico, em razão de sua decantada objetividade, foi invocado para conferir imparcialidade na observação dos fatos pelo Juiz. A exacerbação desse raciocínio, que de fato ocorreu no paradigma positivista, importa em admitir que o Direito limita-se ao ordenamento positivo e que sua interpretação é meramente subsuntiva.

Tal metodologia foi, aos poucos, tornando-se discriminatória no sentido de estabelecer o que poderia ser um conhecimento válido, e marginalizando as formas de conhecimento que não se "encaixavam" no modelo mecanicista.

Assim, sacrificou-se a pluralidade e a diferença em nome da regularidade, a solidariedade em nome da neutralidade científica, as experiências conquistadas pelo senso comum em nome das normas científicas; ou, como põe à mesa Boaventura de Souza Santos, houve desperdício da experiência de grupos sociais, justamente daqueles menos favorecidos na pirâmide social; fenômeno esse que, na contemporaneidade, culmina na exclusão, quase segregacionista, de grupos inteiros.

Para Michel Foucault, o *status* de ciência adquirido por tais saberes contribuiu para que fossem se transformando em poderosos, e até inquestionáveis, mecanismos de domesticação em nosso tempo. As ciências tornaram-se um poder à parte, e muitas vezes muito mais forte do que as outras formas de poder burocraticamente constituídas como tal, sobretudo as prescritivas (como o direito e a psicologia) e as de formação (como a pedagogia).

A relação entre o cientificismo e o capitalismo na sociedade moderna é descortinada no pensamento de Michel Foucault. Esse regime necessita de vários saberes sobre o homem, e sem eles encontraria dificuldades para implantar-se e permanecer enquanto sistema. Em outros modos de produção semelhantes, onde também há um forte poder estabelecido, verificou-se que também foi necessário o domínio sobre o corpo, como é o caso da escravidão e da vassalagem, antecedentes históricos do trabalho assalariado.

Por entre esse pano de fundo está também a gênese da oposição do binômio capital/trabalho e a preponderância do capital sobre o labor assalariado, que pode encontrar força de resistência no agrupamento organizado e político no *espaço público*, politicamente, e no espaço da Tutela Metaindividual, processualmente.

As ideias de Hannah Arendt sobre esfera pública e privada se apresentam como bom ponto de partida para uma reflexão sob viés filosófico da questão do coletivo, num primeiro momento associada à ideia de esfera pública.

Segundo essa pensadora, o estatuto da *opinião* acabou por se elevar ao mais alto grau desde que se tornou assunto corrente desde o sistema filosófico platônico. Isso inverteu a hierarquia predominante das formas de discurso que percorreram toda a tradição filosófica desde Platão, na qual a *doxa* nunca fora admitida como um instrumento de acesso à verdade.

Essa virada é especialmente relevante porque na *doxa* reside o gérmen da consciência coletiva, além de caracterizar a esfera pública.

O encurtamento do espaço público marca a crise do individualismo, herança do liberalismo, e pode ser caracterizado na gênese da crise que se reflete também na jurisdição estatal, sendo razoável sustentar a validade deste elo entre Processo e Democracia, sob o viés do espaço público.

As vertentes alternativas à crise do paradigma liberal-individual têm índole pluralista, pois propõem a abertura do sistema, de modo a que o sistema jurídico torne-se mais aberto e adaptável a qualquer situação concreta que se lhe submeta.

A construção do paradigma emergente vale-se das representações inacabadas da modernidade, dentre as quais merecem destaque, no pensamento de Boaventura de Souza Santos, o princípio da comunidade e a racionalidade estético-expressiva.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma positiva mudança calcada na tutela de situações fáticas até então excluídas da proteção jurídica, tendo encampado o chamado "solidarismo constitucional".

O pluralismo jurídico de Antonio Carlos Wolkmer constitui outro exemplo dessa ampliação de fronteiras, na medida em que, como alternativa de superação do monismo, perfilha a utilização de mecanismos alternativos e plurais para a pacificação das lides, destacando-se, dentre eles, a concertação social.

A nota fundamentalidade de direitos, descortinada por Robert Alexy em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais, traz consigo o ferramental da ponderação,

por proporcionalidade, na interação de regras e princípios. Isso permite divisar irradiação de sua efetividade não apenas sobre as demais normas do sistema, como também horizontalmente, nas relações entre particulares.

Nessa linha de raciocínio, o direito poderia – e deveria – ser pensado a partir da eficácia e legitimação, de modo a privilegiar seu viés de democratização do espaço público de participação e comunitário (coletivo), abrindo espaço para que possam germinar as sementes da cidadania no espaço endoprocessual.

A cidadania, tal como é percebida atualmente, decorre de um ajustamento paulatino do contrato social, pelos autores clássicos do Iluminismo: John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

O reforço da condição política do homem – quando manifesta sua *doxa* na ambiência plural do espaço público – é o que define a cidadania no pensamento de Hannah Arendt, conceito por ela lapidarmente enunciado como o direito "o direito a ter direitos".

Em paralelo à crise do paradigma positivista do Direito em geral e da crise do paradigma individual, em particular, o imperativo de efetividade da tutela judicial estatal – que culminou em alguma abertura do sistema por meio, inclusive, de alterações estruturais – confirma a concretização do pluralismo.

A principal resposta detectada foi identificada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como movimentos bem definidos no tecido social, em boa medida por sua abertura, no sentido de sintonizar o processo com a efetividade. Esse clássico recorte metodológico vislumbrou a assunção de três ondas renovatórias.

A primeira diz respeito ao acesso à Justiça e procura contornar óbices de natureza econômica que, em passado não muito distante, impedia o acesso à jurisdição estatal. O processo do trabalho sempre se deparou com a hipossuficiência de seus destinatários primeiros, os trabalhadores, que são levados a procurar pela Justiça do Trabalho porque tiveram suprimidos seus direitos.

A complexidade do tema, contudo, revela-se em eventual pedido de gratuidade processual formulado por pessoa jurídica, o que parece se encaminhar à procedência, inclusive no que respeita ao depósito recursal, em vista de recente alteração trazida à Lei n.º 1.060/50, pela Lei Complementar n.º 132/2009.

A segunda onda renovatória diz respeito ao reconhecimento da tutela metaindividual e está ligada diretamente à crise do paradigma individual-liberal, situação que conduziu

à tentativa de recuperação de um segmento do espaço público de discussão, qual seja, o processo.

Essa afirmativa suscita implicações políticas, como, por exemplo, o exercício da cidadania no espaço público do processo, sobretudo se coletivo. Mas, também, revela consequências jurídicas, pois o ordenamento jurídico tem sofrido ajustes para contemplar a tutela de interesses coletivos com a técnica de tutela apropriada. Isso porque revelou-se inapropriada a mera transposição do conflito coletivo para a técnica processual típica do dissídio individual.

Consubstancia-se aí o teor da segunda onda renovatória, que envolve conferir efetividade a conflitos oriundos de sociedades de massa, cujos membros, em maior ou menor medida, podem ter consciência de seus direitos, mas nem sempre dispõem de meios de tutela adequados para os fazer valer.

A terceira onda envolve o acesso à justiça em todas as suas formas, inclusive aquelas afetas à simplificação procedimental. De certa forma aqui se tem um conjunto de ponderações críticas sobre processo e procedimento.

Nesse contexto, encontram campo fértil as formas alternativas de composição de litígios, como o são as técnicas de tutela jurisdicional diferenciada, procedimentos diversificados e soluções alternativas de conflitos, para mencionar aquelas de maior relevo. Representam, sem dúvida, tendência dentro da processualística moderna em prol da efetividade.

Embora conhecida de longa data e sob a roupagem da exigência da celeridade na prestação da tutela, apenas recentemente por meio do movimento reformista, que culminou na Emenda Constitucional 45/2004, inscreveu-se no rol de garantias do artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, o imperativo de duração razoável do processo. Até então, o reclamo de celeridade encontrava-se disposto esparsamente na legislação.

No intuito de realizar essa garantia constitucional, foi instalada Comissão para reforma do Código de Processo Civil, capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, que traz a importante novidade da coletivização incidental de demandas repetitivas. Poderão, dessa forma, constituir-se em diretriz de julgamento em uma determinada classe de casos concretos, a exemplo da tendência já positivada de julgamento conjunto de recursos repetitivos, tornando, como nesse caso, vinculante o entendimento por essa via esposado às demais lides.

Uma análise semântica prévia dos termos da garantia de duração razoável do processo evidencia que o destinatário primeiro, embora não o único, é o Poder Judiciário, pois ao sistema julgador é que incumbe mais imediatamente preservar esse direito das partes litigantes.

Em que pese a relativa independência e autoadministração do Poder Judiciário, depende ele exclusivamente de aportes financeiros advindos de receitas auferidas da sociedade, cujo direcionamento compete ao Poder Executivo.

Em se considerando, num plano negativo, o respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo, reclama do legislador que se abstenha de instituir ritos processuais demasiadamente complexos e com prazos muito alongados.

No Brasil, o Poder Executivo possui poder de veto sobre a lei orçamentária, o que possibilita sejam supervisionados e limitados os gastos públicos. Diante desse quadro, ao Judiciário cabe tão-somente sugerir as despesas, sujeitando-se às diretrizes legais orçamentárias e à sanção do Poder Legislativo, que aprova o orçamento geral, o que explica, em parte, a impossibilidade material do Judiciário de dar cumprimento a tal comando constitucional, em que pese o inegável empenho de seus integrantes.

O enfrentamento da questão do coletivo, filosoficamente considerada, exige a análise da ideia de *espaço público*, afigurando-se importante a análise da *summa divisio* público/privado. Apenas modernamente tem-se considerado uma teoria conglobante dessas categorias, cumprindo destacar que as considerações dessa ordem transcendem ao nível meramente classificatório para tomar foros axiológicos, dada a importância que têm para as Ciências Sociais.

Tais divisões tenderam à compartimentalização do processo, em regra visto como encastelado dentro de uma dessas molduras.

Na contemporaneidade, acentua-se a crise do paradigma individualista, marcado por ideias do Liberalismo, culminando em um movimento contrário e com vistas ao coletivo bem como às soluções que atendam ao sujeito observada a alteridade que encerra.

A esse propósito, o Liberalismo marcou profundamente a identidade do pensamento ocidental, centrada no sujeito, mas considerando-o apenas enquanto indivíduo e, assim, destituído de enlace com o corpo coletivo que o cerca.

Assim sendo, antes de ponderar os aspectos da legislação positivada que envolve a questão, parece conveniente abordar os reflexos dessa crise na própria ideia de *público*.

Ante a relação de contingência que os orienta, parece apropriada uma abordagem das esferas de público e privado, como antecedente necessário à análise do individual/coletivo. Parece inclinar-se a moderna doutrina processualística no sentido de que a solução desse impasse reside na convergência hierárquica dos princípios, sob o viés constitucional e também coletivo, que transpõe a suposta antinomia com que sempre tais esferas foram caracterizadas.

Nesse panorama, emerge o fenômeno da coletivização do processo que, embora deite raízes em leito constitucional, estende-se apenas pontualmente no ordenamento brasileiro. Isso decorre em parte da timidez dos operadores do Direito quanto ao encampamento da solução coletiva, que não apenas é factível como desejável, na medida em que permite menor custo pela demanda, tanto para o jurisdicionado, como para o Estado. Ao mesmo tempo confere maior previsibilidade, celeridade e homogeneidade às decisões judiciais, o que atende aos reclamos tanto daqueles ligados ao capital, como daqueles ligados ao trabalho na estrutura produtiva brasileira.

A Tutela de Direitos Metaindividuais, destarte, vem ganhando corpo, sobretudo na Doutrina, cujo esforço descritivo revela seu caráter autônomo e de matiz evidentemente constitucional. Isso não apenas o peculiariza enquanto ramo autônomo, como também esquadrinha um microssistema, ainda esparso – é verdade –, mas que dá conta satisfatoriamente de parametrar procedimentalmente tal modalidade processual.

O desenvolvimento e ampliação de fronteiras do processo coletivo exige a relativização de fronteiras entre os planos do direito material e processual, como já sinaliza a moderna doutrina processual brasileira.

Embora de índole dogmática, importante registrar que, em nível de tutela metaindividual, *interesse* retratará sempre uma situação meramente individual, ao passo que *direito* poderá representar conotação tanto individual como coletiva, justificando-se a preferência ao termo *direito*.

A classificação usualmente nomeada trinária dos direitos coletivos (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) tem largo uso, possivelmente porque radicada na disposição que o Código de Defesa do Consumidor, principal diploma legislativo que compõe o microssistema de tutela coletiva, atribuiu à matéria.

Inobstante eventual escolha entre a divisão, trinária ou binária (tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos) não interfira no propósito desse trabalho, que é o de analisar a coletivização sob o amplo enfoque da efetividade, parece importante,

ao menos, registrar o debate, sobretudo porque o modelo binário está ligado a uma concepção mais próxima à ideia da *common law*.

Lato sensu, o Direito como um todo inequivocamente tem função social, assim como a têm o processo e os institutos de direito material. É constatável inequivocamente na propriedade, por mitigação da cláusula *abutere* e, até mesmo, propriedade empresarial, mais modernamente.

No que tange ao processo, a doutrina tem paulatinamente lhe reconhecido uma dimensão social, ligada à pacificação da sociedade e que para ser concretizada necessita de mitigação do princípio dispositivo. Esse princípio tradicionalmente dita a inércia do Juiz e decorre da concepção liberal de sujeito, com um processo voltado antes às partes – e seu interesse individual – que ao interesse público, haja vista a conexão da tutela, na forma coletiva, com o interesse social.

Um bom exemplo de reclamo natural por tutela de natureza coletiva decorre das transformações do direito de propriedade, seja pelo fenômeno da segmentação da empresa, seja pela coligação de contratos. Ambos os casos representam a crise do paradigma liberal-individual *a contrario sensu*, pois não envolvem a pessoa, mas a complexização do capital.

O imbricamento das instâncias material e processual traduz um fenômeno de *substancialização* do Direito Processual, em razão do reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais também na seara processual, com o objetivo de melhor assegurar a efetiva tutela do Direito Material, situação que também reforça a necessidade de se compreender o tema sob o pálio constitucional.

A efetividade implica prevenir, fazer cessar ou restituir integralmente lesão a direito. Guy Rocher, em estudo que analisa as relações entre efetividade e o caráter sociológico do Direito, embora afeto à *common law*, primeiramente alerta que a noção de efetividade está diretamente ligada à força do Direito e ao impacto da Lei. Essa noção se aproxima àquela desenvolvida por Joaquim José Gomes Canotilho, quando enuncia o princípio da máxima efetividade, que é justamente atribuir o máximo sentido de eficácia a uma norma.

Considerando-se a atual – e merecida – centralidade conferida aos Direitos de Personalidade e Direitos Sociais, decorrência dos novos vetores de hermenêutica constitucional, a tutela de direitos coletivos também começa a receber esses influxos renovatórios, para ser considerada materialmente de interesse social.

A transposição do modelo da *common law* para o direito continental exige o enfrentamento de dois problemas, o primeiro quanto à legitimidade, o segundo, que é conseqüente lógico do primeiro, da extensão da coisa julgada. Num processo pensado pelo prisma eminentemente individual, como o brasileiro, isso exige um esforço adaptativo.

Não tendo optado pela vinculação da coisa julgada à classe, resolveu-se o problema pela coisa julgada de efeitos diferenciados *secundum eventum litis*, de forma a que não houvesse prejuízo àqueles que não aderissem à demanda. Da mesma forma, salvaguardam-se os resultados positivos para aqueles que dela não participaram, diferindo frontalmente do sistema *opt in* e *opt out* da *class action*. Por meio desse sistema, a parte é notificada para manifestar interesse em não participar da demanda proposta em nome de classe da qual faça parte e, em não o fazendo, resta vinculada à decisão e à coisa julgada que se vier a formar.

No que respeita à execução coletiva, portanto, parece apropriada, em prol da tempestividade e efetividade que se esperam do processo coletivo, a observância do regimento previsto no Código de Defesa do Consumidor.

A coletivização, portanto, parece representar grande avanço em prol da efetividade da tutela, confirmando a hipótese positiva. Entretanto, apesar da soma de forças que decorre da coletivização, não raro verificam-se graves dificuldades na implementação da verdade real, que passa necessariamente pela prova.

Existem alternativas sustentáveis dentro do ordenamento vigente, com vistas a prevenir eventual sucumbimento da parte mais frágil economicamente (ainda que litigando coletivamente).

Um delas diz respeito à distribuição dinâmica dos ônus probatórios em casos tais ou, mesmo, pela inversão desses ônus, voltando-os à parte mais apta a realizar a prova.

A Lei n.º 8.078/90 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro importantes avanços, especialmente no que se refere ao acesso à Justiça, mediante facilitação da prova ao hipossuficiente, cuja aplicação ao processo do trabalho revela-se perfeitamente exequível, além de que regulou, no plano desse microsistema, a tutela de interesses metaindividuais.

O objetivo primeiro da prova é dotar o Juízo de elementos objetivos suficientes à declaração ou negação da pretensão deduzida, com razoável margem de certeza.

Ônus, conceitualmente, trata-se de uma construção lógica, cuja finalidade é determinar a qual dos litigantes cabe promover a demonstração que sustente a alegação por ele vertida no processo. Eventual desrespeito gera consequências, que se traduzem por mera consequência e não por obrigação propriamente dita.

Em termos de Direito Positivo, a distribuição do ônus probatório no Processo do Trabalho, em princípio, é estática, assentando-se no artigo 818 da CLT e no artigo 333, I e II, do CPC. Embora seja evidente o caráter constitucional da tutela de interesses metaindividuais, ainda assim, em nível fenomênico, verifica-se a subsunção das lides coletivas ao modelo clássico há pouco referido.

Admitido irrestritamente o nascedouro constitucional desta tutela, a conclusão premente é da evidente possibilidade de distribuição dinâmica dos ônus probatórios, inclusive prevista no Anteprojeto de Código Coletivo.

No entanto, a ter em conta a possibilidade real de que o processo coletivo venha a subsumir-se aos preceitos típicos do processo individual, convém observar que, mesmo informado por esses vetores, também é não apenas admissível, como conveniente, a distribuição dinâmica dos ônus processuais em demanda coletiva.

Posto isso, é impossível afirmar de antemão e abstratamente sobre quem recai determinado ônus probatório, à vista de que muitas são as variáveis envolvidas.

Quanto ao julgamento, a prova será necessariamente valorada e, dentro do critério da livre apreciação e da persuasão racional, o julgador vai ponderar, em princípio, a quem cabe o ônus de provar, e como foi ele dirimido pela parte a quem incumbia, a fim de proferir um pronunciamento judicial favorável, ou não, dependendo do caso. Nesse sentido, o ônus da prova constitui-se em regra de julgamento.

O sistema das cargas probatórias dinâmicas, que se pauta na melhor aptidão para produção da prova, é um dos métodos integrativos mais adequados para fundamentar eventual inversão do ônus probatório no processo do trabalho, o que converge ao Juízo de verossimilhança que deve informar a pretensão que reclame por inversão do ônus de prova.

O poder geral de cautela em que se investe o Magistrado é o meio hábil para determinar à parte mais apta a produção da prova, até porque ambos os litigantes, que se devem pautar pela lealdade e boa-fé, têm interesse na solução do litígio, sendo essa regra, assim como as demais antes delineadas, perfeitamente compatíveis com a tutela de interesses metaindividuais.

A par disso, as modernas teorias da redução do módulo da prova, que admite a prova indiciária como fundamento de julgamento, ou a teoria da *res ipsa loquitur* que faz autoevidência do dano, congregam-se no sentido de que a efetividade passa pela prova e que esta deve ser analisada sob o crivo de um ônus pensado a partir da aptidão para a prova.

A distribuição dinâmica dos ônus da prova, nesse contexto, tem se revelado a tendência mais moderna dentre os instrumentos para a correta solução das lides, individuais e coletivas. Nessa medida revela-se um instrumento que mais bem realiza o princípio da aptidão para a prova e, nessa medida, possibilita não apenas a decantada paridade de armas entre os litigantes, como também a igualdade substancial, o que nem sempre é alcançado pela mera aglutinação dos contendores.

A fim de melhor assegurar as garantias constitucionais do processo, o melhor momento para a inversão do ônus da prova é antes do julgamento, à vista de que, como regra de julgamento, caso não se limite à distribuição de ônus sobre fato ainda não adequadamente provado, pode ferir tais garantias.

No Processo do Trabalho, justifica-se a inversão do ônus probatório por conta de sua natural vocação na procura pela verdade real, assim como se justifica sua coletivização, que é marca inclusive de sua gênese, enquanto direito de resistência.

Por fim, ainda que se somem forças com a coletivização (o que nem sempre é suficiente para alcançar a igualdade material, como já visto), a natureza publicística dos interesses metaindividuais por si mesma já recomendaria a repartição dinâmica dos ônus processuais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Manuel. O momento de efetivação da tutela jurisdicional como método de promoção em caráter específico da boa-fé objetiva processual. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem ao Prof. Orlando Gomes, Salvador, n.16, p.227-428, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito material coletivo**: superação da *Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2005.

Comentário:

AMIEL, Anne. **Hannah Arendt política e acontecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. A tutela coletiva e o rompimento com o paradigma processual liberal-individual: um instrumento de proteção aos direitos da personalidade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p.181-204.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault**: um filósofo da nossa época e para nossa época. Curitiba: UFPR, 2000.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994a.

_____. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994b.

_____. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARISTÓTELES. **Éticas a Nicómano, éticas a Eudemo, retórica**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, [198-?].

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: SANTOS, José Aparecido dos (Org.). **Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos da AMATRA IX**. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v.12, p.44-62, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lopo. **Proposta**: código de processo constitucional. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2010/01/o-codigo-de-processo-constitucional.html>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

BOUARD, Fabrice de. **La dépendance économique née d'un contrat**. Paris: LGDJ, 2007.

BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jun. 2010.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2010.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Organizadores Armando Casimiro Costa et al. 36.ed. São Paulo: LTr, 2009a.

BRASIL. **Constituição federal. Código civil. Código de processo civil. Código comercial**. Organizador Yussef Said Cahali. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

BRASIL. Lei 6.404/1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 jan. 2010.

BRASIL. Lei n.º 7.347/85. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso de Revista n.º 464.467**. 3.ª T. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 24.03.2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 187.271-3**. 1.ª T. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 15/10/2009 e publicado no DJ em 06/11/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 19.8196/99**. 4.ª T. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira DJ 12.4.99. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 161.243**. Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento em 29.10.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 214.668**. j. 12.06.2006, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. **Agravo de Instrumento n.º 200304010505363**. Órgão Julgador: 4.^a T. Data da decisão: 31/03/2004. Rel. Amaury Chaves de Athayde. Disponível em <<http://trf4.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. **Recurso Ordinário n.º 9687/91**. Acórdão da 2.^a Turma, de 14.07.92, Rel. Alice Monteiro de Barros, Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. **Recurso Ordinário n.º 03562/2007**. Rel. Juiz-convocado Eduardo Milléo Baracat, data da publicação no DJ em 10/06/2008. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. **Recurso Ordinário n.º 16331/1999**. Rel. Desembargador Luiz Eduardo Gunther, publicado no DJ em 02.03.2001. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional da 20.^a Região. **Recurso Ordinário 10.032-2002-002-20-00-7**. Rel. Juiz Carlos de Menezes Faro Filho, julgado em 05.11.2002. Disponível em: <www.trt20.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 4.851/83**. 1.^a T. Rel. Min. Coqueijo Costa. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 56.140-15.2004.5.03.0096**. Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, data de publicação no DJ 19/10/2007. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 maio 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 771.197**, 4.^a T. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJU 14.02.2003. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2010.

BRASIL. **Vade Mecum**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BREBBIA, Roberto H. **El Daño Moral**. 2.ed. Córdoba: Orbir, 1967.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.23-37.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.30, p.361-402, 1975.

_____. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, Le azioni a tutela di interessi collettivi** (obra coletiva). Padova: Cedam, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARAÇA, João. Um discurso sobre as ciências passadas e presentes. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: "um discurso sobre as ciências" revisitado. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2006. p.183-189.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936. v.1.

_____. **Instituições do processo civil.** Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. **A prova civil.** Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002a.

_____. **Metodologia do direito.** Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2002b.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2007.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital.** Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição.** Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.85, n.732, p.43-44, out. 1996.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva.** Tradução José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

COSTA, Coqueijo. **Princípios de direito processual do trabalho.** São Paulo: LTr, 1976.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.291-308.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. Buenos Aires: De Palma, 1993.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia**: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: RT, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juris Podivm. 2007. v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v.4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo, 1994.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.3.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação na América Latina**. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981. Tomo II.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O significado da modernidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Sociais Aplicadas - Universidade Federal de Florianópolis, Florianópolis 2000.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: O direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 15.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

_____. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008a.

_____. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FREITAS, Juarez. **A interpretação do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo**: presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

_____. A constitucionalização do direito do trabalho. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.15, n.58, p.18-38, jan./mar. 2007.

_____. O respeito ao princípio da dignidade do trabalhador pelo estado-empregador: a inafastável observância da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade. **Revista LTr**, São Paulo, v.68, n.3, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La verdad y la prueba. In: MIDÓN, Marcelo Sebastián (Coord.). **Tratado de la prueba**. Resistência: Libreria de la Paz, 2007. p.59-84.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: _____ (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p.151-179.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. **Teoria de la acción comunicativa**. Tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992. Tomo I e II.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de filosofia política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. São Paulo: Abril Cultural, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LA CUEVA, Mario de. **Panorama do direito do trabalho**. Tradução de Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Sulina, 1969.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2001.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.28, p.298-338, 2003.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3.ed. rev. e aum. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo IV.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p.193-221.

_____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MULLENIX, Linda S. Lessons from abroad: complexity and convergence. **Villanova Law Review**, Pennsylvania, n.2000-9, p.02-43, jun. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A prova no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Função social do processo. **Gênesis** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n.7, p.35-45, jan./mar.1998.

PAULA, Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manolo, 2002.

PESSI, Roberto. Laboro, mercato, “ordine spontaneo”, regolazione transnazionale. **Rivista italiana di diritto del lavoro**, Milanob, v.28, p.277-297, 2009.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. **Revista Trabalhista - Direito e Processo**, ano 7, n.28, p.35-71, out./dez. 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo ministério público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1997.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação inibitória no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.31-51.

ROCHER, Guy. L'effectivité du droit. In: LAJOIE, Andréé; MacDONALD, Roderick A.; JANDA, Richard; ROCHER, Guy. **Théories et emergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité**. Montréal, Les Éditions Thémis, 1998. p.133-149.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesual Civil**. Tradução para o espanhol de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n.49, p.39-79, set./dez. 1988.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000a.

_____. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000b.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v.72, p.712-724, jun. 2008.

_____. Breves considerações sobre o dever de cautela e a conveniência de inversão do ônus da prova em demandas acidentárias. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a. p.6.029-6.048.

_____. O alcance e os reflexos do princípio da capacidade contributiva em face da atual disciplina normativo-constitucional do IPTU. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v.84, p.179-207, jan./fev. 2009b.

_____. O fenômeno da coletivização do processo como alternativa de efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, Maringá/PR. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009c. p.6689-6710.

_____. Viabilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas demandas coletivas trabalhistas. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Coord.). **Tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2009d. v.2. p.479-509.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHIAVI, Mauro. Novas reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho à luz dos princípios da duração razoável do processo e da função social do processo do trabalho. **LTr**, São Paulo, v.72, n.12, p.1.415-1.422, dez. 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.28, p.347-361, abr./jun. 2003.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Acesso à justiça e crise do modelo processual brasileiro contemporâneo: superando os obstáculos à efetividade do processo trabalhista. In: GOMES NETO, José Wanderley. **Dimensões do acesso à Justiça.** Salvador: Juspodivm, 2008. p.235-252.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho: processo do conhecimento.** São Paulo: LTr, 2009. v.2.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro: temas de direito civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos constitucionais do processo.** São Paulo, Saraiva, 1989.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. **Revista de Direito Processual Civil**, v.4, 1997.

_____. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

WALTER, Gehard. **La libre apreciación de la prueba**: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tradução para o Espanhol de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Mudanças de paradigmas e ressurgimento do pluralismo no direito. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **A crise do conhecimento jurídico**: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004. p.135-147.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.32, n.127, p.83-96, jul./set. 1995.

_____. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Sites consultados:

http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf

http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.presidencia.gov.br>

<http://www.stf.jus.br/>

<http://www.stj.jus.br/>

<http://www.trf4.jus.br/>

http://www.trt9.jus.br

http://www.trt20.jus.br

http://www.tst.jus.br

Agendamento de data de defesa perante Banca Examinadora

Curitiba, _____/_____/_____

Horário: _____

Indicação dos professores membros titulares e suplentes:

Membro Externo: _____

Membro Interno: _____

Suplente (Interno): _____

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Curitiba, _____/_____/_____

Professor (a) Orientador (a)

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)