



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Andrea Carla Barbosa

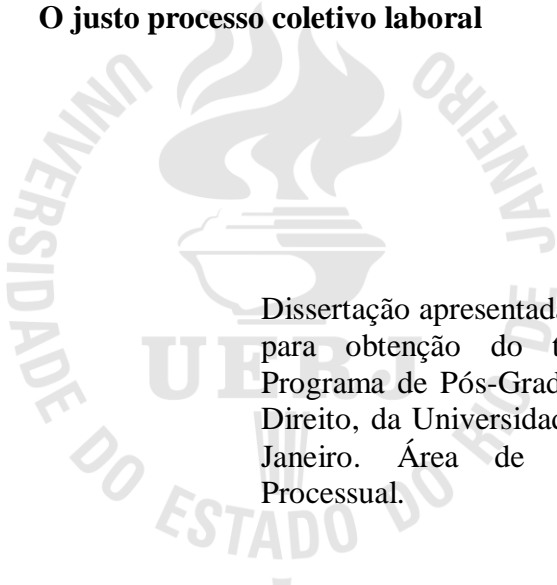
O justo processo coletivo laboral

Rio de Janeiro

2011

Andrea Carla Barbosa

O justo processo coletivo laboral



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B238j Barbosa, Andrea Carla.

O justo processo coletivo laboral /Andrea Carla Barbosa. – 2011.
387 f.

Orientador: Leonardo Greco.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Justiça do trabalho - Teses. 2. Direito do trabalho - Teses. 3. Processo
civil – Teses. I. Greco, Leonardo. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Andrea Carla Barbosa

O justo processo coletivo laboral

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Data de aprovação: 22 de setembro de 2011

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Greco (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dra. Ada Pellegrini Grinover
Faculdade de Direito da USP

Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes
Faculdade de Direito da UERJ

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a três grandes homens. Todos partes especiais de minha vida, cada um à sua maneira.

A meu pai, Luiz Antonio, pelo esforço de toda uma vida. Pelo empenho incansável em realizar os *sonhos* que são meus. Pelo afeto incondicional e irreverência. Por tudo!

A meu orientador e amigo, Professor Leonardo Greco, por compartilhar do *sonho* de um justo processo. Pela retidão de caráter e grandeza d'alma... Pela confiança e compreensão.

Ao Daniel, meu amor. Motor dos meus *sonhos*. Pelo companheirismo nas horas boas e más. Por alegrar minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço imensamente ao co-autor intelectual deste trabalho, meu querido orientador, Professor Leonardo Greco. Sem ele, o sonho do Mestrado não teria sido possível. De verdade que não. Quanta honra tê-lo conhecido, quanto orgulho ter podido estudar processo ao seu lado, que privilégio tê-lo tido como meu orientador. Acho que nem preciso dizer o quanto ele é incrível. Agradeço aos livros, às lições preciosas de vida e de direito que buscou transmitir. À confiança e ao estímulo que me fizeram ir adiante.

Ao longo dos dois anos de Mestrado na UERJ, tive o privilégio de manter contato com Professores fantásticos, cujas lições me inspiraram e auxiliaram a embasar teoricamente este trabalho. Em ordem alfabética, deixo aqui registrada minha profunda gratidão aos Professores Aluisio de Castro Mendes, Flávio Mirza, Humberto Dalla, Luiz Fux, Nelson Pinto e Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, todos admiráveis estudiosos do Processo, dedicados incansavelmente a lutar pela democratização do acesso à justiça.

Aos companheiros de Mestrado, Diego Martinez Ferverza, Gustavo Quintanilha, Iório D’Alessandri, Guilherme Sokal, Guilherme Hartmman, Isabel Godoy e Elaine Sampaio, por terem tornado mais fácil e divertida a passagem pela UERJ. Os emails trocados, a apresentação de novas idéias, as profundas discussões travadas, tudo serviu a alavancar este trabalho. Que bom tê-los conhecido.

Um especial “muito obrigada” ao Defensor Público e também colega de Mestrado, José Augusto Garcia. Admirável sua fé no acesso à justiça, sua paixão pelo ensino, sua simplicidade. Agradeço pelos “toques” com o Projeto que resultaram nesta Dissertação.

Agradeço à Sonia Leitão e ao Professor Adilson Pires, que gerenciam com competência, profissionalismo e alegria a Pós na UERJ, que fazem tudo funcionar perfeitamente, impressionante!, que fazem a gente sentir orgulho do serviço público no país.

Ao competente estagiário Daniel De Felice, que me ajudou a deixar o trabalho assim prontinho, com início, meio e fim. Agradeço pelo verdadeiro exercício de paciência ao rever índice, notas, bibliografia, enfim, pela ajuda com a formatação do trabalho em geral. Sua parceria foi importantíssima. Seu futuro é promissor.

À minha mãe, Maria Emilia, e a meu, Pai, Luiz Antonio, meus maiores tesouros. Meus maiores amores. A razão de tudo. Pela torcida vibrante de mãe e pai corujas.

Mãe, valeu mesmo pelas traduções com os difíceis textos em inglês, italiano, francês... Por ter aberto mão de tanta coisa, da minha presença principalmente. Amo você.

Pai, seu otimismo me fez acreditar que seria possível. Não sei viver sem você...

Não poderia deixar de agradecer à minha madrinha, na verdade, “fada-madrinha”, Tia Irene. Sua doçura e compreensão tornaram menos árida a caminhada. Nos momentos de maior “aperto” estive presente com um sorriso acolhedor. Seu carinho foi fundamental.

À você, vovó, *in memoriam*... Sinta sua falta sempre, no Natal mais ainda... Quando crescer quero ser como a senhora, a melhor vó do mundo!

À minha irmã e melhor amiga, Ingrinha, meu amorzinho, que listou um a um os livros da bibliografia. Por me tranquilizar sempre.

À “Bo”, amiga de verdade. Nas horas de rir, mas, sobretudo, nas de chorar...

Ao Daniel, de novo e sempre, pelo incentivo, pela força. Pela compreensão. Por ter entendido minha ausência. Por ter revolucionado minha compreensão de mundo. Por fazer meu coração vibrar, até hoje...

Um afetuoso agradecimento, cheio de saudades, a doce “Dona Regina”, *in memoriam*... Que torceu e se preocupou sempre com o andamento do trabalho. Exemplo de ternura, de desprendimento, de garra, tudo quanto nos motiva a escrever. Quanta saudade. Sei que estará comigo em minha defesa. Com o Daniel, sempre.

A Deus, que se fez homem para ensinar aos homens lições sublimes de amor ao próximo, justiça, solidariedade. Valores-chave que fazem renovar a esperança de um mundo melhor. E de um processo melhor também...

“Sonho que se sonha junto não é sonho. É realidade.”

Raul Seixas

RESUMO

BARBOSA, Andrea Carla. *O Justo processo coletivo laboral*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Este trabalho se propõe a desvendar os contornos principiológicos e instrumentais daquilo que doravante iremos chamar Justo Processo Coletivo Laboral, ramo especialíssimo do processo dedicado à resolução de lides trabalhistas metaindividuais. O foco de nossas atenções é a tutela que é prestada em favor e não contra a coletividade. A falta de disposições específicas na CLT a respeito da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos próprios à realidade do trabalho torna imperiosa a inserção do Processo Trabalhista no circuito normativo de tutela coletiva, no chamado microsistema coletivo de tutela, composto, dentre outros diplomas, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública. A acomodação do Processo do Trabalho no ambiente coletivista será feita à luz da constelação de princípios constitucionais do processo e sob influxo do paradigma processual instrumental. A partir da identificação das principais barreiras que repelem o trabalhador do Poder Judiciário, procura-se demonstrar de que modo podem as ações coletivas contribuir para sua superação e assim para alavancar e universalizar o acesso à justiça, meta síntese para a qual convergem todos os esforços da processualística contemporânea. Apresentadas suas nuances principiológicas, parte-se para a análise de seus principais institutos e do modo como deverá ser operacionalizado no dia-a-dia, isto é, de como irá funcionar. A crise de efetividade do processo de bases individualistas, especialmente para o trabalhador hipossuficiente, acentua a importância do devido processo legal coletivo do trabalho, instrumentalmente vocacionado a tornar justo o embate Capital X Trabalho e a conduzir grupos de trabalhadores de uma só vez à justa ordem jurídico-social.

Palavras Chave: Tutela coletiva. Acesso à justiça. Justo processo. Efetividade processual. Solidariedade.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to unveil the doctrinarian and instrumental contours of what will henceforth be designated Fair Labor Collective Process, a very special field of the process dedicated to the resolution of meta-individual labor litigations. Our attention is focused on the protection which is given in favor of and not against the collectivity. The lack of specific provisions in the Consolidation of Labor Laws (CLT), regarding the protection of own homogeneous natural, collective and individual rights of the labor renders imperative the insertion of the Labor Process in the normative circuit of the collective relief, in the designated protection collective microsystem, composed, among other laws, by the Consumer Protection Code and by the Law of the Public-Interest Civil Action. The adjustment of the Labor Process in the collective environment shall be processed in light of a myriad of constitutional principles of the process and under the influence of the instrumental procedural paradigm. As of the identification of the main barriers which repel the worker from the Judiciary Branch, an attempt is made in order to demonstrate how the collective actions may contribute for the surmounting thereof and as such promote the growth and universalize the access to justice, the goal towards converge all the efforts of the contemporaneous judicial procedures. Once introduced its doctrinarian nuances, the analysis of its main doctrines is then made and the manner how it must be put day-to-day in practice, that is, how it will work. The crisis of effectiveness of the process of individual bases, particularly to the weakest party, i.e, the worker, stresses the importance of the due collective legal process of labor, instrumentally with a vocation to make the Capital x Labor conflict fair and conduct groups of workers at one time to a fair social and legal order.

Keywords: Collective relief. Access to justice. Due process of law. Procedural effectiveness. Solidarity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	17
1	PRINCÍPIOS E ASPIRAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO DO TRABALHO.....	22
1.1	Considerações iniciais	22
1.2	Acesso à justiça pelo canal do justo processo coletivo laboral.....	25
1.3	As ações coletivas e a resposta ao desafio de acesso à justiça: a superação de obstáculos.....	30
1.3.1	<u>O medo da dispensa e a solução que as ações coletivas representam.....</u>	31
1.3.2	<u>Os custos do processo: segundo obstáculo superado.....</u>	33
1.3.2.1	<i>En passant</i>, o regime das despesas processuais no Código de Processo Civil.....	34
1.3.2.2	As despesas processuais na Justiça do Trabalho.....	35
1.3.2.3	Por último, as despesas em ações coletivas. Estabelecimento de um regime de gratuidade.....	39
1.3.3	<u>O triunfo das ações coletivas sobre o desestímulo que representam as causas de pequeno valor para a luta pelo direito: a reparação fluida.....</u>	41
1.4	Síntese das principais idéias até aqui expostas e de algumas ainda a porvir: a tutela coletiva como fator de efetivação do acesso à justiça. A valia redobrada do coletivismo para o hipossuficiente do trabalho.....	42
1.5	Contraditório coletivo: a garantia de participação adaptada à realidade dos conflitos de massa.....	44
1.6	As ações coletivas e a igualdade concreta: igualdade <i>intra</i> e <i>extraprocessual</i>.....	48
1.6.1	<u>O princípio igualitário na dinâmica do processo: a paridade de armas.....</u>	49
1.6.2	<u>A igualdade em nível macro.....</u>	54
1.7	Efetividade da tutela jurisdicional coletiva: antecipação, asseguaração, inibição e execução específica.....	57
1.8	Publicidade ampliada.....	62
1.9	Síntese principiológica: a maleabilidade da plataforma garantística do devido processo constitucional.....	66
2	DIREITOS TRABALHISTAS DIFUSOS, COLETIVOS E	

	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	70
2.1	Breves esclarecimentos terminológicos.....	70
2.2	A tipologia estabelecida no âmbito do artigo 81 do CDC e as críticas que suscita.....	70
2.3	Direitos difusos.....	74
2.4	Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>.....	76
2.5	Direitos individuais homogêneos.....	78
2.5.1	<u>Em especial, a nota da homogeneidade.....</u>	81
3	COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES COLETIVAS DO TRABALHO.....	85
3.1	Jurisdição e competência.....	85
3.2	A escalada legislativa contra as ações coletivas: a polêmica em torno do art. 16 da LACP.....	87
3.3	A reação doutrinária à conspiração do Poder Público contra as ações coletivas: os sete pecados levantados.....	89
3.3.1	<u>Primeiro “pecado”: a inocuidade da mudança operada sobre dispositivo de lei já pretensamente revogado.....</u>	89
3.3.2	<u>Segundo “pecado”: a inoperância da mudança em razão da incompatibilidade com os arts. 93, I e II e 103, II e III, todos do Código de Defesa do Consumidor.....</u>	91
3.3.3	<u>Agora, sim, os argumentos que efetivamente afastam a aplicação do art. 16 da LACP.....</u>	94
3.3.3.1	Terceiro “pecado”: a violação ao princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV).....	95
3.3.3.2	Quarto “pecado”: a violação ao princípio constitucional igualitário.....	96
3.3.3.3	Quinto “pecado”: o retrocesso social gerado.....	96
3.3.3.4	Sexto e sétimo “pecados”: o fomento à multiplicação de processos e à contradição entre julgados sobre pretensões transindividuais indivisíveis.....	98
3.4	A competência territorial para as ações coletivas trabalhistas. A solução mais do que imperfeita perfilhada pela OJ 130 da SDI-2 do TST.....	99
3.4.1	<u>A regra descomplicada do art. 2º da LACP.....</u>	100
3.4.2	<u>A regra complicada do art. 93 do CDC.....</u>	100
3.4.2.1	Complicação nº 1: a indefinição dos conceitos de danos locais, regionais e nacionais.....	101

3.4.2.2	Complicação nº 2: descompasso entre a divisão político-administrativa, a divisão geográfica e a divisão judiciária.....	102
3.4.2.3	Complicação nº 3: a instabilidade da repercussão lesiva.....	103
3.4.2.4	Complicação nº 4: a inépcia da regra do art. 93 do CDC em atender às exigências garantísticas do princípio do juiz natural.....	105
3.4.2.5	Complicação nº 5: perda de oralidade.....	107
3.4.2.6	Complicação nº 6: discriminação entre juízes e a volta ao regime do art. 16 da LACP	109
3.4.3	<u>A opção ruim do Tribunal Superior do Trabalho espelhada na OJ 130 da SDI-II e o apelo ministerial contra a sua aplicação.....</u>	110
3.4.4	<u>Síntese dos motivos que tornam indesejável a aplicação do art. 93 do CDC ao Processo Coletivo Laboral e a necessidade de retorno ao regime do art. 2º da LACP. Um passo atrás, dois à frente.....</u>	113
3.4.5	<u>Ainda uma vez a preocupação com o acesso à justiça: em busca do foro mais adequadamente competente para as ações coletivas do trabalho.....</u>	114
3.5	Competência funcional para as ações coletivas do trabalho.....	116
3.5.1	<u>O verdadeiro significado por detrás do emprego da expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei n. 7.347/1985.....</u>	117
3.5.2	<u>Varas do Trabalho: portas de entrada das ações metaindividuais laborais.....</u>	119
3.6	A competência para as liquidações e execuções individuais das sentenças coletivas: em defesa da livre distribuição.....	120
4	O REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	130
4.1	O valor social da coisa julgada.....	130
4.2	Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.....	131
4.3	Pressupostos clássicos de formação da coisa julgada material.....	133
4.4	O peculiar modo de produção da coisa julgada material em ações coletivas.....	135
4.4.1	<u>A dinâmica de formação da coisa julgada material com respeito a cada uma das categorias de direitos coletivos <i>lato sensu</i>.....</u>	138
4.5	Fechamento parcial do capítulo.....	143
4.6	O que se deve entender por prova “nova”?.....	144
4.7	Limites subjetivos da coisa julgada material coletiva.....	150

4.7.1	<u>Importante esclarecimento.....</u>	150
4.7.2	<u>A regra geral do CPC a respeito de quem fica vinculado à coisa julgada material.....</u>	153
4.7.3	<u>Análise crítica da compatibilidade da extensão a terceiros da autoridade da coisa julgada material com as garantias do justo processo.....</u>	155
4.7.4	<u>A inviabilidade da limitação subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada às partes do processo em se tratando de ações coletivas.....</u>	157
4.7.5	<u>A inspiradíssima solução brasileira: a extensão in utilibus da coisa julgada material coletiva como conciliadora das exigências de ampla defesa e de tutela efetiva dos direitos coletivos.....</u>	158
4.8	A suposta violação do regime de extensão <i>secundum eventum litis</i> e in <i>utilibus</i> dos efeitos diretos da sentença coletiva ao princípio isonômico.....	162
4.9	Conclusão do capítulo.....	164
5	LEGITIMAÇÃO PARA AS CAUSAS COLETIVAS DO TRABALHO...	165
5.1	Considerações introdutórias: a legitimidade <i>ad causam</i>.....	165
5.1.1	<u>Legitimidade ativa ordinária e extraordinária.....</u>	165
5.1.2	<u>Distinção entre substituição, representação e sucessão processuais.....</u>	166
5.2	A nova realidade do contencioso de massa: o impactar na processualística	168
5.2.1	<u>Breve histórico dos direitos humanos. A luta trabalhista como abre-alas de novas dimensões de direitos.....</u>	168
5.2.2	<u>A dificuldade de transplante do instituto da legitimação, concebido sobre bases eminentemente individualistas, para a seara coletiva.....</u>	177
5.3	Teorias acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva.....	181
5.4	Características da legitimação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.....	185
5.5	Sistemas de atribuição de legitimidade: direito brasileiro e países da <i>common Law</i>.....	188
5.6	Considerações a respeito dos legitimados ativos para as ações coletivas do trabalho.....	196
5.6.1	<u>Legitimação dos sindicatos.....</u>	197
5.6.1.1	Breve histórico do sindicalismo no Brasil.....	197
5.6.1.2	Do sindicalismo pelego ao sindicalismo redentor: as ações coletivas e a volta por cima dos sindicatos no Brasil	199

5.6.1.3	Natureza jurídica dos sindicatos.....	201
5.6.1.4	Legitimação ativa dos sindicatos para ações coletivas.....	202
5.6.2	<u>Legitimação do Ministério Público do Trabalho.....</u>	208
5.7	Legitimação coletiva passiva: apenas para não passar em branco.....	212
6	AMPLIAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO COLETIVO.....	216
6.1	Considerações introdutórias.....	216
6.2	Partes e terceiros em relação a feitos coletivos.....	216
6.3	As possíveis posições ocupadas pelos terceiros ao intervirem. A transmutação do terceiro em parte.....	220
6.4	Ampliação subjetiva do processo em se tratando de ações que buscam tutelar direitos difusos e coletivos em sentido estrito.....	222
6.5	Ampliação subjetiva do processo em se tratando de ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos.....	230
6.6	A natureza da posição ocupada pelo interveniente individual em ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos.....	235
6.6.1	<u>Corolários processuais do ingresso do terceiro particular.....</u>	239
6.7	A intervenção de colegitimados coletivos.....	240
6.7.1	<u>Repercussões processuais do acréscimo de colegitimado.....</u>	243
6.8	A intervenção dos legitimados legais coletivos em feitos individuais: prática a ser cultivada em tributo à isonomia.....	244
6.8.1	<u>As relações entre demandas e suas conseqüências processuais.....</u>	244
6.8.2	<u>O mal diagnosticado como “Loteria judiciária” e possíveis curas.....</u>	247
6.8.3	<u>Modelos inspiradores para o legislador brasileiro: a experiência internacional em gestão processual de massa. Alternativas às ações coletivas.....</u>	249
6.8.3.1	O procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão.....	249
6.8.3.2	Portugal: o instituto da agregação.....	252
6.8.4	<u>Soluções já testadas e outras a se pensar no Brasil: propostas de <i>lege ferenda</i>.....</u>	254
7	TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR EM AÇÕES COLETIVAS: NOÇÕES GERAIS.....	258
7.1	O tempo e o processo.....	258
7.2	A ordinarização do conhecimento e a crise de efetividade do processo.....	260
7.3	A morosidade sobre os economicamente mais debilitados.....	261
7.4	Em busca de solução para a crise: a sumarização cognitiva.....	263

7.5	As tutelas sumárias urgentes como mecanismos de equilíbrio para o processo: efetividade sem abrir mão da justiça.....	265
7.6	Cautelares de satisfação e de conservação: “farinhas do mesmo saco”.....	269
7.7	O tratamento dado às medidas de urgência na legislação sobre processos coletivos.....	271
7.8	Pressupostos de concessão das medidas coletivas urgentes: unificação sistemática.....	275
7.9	A natureza da decisão antecipatória da tutela.....	276
7.10	Legitimidade para o pleito de antecipação na seara coletiva.....	277
7.10.1	<u>Das partes principais do processo.....</u>	277
7.10.2	<u>Dos terceiros intervenientes em processos relacionados com direitos individuais homogêneos.....</u>	279
7.11	O meio de impugnação cabível contra as decisões concessivas e denegatórias de antecipação de tutela.....	280
8	LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS.....	283
8.1	A importância da execução para a efetividade dos direitos coletivos do trabalho.....	283
8.2	Um adendo: delineamento de um novo marco regulatório para a execução laboral. Proposta de <i>lege ferenda</i> em prol do incremento da efetividade dos direitos trabalhistas, coletivos inclusive.....	285
8.3	As mudanças operadas na execução cível e seu impactar no processo do trabalho. O aparecimento de lacunas “axiológicas”.....	289
8.4	Identificação e superação do dilema: o preenchimento de “lacunas axiológicas” com supedâneo na Teoria Geral Processual	291
8.5	Preparando o terreno para a execução: a liquidação da sentença coletiva	294
8.6	A execução coletiva trabalhista: referenciais normativos.....	297
8.7	Execução das decisões coletivas que impõem prestação de fazer e não fazer: primazia da tutela específica	299
8.8	O modo de ser da execução coletiva das sentenças que versam sobre obrigações de fazer e de não fazer: aspectos procedimentais relevantes....	301
8.9	A poderosa multa coercitiva: momentos inicial e final de sua incidência e a polêmica em torno de sua exigibilidade.....	303
8.10	O papel cardeal da tutela específica no Processo Coletivo do Trabalho.	

	O empenho redobrado do sistema processual pela tutela específica das obrigações de fazer em campo coletivo trabalhista	307
8.11	O modo de ser da execução da decisão coletiva que impõe pagamento de quantia sob o influxo da Lei n. 11.232/2005.....	309
8.11.1	<u>Sincretismo versus autonomia.....</u>	309
8.11.2	<u>Prazo para cumprimento voluntário da sentença condenatória: última chance para o devedor antes do início da execução propriamente dita: oito dias e não mais 48 horas.....</u>	310
8.11.3	<u>A multa do art. 475-J do CPC: a desejável aplicação ao Processo Coletivo Laboral.....</u>	312
8.12	As mudanças operadas na execução provisória cível e seu possível reflexo no Processo Laboral: outro exemplo de lacuna axiológica a ser colmatada pelo Processo Civil.....	316
8.12.1	<u>Fundamentos.....</u>	316
8.12.2	<u>A teoria posta em prática: a possibilidade de derrogação celetista pelo CPC face à constatação de seu anciloseamento normativo. A inversão da clássica regra de supletividade.....</u>	318
8.12.3	<u>A irrazoabilidade da discriminação.....</u>	320
8.12.4	<u>Síntese do tópico.....</u>	321
8.12.5	<u>A execução provisória coletiva e seu regramento.....</u>	323
8.12.6	<u>A cautela ao derredor da execução provisória e o problema dos riscos.....</u>	324
8.13	Legitimação para a liquidação/execução coletiva.....	326
8.13.1	<u>Nos casos de ações relativas a direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>.....</u>	326
8.13.2	<u>Nos casos de direitos individuais homogêneos.....</u>	327
8.14	A indisponibilidade da execução coletiva.....	331
9	TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA.....	333
9.1	A necessidade de proteção preventiva	333
9.2	A dispensa de comprovação de culpa ou de dano para obtenção de medida judicial preventiva.....	336
9.3	Operacionalizando a tutela inibitória coletiva: antecipação de tutela + imposição de prestação de fazer ou não fazer, sob ameaça do uso de medidas de apoio.....	336
9.3.1	<u>A multa do art. 461, § 5º do CPC</u>	339

9.3.2	<u>Resultado prático equivalente: a meio caminho entre o cumprimento pessoal e a conversão em pecúnia.....</u>	340
9.3.3	<u>Conversões em dinheiro: último caso ou por opção do credor.....</u>	340
9.3.4	<u>Cumprimento da obrigação por terceiro.....</u>	341
9.3.5	<u>As medidas de apoio.....</u>	341
9.3.6	<u>Superando dogmas.....</u>	342
9.3.7	<u>Cumulação de pedidos.....</u>	343
9.3.8	<u>A retificação do pedido e a coisa julgada.....</u>	345
9.4	A tutela inibitória coletiva: fundamentos normativos.....	345
9.5	A tutela inibitória e o Direito Processual Coletivo Laboral: a “rede” de proteção em prol do hipossuficiente (LACP, art. 7º).....	346
10	CONCLUSÕES.....	352
	REFERÊNCIAS.....	360

INTRODUÇÃO

*Escrever é fácil.
Você começa com uma maiúscula e termina com um ponto final.
No meio, coloca idéias.*

Pablo Neruda

Verifica-se, na atualidade, um fenômeno mundial de massificação das relações jurídicas, cujas origens remontam ao advento da Revolução Industrial. O direito moderno, então, reflexo da sociedade de massa sobre a qual atua, tende a ser um direito das *coletividades* e não mais apenas direito dos *indivíduos*. Distanciando-se do paradigma dualístico calcado na contraposição entre *credor* e *devedor*, as novas situações da vida ganharam matizes supraindividuais, a congregar e contrapor grupos de pessoas e não mais apenas indivíduos enquanto tais.

A guarda constitucional e infraconstitucional a valores de solidariedade, especialmente a partir das últimas décadas do século XX – valores do meio ambiente, dos consumidores enquanto massas de pessoas não individualizadas, enfim, do homem-plural - produziu sobre o processo o fenômeno, identificado por José Carlos Barbosa Moreira, da *transmigração do individual para o coletivo*. Apesar de não pretender ser única, com banimento da tutela individual, a tutela coletiva revela certa primazia, na medida em que serve a alavancar a promessa constitucional de amplo acesso ao justo processo, perfurando obstáculos que mantêm lides e pretensões à margem da Justiça e que não se logra superar a título individual.

Especialmente para a efetividade dos direitos do trabalhador, que é o foco de nossas preocupações, o valor da técnica coletiva, além da sua usual importância como meio de vencer barreiras como a dos custos do processo, a da falta de consciência da população a respeito dos direitos que titulariza etc., é realçado pelo medo que tem o trabalhador de demandar quando ainda em curso a relação de trabalho. Para o trabalhador em atividade soa hipócrita a garantia de poder contar com os serviços jurisdicionais em caso de ser ferido em seus direitos. As ações coletivas revalidam a esperança depositada na Justiça Obreira.

Da disciplina jurídico-substancial das novas relações de massa derivou imediatamente a necessidade de concepção de novas técnicas, de um modo especial de exercício de direitos, de um novo e justo caminho de realização dos direitos transindividuais, em suma, a necessidade de oferta de um *direito processual supraindividual*, tudo a partir de uma noção de

adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo. Vigentes os tradicionais padrões de tutela, fulcrados na reação meramente individualista a lesões perpetradas contra a própria esfera de direitos, deixava-se completamente a descoberto de qualquer proteção efetiva as novas posições jurídico-substanciais, plurissubjetivas por excelência.

Assim, se o final do século XIX e início do século XX foram marcados profundamente pela luta de afirmação científica do processo civil individual, até então encarado como mero capítulo sem autonomia do direito privado, o alvorecer de uma nova era de direitos, fundados na compreensão do homem comunitário, trouxe consigo o desafio de desbravar os contornos instrumentais e principiológicos deste novo setor da processualística, que se não é autônomo, ao menos suscita reflexões, discussões e a necessidade de sistematização de idéias que não têm cabimento e importância no contexto processual individual.

O despertar da consciência do comprometimento dos sistemas processuais modernos com a concretização da universalização da jurisdição e com a necessidade de se direcionar o processo a resultados substancialmente justos, em suma, o empenho em se eliminar com justiça resíduos conflituosos não jurisdicionalizáveis, materializou-se infraconstitucionalmente em tendência legislativa crescente de coletivização do processo.

Foi assim que, em 1985, deu-se à luz o primeiro diploma significativo sobre tutela coletiva *lato sensu* no país, equipado a oferecer aos novos interesses metaindividuais meios processuais adequados de tutela, desapegados das tradicionais premissas individualistas da perfeita correspondência entre legitimatio *ad causam* e titularidade substancial, as quais se divorciaram, e da estrita limitação subjetiva da coisa julgada, que não poderia jamais prejudicar, tampouco prestigiar, quem no processo não houvesse sido parte. Para que a tutela jurisdicional pudesse alcançar campos antes excluídos do âmbito protetivo jurisdicional, fez-se mister afrouxar tais “travas” subjetivas. Logo, a sentença que julgava demanda de tutela a direitos transindividuais, preparada mediante o exercício da ação por entes credenciados a litigar em esquema de substituição, deveria impor-se *ultra partes*. Inerente à outorga de legitimidade *ad causam* a certos entes para agirem em juízo no lugar dos próprios titulares do interesse material é a extensão dos efeitos da sentença a sujeitos que não fizeram parte formalmente do contraditório, mas que a lei reputa legitimamente representados em juízo pelos entes autorizados a agir.

Internamente, de maneira bem resumida, pode-se dizer que o contexto propício ao florescimento de uma farta legislação sobre processo coletivo coincide com os estudos da doutrina italiana sobre o modelo das class actions norte-americanas, que serviram de espelho ao delinear “à brasileira” de ações coletivas, impulsionados a partir do influxo das ondas

renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre a processualística de uma forma geral.

O Brasil importa o ideário coletivista para si, montando ao longo do tempo verdadeiro cenário normativo de tutela coletiva, composto de vários diplomas esparsos vivamente entrelaçados, dedicados a oferecer tutela a interesses fundamentais de terceira dimensão, a interesses transindividuais, dentre os quais se destacam a Lei da Ação Civil Pública (doravante, LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (ao qual nos referiremos ao longo do trabalho abreviadamente, pela sigla CDC), este último diploma central do conjunto normativo coletivista, por condensar sistematicamente normas sobre legitimação, competência, coisa julgada, execução etc.

Todas as principais disposições sobre processo coletivo estão depositadas no CDC, que, por isso, deve ser considerado diploma com “vocação irradiante”, isto  , passível de manejo em quaisquer situa es litigiosas metaindividuais, que não apenas as de consumo. Tal voca o pode ser explicada em razão da enorme sintonia entre o CDC e a Constitui o Federal, a qual produz sobre as disposi es consumeristas a eficácia irradiante, ampliando-lhes o âmbito de incidência, enfim, generalizando-as, ao ponto de funcionarem como elementos da Teoria Geral Processual. Esta incorpora o produz resultados fascinantes. O CDC, ao menos no concernente   disciplina coletiva, incorpora-se   Teoria Geral Processual, podendo ser utilizado por todo o processo. Suas disposi es sobre processo coletivo passam a ser encaradas como de domínio processual comum.

Para os propósitos a que nos lançamos, de desvendar os contornos principiológicos e instrumentais do Processo Coletivo Laboral, face   aridez celetista de disposi es sobre processo coletivo *lato sensu*, o instrumental consumerista será precioso. Dele lançaremos mão recorrentemente. Como dito, a sistemática coletiva do CDC transcende a defesa do consumidor, para alcançar também o trabalhador brasileiro.

A via coletiva de se alcançar justiça nada mais   que um “jeito” perspicaz de realizar direitos, de que podem se valer tanto a ramifica o “comum” quanto trabalhista do processo. Aliás, de que pode se utilizar toda a procesual stica em prol da efetividade de qualquer direito que admita tutela nos moldes coletivos. Compreendido o processo unitariamente, como caminho de condu o das pessoas   justiça, qualquer instrumento que se proponha a tanto deve poder ser aproveitado por toda a comunidade processual.   importantíssima esta percep o. O chamado Direito Processual Coletivo, inobstante domiciliado no Código Consumerista, não   método cativo de dissolu o das lides coletivas de trabalho, devoto apenas   efetividade dos direitos de quem se vê lesado em um contexto consumerista.

Especialmente porque faz alavancar a promessa constitucional de acesso à justiça, a normatização consumerista de tutela coletiva extrapola do contexto litigioso do consumo, projetando-se também sobre o Processo do Trabalho, carente de disposições pertinentes à tutela de direitos de solidariedade que vingaram em terreno trabalhista.

Os dissídios coletivos já não mais atendem às novas demandas transindividuais de algum modo enredadas à realidade laboral. Também os não-empregados, os desempregados e tantos quantos coloquem à venda sua força de trabalho em troca de uma remuneração precisam de e merecem proteção coletiva. A prodigiosa evolução do processo coletivo em outras estações legislativas, em pouco tempo, gerou enorme defasagem normativa na CLT, em cujo estoque não há idéias, fórmulas ou métodos de como se responder às novas demandas transindividuais. A CLT simplesmente não acompanhou o turbilhão reformista. Presa ainda à idéia de categoria como o centro referencial do movimento coletivo, o Processo do Trabalho deixa de ser baluarte para conflitos protagonizados por massas de pessoas indefinidas. A CLT permitiu que os sindicatos, substituindo-se às próprias categorias interessadas, acionassem o Judiciário a fim, especialmente, de que fossem definidas novas condições de trabalho, sempre que malogradas as tentativas de apaziguamento pelos próprios envolvidos na disputa, mas em benefício apenas de uma categoria bem específica de pessoas. E por aí parou em tema de tutela coletiva, o que acabou por provocar desnivelamento instrumental brutal entre os diversos segmentos processuais.

Nada que não possa ser corrigido pela importação da sistemática de tutela coletiva, especialmente sedimentada no CDC, pelo Processo Laboral, permitida inclusive pela fresta do art. 769 da CLT. Como dito, por sua enorme propensão universalista, as disposições do CDC sobre processos coletivos não servem só às lides de consumo, mas a todo o processo. É preciso, então, (re)inserir o Direito Processual Trabalhista na roda coletiva. Aí estão o “o quê” e o “porquê” de nossa Dissertação. Resta-nos anunciar, em breves palavras, o “como”.

A enorme empatia valorativa entre CDC e CLT alivia em algum grau a dificuldade da empreitada. Direito do Trabalho e do Consumidor baseiam-se na mesma idéia-força de proteção do fraco, do vulnerável. Daí a preferência consumerista em se tutelar o consumidor coletivamente, à semelhança do paradigma trabalhista por essência agregador. O acesso coletivo aos serviços jurisdicionais é sem dúvida alguma fator de correção do desequilíbrio de forças entre os envolvidos em embates de trabalho, de efetivação da igualdade no processo.

Em breves palavras, até em razão da intuitiva percepção de que a “união faz a força”, encontra-se a gênese laboral umbilicalmente ligada ao movimento coletivo de luta por

direitos. Ilhado o indivíduo não possuía força suficiente para impor-se diante do poderoso detentor de meios de produção. Agrupado, ganhava coragem e notoriedade.

O diálogo normativo entre CDC e CLT é, pois, facilitado pelo substrato ideológico comum a ambos os textos: a fragilidade daqueles que visam a tutelar. O primeiro, o consumidor frente ao tomador. A segunda, o trabalhador face ao tomador. A sintonia de aspirações entre o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis do Trabalho, ambos diplomas de alma protecionista, franqueará ampla possibilidade de interlocução normativa. Vislumbra-se aí parceria promissora, empenhada ao máximo em implementar a promessa constitucional de acesso à justiça.

Indo além, em alguns casos a tarefa de acomodação da CLT no ambiente coletivo exigirá ainda mais esforços, sobretudo em razão da regra trabalhista de supletividade, que não deixa adentrar aos domínios do trabalho normas de Processo Comum, quando a CLT possua regramento próprio sobre certo instituto. Não nos deixaremos intimidar, no entanto, pela noção de supletividade. Com cuidado para não ofender garantias processuais, embalados pela noção de instrumentalidade e com subsídios na Teoria Geral Processual, sustentaremos em muitas oportunidades a necessidade de importação, a despeito da inexistência de omissão propriamente dita da CLT, de regramento exterior contributivo à consolidação de um justo processo coletivo laboral. Sobretudo a constelação de princípios constitucionais processuais servirá de justificativa às derrogações celetistas em prol de um mais efetivo processo.

Sob tal premissa, trataremos pormenorizadamente da competência coletiva, coisa julgada, legitimação, intervenção de terceiros, execução, medidas de urgência, tutela inibitória, dentre outros temas de especial relevância.

1 PRINCÍPIOS E ASPIRAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO DO TRABALHO

*Não se acostume com o que não o faz feliz, revolte-se quando julgar necessário.
 Alague seu coração de esperanças, mas não deixe que ele se afogue nelas.
 Se achar que precisa voltar, volte!
 Se perceber que precisa seguir, siga!
 Se estiver tudo errado, comece novamente.
 Se estiver tudo certo, continue.
 Se sentir saudades, mate-a.
 Se perder um amor, não se perca!
 Se o achar, segure-o!
 Fernando Pessoa, Felicidade*

1.1 Considerações iniciais

À frente do espelho, pergunta-se a si mesmo o Direito Processual Coletivo do Trabalho se haveria princípios que lhe seriam peculiares. A indagação tem lá sua razão de ser. A existência de um cardápio principiológico próprio, segundo se diz, é capaz de conferir autonomia e maioridade científica a qualquer ramo jurídico.

Não comporta este trabalho, contudo, a investigação, a qual não prescindiria de uma garimpagem de cada princípio apontado como peculiar ao Direito Processual Coletivo Laboral e da análise a respeito do seu conteúdo, para posterior comparação com a principiologia regedora dos demais setores da processualística. O cotejo principiológico, por si só, ocuparia o restante das páginas desta Dissertação, que, *data venia*, mais preocupa-se em desvendar os contornos instrumentais e potencialidades deste promissor instrumento que proceder a um neurótico e estéril levantamento dos princípios que supostamente lhe seriam exclusivos, se é que os há. Em termos de efetividade, a varredura, para além de complexa e árdua, revelar-se-ia irrelevante. A respeito dos princípios do Processo Coletivo e do Processo Laboral, estudiosos de um e de outro “ramo” apadrinham listas pessoais, de acordo com o *sentimento* de cada um em relação a cada um dos “Processos”. Inglória é a tarefa de listá-los.

O fato é que o Processo Coletivo do Trabalho existe. E que há princípios a reger o seu funcionamento, a calibrá-lo. Satisfaz à pesquisa a investigação de quais sejam eles, independentemente de se específicos ou comuns. O mais importante é desvendar-lhes o conteúdo, e, assim, os contornos principiológicos deste especialíssimo “processo”.

Todo “processo” que se preze, não importa a quem sirva, se ao direito individual, coletivo, do trabalho, do consumidor, da empresa, do meio ambiente, tem de ser formatado à

imagem e semelhança de um Estado Democrático de Direito que se autoproclama justo, solidário e livre de preconceitos¹.

Enquanto via de prestação de tutela jurisdicional por meio do exercício do direito de ação, o processo deve ser justo e proporcionar às partes amplas possibilidades de participação, qualquer que seja o direito material cuja possibilidade de efetivação esteja sendo objeto de interesses opostos.

O drama “shakespeareano” de ser ou não ser autônomo o Processo Coletivo Laboral frente a outros “ramos” e no que importaria tal autonomia², perde toda importância, a partir do momento em que se vislumbra o processo como um todo e cada um de seus ramos como instrumentos a serviço da tutela dos direitos. Caminha o processo unitariamente ao ritmo da instrumentalidade. Há uma teoria, um raciocínio, uma base principiológica, propósitos e institutos comuns a todos os ramos.

Do Processo Coletivo Laboral, em especial, o que se espera é que seja servil à valorização do trabalho humano e à dignificação da pessoa do trabalhador, que opere como ponte condutora de grupos de pessoas a justa ordem jurídico-laboral. Não se está com isto a afirmar deva o Processo do Trabalho ser demagogo ou protecionista *a priori*. Longe disso. O que se quer dizer é que deve ser ele antes de tudo justo. Meio de condução de grupos de trabalhadores à ordem jurídica justa, mas apenas se esta for a vontade concreta do direito substancial, claro³. Nas palavras do Professor Leonardo Greco, um meio justo para um fim justo, que logre otimizar o acesso aos direitos sociais.

¹ Impossível estudar o Processo dissociado da matriz constitucionalista que ilumina os propósitos com os quais está compromissada a jurisdição. Como expressão do poder estatal, a função jurisdicional também assume para si o compromisso de realizar as finalidades próprias do Estado brasileiro, os programas estatais condensados no art. 3º da Constituição Federal. Logo, também o processo, como meio de exercício da jurisdição, põe-se a serviço de tais propósitos. É essa consciência clara dos objetivos a que voltado o desempenho da jurisdição, esta sua conexão permanente com a realidade da vida, que pontua a etapa instrumentalista em que atualmente inserido o processo, ponto de vista responsável também por unificar o processo. Unidade que se pode dizer teleológica. Em suma, a Constituição Federal de 1988 criou um Estado inegavelmente social; por outro lado, assistiu-se à “socialização” do processo. Dedicar(m)-se ao encantador e complexo tema, autores desbravadores, nacionais e estrangeiros, como Calamandrei, Couture, Liebman, Cappelletti, Comoglio, Vigoritti, José Carlos Barbosa Moreira, Leonardo Greco, Dinamarco, Marinoni e outros.

² Octavio Bueno Magano nega a autonomia do direito processual do trabalho na sua obra. (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Volume I, Parte Geral, São Paulo: LTr, 1984, p. 78-79). Em sentido contrário, por todos: Wagner Giglio, *Direito Processual do Trabalho*. 5ª Ed., São Paulo: LTr, 1984, p. 71-85.

³ O juiz do trabalho não é *Hobin Wood*. Proteger não significa tirar de quem é rico para dar a quem é pobre. Descontar a injustiça social em quem tem. A vontade do direito material deve ser observada e cumprida pelo Processo Laboral. O juiz deve proteger quem tem o direito, segundo o que preconiza as regras de direito material. Proteger aqui superpõe-se à correção do desequilíbrio de armas. Ora, O processo do trabalho não deve proteger o trabalhador pela singela razão de que ele é trabalhador, como se houvesse no Processo Laboral algo parecido com o que no Direito Administrativo se conhece por supremacia do interesse público, com as devidas adaptações, uma supremacia do direito do trabalhador transformando-se o processo laboral em mero procedimento de rotina, cujo desfecho já se sabe qual é de antemão: a vitória do trabalhador e derrota do tomador, em que o empregador só passa para receber sua sentença de condenação. O dogma, que já não sobrevive no Direito Administrativo, se é que um dia existiu no Processo do Trabalho, deve ceder lugar a uma compreensão de processo com um espaço democrático e ético de debate, para o fim de se tutelar quem efetivamente seja merecedor de tutela. Deve ser desarraigada tal mentalidade protecionista a qualquer custo do pensamento e da ação. Um princípio que se afirme prevalecer sempre não é princípio. Inexiste autorização legal ou principiológica para tanto, muito pelo contrário. O texto constitucional preza, ao mesmo tempo, sem relação de primazia, ou de preferência abstrata, a priori, pelo equilíbrio de forças,

Só através da oferta de um processo permeado pelos valores democráticos de justiça, participação, transparência, solidariedade, ética, eficiência, cada um dos quais encarnado em uma garantia processual específica, é que se dará conteúdo substancial à supergarantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional, garantia polarizadora da ordem processual constitucional, para cuja efetividade existem e incidem otimizadamente todas as demais da constelação de princípios constitucionais do processo. O devido processo legal coletivo não destoa qualitativamente do devido processo legal individual. Aliás, devido processo, abstratamente considerado, é sempre um só. É processo regido pelos princípios da inepedência, imparcialidade, publicidade, motivação, celeridade, contraditório etc⁴.

O que se quer e se espera é que da simbiose entre Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Coletivo floresça um justo processo, um processo que seja eficaz instrumento de tutela dos direitos sociais fundamentais, de reparação de injustiças, de entendimento capital-trabalho, de pacificação com justiça de conflitos do trabalho, agora considerados em perspectiva superindividual. Em suma, de realização com justiça do direito material.

O Direito Processual Coletivo do Trabalho apresenta importância e dinâmica singulares. É o fruto do cruzamento entre o Direito Processual do Trabalho e o Direito Processual Coletivo. O primeiro, instrumento condutor do trabalhador à justa tutela jurisdicional; o segundo, instrumento de acesso de grupos de trabalhadores à tutela jurisdicional efetiva. A fusão de ambos reacende a esperança depositada, pelo trabalhador, na Justiça Obreira como palco da justa luta capital X trabalho, de um embate equilibrado de interesses opostos, perante juiz independente e imparcial.

Ele movimenta idéias, suscita discussões que não têm cabimento e importância em sede processual individual e isso é o quanto basta a que seja distinguido no estudo jurídico. O Direito Processual Coletivo do Trabalho, em razão das peculiaridades que o envolvem, quando comparado com seu “anverso”, Direito Processual Civil Individual, merece um estudo

pela proteção do trabalho tanto quanto da livre iniciativa, esta última essencial para o desenvolvimento econômico da nação. Neste contexto, algumas regras que prestigiem gratuitamente, injustificadamente, um litigante em desprestígio de outro se reputarão contrárias ao texto constitucional e, portanto, inconstitucionais.

⁴ É bem verdade que, ao incidirem sobre o Processo Coletivo, muitos deles ganham colorações diversas daquelas que apresentam quando aplicados em campo processual individual. O contraditório, por exemplo, não funciona do mesmo modo em ações coletivas e em ações individuais. Não necessariamente as consequências da aplicação do princípio em um ou outro ramo serão as mesmas, porque distintas são as pretensões de direito material cuja concretização se busca em juízo. Para alguns autores, eis o quanto basta a se afirmar a autonomia do Direito Processual Coletivo. Neste sentido, dentre outros, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 11-15 e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

específico, apartado, adaptado para a delicada e complexa realidade laboral transindividual sobre que atuará.

A seguir, buscou-se tratar dos princípios que se acredita orientadores do Direito Processual Coletivo do Trabalho, tanto sejam exclusivos ou não com relação aos demais ramos do Processo⁵.

1.2 Acesso à justiça pelo canal do justo processo coletivo laboral

Quer porque quem deveria satisfazer uma pretensão não o fez, configurando-se o inadimplemento, quer porque dadas pretensões só podem ser atendidas através da intermediação judicial, se, por qualquer razão, o titular de uma pretensão insatisfeita não vai a juízo, priva-se da tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, renuncia aquilo a que aspira. Surgem, então, os chamados focos de litigiosidade contida, motivos de mágoas e decepções para as pessoas.

Por ser vedada a justiça de mão própria e interdita a satisfação de dadas pretensões a não ser mediante chancela estatal jurisdicional, mais do que simplesmente proclamados, os direitos devem ser eficazmente tutelados através do mecanismo estatal disponibilizado à resolução civilizada das lides e administração pública de certos interesses privados, o processo. A contrapartida estatal à vedação da autotutela é a disponibilização de serviços jurisdicionais de qualidade, capacitados a apaziguar de verdade as controvérsias envolvendo pessoas e grupos de pessoas, pela realização dos direitos com justiça⁶.

No contexto do Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça é compreendido como a garantia das garantias, pois vãs seriam as declarações de direitos se não fossem disponibilizados aos cidadãos meios de reivindicar a sua efetivação.⁷ O justo processo é

5 Em substancioso estudo, o Professor Leonardo Greco procura definir o conteúdo mínimo de cada uma das garantias componentes do devido processo legal, dividindo-as, inspirado em lição de Luigi Paolo Comoglio, em dois grandes grupos: as garantias individuais, destinadas à proteção imediata dos sujeitos parciais do processo, e as estruturais, relativas à própria organização judiciária. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes, 2005. p. 225-286. O estudo em especial e os a seguir listados serviram de base à confecção do presente Capítulo: Mauro Cappelletti e Denis Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998, “Le garanzie costituzionali”, págs.55/95; Fernão Borba Franco, “A fórmula do devido processo legal”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 24, n° 94, abril-junho de 1999, págs.81/108; Augusto M.Morello, *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 175.

⁷ Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à Justiça*: “Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os

instrumento de concretização da promessa de inafastabilidade do controle jurisdicional, em especial da promessa de realização de direitos, assumida pelo Constituinte desde o Preâmbulo do Texto Fundamental. Daí se poder sintetizar a garantia de Acesso à Justiça como a garantia de acesso à ordem jurídica justa através de um justo processo⁸.

Quem não vá a juízo ou esteja de algum modo impossibilitado de lá comparecer, renunciando à tutela jurisdicional, não terá atendida sua pretensão⁹, o que, do ponto de vista dos escopos jurisdicionais, é de todo pernicioso, pois a não jurisdicionalização dos conflitos faz perpetuar insatisfações, impede a “realização de práticas pacificadoras, destinadas ao restabelecimento de clima harmonioso entre os membros da sociedade e, para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico.”¹⁰

Então, antes de mais nada, deve-se poder levar ao conhecimento do juiz uma pretensão a ser satisfeita, despertando-se a adormecida função jurisdicional. Igualmente, deve-se dar àquele que é o réu a oportunidade de comparecer em juízo a fim de se defender.

O só demandar, no entanto, é ato cuja prática depara-se com uma série de dificuldades, externas ao processo. Trata-se das barreiras ao acesso à justiça a que podemos chamar

direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos... O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (...) À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. (...) Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*, Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

⁸ Como diz Puoli: (...) necessidade do processo funcionar como forma de acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, já não basta chegar a uma solução do caso, há que se exigir que tal decisão tenha sido fruto de um procedimento justo e que ela própria esteja permeada do sentimento de justiça.” PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 75.

⁹ Evidentemente, há outros modos de se satisfazer uma pretensão que não pelo devido processo legal, através, por exemplo, dos chamados métodos alternativos ao acesso à justiça. Apesar do foco que se dá à resolução das crises jurídicas através do processo e da tutela jurisdicional que ele é capaz de ofertar, não se pode e nem se deve subestimar o valor da conciliação como forma de busca da paz, também em se tratando de crises jurídicas envolvendo grupos de pessoas e não apenas indivíduos enquanto tais. A propósito, vale a pena a leitura do texto de CAPPELLETTI, Mauro. “Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça”, in *Revista de Processo*, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94, p. 82-97.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 335.

extraprocessuais, por serem anteriores à própria formação do processo, e que necessitam ser em primeiro lugar suplantadas, para que o conflito possa ser submetido ao Judiciário.

Superados os obstáculos externos, detona-se a jurisdição e se instala o processo. Uma vez aberta a porta da Justiça, haverá ainda barreiras internas a serem vencidas, atinentes à técnica processual, ao modo de ser do processo, à metodologia de resolução de lides. A morosidade do processo talvez seja a maior delas, pois, além de má por si mesma, acaba resvalando negativamente na própria paridade de armas, desequilibrando a disputa em detrimento dos sujeitos mais débeis, que são exatamente os que mais necessitam da tutela jurisdicional e cujo grau de resistência psicológica e econômica a uma disputa judicial costuma ser menor. Sem que tenhamos a pretensão de apontar culpados ou de listar soluções¹¹, a verdade é que a pendência do processo para além do tempo necessário à realização da justa dialética processual empurra para baixo a escala de efetividade, fazendo dos votos de acesso à justiça, gravados no art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal, nada mais que palavras vazias.

O acesso à justiça é negado tanto àquele que não logra externar em juízo uma pretensão, ao excluído, marginalizado jurisdicional, quanto àquele que recebe solução atrasada, injusta ou bastante diferente daquela a que aspirava quando ativou a jurisdição. Também se denega justiça quando se profere decisão que não sai do papel, que não se transforma jamais em realidade. De nada adianta a mais tecnicamente perfeita e justa das decisões, se o comando decisório não consegue ultrapassar a realidade formal do processo, para se traduzir em resultados concretos na vida de quem são os destinatários da prestação jurisdicional¹².

No atual estágio instrumentalista que vivencia o processo, a garantia de acesso à justiça é compreendida como mais, muito, muito mais, do que a simples possibilidade de se externar em juízo uma pretensão e de a ela resistir. Não basta só tocar a campainha do Judiciário e tomar assento na relação processual. Uma vez recebidos na casa da Justiça, abertas as suas portas, o jurisdicionados devem ser bem tratados (processo justo) e, mais, devem sair de lá apaziguados, com a “alma lavada”, com a sensação de que justiça foi feita e de que ninguém recebeu nada a menos ou além do que tinha o direito de receber (tutela jurisdicional efetiva). Por fim, o sujeito vitorioso deve saborear, sem atrasos irrazoáveis, os

¹¹ O “problema dos processos demorados demais” não é só brasileiro, muito menos culpa exclusiva do Judiciário. A delonga é também um meio de defesa e, na maioria das vezes, o atraso é objetivado pelo pólo devedor. Sobre o tema, os estudos de MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-14; O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de Direito Processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-380.

¹² FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 59 ss.

efeitos da tutela que lhe foi deferida. É falha a Justiça que tarda, assim como a Justiça do tipo “ganha mas não leva”.

Considerando-se, portanto, os diversos momentos de contato do cidadão consumidor de justiça com o Judiciário, desde o surgimento de uma pretensão até a sua satisfação, pode-se afirmar que o conteúdo da garantia de acesso à justiça abrange¹³: (i) a possibilidade de, uma vez configurada a lide¹⁴, e porque, como regra, vedada a autotutela,¹⁵ movimentar-se a jurisdição rumo à confecção de sentença que solucione o impasse, rompendo-se a letargia que lhe é ínsita, e de se opor, resistir à pretensão deduzida (direito de ação e de defesa); (ii) o alargamento das vias de acesso ao Judiciário, a fim de que possam ser conduzidas a ele pretensões que de outro modo não se externariam, respeitantes a constelações de pessoas em idêntica ou similar situação jurídica, substituindo-as em juízo por sujeitos legitimados ao acesso coletivo à jurisdição (os chamados legitimados coletivos), em ruptura aos tradicionais esquemas individualistas de legitimação para agir e de limitação *inter partes* da eficácia da sentença (absorção ou captação ampliada de lides e pessoas pelo Judiciário); (iii) o desenrolar processual em contexto igualitário (contraditório) e perante juiz imparcial e independente, compromissado com a busca da verdade possível e desinteressado em favorecer a um ou outro lado da demanda; (iv) a transposição ao processo do ideal de justiça pulverizado, mediante a fabricação de decisões que sejam o produto de interpretação adocicada da lei pelo magistrado; a permeabilidade das decisões judiciais aos valores sociais e a pela possibilidade de o juiz contrabalançar a frigeidez da lei com pitadas de paixão (justiça nas decisões); (v) o irradiar

¹³Famosa é a compreensão do Professor Candido Rangel Dinamarco a respeito dos temas centrais da problemática do acesso à justiça: (i) admissão em juízo; (ii) modo de ser do processo; (iii) justiça nas decisões; (iv) efetividade das decisões. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 335 e ss.

¹⁴A lide, consoante clássica lição de direito processual, constitui o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Alguém, que acredita estar amparado por norma de direito material, objetiva o reconhecimento judicial desta posição jurídica de vantagem. A lide se instaura precisamente quando há resistência por parte de outrem em tal reconhecimento, fazendo-se mister, por consequência, a intervenção estatal, para o fim de solucionar o impasse. Assim, quando alguém almeja obtenção de bem da vida com exclusividade e outrem se opõe a que tal bem lhe seja entregue, emerge a lide.

¹⁵A jurisdição, atividade substitutiva da atuação dos interessados, com o escopo de fazer atuar concretamente a vontade do direito objetivo, é monopólio estatal, inobstante o estímulo ao desenvolvimento e utilização de novos meios – ditos alternativos, de solução de conflitos, alheios à estrutura de poder estatal, como a arbitragem. O que extrema a jurisdição de outras sedes de composição de litígios, como a arbitragem, é a imperatividade de que impregnados os pronunciamentos judiciais, os quais representam a última palavra na solução que deva ser dada à disputa. Mas não é a lide essencial à jurisdição, como se só houvesse atividade jurisdicional se instalado um conflito de pretensões. Poder haver atividade jurisdicional mesmo sem lide. É o que se dá, justamente, no chamado exercício voluntário (e não contencioso) da jurisdição, quando os interessados não divergem entre si, mas, ao revés, mostram-se acordes quanto à pretensão, que é comum a ambos. Por exemplo, pretensão de se separar, quando um cônjuge não se opõe ao outro, mas, apesar da convergência dos interesses, a instauração do processo demonstra-se indispensável, como forma de se conferir, através da ingerência do Estado-juiz, validade e eficácia ao ato de dissolução do vínculo conjugal. Sobre o tema, Vittorio Denti, “La giurisdizione volontaria rivisitata”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 1987, ano XLI, n. 2, p. 325-339. “A jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente que ela produza seus efeitos”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1928, p. 301). Já Carnelutti vê na jurisdição o meio pelo qual o Estado busca a justa composição, segundo a lei, do conflito de interesses submetidos à sua análise (CARNELUTTI. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Volume I, nº 78, Padova: CEDAM, p. 222-228).

tempestivo de efeitos pelo processo, inclusive, se preciso for, antes ainda do trânsito em julgado da decisão final ou da própria prolação da sentença, resguardando-se o direito material de uma situação de risco, bem como preservando-se as condições ideais para a atuação bem sucedida da função jurisdicional e realização futura do direito (tutelas de urgência, satisfativa e acautelatória, instrumental respectivamente¹⁶); (vi) a efetivação das sentenças preferencialmente do mesmo modo como postulado pelo autor vitorioso e preconizado pelo direito material (cumprimento específico das decisões judiciais). Todas as garantias do processo convergem à garantia central da ordem constitucional processual, qual seja, o acesso à Justiça.

Em abordagem também digna de destaque, pode-se compreender a garantia de Acesso à Justiça como uma sucessão de posições processuais ou escalada de posições processuais, tanto faz¹⁷. Neste sentido, o Acesso à Justiça principia, para o demandante, como o direito à apresentação em juízo de pretensão em busca de satisfação, isto é, como o direito de se lamentar perante o Judiciário, independentemente de quaisquer considerações a respeito de se o demandante tem ou não razão segundo o que se venha a provar nos autos e o que preceitua o direito substancial aplicável. Para o réu, o direito de reagir. Abstratamente, a ação é o direito a se detonar a jurisdição, de se chegar até o Judiciário. De nele entrar. Só o mero impulsionar a atividade judicante encontra-se rodeado de inúmeros obstáculos, os quais precisam ser superados, a fim de que possa ser estabelecido um justo processo. Entre a dedução e a satisfação de uma pretensão, há verdadeira sucessão de posições jurídicas, que imprimem à ação significações diversas: principia como direito à provocação judicial (direito abstrato de ação), convola-se, uma vez exercida, em direito à instalação de um justo processo, alicerçado nas garantias do devido processo (direito ao exercício da jurisdição permeada pelas garantias processuais, balizada pela constelação principiológica processual constitucional), convola-se, presentes os pressupostos processuais e condições da ação, em direito a um pronunciamento judicial a respeito da pretensão deduzida (direito condicionado de ação), e, acaso favorável o resultado do processo ao demandante, finda como direito à própria tutela jurisdicional (direito concreto de ação)¹⁸.

Quanto à admissão em juízo de lides e pessoas, razões várias, já minuciosamente diagnosticadas e denunciadas pela doutrina¹⁹, podem estreitar ou simplesmente lacrar as vias

¹⁶ Sobre a correlação entre tutelas urgentes e o acesso à justiça, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁷ GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. V. I, p. 120-123.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*, Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio

de acesso à Justiça, fazendo com que pretensões não sejam levadas ao conhecimento dos magistrados, e, portanto, permaneçam insolúveis certos conflitos, carentes da intervenção judicial pacificadora, originando-se daí focos de litígios não jurisdicionáveis, que continuam a angustiar as pessoas e que, quando não explodem, tornam-se fatores permanentes de decepções: a pobreza, os altos custos do processo, a incerteza quanto ao resultado final a ser obtido, a desinformação a respeito dos próprios direitos de que se é titular, a descrença na Justiça como instituição, a demora em se obter uma solução definitiva e o próprio modo de ser do processo, de tradição individualista, constituem-se em poderosos entraves à promessa constitucional de universalização da tutela jurisdicional, em ilegítimos fatores limitativos do acesso à Justiça²⁰. São barreiras externas e internas que debilitam a garantia de universalidade de tutela jurisdicional e que, uma vez identificadas, precisam ser removidas²¹.

Para perfurar alguns de tais obstáculos, além da criação de serviço estatal encarregando de prestar auxílio jurídico a quem dele necessite e não tenha condições de por ele pagar, o chamado patrocínio gratuito de causas por órgãos públicos, e das isenções de despesas processuais em geral, previstas na Lei n. 1.060/1950, despontaram as ações coletivas, armas poderosas na luta contra muitas das forças centrífugas que repeliam do Judiciário certas pretensões, especialmente as de grupos economicamente menos favorecidos, resgatando-as do regime de “*apartheid* jurisdicional” em que se encontravam para dar-lhes vez e voz. Oportunidade de se exteriorizarem.

1.3. As ações coletivas e a resposta ao desafio de acesso à justiça: a superação de obstáculos

Fabris, 1988.

²⁰ Há limitações razoáveis e necessárias, contudo, ao acesso à Justiça, que, inclusive, inibem o demandismo inconseqüente e arbitrário, como os filtros técnicos mínimos representados pelas condições da ação, que barram certas pretensões, excluem certas pretensões da apreciação judicial, mas que constituem fator de racionalidade e realismo para o sistema, além de protegerem o réu de uma investida jurisdicional despropositada, que tolha injustamente a fruição dos seus direitos. Como sabido, a ação, como direito condicionado, pode ser identificada ao direito a um julgamento de mérito, não necessariamente favorável àquele que faz a jurisdição acordar. As condições da ação permitem realizar triagem mínima com respeito aos processos que poderão seguir adiante, rumo a um pronunciamento sobre a pretensão deduzida, e aqueles que deverão ser extintos desde logo, quando não se apresenta em condições de ser julgada ou ao menos apreciada a pretensão de direito material. Sobre as condições da ação como condicionantes necessárias ao uso responsável do direito de demandar, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense: 2009. p. 230: “as condições da ação são o filtro mínimo por que deve passar o postulante da tutela jurisdicional para assegurar-lhe o mais amplo acesso a essa tutela, com todas as suas conseqüências, inclusive a coisa julgada, se for o caso, e, ao mesmo tempo, evitar que o adversário seja submetido a um processo manifestamente temerário ou injusto, que lhe retira ou limita o pleno gozo dos seus direitos e ainda pode causar-lhe prejuízos irreparáveis.”

²¹ Como se vê, não são apenas materiais os custos envolvidos em uma contenda judicial. Há também custos sociais, como os inconvenientes de se ter de comparecer sucessivas vezes na Justiça, tendo que faltar ao trabalho e outros.

As ações coletivas permitiram superar ou ao menos atenuar vários dos obstáculos que contribuíam para manter afastados do Judiciário grupos de pessoas. Não cabe aqui discorrermos a respeito de cada um de tais obstáculos. Faremos, entretanto, referência àqueles que deram origem às ações coletivas, tema do presente estudo, e mais especificamente àqueles que se revelam mais impiedosos ao trabalhador. Nossas atenções se voltam, portanto, a basicamente três empecilhos que dificultam se concretize em toda a sua plenitude o direito individual de ação por parte do hipossuficiente do trabalho, quais sejam, (i) o medo de ser desfeito o vínculo laboral; (ii) os custos do processo em geral e (iii) a desproporção entre perdas e ganhos. Será demonstrado, outrossim, como as ações coletivas podem ajudar a derrotá-los.

1.3.1. O medo da dispensa e a solução que as ações coletivas representam

Dentre todas as barreiras que dificultam a luta do trabalhador por seus direitos, sem dúvida alguma, o medo de ser dispensado é, disparado, a mais perversa e intransigente. O trabalho dignifica o homem. O desemprego, por outro lado, o destrói²². Daí porque soar quase hipócrita ao trabalhador em atividade, aviltado em sua esfera de direitos, a garantia de acesso à Justiça.

A insinceridade da promessa constitucional de inafastabilidade é tamanha que já se disse certa vez, em contexto diverso, mas que bem pode ser adaptado à realidade dos conflitos do trabalho no Brasil, estarem abertas as portas da Justiça Laboral ao hipossuficiente, tanto quanto se encontram abertas a todos as do *Ritz Hotel* (!)²³.

O empregado que decide acionar o seu patrão deve estar disposto a correr riscos. A iniciativa quebra a relação de confiança que é a base do contrato de trabalho e por isso o tomador de serviços tende a dispensar o funcionário que reclama. Não por acaso deu-se à Justiça do Trabalho o “apelido” sarcástico de “Justiça do Desemprego”: dela só se vale o trabalhador após o fim da relação contratual, quando não mais corre o risco de ser dispensado.

Edilton Meireles, em artigo de grande sensibilidade, sustenta o direito de permanência do empregado no posto de trabalho, quando, no curso da relação laboral, licitamente decide

²² Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT. Artigo publicado no site http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%20A7%C3%A3o_Contra_a_Dispensa_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2. Consulta feita em 20/05/2011.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 337.

acionar o seu empregador²⁴. A fim de que lhe seja eficaz a garantia de acesso à Justiça, defende a estabilidade temporária do trabalhador reclamante ao longo de todo o processo, período durante o qual não poderia ser dispensado:

“É preciso que os instrumentos processuais sejam adequados à obtenção dos efeitos desejados pelos titulares do direito subjetivo, a tempo e hora. E, ao certo, na maior parte dos casos, de nada adiantaria ao empregado lhe ser assegurado o direito formal de demandar o empregador se este não estiver acompanhado de garantias de que possa ser utilizado efetivamente, isto é, de que não haverá perda de qualquer posição jurídica por fazer uso do seu direito constitucional de ação e obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva”²⁵.

A idéia é interessante, mas, para ser posta em prática, depende ainda do aval do legislador ou, ao menos, de negociação coletiva, na medida em que representa limitação à liberdade do empregador de contratar e demitir. Ao seu direito potestativo. Ademais, não soluciona o impasse quando o sujeito lesado é o trabalhador não empregado, a quem não são extensíveis as garantias de emprego. Muito mais eficaz, neste aspecto, a coletivização.

A alternativa das ações coletivas desponta como saída promissora e imediatamente aplicável. Pelo regime de substituição processual, despersonaliza-se o litígio, poupando-se a pessoa do trabalhador dos riscos e inconvenientes de uma ação judicial. Quem “dá a cara à tapa”, como se costuma dizer no popular, não é o trabalhador, mas os entes credenciados a demandar, os quais nada têm a perder com a ação. Aliás, bem sucedido o extraordinariamente legitimado à frente da demanda coletiva, mesmo sem ter participado do processo, o trabalhador será beneficiado, graças à eficácia subjetivamente expandida das sentenças coletivas de procedência.

O tratamento molecular dado aos conflitos do trabalho que assumem dimensão supraindividual contribui, destarte, para a “transformação da Justiça Laboral numa justiça promocional dos direitos sociais fundamentais, em substituição à conhecida “Justiça dos Desempregados”, observa Guadalupe Louro Turos Couto²⁶. A tutela jurisdicional coletiva constitui-se em ponte condutora de grupos de trabalhadores à justa ordem jurídica laboral não apenas depois de findo o pacto, mas ainda durante a sua vigência, o que, para aqueles que, como os trabalhadores, encontram-se inseridos em uma relação jurídica continuativa, possui relevância ímpar, ao evitar que, em razão da prescrição, violações a direito acabem por se

²⁴ MEIRELES, Edilton. Garantia do emprego como instrumento para efetivo acesso à justiça (proibição de despedir no curso do processo judicial). In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Salvador: jusPodivm, 2007. p. 113-121.

²⁵ *Idem*, p. 117.

²⁶ COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 291-308.

perpetuar. Como cediço, no próprio curso do pacto laboral, perecem as pretensões derivadas de lesões a direitos trabalhistas que não venham a ser verbalizadas no curto intervalo de cinco anos. Inglória a sina do trabalhador: por medo de perder o emprego, de se indispor com o tomador *lato sensu*, não luta por seus direitos e quando pode correr atrás do prejuízo, tem boa parte de sua pretensão fulminada pela prescrição.

O demandar solitário, “cara-a-cara”, além de enfraquecer o poder de barganha do trabalhador, o expõe a represálias, retaliações por parte de quem o admite. A coletivização, ao revés, o resguarda, porque acaba por “impessoalizar” o litígio.

A despersonalização, no entanto, deve ocorrer do início ao fim. Do instante em que se deduz a pretensão até aquele em que é satisfeita. Não basta retirar da linha de frente de batalha o hipossuficiente, abastecendo-o com um título, e, depois, no momento de dar concreção à sentença, abandoná-lo à própria sorte. Os mesmos obstáculos com que se defronta o trabalhador ao pleitear um provimento de condenação enfrenta ao buscar a sua realização prática. Daí a primazia que o cumprimento coletivo dos julgados coletivos trabalhistas deve ostentar sobre o individual.

Interessantíssima pesquisa de campo realizada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob coordenação do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a respeito dos resultados práticos obtidos com ações coletivas, demonstrou que elas estão sendo muito pouco úteis na vida das pessoas individualmente consideradas. No período objeto de levantamento, o número de execuções individuais propostas tinha sido zero. Para o pesquisador, o dado estatístico não significa que ninguém tenha sofrido o dano individual, mas, pelo contrário, sugere que as pessoas não se dispuseram a executar a decisão, provavelmente, por falta de informação de que poderiam fazê-lo e também porque o cumprimento depende de prévia liquidação, tão cara, complexa e demorada quanto uma ação de conhecimento condenatória²⁷.

1.3.2 Os custos do processo: segundo obstáculo superado

Os custos emocionais e econômicos envolvidos em uma disputa judicial, somados à miserabilidade das pessoas, constituem-se em freios adicionais à perseguição da tutela jurisdicional pelo trabalhador hipossuficiente. Litigar não é barato e o patrocínio técnico gratuito, muitas vezes, não passa de retórica promessa constitucional.

²⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 218-219.

A despeito da assistência jurídica assegurada aos trabalhadores por sindicatos, a verdade é que as empresas ainda se encontram melhor assessoradas tecnicamente que os indivíduos de poucos recursos, o que pode desequilibrar a disputa, afetando a justa afirmação da vontade concreta do direito substancial.

O Estado, por sua vez, não oferece serviços judiciários como deveria e prometeu.

Ao se referir às funções da Defensoria, não faz o constituinte qualquer discriminação com relação à matéria. Ou seja, ao outorgar à Instituição o poder-dever de orientar juridicamente o cidadão e defendê-lo em qualquer grau de jurisdição, possuía o Constituinte a pretensão de transformá-la em meio de efetivação de todo e qualquer direito, independentemente de sua sede material.

Embora a lei não atrele o campo de atuação da Defensoria à jurisdição civil ou penal, o fato é que os exíguos recursos governamentais destinados à Instituição acabam por impedir que seus (pouquíssimos) membros patrocinem toda e qualquer causa que lhes é apresentada. Diante desta escassez, impõe-se aos defensores a seleção das causas com as quais lidarão. Em geral, privilegia-se as causas afetas à matéria penal (como não poderia deixar de ser, vez que o direito criminal diz respeito ao *status libertatis* do indivíduo) e à matéria civil *stricto sensu*, principalmente aquelas voltadas ao direito de família, sucessório e real.

Desta forma, embora o art. 14 da Lei Complementar federal nº 80 de 1994, preveja a atuação da Defensoria Pública da União nos Estados, junto ao Tribunal do Trabalho, a desproporção entre a oferta da assistência judiciária gratuita e a demanda pelo patrocínio técnico estatal, impede que se estabeleça, de fato, uma Defensoria Pública voltada, exclusivamente, ao trato das questões laborais.

Por falta de um quadro maior de pessoal, não há defensores públicos à disposição dos hipossuficientes que freqüentam os foros laborais, sobrecarregando-se assim os sindicatos, que passam, pois, a assumir importância fundamental no quadro do movimento de acesso à Justiça Laboral.

1.3.2.1 En passant, o regime das despesas processuais no Código de Processo Civil

Com exceção dos casos de gratuidade de justiça, devem as partes custear todo ato processual a que derem causa, pois a prestação da tutela jurisdicional é serviço público remunerado. Em sentido amplo, pode-se conceituar as despesas processuais como todos os gastos realizados pelas partes para impulsionar avante o processo, desde a sua instauração até o seu ocaso.

As despesas em que houver incorrido provisoriamente o vencedor devem ser reembolsadas ao final por aquele que injustamente deu causa ao processo, resistindo a uma pretensão legítima ou deduzindo pretensão injusta, deste modo se eliminando ou ao menos se minimizando os prejuízos sofridos pelo litigante vitorioso. Extinto o processo sem resolução do mérito, ao autor é que compete pagar as custas. Vencidos em parte autor e réu, racham-se as despesas do processo proporcionalmente.

Aqueles que, em razão de sua pobreza, não possam contribuir para o custeio das despesas processuais de um modo geral ou contratar os serviços de um advogado, não podendo postular em causa própria, devem ter garantido o seu acesso à justiça por meio da liberação de tais pagamentos e da defesa judicial gratuita, sendo agraciados com os benefícios da gratuidade de justiça e da assistência judiciária gratuita, respectivamente²⁸.

1.3.2.2 As despesas processuais na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho sempre lidou com gente humilde, de poucos recursos. Consciente da miserabilidade que caracteriza seu público habitual, empenhou-se o Processo do Trabalho ao máximo em eliminar entraves de cunho econômico à postulação, isentando de certas despesas processuais o reclamante e conferindo aos que litigam perante a Justiça Obreira capacidade postulatória, isto é, a possibilidade de demandarem por conta própria, sem o patrocínio de um advogado (CLT, art. 791)²⁹.

Outrossim, para os aos trabalhadores que não se sentissem à vontade em fazer uso do chamado *jus postulandi*, garantiu-se o serviço de assistência judiciária, a ser prestado gratuitamente pelos sindicatos, verdadeiras “fadas-madrinhas” das postulações laborais, legalmente incumbidos de patrocinar as causas daqueles que não podiam pagar um advogado.

É preciso, nesse passo, distinguir o benefício da justiça gratuita da assistência judiciária gratuita. O patrocínio gratuito de causa trabalhista pode não isentar o trabalhador do pagamento das despesas com o processo, do mesmo modo que a constituição de advogado particular não afasta a possibilidade de o reclamante ser exonerado das despesas com o

²⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. I, p. 435.

²⁹ Apesar de essencial à administração da justiça, há hipóteses em que se dispensa a intermediação de advogado a fim de que possam as partes deduzir pretensão ou oferecer resistência. É o que ocorre nas causas de até 20 salários mínimos ajuizadas perante os Juizados Especiais, com o heróico remédio tutelar da liberdade de ir, vir e permanecer e na Justiça do Trabalho, não importa o valor da causa. Apesar da previsão, na Lei n. 8.906/1994, de ser privativa do advogado a atividade de postulação a qualquer órgão judicial, o STF, na ADIN n. 1.127-8, proposta pela AMB – Associação dos Magistrados do Brasil, reconheceu liminarmente haver sido recepcionado o art. 791 da CLT, que trata do *jus postulandi*, pela nova ordem constitucional, permanecendo como facultativa a representação das partes por advogados em feitos trabalhistas.

processo, isto é, dispensando do adiantamento de custas, do preparo, demandando com total gratuidade em todos os graus de jurisdição³⁰.

A propósito, a não condenação, na Justiça do Trabalho, como regra, do sujeito derrotado, em honorários de sucumbência, explica-se justamente em razão da possibilidade que têm as partes de postularem sem a assessoria jurídica de um advogado, isto é, da capacidade postulatória que é a reclamante e reclamado conferida, e que os isenta da contratação de um advogado. O raciocínio que faz a CLT é o seguinte: ora, se a parte contratou um advogado foi porque quis e então que pague pelo “luxo” (sic!) de estar em juízo acompanhada. Não sendo obrigatória a contratação de um advogado, mas mera faculdade, também não haverá imposição de honorários.

Por isso, a verba honorária, na Justiça do Trabalho, não decorre simplesmente da sucumbência, mas está vinculada ao preenchimento de requisitos específicos estabelecidos no art. 14 da Lei nº 5584/70, que, segundo entendimento jurisprudencial sedimentado no Enunciado n. 219 do TST, são os seguintes: a parte deve estar assistida por sindicato, bem como comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou declarar estar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Neste caso, ela pode contar com o patrocínio do sindicato, que, se for bem-sucedido na causa, ganha honorários. Seria uma forma de financiar a despesa destes entes com a manutenção de um corpo de causídicos.

Portanto, quando devidos, os honorários sucumbenciais destinam-se não à parte vitoriosa, mas ao sindicato que a assistiu graciosamente, como forma de compensá-lo pela sua atuação exitosa em defesa do trabalhador, já que, como dito, não recebem os advogados de sindicato honorários contratuais, apenas os judicialmente fixados³¹. Para as lides envolvendo trabalhadores em sentido lato, que não decorram de relação empregatícia, a sistemática de honorários será a do CPC, conforme IN n. 27/2005, editada logo após ampliação de competência trabalhista, visando a ambientar e acomodar as causas então chegadas à Justiça Laboral aos especialíssimos procedimentos do trabalho.

³⁰ Na literatura processual trabalhista, fazem a distinção LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 306-307 e TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Eis as lições do último dos autores: “Desde logo, é necessário advertir que, em rigor, a assistência judiciária gratuita não se confunde com a justiça gratuita. A primeira consiste na designação, à parte necessitada, de advogado para promover, gratuitamente, a defesa dos seus direitos e interesses em juízo; a segunda nada mais é do que a dispensa do pagamento de despesas processuais, que compreendem não apenas custas, emolumentos, publicações em jornal oficial, mas os próprios honorários de advogado.” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009. V. II, p. 634).

³¹ No processo civil, também os honorários de sucumbência são devidos ao advogado da parte vitoriosa e não à parte assistida. No entanto, tais honorários deveriam ter por destinação a parte e não seu advogado, como forma de ressarcir-las das despesas em que incorreu na contratação do advogado, pois este último já recebe honorários contratuais, ao contrário dos sindicatos.

A propósito do *jus postulandi*, mais duas observações.

A dispensa de patrocínio técnico, o chamado *jus postulandi*, representa bem intencionado esforço do processo laboral em abrir as portas da Justiça aos menos favorecidos economicamente, ciente o legislador trabalhista de que as despesas advocatícias consomem muito do proveito econômico a ser obtido em caso de vitória, por desproporcionais muitas vezes ao real valor da causa. Mas se a intenção é boa, a prática pode se revelar perversa.

Na verdade, a possibilidade de empregados e empregadores demandarem por conta própria, além de ingênua, atenta contra a própria efetividade dos direitos trabalhistas, levando à ruína certas postulações. O bom direito sucumbe ante ao despreparo do leigo em enfrentar empregadores assistidos por profissionais preparados e conhecedores da sofisticada técnica processual. Ademais, transformado em dever fundamental do Estado e direito fundamental do cidadão o fornecimento de assistência jurídica integral e gratuita aos impossibilitados de arcar com os custos do processo, não há razão para o trabalhador entrar em uma briga judicial sem o respaldo técnico de um bom profissional, sujeitando sua pretensão à falência. Na prática, o *jus postulandi* revela-se anti-isonômico, o que tem levado os juízes a recusarem aplicação ao instituto.

Com efeito, em situações de hipossuficiência técnica, é dever do juiz, como sujeito cultivador da igualdade no processo, nomear, em favor da parte desamparada, em desvantagem processual, advogado *ad hoc*, sob pena de, não o fazendo, assistir passivamente à total falência de sua postulação.

São, em verdade, três as possibilidades: ou o magistrado designa advogado *ad hoc* para a parte desassistida, o chamado advogado dativo, que, só para não parecer antipático aos olhos do juiz solicitante, acaba aceitando o convite, ou adia a audiência, até que a parte desacompanhada constitua advogado ou, ainda, encaminha o reclamante ao sindicato, que lhe prestará assistência judiciária gratuitamente.

Para a empresa tampouco é interessante não ter advogado. A própria dinâmica de realização da audiência e ordem de tomada dos depoimentos seriam atrapalhadas sem a presença de um advogado. É que, quando o reclamante está prestando depoimento pessoal, o preposto deve ficar do lado de fora da sala de audiências. A idéia é a de não deixar o depoimento de uma das partes contaminar o da outra. Sem advogado do lado da empresa, no entanto, ninguém mais restaria para acompanhar o depoimento do autor, o que feriria de morte o princípio do contraditório.

Custas só são devidas pelo empregado se for total a sucumbência. Tendo sido acolhido um único pedido, está o postulante exonerado do pagamento de custas, mesmo que sejam

improcedentes todos os demais capítulos de sua postulação³². Inexiste, pois, na Justiça Obreira a chamada sucumbência recíproca, para fins de responsabilização repartida pelas despesas processuais. Nos termos do § 4º do art. 798 da CLT, o vencido será sempre um só, o reclamante, se totalmente derrotado, ou o reclamado, se parcial ou integralmente vencido³³.

Há, contudo, despesas de outras ordens, geradas pela utilização de serviços estranhos ao Judiciário, prestados por terceiros que não pertencem aos quadros fixos do Judiciário, e que, por isso, não estão hierarquicamente subordinados ao juiz. Daí que, se não se dispuserem estes auxiliares eventuais a trabalhar sem receber adiantado, o ato não será praticado. Assim, por exemplo, quando o perito não é serventuário da justiça, mas particular escolhido pelo juiz, a parte que houver requerido a produção da prova pericial é que deverá arcar com os respectivos honorários. Quando a parte responsável provisoriamente pelo pagamento antecipado da despesa é beneficiária da justiça gratuita, o perito terá de trabalhar de graça e sabe que só irá receber se o laudo for favorável ao beneficiário da justiça gratuita, o que certamente compromete sua imparcialidade. Se for vitorioso o beneficiário da justiça gratuita ao menos quanto ao pleito objeto da perícia, será a outra parte quem irá remunerar o perito (CLT, art. 790-B). Já que se o sujeito hipossuficiente perder, sobre ele é que recairá o ônus do pagamento da despesa, do qual dificilmente se desincumbirá, por não ter condições de pagar pelo serviço prestado. Sugere Leonardo Greco, então, que os próprios Tribunais custeiem tais perícias, estabelecendo uma tabela com valores módicos de remuneração³⁴.

³² Caso a lide não derive de relação de emprego, cada parte paga custas sobre o pedaço correspondente à sua derrota, é dizer, proporcionalmente à condenação sofrida, aplicando-se o mesmo regramento do CPC. É o que estabelece o § 3º do art. 3º da IN n. 27 do TST.

³³ A completa gratuidade de justiça assegurada ao trabalhador, que só paga custas se for totalmente vencido e nem paga se for beneficiário da gratuidade, e, por outro lado, o pesado ônus econômico imposto ao empregador ao demandar, obrigado, por exemplo, a adiantar o depósito recursal, até o teto legal ou até o valor da condenação, se for este menor do que aquele, a fim de poder submeter a causa a novo exame, por distinto órgão jurisdicional, vem sendo apontado pela doutrina como fonte de violação à isonomia, além de fator de estímulo e complacência para com a litigância de má-fé por parte do empregado. Sem nos aprofundarmos na discussão, o fato é que dos comprovadamente pobres não se pode opor obstáculos ilegítimos ao acesso à Justiça, como o são as despesas processuais de um modo geral. O depósito recursal, ademais, vem se mostrando medida de efetividade para as execuções trabalhistas, pois funciona como garantia de eventual e futura execução, protegendo o trabalhador do risco de insolvência ou de “sumiço” por parte da empresa, que se agrava com a demora do processo, permanecendo os valores depositados em conta à disposição do juízo, atualizados os valores com juros e correção, até o trânsito em julgado da sentença de procedência, salvo levantamento autorizado antecipadamente, em caso de execução provisória. De mais a mais, o benefício da justiça gratuita ou o fato de só responder o trabalhador pelas custas em caso de sucumbência total não é salvo-conduto para a litigância de má-fé, pois as multas (*contempt of court*) podem muito bem incidir com o intuito de reprimir a postulação temerária e aventureira, não estando ileso ou imune o reclamante-trabalhador beneficiário da Justiça gratuita das sanções processuais que lhe venham a ser impostas por litigância de má-fé. A presunção, que inspira o tratamento desigual, de que empregados são fracos, e, pois, liberados do pagamento, e empregadores são ricos e, por conseguinte, podem e devem pagar para recorrer é apenas relativa, devendo ser aferida caso a caso, máxime agora, após ampliação competencial da Justiça Obreira, que trouxe aos seus domínios profissionais liberais e também com sensível jurisprudência do TST, que já admite concessão do benefício da justiça gratuita também a empregadores, especialmente quando pessoa física ou pequenas empresas (como nos casos de relações de trabalho doméstico).

³⁴ GRECO, L. *Op. cit.* p. 444.

Visando a corrigir a distorção, em boa hora, editou a Justiça do Trabalho enunciado que transfere o encargo do pagamento dos honorários do perito para a União, quando o beneficiado com a justiça gratuita for sucumbente no objeto da perícia:

OJ-SDII-387 HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RE-SOLUÇÃO Nº 35/2007 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Vindo a desaparecer o interesse de agir, por haver o réu atendido espontaneamente à pretensão autoral, já no curso do processo (perda superveniente de condição da ação), ao demandado é que será imputada a responsabilidade definitiva pelo pagamento de todas as despesas processuais, pois foi ele quem deu causa à propositura da demanda.

1.3.2.3 Por último, as despesas em ações coletivas. Estabelecimento de um regime de gratuidade

No tocante às despesas em processos coletivos, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 18, confere tratamento bastante generoso aos colegitimados coletivos, cujo intuito evidente é o de favorecer o mais amplo acesso à justiça a pretensões metaindividuais: os exonera de qualquer adiantamento, desobrigando-os de antecipar custas, emolumentos, honorários periciais e outras despesas processuais quaisquer. Às associações autoras, aí incluídos os sindicatos³⁵, o tratamento dispensado é ainda mais benevolente: a lei os libera do pagamento, e não apenas do adiantamento, de quaisquer despesas, inclusive honorários, ainda que venham a sucumbir ao final, salvo comprovada má-fé³⁶. Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷

³⁵ “Se na ação civil pública ou coletiva o juiz reconhecer que a associação civil autora litigou de má-fé, deve, portanto, condená-la em honorários de advogados, custas e despesas processuais. *A contrario sensu*, não tendo a associação autora agido com comprovada má-fé, não poderá ser condenada em honorários de advogado, custas e despesas processuais, nem mesmo em caso de improcedência da ação por ela movida. Naturalmente, essa indenidade atinge apenas a associação e não eventuais litisconsortes ativos que com ela promoveram a ação. (...). Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa de interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) arcam com os encargos da sucumbência, ressalva feita à situação especial das associações civis, já examinada acima. De sua parte, os sindicatos e as corporações semelhantes, analogicamente ao que dispõe a lei sobre as associações civis, merecem o mesmo tratamento que estas. Em última análise, na ação civil pública ou coletiva, o próprio vencido pagará as custas do processo, exceto: a) se vencida associação autora que não tenha agido com comprovada má-fé; b) se vencido órgão ou entidade estatal desprovido de personalidade jurídica; nesses casos, a Fazenda Pública é que arcará com os ônus da sucumbência.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 622-623.

³⁶ No caso de má-fé, a associação autora responderá pelos honorários de advogado, pelo décuplo das custas devidas e, ainda, pelos danos causados à parte ré, tudo nos termos do art. 87, parágrafo único do CDC.

³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 515.

e Voltaire de Lima Moraes³⁸ entendem que não apenas às associações, mas a todos os legitimados às ações coletivas deve ser estendido o regime de isenção dos ônus da sucumbência em casos de carência ou improcedência da ação, a não ser nos casos em que atuem com má-fé, nenhuma razão havendo para a diferenciação de tratamento. Assim também pensamos, posto contributiva a interpretação ampliativa à efetividade dos direitos coletivos, não podendo se sobrepor o interesse arrecadatário estatal ao acesso de grupos de pessoas à Justiça³⁹.

Não se trata simplesmente de desonerar os autores coletivos do adiantamento de despesas, as quais, em caso de derrota, posteriormente lhe seriam cobradas, mas de isentá-los do seu pagamento, ainda que sucumbam no final. O sistema de custeio adotado⁴⁰, o da absoluta gratuidade de justiça, constitui inegável fator de abertura à Justiça, pois é o Estado quem deve arcar com todas as despesas do processo, fixas e variáveis, nada tendo que desembolsar os colegitimados que façam uso do serviço judiciário. O seu ingresso em juízo não sofrerá nenhuma restrição econômica, tampouco experimentarão qualquer prejuízo em caso de derrota, exceto se ficar demonstrado terem agido de má-fé.⁴¹

Quanto à possibilidade de o réu ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência, em hipóteses de ações propostas pelo Ministério Público, há, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, dois entendimentos, diametralmente opostos. Um primeiro, que nos parece mais acertado, segundo o qual não seriam eles devidos, por não ser o membro do Ministério Público advogado. Outro, no sentido de que a condenação reverteria em benefício dos cofres públicos. Assim, ao nosso ver, vitorioso o MPT em ação coletiva, não será o réu condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais, apenas às demais despesas processuais, pois os honorários remuneram o serviço prestado por advogado e a ação não foi movida por advogado, mas pelo Ministério Público, que não desempenha atividade de advocacia.

³⁸ MORAES, Voltaire de Lima. Questões tópicas na ação civil pública: desistência ou abandono da ação; anotações sobre o inquérito civil e despesas processuais. In MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 603-611: “Os legitimados ativos, assim, pelo art. 18 da Lei 7.347/1985, estão desobrigados de adiantar quaisquer custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas processuais, como também não serão condenados a tais ônus processuais, em se tratando de carência ou improcedência da ação, a não ser que fique comprovada sua inequívoca má-fé, reconhecida judicialmente. Esse comando legal se estende a todos os colegitimados ativos a que se refere a Lei 7.347/1985, a despeito de o seu art. 18 fazer referência somente à associação autora (...).”

³⁹ GRECO, L. *Op. cit.* p. 437.

⁴⁰ Sobre o tema dos diferentes sistemas de custeio das despesas processuais e das vantagens e desvantagens atinentes a cada um deles, confira-se a obra de GRECO, L. *Op. cit.* p. 433 e ss.

⁴¹ Veja-se que a regra contudo, apesar de bastante generosa, não resolve o problema prático e corriqueiro de se definir quem fica responsável pelo pagamento dos honorários de peritos particulares que venham a atuar em tais processos, devendo tais responsáveis financiar as perícias. Se houver inversão do ônus da prova, determinada pelo juiz, não há dúvidas: ao réu incumbirá arcar com a despesa processual respectiva. Se não quiser arcar com a despesa, assumirá o risco de não ter produzido prova que passou a ser sua incumbência. Mas e se permanecer com o autor coletivo o onus da prova? Estando dispensado do adiantamento ou no caso das associações civis, do próprio pagamento, e se vier a perder o autor coletivo, se for julgado improcedente o pedido formulado pelo legitimado legal, o perito terá trabalhado de graça?

Segundo Nery & Nery, também o réu em ações coletivas estaria, por força do disposto no artigo 18 da LACP, desobrigado do pagamento adiantado dos custos do processo, mas não dos ônus da sucumbência, acaso derrotado a final. Assim, procedente o pedido formulado na ação coletiva, aquele que estiver ocupando o pólo passivo deverá arcar com as custas, emolumentos, honorários advocatícios e demais despesas processuais, pois apenas o pólo ativo teria sido contemplado com a isenção das despesas⁴².

Por fim, esclareça-se que os autores individuais, que iniciem execuções trabalhistas próprias, aparelhados com o título executivo gerado no feito coletivo, observarão, quanto aos encargos da sucumbência, o regime celetista de despesas, antes descrito.

1.3.3 O triunfo das ações coletivas sobre o desestímulo que representam as causas de pequeno valor para a luta pelo direito: a reparação fluida

Se litigar é caro em geral, proporcionalmente mais caro se revela para o hipossuficiente, o cidadão economicamente débil, pois é sobre as causas que ele costuma protagonizar, de menor valor, que mais impiedosamente recaem as custas⁴³. As pequenas causas, em geral, não estimulam a procura pelo Judiciário. Não são atrativas financeiramente.

Quando o investimento que se deve fazer no processo mostra-se desproporcional frente ao que se espera ganhar, não se anima o sujeito ofendido em perseguir a tutela judicial devida. Assim, pequenas violações a direito acabam sendo perpetradas continuamente, sem que seja punido o autor do ilícito⁴⁴. Os custos – muito elevados do processo, comparativamente aos ganhos, diminutos, que se pode obter ao final, somados à delonga

⁴² NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1.461.

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. In FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça - A função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 46.

⁴⁴ (...) a necessidade de processos supraindividuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns. Os danos resultantes das lesões supramencionadas são, frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de 'bagatela', que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas. Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os fornecedores que realizam negócios abusivamente, apenas para citar alguns exemplos. De pouca ou nenhuma valia passam as ser as normas de direito material, que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas: no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2009. p. 27-28.

processual excessiva, ao incômodo de se ter de comparecer várias vezes ao judiciário, à incerteza a respeito da vitória etc. representam freios poderosos à provocação jurisdicional.

Quando judicializadas coletivamente, aquelas pequenas lesões, por cuja reparação, individualmente, não valia a pena brigar, avolumam-se, agigantam-se, originando causas de elevado valor. Vence-se pela coletivização a litigiosidade reprimida, causa de frustrações para as pessoas.

E mesmo que não se sintam os interessados sequer estimulados a executar a decisão coletiva que lhes favorece ou sendo o número de habilitados incompatível com a gravidade do dano, qualquer legitimado extraordinário, em caráter subsidiário, poderá deflagrar o cumprimento coletivo da sentença, justamente a fim de que a conduta nociva não fique sem punição (trata-se da chamada *fluid recovery*). É o que consagra o art. 100 do CDC. A chamada reparação fluida foi imaginada justamente para aquelas hipóteses em que o prejuízo individualmente experimentado é de nenhuma ou pequena importância, mas o dano globalmente causado revela-se significativo. Assim, as sobras de indenização não reclamadas a título individual serão executadas coletivamente, em caráter subsidiário.

Depois de transcorrido o prazo de um ano, contado da publicação da condenação, estarão os legitimados legais coletivos autorizados a executar coletivamente a decisão em favor do fundo, a fim de que não escape o condenado do pagamento de qualquer resíduo, saldo de indenização que não tenha sido cobrado individualmente, por desconhecimento ou falta de interesse.

1.4 Síntese das principais idéias até aqui expostas e de algumas ainda a porvir: a tutela coletiva como fator de efetivação do acesso à justiça. A valia redobrada do coletivismo para o hipossuficiente do trabalho

Como vem sendo dito, a tutela coletiva contribui para a efetivação do amplo acesso à justiça, na medida em que derruba barreiras de ordem técnica, cultural, psicológica e econômica, facilitando a defesa judicial unificada dos interesses de um grande número de pessoas. O direito de acesso à justiça pressupõe, antes de mais nada, a superação de entraves que antecedem a própria instalação da relação processual. Para o trabalhador, o maior deles é o medo de perder o trabalho. Logo, se de um modo geral a tutela coletiva é importante, para o trabalhador ainda mais.

A principal vantagem da tutela coletiva no âmbito do Direito do Trabalho está na possibilidade de imediata prevenção ou reparação de violação a direitos trabalhistas no curso

do contrato de trabalho, justamente quando não está o prestador de serviços disposto a demandar solitariamente. A realidade tem demonstrado que os trabalhadores só reivindicam seus direitos após o fim da relação laboral, em função do medo da dispensa, momento, porém, em que muitas de suas pretensões já foram fulimada pela prescrição. Eis as alternativas que se abrem ao trabalhador: demandar no curso da relação e correr o risco de perder o emprego ou aguardar o término da relação para demandar e perder parte de seus créditos.

O jeito coletivista de lidar com os conflitos supraindividuais revela-se vital para a efetividade dos direitos trabalhistas. Por intermédio da atuação coletiva (judicial e até extrajudicial!), lesões são reparadas e ameaças de lesão a direitos trabalhistas evitadas ou estancadas durante o curso dos contratos, permitindo o acesso dos trabalhadores aos direitos sociais que lhes são assegurados, enquanto ainda em atividade.

Como sabido, dificilmente milita o trabalhador na Justiça do Trabalho ainda durante a vigência do pacto, por medo que tem de sofrer represálias. O processo de feição individual, justamente por sua característica personalíssima, coloca o prestador de serviços em difícil situação, já que é ele quem tem de “dar a cara à tapa”, como popularmente se diz, figurando nominalmente na demanda movida contra quem o admite. A coletivização, ao revés, tem, dentre muitas outras, a vantagem de poupar a pessoa do trabalhador, convocando a atuar na linha de frente das negociações ou da empreitada judicial terceiros às relações trabalhistas, capacitados à atuação independente e destemida em juízo e fora dele.

Há, também, a questão da economia de tempo, esforços e de despesas e a garantia da uniformidade das decisões, pois um único processo presta-se a tutelar de uma só vez uma grande quantidade de pessoas.

A tutela coletiva, ademais, concretiza a igualdade material no processo, na medida em que neutraliza as vantagens dos litigantes habituais, daqueles que recorrentemente freqüentam os foros e bancos dos réus, obrigando-os a litigar de igual para igual com entes dotados de forças equivalentes. Assim, a tutela coletiva possibilita a equivalência processual entre trabalhadores e empregadores pela legitimidade conferida a determinados órgãos e entidades (principalmente o Ministério Público do Trabalho e sindicatos). Nas ações coletivas há, portanto, equilíbrio das partes, o que nem sempre ocorre nas ações individuais, em que o trabalhador atua de forma isolada e enfraquecida. À frente dos processos coletivos, estão entes com condições de litigar em patamar de igualdade com os transgressores habituais de normas tutelares de direitos transindividuais, isto é, com os grandes infratores de direitos coletivos em sentido amplo. Assim, ao invés da hipossuficiência característica dos indivíduos singularmente considerados, deparam-se os litigantes habituais com entes igualmente

imponentes. A legitimação coletiva, como cediço, corrige ou pelo menos atenua as desigualdades substanciais dos sujeitos envolvidos em litígios de massa.

Em suma, a tutela coletiva facilita consideravelmente o acesso ao Judiciário, na medida em que propicia (i) economia de atividade jurisdicional e de gastos, pela união (*fictícia*) de diversas demandas em uma só⁴⁵, (ii) uniformização das decisões judiciais sobre a mesma hipótese fático-jurídica controvertida, em prol da segurança jurídica e em respeito às legítimas expectativas dos jurisdicionados e (iii) isonomia dentro do processo, alcançada pela substituição das partes hipoteticamente mais fracas no processo por entes mais fortes, a quem se outorga a legitimação para agir⁴⁶.

1.5 Contraditório coletivo: a garantia de participação adaptada à realidade dos conflitos de massa

Para uma tutela justa, importantíssimo é o modo como atua o magistrado no contexto processual, especialmente no que diz respeito à relação que mantém com as partes, isto é, o modo de ser do processo, ou melhor, o modo como se desenrola, como se faz o processo. O Estado-de-direito, legalista que é e avesso ao arbítrio, não poderia prescindir de certas diretrizes mínimas regulatórias do exercício do poder em todas as suas facetas, jurisdicional inclusive, capazes de ofertar aos litigantes um mínimo de segurança quanto ao que podem esperar do andamento dos processos judiciais. A síntese de tal regramento, o devido processo legal, limita e condiciona. O poder jurisdicional exerce-se balizado pelas limitações e condicionantes que lhe são inerentes.

É deste princípio-síntese que se extrai a exigência de que aos sujeitos do processo sejam oferecidas amplas oportunidades de participação, a fim de tentarem influenciar o resultado da atividade jurisdicional, o sentido do ato decisório, enfim, o exercício do poder. Dele deriva o contraditório. A garantia de influenciar o sentido da decisão da causa.

Encarnação, no processo, do valor democrático participativo, o contraditório legitima o exercício do poder jurisdicional, na medida em que franqueia aos destinatários dos atos de poder a possibilidade de influírem no conteúdo das deliberações judiciais que lhes digam respeito diretamente, que tenham o potencial de lhes afetar a esfera de direitos e obrigações.

⁴⁵ As demandas coletivas, especialmente as referentes a direitos individuais homogêneos, são sínteses de diversas demandas individuais que entre si mantêm algum grau de semelhança.

⁴⁶ Neste sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e aspectos sensíveis* – in *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Orgs. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 16-32.

Considerando-se a forma como são investidos os juízes no desempenho da jurisdição, como única forma de compensar o *déficit* democrático do Judiciário, devem os jurisdicionados participar ativamente do processo decisório.

Da exigência de participação refletida no processo decorrem as diversas situações jurídicas ativas e passivas (poderes, faculdades, ônus, deveres) conferidas aos sujeitos processuais. São elas que permitem, impõem ou estimulam a prática de atos. São, por isso, na feliz imagem de Cândido Rangel Dinamarco, as almas do processo, cujo corpo físico, visível, perceptível aos sentidos é o procedimento⁴⁷. O seu combustível propulsor.

Cada um dos atos integrantes da cadeia procedimental tem em uma situação jurídica bem definida a sua origem. O processo compõe-se de uma pluralidade delas. Na medida em que se sucedem, vão sendo realizados os atos componentes do procedimento e movimenta-se o processo em direção ao seu desfecho. Eis a dinâmica da caminhada processual: de uma situação jurídica passa-se a um ato, que, a seu turno, uma vez praticado, faz nascer nova situação jurídica, da qual emergirá novo ato e assim sucessivamente, até que termine o processo. Os atos praticados pelas partes ao longo da trajetória processual materializam a garantia de participação.

Neste sentido é que se diz do processo *procedimento em contraditório*. Juiz e partes, cada qual com funções e interesses bem definidos dentro do processo, titularizam situações jurídicas ativas e passivas as mais variadas, das quais se originam os múltiplos atos do procedimento. Estes, interligados por uma unidade teleológica, endereçam-se harmoniosamente à oferta da tutela jurisdicional.

O contraditório é, pois, para as partes, a garantia de que poderão participar ativamente e em igualdade de condições de toda a atividade estatal que prepara a prestação da tutela jurisdicional, ao passo que, para o juiz, como seu destinatário, implica uma série de poderes-deveres: o de ouvir, alertar, nivelar as partes em situação de desequilíbrio, determinar a produção de prova essencial *etc.*

Do ponto de vista dos sujeitos parciais do processo, é a garantia de participação na cognição desenvolvida, no *iter* de fabricação da sentença, a qual se explica pelo potencial que têm as decisões judiciais, como produtos do exercício do poder, de afetar suas esferas jurídicas.

Repugna ao Estado de Direito seja alguém privado de seus bens ou liberdade em razão do exercício do poder jurisdicional, sem ter tido real oportunidade de influir na formação da

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II, p. 27.

convicção judicial, de influir no conteúdo da decisão judicial segundo o que prescrevem a lei e a Constituição, isto é, segundo as regras de procedimento pertinentes.

A participação dos possíveis afetados pela eficácia direta das sentenças em seu processo de preparação é, pois, fator de legitimação do sistema processual, pois, ao contrário dos atos de vontade, “que se destinam à auto-regulação de interesses e são realizados pelos próprios titulares destes”⁴⁸, os atos de poder atingem esferas jurídicas de pessoas diversas daquelas que os realizam. Vinculam-se as partes à vontade estatal, exprimida pela boca do agente incumbido de dizer o Direito, e não à vontade por elas próprias manifestada.

São, pois, três, segundo Cândido Rangel Dinamarco, as dilações mais óbvias que podem ser extraídas da exigência, plantada na ordem processual constitucional, de participação dos litigantes no processo⁴⁹.

Em primeiro lugar, a da necessária correspondência entre os sujeitos do processo, os titulares das situações jurídicas processuais ativas e passivas, e aqueles que sofrerão, diretamente, em suas esferas jurídicas, os resultados do exercício do poder jurisdicional. Isto é, a correspondência exata entre os sujeitos do contraditório e os sujeitos destinatários da prestação jurisdicional. Idéia traduzida, em termos processuais, na regra clássica de legitimidade *ad causam* ordinária, “não sendo uma pessoa admitida em juízo para defender em nome próprio interesses alheios (CPC, art. 6º)”⁵⁰. Segunda, a da limitação da eficácia da sentença aos sujeitos que figuraram no processo como partes. E, por fim, a da restrição da coisa julgada às partes do processo, a quem foram ofertadas todas as prerrogativas de participação inerentes ao processo equo e que, deste modo, puderam contribuir para a formação da convicção judicial. É dizer, que tiverem o seu “dia na corte”, alegando, pedindo, provando, reagindo *etc.*, não se podendo vincular alguém ao teor de uma sentença prolatada em processo no qual não foi parte.

Sinteticamente, a da rigorosa limitação da eficácia direta⁵¹ e da autoridade da sentença aos sujeitos do contraditório e a da impossibilidade de alguém atuar em juízo, em nome próprio, na defesa de interesses de terceiros.

Tais restrições, perfeitamente condizentes com a realidade conflituosa individual, já não se coadunam, no entanto, com os novos contornos das lides de massa, abrangentes de constelações de pessoas. Delineado teoricamente como modelo, método ou modo de resolver

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. I, p. 220.

⁴⁹ DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.* p. 225.

⁵⁰ *Loc. cit.*

⁵¹ A eficácia indireta ou reflexa das sentenças estende-se a terceiros como decorrência da eficácia natural das sentenças. Os efeitos diretos é que, como regra, ficam confinados nos estreitos limites subjetivos da relação jurídica processual, não sendo extensíveis a terceiros.

litígios travados “a dois”, o processo civil clássico mostrou-se incapaz de diluir as crises jurídicas envolvendo grupos de pessoas.

A presença, na mesma sede processual, de todos os interessados na discussão, uns ao lado dos outros, não era possível. A admissibilidade da conglomeração de dois ou mais sujeitos em um único pólo da relação processual, na qualidade de demandantes ou demandados, encontra nas garantias da ampla defesa e da razoável duração dos processos dois seríssimos condicionantes. O prejuízo à defesa do réu ou à célere prestação da tutela jurisdicional impõe a dissolução de litisconsórcios numerosos, que reúnam grande quantidade de pessoas.

Logo, com vistas a se adaptar a técnica processual às novas necessidades de massa, teve “o todo” de ser substituído no processo por alguém que lhe fizesse as vezes. Desfeito o “casamento”, a associação indissolúvel entre o direito material e o direito de ação, a regra de ouro da legitimidade *ad causam* individual cedeu espaço à legitimação extraordinária para agir, tornando-se plenamente compreensível e aceitável que processos conduzidos por entes dotados pela lei de legitimidade adequada pudessem surtir efeitos diretos sobre quem não fez parte do processo, ou melhor, sobre os integrantes da comunidade ou coletividade substituída. A tutela de uma expressiva quantidade de pessoas apenas poderia ser ofertada por um só processo, sem os inconvenientes garantísticos que megalisconsórcios representam, através do esquema de substituição processual e conseqüente ampliação, para além dos sujeitos do processo, dos efeitos da sentença.

Quando a pretensão, além de materialmente indivisível, é transindividual, vale dizer, diz respeito a uma massa de sujeitos, e não simplesmente envolve dois sujeitos em posições antagônicas, não é factível, do ponto de vista da própria duração razoável do processo, do adequado exercício do direito de defesa *etc.*, que todos os sujeitos da lide revistam-se do predicado de partes processuais. É mister, destarte, seja a tutela coletiva preparada e obtida mediante o exercício das ações coletivas pelos autorizados a agir segundo a lei processual, que não se confundem com os próprios titulares dos interesses substanciais em jogo no processo.

Aliás, no que diz respeito aos direitos de alma coletiva (difusos e coletivos *stricto sensu*) nem sequer se admite o ingresso do corpo de substituídos no feito. E, com respeito às ações movidas em tutela de direitos individuais homogêneos, como se verá em Capítulo próprio, apesar de possível, o ingresso não se mostra atraente.

Assim, seja porque a participação é vedada, seja porque simplesmente não quer estar o interessado no processo, para que não se tornem inúteis as ações coletivas, é preciso que os

efeitos diretos da sentença extravasem dos lindes subjetivos da relação jurídico-processual. A projeção *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença coletiva é, destarte, consectário lógico da técnica de substituição processual.

A pressuposição legal de idoneidade de tais legitimados *ad causam* qualifica-os como legítimos substitutos processuais do universo de interessados e sua participação no processo atende às exigências do contraditório. Mas não em sua plenitude. Através das garantias de participação franqueadas aos demandantes coletivos, satisfaz-se o contraditório não exatamente *no* processo, como seria o ideal, mas *pelo* processo coletivo⁵².

O princípio do contraditório propugna a oferta de reais chances de participação na atividade de preparação da tutela. Com perdão pela informalidade da expressão, não é isso, “no duro”, o que ocorre nas hipóteses de substituição processual. Por outro lado, não há como abrir-se mão do regime de legitimação extraordinária, impossível que é a presença física de todos os interessados no feito, como visto. Vale dizer, o contraditório impõe a participação, *no* processo, de todo aquele que possa vir a ser afetado diretamente em sua esfera jurídica pela sentença, mas esta participação nem sempre é viável. Solução louvável e providencial formulou o Código de Defesa do Consumidor.

Se a substituição é inevitável, pensou o CDC, que seja feita apenas em proveito dos substituídos, jamais em seu desfavor. Tecnicamente falando, apenas *secundum eventum litis* e *in utilibus*. Logo, apenas se procedente a demanda, os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada irão além dos próprios sujeitos que figuram como autores, atingindo e vinculando os membros da coletividade ou comunidade substituída no processo (CDC, art. 103), o que atende a contento à cartilha principiológica do justo processo, preservando o núcleo essencial de cada um dos princípios em tensão⁵³.

1.6 As ações coletivas e a igualdade concreta: a igualdade *intra* e *extraprocessual*

Não basta poder participar. É preciso entrar na disputa com iguais chances de vitória. A participação no processo deve ser eficaz e equilibrada, o que significa dizer que autor e réu devem ganhar e perder na exata medida dos seus méritos e deméritos jurídicos, isto é, daquilo

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 11-15.

⁵³ Em casos como estes, de colisões de princípios fundamentais, para que se possa garantir a convivência harmônica entre, de um lado, o princípio do contraditório, e, do outro, os da razoável duração do processo e ampla defesa, inafastável o regime de substituição processual. Cada um dos envoltos na disputa valorativa deve ceder em determinada intensidade, de acordo com as limitações jurídicas e fáticas da hipótese concreta. Em outras palavras, todos devem se fazer presentes, sem se excluírem por completo. Este fenômeno tem sido concebido pela doutrina como preservação de uma espécie de “mínimo essencial” de cada princípio que não admite sua restrição por outro, já que, abrigados todos no celeiro constitucional, inexistem hierarquias entre eles.

que lhes assegure o ordenamento jurídico-substancial. É covarde a luta entre desiguais, “Janjões”, de um lado e “Pinotes” “da vida”, do outro. Costuma ser injusto o embate “capital” X “trabalho”, quando processado em caráter individual. *Costuma*, ressalte-se.

Logicamente, as relações de trabalho, por demasiado complexas, não se reduzem a simplória dicotomia “empresa-forte-malvada” X “trabalhador-fraco-pobre-coitadinho”. Há micro e pequenas empresas que contratam os serviços de profissionais liberais muito bem esclarecidos sobre seus direitos. Grandes empresas que empregam profissionais altamente especializados e bem pagos. Há trabalhadores de má-fé que acionam, sem razão, grandes e boas empresas. Pessoas físicas que empregam pedreiros, domésticas. Jogadores de futebol que, sem o segundo grau completo, ganham milhões! As possibilidades são infinitas. E este modesto trabalho não pretende analisar a todas, nem deve.

Mas o fato é que, diante em um cenário claro de disparidade de forças, esteja em desvantagem o personagem que for – prestador ou tomador, não pode o juiz manter-se indiferente. A isonomia é meta a ser perseguida *no* processo. Intraprocessualmente, a igualdade exerce na dinâmica processual o papel assecuratório de participação equilibrada. De uma disputa honesta, equalizada. É preciso que o processo transcorra em clima de igualdade de armas, se preciso for com a intercessão do juiz para outorgar posições processuais desiguais a litigantes desiguais, na exata medida de sua desigualdade⁵⁴. O juiz deverá delinear um processo que nivele as partes desiguais, reequilibrando a disputa, para que os desiguais na vida não o sejam também no processo.

Em perspectiva extraprocessual, como fator de coerência do próprio serviço jurisdicional. A igualdade perante a lei pressupõe, evidentemente, também a igualdade na sua aplicação. Restaria esvaziada a cláusula isonômica se a lei, apesar de, única, igual para todos, fosse aplicada diferentemente para cada qual, sem que se pudesse dizer razoável o discrimen. A coletivização, pois, permite concretizar o tratamento igualitário imposto abstratamente pela Constituição.

1.6.1 O princípio igualitário na dinâmica do processo: a paridade de armas

O art. 5º da Constituição brasileira e o artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, impõem a igualdade das partes perante os órgãos jurisdicionais, estabelecendo este último que “todos são iguais perante os tribunais e demais

⁵⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 78.

cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei”.⁵⁵

Esta igualdade, proclamada na maioria das democracias ocidentais, não é apenas uma garantia individual, mas também organizacional ou estrutural, verdadeiro mecanismo de regulação da atividade do Estado, inclusive da atuação jurisdicional, a impor aos juízes o dever de neutralizar, no processo, as desigualdades reais existentes entre os jurisdicionados, em prol do equilíbrio de forças na relação processual, indispensável à justa composição da lide, à prolação de sentença justa.⁵⁶ Refletido no processo, o princípio isonômico traduz-se na necessidade de se nivelar a disputa travada, conferindo-se a ambas as partes iguais chances de sagrarem-se vencedoras, de obterem para si julgamento favorável. Enfim, idênticas oportunidades de êxito.

O desenrolar processual é assim permeado por um ideal igualitário que transmuda em dever do magistrado reequilibrar a luta entre desiguais, se preciso for com intromissão na atividade instrutória desenvolvida pelas partes, redistribuindo ônus processuais de molde a igualar a disputa.

Daí sua caracterização dúplice como direito fundamental do jurisdicionado e dever de ofício do juiz (CPC, art. 125, I), encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil. Esta é compreendida como componente autônomo do complexo de garantias do processo justo, mas que está intimamente ligada a outras garantias, como o contraditório⁵⁷ e o direito de defesa.⁵⁸, pois participar do processo significa para o jurisdicionado poder empregar todas as armas lícitas a fim de convencer o juiz das suas razões.

O desnível de forças, resultante de fatores de toda ordem externos ao processo (culturais, sociais, econômicos), deve ser corrigido através da atuação compensatória do juiz, responsável, em primeiro lugar, por estabelecer, implementar, e, a partir daí, praticar e preservar a igualdade no processo, tratando, se preciso for, *desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem*.

O tratamento formalmente desigual dispensado pelo juiz às partes tenciona promover, em cenários de não equivalência de forças, a almejada e prometida igualdade substancial, o que é especialmente relevante quando entre as partes se verifique existir relação fática de subordinação ou dependência. A desigualdade material, que favorece o empregador, é

⁵⁵GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 9, p. 127.

⁵⁶MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève:Schulthess, 2003. p. 172.

⁵⁷GUINCHARD, Serge; BANDRAC, Monique; DOUCHY, Mélina; FERRAND, Frédérique; LAGARDE, Xavier; MAGNIER, Véronique; FABRI, Hélène Ruiz; SINOPOLI, Laurence; SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel – Droit commun et droit compare du procès*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 693.

⁵⁸JEULAND, Emmanuel. *Le droit processuel*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2003. p. 207.

compensada com uma desigualdade processual em sentido oposto, que, no fim das contas, colocam em situação de equilíbrio os litigantes.

No Processo Laboral, o princípio igualitário, compreendido em sentido substancial, é especialmente relevante, posto instrumental tal ramo da processualística, como regra, ao julgamento de pretensões de sujeitos fracos direcionadas contra quem é mais forte. O próprio legislador trabalhista dotou o processo do trabalho de certas medidas discriminadoras compensatórias, que, no entanto, ao incidirem sobre relações de direito material que venham a ser processualizadas de modo desequilibrado, geram igualdade substancial no processo.⁵⁹

Vale dizer, medidas que desiguam formalmente, para que, no fim das contas, estejam as partes niveladas, dotadas de iguais armas e, pois, chances de sagrarem-se vencedoras ao final.

Apesar de sua ampla generalidade, pode-se definir a paridade de armas como a “obrigação de oferecer a qualquer parte a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições que não sejam de clara desvantagem com relação ao seu adversário”.⁶⁰ Constitui-se, portanto, em expressão dinâmica do princípio da igualdade refletido no processo, já que impõe ao juiz o dever permanente de praticar igualdade, suprimindo as deficiências postulatórias de uma das partes, que a coloquem em situação de injustificada inferioridade em relação ao seu adversário. Assim, por exemplo, a distribuição dinâmica do encargo probatório entre as partes, diversa daquela legalmente fixada, é medida com nítido e salutar propósito equalizador. Imputa-se a quem mais facilmente possa comprovar a veracidade ou falsidade de uma alegação de fato, essencial à justa composição da lide, o ônus de fazê-lo. Esta é a ideia que se pode extrair de diversos documentos humanitários, como a Convenção Europeia de Direitos do Homem e as Constituições das democracias ocidentais.⁶¹

A importância da paridade de armas reside no seu papel de conferir legitimidade ao sistema de resolução de conflitos estruturado em determinado Estado, pois elimina insatisfações através da possibilidade de todos os interessados influírem, com idênticas chances de êxito, na cognição do magistrado.⁶² Para nós, essa importância decorre da relevância da dignidade da pessoa humana⁶³ e da concepção de que a atividade judicante, como meio de dirimir conflitos, só se poderá legitimar na medida em que assegure a cada um

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 99.

⁶⁰ JEULAND, E. Op. cit. p. 209.

⁶¹ JEULAND, E. Op. cit. p. 209.

⁶² CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 677.

⁶³ CAMBI, E. Op. cit. p. 674.

tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe pertence segundo o que preconiza o direito material.⁶⁴ Na medida em que se outorgue tutela a quem efetivamente seja dela merecedor, a quem tenha razão. A tutela de que se encarrega o Estado, prestada pelo juiz através do processo deve ser outorgada a quem seja efetivamente dela merecedor, posto amparado pelo preceito de direito material incidente à hipótese *sub judice*. É dizer, ao real titular da posição jurídico-substancial de vantagem afirmada.

Para Cappelletti, a completa paridade de armas é fator de efetividade do acesso à justiça, pois garante que a conclusão final do processo, a sentença, a qual carrega consigo o juízo axiológico do magistrado a respeito da lide, dependa apenas dos méritos jurídicos das partes em disputa, sem que o julgador se deixe influenciar por diferenças estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.⁶⁵ A correta realização da vontade concreta do direito substancial.

Dissociada a legitimação para atuar em juízo da própria titularidade do direito material, iguala-se a disputa. Os titulares do direito são substituídos na condução do processo por sujeitos outros, mais fortes e preparados, em condições de brigar de igual para igual com o outro lado da demanda. Acostumados ao ambiente do foro. Ambientados ao clima de contenda. E, o mais importante, entes que não tem (ou, pelo menos, não devem ter) medo algum de enfrentar adversários poderosos em juízo. Que não temem perder o emprego em razão do exercício da ação.

Ao invés de uma disputa covarde entre desiguais, o que se viabiliza, com a síntese de várias demandas em uma só, coletiva, é um equilíbrio real de forças entre os dois lados da demanda. Por mais que se esforce o magistrado em conformar o procedimento à exigência garantística igualitária, há deficiências gravíssimas - desde a má-formação dos advogados, passando pelas limitações de recursos humanos e materiais dos órgãos constitucionalmente encarregados de propiciar assistência jurídica aos necessitados, até limitações inerentes ao próprio sistema processual, como as concernentes ao sistema de preclusão processual, de estabilização da demanda, de correlação rígida que deve haver entre o pronunciamento do magistrado e o pedido formulado, de repartição do ônus da prova etc.-, que nem mesmo no Processo do Trabalho lograram ainda ser totalmente superadas. O sujeito individualmente fraco, agrupado ganha força, se fortalece.⁶⁶

⁶⁴KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 200.

⁶⁵CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.15.

⁶⁶“Embora haja formalmente a igualdade das partes no processo, no plano material e prático acabam os litigantes, por vezes, dispondo de gritante diferença se comparados os meios disponíveis para o embate judicial. É o que ocorre com frequência nas

Os chamados litigantes habituais, como soem ser os grandes empresários, assíduos freqüentadores dos bancos dos réus na Justiça Laboral, além da fartura de meios materiais de que geralmente dispõem, porque mais freqüentemente demandados, costumam cercar-se de corpo especializado de profissionais, os quais possuem notável experiência em lidar com os conflitos de massa (causas trabalhistas, consumeristas, previdenciárias etc.).⁶⁷ Tais profissionais, inseridos rotineiramente em um mesmo ambiente conflitivo, acabam desenvolvendo teses de defesa padrão, que se repetem enfadonhamente até serem substituídas por outras, que melhor se adequam à evolução jurisprudencial. E, assim, ao longo do tempo, conseguem decifrar as melhores estratégias defensivas, aprimorando-se. Sem falar que, em razão da reprodução dos conflitos, simplesmente copiam e colam teses de defesa, lançam mão de um acervo probatório já produzido *etc.*

Os lesados – trabalhadores, consumidores, pensionistas, aposentados etc., ao revés, não vivenciam a rotina do foro. Têm receio em demandar. Intimidam-se com a formalidade do Judiciário. Não sabem como e onde contratar um advogado. Não tem idéia de como iniciar uma ação. Mais: não acreditam na Justiça. São litigantes meramente acidentais, que demandam uma ou duas vezes na vida. A freqüência de seus encontros com os serviços de prestação da justiça os coloca em situação de desvantagem quando cotejados com os litigantes “rotineiros”, os quais, por participarem de uma imensa quantidade de litígios judiciais, beneficiam-se da experiência, formam repositórios de jurisprudência, possuem a seu dispor um catálogo de depoimentos favoráveis, além de contarem com os serviços de profissionais de “primeira”, que trabalham conjugadamente para elaborar a melhor tese defensiva padrão e coligir elementos de convicção judicial.

Quando processualizadas em conjunto, inverte-se o cenário.

As ações coletivas, pelos elevados valores que ostentam e pela comoção social em torno de sua propositura, costumam atrair a atenção de bons profissionais, interessados nos

causas potencialmente coletivas, quando consumidores, aposentados, funcionários públicos, contribuintes e moradores, dentre outros, isoladamente, encontram-se em posição de fraqueza diante do poder de adversários como grandes comerciantes ou produtores, de empreendedores imobiliários ou do próprio Estado. (...) A possibilidade de os interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p.36.

⁶⁷“O desequilíbrio entre as partes pode ser, também, por outro lado, um fator decisivo para que a pessoa lesada deixe de buscar individualmente a proteção judicial ou, então, para a própria correlação de forças na relação processual. A tendência é que o causador da lesão disponha de mais recursos materiais e humanos e, portanto, em tese, se apresente mais bem preparado para o embate, provido que estará para a contratação de profissionais de qualidade e para a produção de provas que lhe sejam favoráveis – desigualdade que se mostra ainda mais gritante quando o lesado não dispõe de recursos próprios para custear a sua defesa, tendo em vista as limitações materiais dos órgãos encarregados da assistência judiciária gratuita.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p.29.

honorários que poderão embolsar se bem sucedidos, além, é claro, dos próprios meios de comunicação de massa, em razão do enorme universo de interessados.

Logo, o acessar coletivo à jurisdição presta-se também à concretização do processo justo, na medida em que permite o desenrolar processual com equilíbrio.

Tal, no entanto, é apenas uma visão micro ou intrínseca do problema do valor igualdade no processo. Cada um dos processos instaurados deve estruturar-se de molde a que sejam conferidas às partes envolvidas na disputa idênticas oportunidades de participação na atividade cognitiva a ser empreendida ao longo do devir procedimental. E esta é uma exigência que deriva da própria cláusula geral do devido processo – síntese de todas as garantias processuais. Ora, se a principiologia constitucional é, para o jurisdicionado, o arcabouço garantístico mínimo de que a jurisdição se exercerá com respeito aos valores imanescentes ao Estado Democrático de Direito, por evidente que o processo, em si mesmo considerado, no seu modo de ser, deve refletir tais valores, dentre os quais o valor equidade. Só um processo desenvolvido em bases isonômicas atende à exigência democrática igualitária. Porque só o desenrolar procedimental em contraditório, e que envolva partes dotadas de iguais forças, expressões, no processo, do valor igualdade, poderá produzir decisão justa. Logo, só se pode chamar justo a um processo que seja também isonômico.

Em suma, a igualdade, como valor a ser observado por todo aquele que exerce o poder, transmuda-se em garantia fundamental do processo, e, portanto, dos jurisdicionados. Sendo como é o processo o instrumento por meio do qual é exercida a jurisdição e devendo tal função exercer-se com obediência aos valores democráticos do Estado brasileiro, então o processo deve desenvolver-se isonomicamente. Esta a imbricação que se pode extrair entre o valor igualdade e o processo: compreensão interna, contudo.

1.6.2 A igualdade em nível macro

Há outro sentido possível de se analisar a relação entre o valor igualdade e processo e que igualmente nos interessa.

Também *pelo* processo deve o valor igualdade ganhar concretude. Mais ainda. De um ponto de vista macro, da prestação da tutela jurisdicional, pessoas iguais, envolvidas em um mesmo cenário fático-jurídico litigioso, devem receber tratamento igual. O Judiciário não pode ser palco de iniquidades.

Sentença deriva do latim, sentir. A etimologia do termo é indicativo bastante do escopo precípua da função jurisdicional estatal: julgar com justiça. Sem que se consiga ao

certo precisar um conceito universal de justo, claro está que tratar desigualmente quem é igual não atende ao ideal de justiça.

Chega a ser pueril constatar que a existência de decisões discrepantes, e até, contraditórias proferidas com respeito a pessoas em situações jurídicas similares ou até idênticas viola a isonomia. Apesar disso, o sistema brasileiro, hoje, comodamente, convive com tal disfuncionalidade. É que, consoante magistério de Barbosa Moreira, há uma

pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécie semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional.⁶⁸

O fato é que, hoje, de cada cabeça brota uma sentença. E, assim, a sorte dos litigantes depende, sobretudo, do órgão jurisdicional destinatário da distribuição da demanda ou recurso.

Enquanto os processos se desenrolavam “a dois” e diziam respeito a conflitos de interesses muito específicos, o problema da discrepância de julgados não existia ou, pelo menos, não transparecia.

Tal problemática ganha visibilidade no contexto da litigiosidade de massa, em que, apesar de as lides se reproduzirem em diversas ações, as soluções formuladas em cada uma nem sempre coincidem. Uma vez tocados os conflitos pela dimensão supraindividual, a unidade na aplicação da lei e coerência do próprio serviço de prestação de justiça passam a demandar a criação de mecanismos voltados à uniformização da jurisprudência. Dentre eles, as ações coletivas.

Apesar de o direito positivo ser o mesmo para todos, fatores vários influem na atividade interpretativa e daí as divergências de entendimentos tão frequentes, inclusive dentro de um mesmo tribunal. A percepção do correto sentido a ser extraído da lei varia de homem para homem. A igualdade na lei é, então, anulada pela desigualdade na sua aplicação.

A noção do justo depreende-se, em primeiro lugar, do que a sociedade aceita como razoável a partir daquilo que foi positivado pelo legislador. Muitas vezes, no entanto, em sua acepção literal, as leis não se coadunam com os valores reinantes na sociedade sobre a qual

⁶⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V: arts. 476 a 565, p. 4 e 5.

atuam. Podem ter envelhecido ou ter sido mal feitas. A frieza da lei é então contrabalançada com pitadas de sensibilidade do juiz, que, ao interpretá-la, o faz atento aos influxos axiológicos provenientes do lado de fora do processo. À carga valorativa social. À realidade axiológica circundante, por essência inquieta.

Ademais, a compreensão dos princípios como normas jurídicas dotadas de força suficiente a reger uma determinada situação conflituosa, suscetíveis, pois, de aplicação imediata, sem necessidade de intermediação de outras regras que façam a ponte entre eles (os princípios) e a realidade do caso concreto, faz da atividade jurisdicional verdadeira atividade valorativa. O magistrado é chamado todo o tempo a integrar o conteúdo de princípios e a resolver disputas valorativas. A proceder à integração axiológica dos textos legais.

Em razão da própria indefinição dos princípios a respeito de quais condutas devem ser observadas para sua efetivação ou dos efeitos por eles visados, abre-se ao julgador uma infinidade de interpretações passíveis de serem extraídas de um mesmo enunciado normativo, sem que se possa falar, a não ser em hipóteses mais óbvias, envolvendo aplicação de regras, na correção ou não do julgamento prolatado (matar é errado; não matar alguém é a conduta correta). O referencial, portanto, no controle de juridicidade das decisões judiciais que envolvam aplicação de princípios ou direitos fundamentais de mesma magnitude hierárquico-normativa, deixa de ser o do certo e errado e passa a ser o do razoável⁶⁹. A própria estrutura normativa principiológica de que se vem valendo o legislador nos últimos tempos, ao criar os textos legais, amplia os horizontes interpretativos.

⁶⁹A passagem inspiradíssima de Cândido Dinamarco diz tudo: “(...)quanto ao direito, deveria haver sempre a possibilidade de ampla certeza. *Jura novit curia* e para todos (não só para o juiz) a ordem jurídica cria o ônus de conhecimento integral da lei. Mas, além dos conhecidos fatores que tornam inaplicável essa (mal) denominada presunção do conhecimento da lei (v.g., o réu não sofre o efeito da revelia se não tiver sido previamente advertido da consequência da falta de contestação no prazo), outros existem que inviabilizam mesmo a situação psíquica de certeza quanto ao seu conteúdo. A lei escrita dá parâmetros e limita as possíveis dúvidas, mas nem assim estas ficam definitivamente afastadas. (...) É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio espírito; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador ou a ele equiparado, mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações (repúdio à teoria unitária do ordenamento jurídico), mesmo desconsiderando-se a influência que emana do “direito jurisprudencial” (...), ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer o sentido de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências da justiça. Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática), sobretudo, à luz dos valores aceitos (interpretação axiológica).” DINAMARCO, C. R. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 248.

É que os princípios não explicitam qual comportamento a ser adotado para que seja possível alcançar os fins que enunciam, tampouco as consequências que derivam da sua não observância. Além do mais, muitas vezes, não estão claros os efeitos passíveis de serem captados da principiologia normativa. Há, é verdade, algum consenso quanto ao conteúdo essencial a ser extraído de cada qual. No entanto, para além de tal núcleo mínimo de significação, vislumbra-se fecundo campo interpretativo, a ser devidamente explorado por cada magistrado. Em se tratando de princípios, portanto, o referencial deixa de ser o do certo e errado e passa a ser o do razoável. Não há uma única interpretação possível, mas diversas, mais ou menos razoáveis.

A positivação dos enunciados normativos em formato de princípios torna mais flexível a compreensão do ordenamento jurídico e, portanto, mais fácil de ser realizado o valor justiça. Porém, a indefinição semântica gera menos segurança e aumenta o risco de tratamento diferenciado, o que não deixa de ser injusto.

Tudo isso junto redundando em uma infinidade de interpretações.

A coletivização, não há dúvidas, propõe-se a ser poderoso instrumento de efetividade do valor equidade também *pelo* processo. Da igualdade de todos na aplicação da lei, isto é, em nível macro. Ou em perspectiva extraprocessual. Se todos são iguais perante a lei, a interpretação da lei há de ser a mesma para todos. De nada adianta uma lei só e várias interpretações dela quando consideradas as mesmas situações jurídicas. Fixada a tese jurídica geral aplicável à generalidade dos casos em que se discuta uma mesma questão de fato e/ou de direito, evita-se o risco de prolação de decisões conflitantes para jurisdicionados envolvidos em um mesmo cenário litigioso.

1.7 Efetividade da tutela jurisdicional coletiva: antecipação, assegução, inibição e execução específica

O processo é instrumento. O Direito Processual, ademais, é um ramo do direito que assegura a realização de todos os outros ramos jurídicos. Todo instrumento que se preze há de ser servil à consecução dos objetivos que justificam sua existência. Hodiernamente, a Constituição tutela o processo através de princípios dedicados à efetividade do instrumento. Reciprocamente, o processo se realiza ao tutelar a efetividade das normas constitucionais. Ao realizar direitos.

Como ponte condutora das pessoas à justa ordem jurídica, o processo deve proporcionar a quem se valha dos serviços jurisdicionais os mesmíssimos resultados que

seriam obtidos acaso jamais tivesse sido ele instaurado e a jurisdição acionada. Se o processo simplesmente não fosse necessário. Já virou senso-comum na literatura processual a afirmação de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha o direito de receber.

É preciso que a atividade jurisdicional propicie ao titular de uma justa pretensão o mesmo bem devido ou a mesma situação esperada da conduta ou abstenção do obrigado.

Quanto maior for a medida de coincidência entre a real vontade do direito substantivo e o desfecho processual, entre aquilo que preconiza o ordenamento jurídico-material e o resultado concretamente alcançado, mais efetivo será o processo⁷⁰.

Concretiza-se especificamente um direito quando o processo logra outorgar ao credor o mesmo resultado que obteria se o devedor houvesse cumprido sua obrigação de maneira espontânea. Para tal desiderato, desempenharam papel primordial as reformas promovidas na forma de se operar o cumprimento das sentenças condenatórias de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Buscou-se, com o auxílio de medidas coercitivas, máxime a multa periódica por tempo de atraso, compelir o devedor à realização da própria prestação devida, ao invés de pura e simplesmente ressarcir-se o credor do inadimplemento. Prestam-se a papel similar as tutelas inibitórias, que, em linhas gerais, por seu caráter primordialmente preventivo, visam a evitar a prática de ilícito, que, consumado, levaria ao perecimento do direito, tornando destituída de utilidade a tutela jurisdicional.

Em suma, os efeitos gerados pelo processo devem ser os mais próximos possíveis daqueles que se produziriam se tivesse sido satisfeita a pretensão sem a necessidade da instauração do processo e da intervenção jurisdicional tutelar.

E mais. Que o preceito inserido na sentença saia do papel e se concretize, alcançando a vida do jurisdicionado, proporcionando-lhes resultado proveitoso, útil na vida do jurisdicionado que tem em razão, em razão da obtenção da coisa ou da situação jurídica almejada. De nada adianta a mais justa e tecnicamente perfeita das decisões, se não lograr projetar sua eficácia sobre a vida das pessoas, eliminando as insatisfações que as motivam a demandar.

Reside aí a valia de todo sistema processual, em sua aptidão de atender aos anseios das pessoas, eliminando as crises surgidas dos contatos intersubjetivos. Para os consumidores do serviço jurisdicional interessam resultados práticos, concretos, palpáveis, e não um mero pedaço de papel. Do ponto de vista do consumidor da Justiça, o pior de tudo é a Justiça do

⁷⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 78-79.

tipo “ganha, mas não leva”. Proferir sentença não é o mesmo que ofertar tutela. A sentença simplesmente contém a tutela. Daí não se desincumbirem os juízes do dever de prestar justiça proferindo decisão qualquer. Ou simplesmente proferindo sentença. A sua efetivação, cumprimento, concretização *específica* é componente fundamental da promessa-síntese fundamental do sistema processual constitucional de efetivo Acesso à Justiça. Uma condenação não satisfeita voluntariamente pelo devedor e não levada à execução não oferece tutela plena ao credor.

Pouco útil é o processo que logra ofertar decisão intrinsecamente justa mas tardia, ou decisão que não consegue nunca tornar-se realidade, traduzir-se em resultados práticos, realizar-se. Tampouco se revela útil ao ideal pacificador, almejado pela jurisdição, decisão prolatada rapidamente, porém, cheia de imperfeições e vícios, injusta. A maior ou menor coincidência, tanto quanto possível, de resultados de que se vem falando depende intimamente do empenho do sistema processual em efetivar, em dar cumprimento às decisões judiciais especificamente e também em proferi-las a tempo ainda de se evitar que venha a ocorrer a lesão temida ou antes que se agrave a ofensa já perpetrada até um estágio fático de irreversibilidade.

Daí a importância da atividade jurisdicional urgente e da execução específica para o tema da efetividade processual.

Diversos fatores há que conspiram incansavelmente contra a efetividade do processo, o tempo principalmente⁷¹.

A escala de efetividade do processo é permanentemente pressionada para baixo em razão do tempo que intermedeia a instauração do processo e o pleno e exato atendimento da pretensão deduzida. Superadas barreiras externas ao Acesso à Justiça, do momento em que é trazida a juízo a pretensão até aquele em que será satisfeita, haverá obstáculos vários a serem derrotados. Enquanto permanece o estado de insatisfação, há sempre o risco de agravamento do quadro de lesão a direito ou de que se transmude em séria e irreparável lesão o que era só ameaça, a ponto de tornarem-se vazias de utilidade ou pouco eficazes as decisões judiciais.

O ponto de equilíbrio entre a necessidade de se fazer justiça, o que sempre demanda certo tempo, e a de se outorgar o quanto antes proteção judicial a quem dela necessite e se mostre merecedor, pode ser encontrado com o auxílio das tutelas urgentes sumárias:

⁷¹ Que o leitor não se engane. O tempo faz parte da fenomenologia processual. Todo processo intrinsecamente justo, estruturado na plataforma de princípios constitucionais processuais, demanda um mínimo de tempo a fim de se desenvolver. O respeito aos condicionantes e restrições ínsitos ao devido processo legal é natural e legítimo fator de atraso na outorga da tutela jurisdicional. Maléfica por si mesma é a demora excessiva, desnecessária. A duração do processo, proclama a Constituição Federal (CF, art. 5º, LXXVIII), deve ser razoável, vale dizer, o processo não deve pender por tempo maior do que o estritamente necessário à concessão de justa tutela, nem ser tão rápido a ponto de suprimir ao demandado garantias mínimas de defesa. Cooperam no encontro deste difícil ponto ótimo as tutelas sumárias urgentes.

disciplinam provisoriamente a situação litigiosa enquanto ainda busca se certificar o órgão judicial a respeito de quem deve ser tutelado, mas não se cristalizam como solução final para a lide. São, por essência, precárias, podendo ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, desde que, aprofundada a cognição, se altere a percepção do Judiciário sobre quem deva ser tutelado e daí a sua valia no momento instrumental que vive o processo.

Além das medidas catalisadoras da prestação da tutela jurisdicional (concentração de atos, vedações a intervenções de terceiros, sumarização cognitiva e procedimental, sincretismo de tutelas etc.), que aceleram o acesso ao direito de existência provável ou que simplesmente encurtam o caminho até a decisão final, sendo a de mais destaque a medida de antecipação da tutela (CPC, art. 273), também as medidas cautelares de essência instrumental põem-se a lutar contra o mal da inefetividade. Preservam as decisões judiciais do desgaste que o inevitável passar do tempo acarreta para a sua utilidade e para a do processo de um modo geral, conservando o estado de coisas ideal ao frutuoso exercício da função jurisdicional.

Outra medida inspirada na idéia-motor de efetividade é a da execução provisória. Verdadeiro atalho para a efetividade dos direitos. A possibilidade de levar-se a cabo o cumprimento de decisão judicial ainda sujeita à revisão, com satisfação plena do portador de título provisório, é medida de bastante força contra o mal que o passar do tempo é capaz de causar. Nem sempre é possível aguardar-se o trânsito em julgado da sentença para só então obter-se a tutela jurisdicional almejada. Para além da técnica antecipatória de efeitos antes referida, a execução provisória abrevia o tempo de espera até a satisfação da pretensão.

Ainda no embalo da força do pensamento de efetividade, sempre no intuito de se assegurar, através do processo, resultados idênticos aos propugnados pelo direito substancial aplicável, inverteu-se a lógica do sistema de cumprimento das decisões judiciais, que de *ressarcitória* passou a *específica*.

A preferência pela tutela específica dos direitos, em detrimento da conversão em perdas e danos, impulsionou a criação de medidas executivas indutoras do adimplemento, as chamadas medidas coercitivas indiretas, como a famosa multa periódica por tempo de atraso, as *astreintes*, como são mais conhecidas. A vetusta técnica executiva sub-rogatória, de apreensão de bens e posterior conversão em dinheiro, bastante eficaz em se tratando de execução de obrigação de pagar quantia, para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, mostrou-se de muito pouca serventia prática. O que queria o credor era a prestação tal como ajustada, não quantia em dinheiro, melancólico prêmio de consolação, jamais equiparável à fruição *in natura* do direito.

Destarte, ao invés de dócil conversão da prestação originária em pecúnia, como primeira e cômoda solução para o inadimplemento, adotou-se a estratégia de se tentar vencer a resistência ilegítima do devedor, pressionando-o a cumprir sua obrigação, tal qual pactuada. Em prol da oferta de tutela jurisdicional específica, municiou-se o juiz de pesado armamento na luta contra a teimosia do sujeito condenado ao cumprimento de prestação, o que, para as pretensões metaindividuais do trabalho que venham até o Judiciário, quase sempre substancialmente indisponíveis e sem imediato conteúdo econômico⁷², posto ligadas, em sua maioria, às exigências de valorização do trabalho humano e dignificação, possui elevadíssimo valor, dada a pouca serventia da conversão da prestação original em perdas e danos. Foram reservadas as perdas e danos apenas para as hipóteses em que falhassem as medidas de coerção direta, por indemoável o devedor de seu propósito recalcitrante, não havendo outro meio de se ofertar ao credor o resultado prático equivalente ao do adimplemento ou para os casos em que já não fosse possível ou do interesse do credor o cumprimento específico da obrigação⁷³.

Ainda sob o influxo cativante da proposta instrumentalista de efetividade, da manipulação conjugada das técnicas antecipatória e específica, resultou *novel* tutela, de índole preventiva, chamada inibitória.

Na consagrada síntese de Luiz Guilherme Marinoni⁷⁴, a tutela inibitória destina-se a conter a prática, repetição ou continuação de um ilícito. É tutela, pois, direcionada a ao futuro e não ao passado, como soem ser as tutelas de repressão. A decisão que conceder tutela de contenção do ilícito imporá, sob pena de multa, a prática de uma ação ou condenará a uma abstenção, conforme a natureza do ilícito temido, se omissivo ou comissivo, respectivamente. Ademais, dada a funcionalidade inerente a tal forma de prestação de justiça, tipicamente preventiva, na maioria dos casos, apenas a concessão antecipada da medida inibidora é que poderá atender às expectativas do jurisdicionado com a sua postulação.

Considerando-se a advertência popular de que mais vale prevenir do que remediar, não se deve aguardar a consumação da situação anti-jurídica, para só então restaurar-se o *status quo ante* ou, impossível o retorno ao estado anterior à violação, conceder indenização para o sujeito atingido pela situação não desejada pelo sistema de direito material, máxime nas hipóteses de direitos não patrimoniais. Avulta a inibitória coletiva, neste aspecto, como

⁷² Quanto vale a vida do trabalhador que falece devido à omissão do patrão em fornecer equipamento de proteção individual que poderia ter lhe salvado a vida? A saúde daquele que contrai doença em razão da exposição a agentes nocivos sem a devida proteção? A integridade psíquica do trabalhador submetido a condições desumanas de trabalho?

⁷³ Uma vez configurado o inadimplemento, mesmo sendo possível o cumprimento da prestação acordada, ao credor abre-se a possibilidade de optar pelo equivalente em pecúnia preferencialmente à própria tutela específica.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

valiosíssima ferramenta para a efetivação dos direitos sociais do trabalho, ao evitar, em benefício de uma massa de trabalhadores, que cheguem a se concretizar ofensas às suas esferas jurídicas. Diversos direitos não toleram se configure a situação anti-jurídica, pois não são passíveis de tutela repressivamente. A tutela de repressão, baseada na ideia de aplicação das sanções estabelecidas para a hipótese de não observância das normas de direito material, não logra restaurar o status quo ante ou apenas o faz de maneira insatisfatória e incompleta⁷⁵.

Nos casos, porém, em que não se consiga evitar a ocorrência da situação antijurídica, do evento lesivo, os efeitos da transgressão devem ser o mais rapidamente estancados, a fim de que não se agravem no plano dos fatos, privilegiando-se a reparação específica à conversão em perdas e danos⁷⁶.

1.8 Publicidade ampliada

A publicidade perpassa todo o atuar público, o exercício da função jurisdicional inclusive, na qualidade de princípio assegurador da exigência republicana de máxima transparência. Publicizar é tornar público, conhecido. O princípio da publicidade apresenta-se como a projeção constitucional sobre o processo do direito fundamental à informação. Assegura a devida ciência a respeito dos atos e acontecimentos do processo.

Na medida em que todo poder emana do povo, o exercício das funções próprias ao poder soberano deve ser exercido sob seu rigoroso e ostensivo controle.

A publicidade permite que o exercício do poder estatal pelos agentes públicos seja todo o tempo auditado. Segundo Leonardo Greco, o princípio possibilita aferir a conformidade do atuar judicante (i) aos princípios que regem a atuação pública de um modo geral, estampados no art. 37 da Constituição Federal, (ii) aos direitos fundamentais das partes e, pois, às exigências dignificadoras, (iii) aos deveres da magistratura e (iv) às próprias garantias do processo justo, à constelação principiológica processual constitucional. A vigília permante sobre o que fazem ou deixam de fazer os juízes dá ensejo à intervenção corretiva por parte dos competentes órgãos fiscalizadores e disciplinadores.⁷⁷

Apesar de não estar consagrado como garantia processual expressa no texto constitucional, por ser instrumental à efetivação de uma série de outras garantias, em especial

⁷⁵ PUOLI, José Carlos Baptista Puoli. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 79.

⁷⁶ Ao longo da presente Dissertação, nos dedicamos ao do tema das medidas de incremento da efetividade do sistema processual coletivo do trabalho, como (i) a antecipação de tutela; (ii) a execução provisória, a (iii) tutela inibitória.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 240.

o contraditório, e corolário direto do princípio fundamental republicano, considera-se que o princípio da publicidade encontra-se embutido implicitamente no sistema constitucional.

A publicidade é instrumental à própria realização da garantia de contraditório, na medida em que a reação das partes aos atos estatais pressupõe o seu prévio conhecimento.⁷⁸

O conhecimento das razões de decidir torna possível que as partes certifiquem-se a respeito do grau de influência de sua atuação no convencimento judicial, se a decisão é justa, apresenta razoabilidade jurídica, consistência, defeito etc.

A publicização das decisões deixa evidenciar o respeito ou desrespeito do juiz pelo contraditório participativo, isto é, se o juiz levou em consideração a atividade desenvolvida pelas partes na tentativa de influir no teor da sentença, se ele efetivamente apreciou as alegações de fato e de direito relevantes e suficientes para a justa composição da lide, se considerou e valorou corretamente a prova produzida etc.

Permite, ademais, constatar erros de procedimento e de julgamento. Isto é, se o juiz foi justo ao julgar e se procedeu corretamente ao longo do processo.

A presença do público nas audiências e sessões de julgamento e o acesso de qualquer pessoa aos autos, o conjunto de documentos que materializa o processo, exceto se estiver tramitando o processo em segredo, constituem importantes instrumentos de fiscalização popular sobre a atuação de todos os agentes estatais que oficiam no processo e não apenas dos juízes, como o Defensor, Promotor etc.

São excepcionalíssimas as hipóteses de supressão à publicidade, apenas admitindo-se que os feitos tramitem em segredo de justiça em preservação a outros valores que, em cada caso concreto, sobrelevem em importância, como a proteção à intimidade das partes ou ao interesse público, entendido este como o interesse da coletividade. A vedação ou restrição ao conhecimento dos atos processuais dirige-se a terceiros ao feito, em nenhuma hipótese às partes e a seus advogados, os quais têm assegurado o acesso ilimitado aos atos do processo, aos autos e às audiências e sessões de julgamento e, por conseguinte, estão protegidas “contra os males dos julgamentos secretos”.⁷⁹

No processo coletivo, o princípio ganha destaque, pois o processo não interessa apenas às partes formais, mas a uma gama de sujeitos alijados da relação processual, a quem são endereçados os efeitos da decisão judicial. Trata-se de garantia que presta enorme apoio operacional à efetividade da tutela coletiva. Por conseguinte, mais do que mera informação

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 240.

⁷⁹ DINAMARCO, C. R. Op. Cit., p. 242.

“endoprocessual”, atientes aos fatos relevantes da causa, é preciso que a informação aqui seja ventilada de dentro para fora do processo, em direção ao público externo.

A eficácia naturalmente dilatada das decisões coletivas de procedência proferidas em favor da constelação de substituídos processuais, o regime de substituição processual, a natureza concorrente e disjuntiva da legitimação para agir realçam a importância da garantia da publicidade em terreno coletivo. Reclamam o reforço na divulgação da demanda.

É fundamental a permitir o controle, por parte dos substituídos, da atuação do legitimado ativo à frente das ações coletivas, isto é, a fiscalização da gestão do processo; para se evitar a repetição de ações; para que o interessado possa requerer a suspensão do seu feito individual, e, assim, se aproveitar da eficácia da sentença de condenação (CDC, art. 104); para que o indivíduo intervenha no processo se quiser e couber a intervenção; para que faça uso do título gerado, o transporte *in utilibus* da coisa julgada material do plano coletivo ao individual *etc.* Enfim, para que possam exercer o seu direito de vinculação ao processo coletivo ou de retirada, de exclusão. Para que possam optar por permanecer na zona de irradiação oficial das decisões coletivas ou dela sair, dando continuidade a seus processos individuais (*right do opt in e right to opt out*).

Não apenas o ajuizamento da ação, mas o seu resultado final, a sentença portadora de resolução jurisdicional para a lide coletiva, precisa ser amplamente divulgado.

Esta divulgação mais ampla e diferenciada, por evidente, não deve limitar-se à imprensa oficial. Outros modos de comunicar também devem ser utilizados, a fim de que o escopo de se inteirar, em caráter real, e não meramente fictício, todo o bolo de interessados se concretize. Ações de massa demandam divulgação também em massa, através da imprensa escrita, falada e televisionada (jornais, televisão, rádio *etc.*).

Também a rede mundial de computadores deve ser utilizada como meio de se espalhar, de se disseminar entre o público, informações a respeito das ações coletivas. Devem ser criadas páginas virtuais seguras, acessíveis ao público em geral, atualizadas permanentemente com informações confiáveis acerca das ações coletivas ajuizadas em todo o país. Para consulta também dos próprios juízes e dos legitimados legais, a fim de se evitar a repetição desnecessária de uma demanda já ajuizada e para que magistrados possam detectar eventuais casos de litispendência e coisa julgada. Uma espécie de cadastro eletrônico nacional de processos coletivos.

O tornar pública a existência de uma ação coletiva é, sem dúvida alguma, um dos mais preciosos princípios da tutela coletiva, e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, um dos mais mal tratados.

São recorrentes na doutrina especializada em processos coletivos as denúncias à forma precária como vêm sendo divulgadas as ações⁸⁰.

A desinformação é seríssimo obstáculo à efetividade da tutela jurisdicional coletiva e ao próprio acesso à justiça, especialmente em se tratando de direitos individuais homogêneos, para os quais, em grande parte das vezes, a jurisdição coletiva é senão a única a mais eficiente via de tutela. A informação difundida de dentro para fora do processo, isto é, aquela que parte do processo e se dirige ao público exterior, destinada a quem não é parte processual, ao menos sob o ângulo formal, é instrumental ao perfeito funcionamento do mecanismo coletivo de tutela.

Trabalhador sem informação é trabalhador indefeso, vulnerável. Sem informações adequadas a respeito dos seus direitos e das ações coletivas que são propostas em sua defesa, o hipossuficiente torna-se “presa” fácil dos abusos perpetrados por tomadores *lato sensu*, sujeitando-se a sofrer repetidas lesões. Daí a preocupação incessante que deve haver com a informação pré-processual (conhecimento dos direitos), com a informação endoprocessual (relativa à vida do processo e direcionada às partes formais) e extraprocessual (relacionada com os terceiros ao processo).

De acordo com pesquisa de campo coordenada pelo Professor da UERJ, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁸¹, a respeito das ações coletivas, no período objeto de estudo, nenhuma execução individual havia sido iniciada a partir de sentença condenatória fabricada em processo coletivo. Uma das conclusões a que chegou o pesquisador é a de que as execuções individuais não haviam sido promovidas, não porque ninguém tivesse sofrido dano em sua esfera jurídica, mas basicamente por falta de informação.

⁸⁰ Em defesa apaixonada da necessidade de se reforçar a divulgação da trajetória das ações coletivas, Elton Venturi defende o dever-poder de o juiz obrigar, consoante o público alvo que deva ser alertado, as mídias em geral (jornais, rádio, televisão) a divulgarem, à custa do demandado, de tempos em tempos, notícias relativas ao evoluir dos processos metaindividuais instaurados. Sugere o autor, ademais, que o Ministério Público, no papel de guardião da ordem jurídica, regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis que a Constituição lhe reserva, ainda antes do ajuizamento da ação coletiva, encaminhe correspondência pessoal informal a massa de indivíduos que tenha algum possível interesse na causa coletiva, a fim de que já se inteirem de sua futura propositura ou, ainda, que promova tal comunicação através de assembléias, reuniões públicas *etc*, sem falar na necessidade de permanente diálogo e interação entre Ministérios Públicos da União e Estaduais, a fim de se evitar multiplicação de ações idênticas pelo país. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 395 e ss.

⁸¹ “Esse dado, o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores de seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘não-partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 58.

Prevista no artigo 94 do CDC⁸², a verdade é que a só divulgação editalícia deixa muito a desejar (afinal, quantas pessoas efetivamente lêem o Diário Oficial?!) e os meios de comunicação em geral, estes sim com amplo poder de penetração, simplesmente não noticiam quaisquer informações relacionadas a tais ações (ajuizamento, resultado), demonstrando o completo desinteresse e mesmo descaso para com o despertar, a conscientização da população em geral a respeito dos direitos que titulariza.

O descompromisso da mídia com a educação jurídica da população vai de encontro às aspirações coletivas.

1.9 Síntese principiológica: a maleabilidade da plataforma garantística do devido processo constitucional

O conjunto de garantias do processo pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana.

Como facilmente se constata da análise em abstrato da constelação principiológica do devido processo, ali repousam garantias por vezes disjuntivas, que demandam do juiz confecção de difíceis juízes ponderativos, sempre iluminado por um critério de proporcionalidade (v.g. contraditório e ampla defesa X urgência no conceder a tutela). Não são garantias necessariamente excludentes, mas sim garantias cuja coexistência pode depender de algumas concessões recíprocas da parte de cada uma delas. Por exemplo, tutela-se imediatamente o direto, postergando-se o contraditório que, geralmente, é prévio. Em contrapartida, não se confere à decisão sumária, instável e precária que é, o predicado de imutabilidade.

No confronto inevitável e constante entre garantias díspares, refletoras de valores opostos (por exemplo, justiça X celeridade), revela-se toda a maleabilidade do núcleo garantístico do devido processo legal considerado abstratamente, a qual permite falar em um devido processo para cada caso concreto, “costurado sob medida”, e, por conseguinte, na

⁸² O artigo referido apenas exige que se proceda à divulgação do ajuizamento da ação coletiva, mas nada fala a respeito da necessidade de se publicizar a sentença proferida. É óbvia, no entanto, a necessidade de divulgação das decisões coletivas de conteúdo condenatório, interinais ou definitivas, até para que possam ser promovidas as execuções individuais, com base no título forjado no processo coletivo. Era o art. 96 do CDC, vetado inexplicavelmente pelo Presidente da República, que trazia tal determinação, ao dispor que “transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93”. É claro que a remissão deveria ter sido feita ao artigo 94 e não ao art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, mas a imperfeição não era motivo suficiente para a aposição do veto. Apesar do veto, contudo, a exigência permanece, posto ser decorrência impositiva do princípio publicístico, tal como incidente no especialíssimo ramo coletivo da processualística.

existência de não apenas um, mas de diversos procedimentos, especialmente arquitetados para o atendimento das necessidades de tutela do direito material. Diversos modos de o processo se realizar.

A atração do Processo para a zona de influência constitucional, a festejada constitucionalização do Processo, pela estrutura normativa própria às garantias tutelares da processualística, essencialmente principiológica, impõe naturalmente a realização de escolhas razoáveis relativamente a qual conjunto valorativo deve ceder e, por conseqüência, qual irá triunfar, mesmo que momentaneamente, no desenrolar processual. E daí falar-se no processo como relação pautada em juízos de certeza, probabilidade e riscos⁸³. Todo o tempo o juiz é instado a decidir embates principiológicos, a solver choques entre princípios. A sopesar valores.

Não são raras as vezes em que a técnica processual defronta-se com exigências opostas que o juiz precisa conciliar. O atendimento de certos princípios importa às vezes transigências com os demais.

Delineia-se *um* devido processo para cada caso concreto, a partir da compreensão clara dos riscos e vantagens existentes por detrás de cada escolha feita. Garantístico é o processo que logra amoldar-se às especificidades do direito material que por seu intermédio há de se

⁸³A percepção é do professor Cândido Rangel Dinamarco, que assim se manifesta: “A certeza é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui manifestação subjetiva. (...) é inegável o valor da certeza no direito. E, bem pensado, desenvolve-se em duplo sentido a relação entre o direito e ela, porque todo sistema jurídico se desenvolve, de modo mais ou menos minucioso e eficiente, no sentido de produzir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações; e, por outro lado, a ordem jurídica quer que, tanto quanto possível, as decisões estatais sejam tomadas mediante critérios de certeza, minimizando-se com isso os riscos de injustiça e erro. (...) No processo de conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir consiste na crença de que verdadeiramente os julgados se apoiem sempre na certeza. (...) Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão (...). Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis de risco. (...) Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados. (...) A falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento, a convicção que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua própria medida psicológica da certeza (...). Assim, o grau máximo a que chegam as exigências de “certeza” em direito processual é, para o processo de conhecimento, a convicção do juiz em face do direito e da prova dos autos; e, para a execução civil, a existência do título executivo. Lá, procura-se, mediante a cognição adequada, a preparação do espírito do juiz para o julgamento segundo a verdade, ou seja, a sua instrução; cá, a presença do título é suficiente sob esse aspecto e o juiz nada julga quanto à existência do crédito. Riscos existem, naturalmente. No processo de conhecimento, possíveis *errores in iudicando* podem ser neutralizados mediante o emprego dos recursos, ação rescisória e, eventualmente, mandado de segurança; no executivo, há os embargos de mérito, cujo julgamento por sua vez comporta também esse mesmo processo de depuração. Depois, erros que permaneçam constituem as falhas humanas do sistema, que é humano e não poderia mesmo ser perfeito. O que importa é a minimização dos riscos, mediante apuro das técnicas processuais para a participação efetiva das partes (contraditório) e do juiz (temperamentos inquisitivos ao sistema dispositivo) e, de um modo geral, mediante a imposição efetiva do respeito às garantias constitucionais do processo. (...) Além das naturais limitações do sistema, que são inevitáveis, sente-se também que em inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta ainda mais do requisito da certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vistas à antecipação dos resultados da jurisdição. Através delas, simplifica-se a instrução e afrouxam-se as exigências de cognição, ainda que sob o risco de erro (...).” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288 e ss.

realizar.⁸⁴ O ideal é que as garantias sejam na maior medida do possível aproveitadas em cada reflexão ponderativa que se realiza, de preferência sem que se aniquilem umas em prol de outras. A compressão deve-se fazer na medida do estritamente necessário a alcançar-se certo efeito pretendido. O próprio sistema, muitas vezes, facilita a ponderação, ao cercar o juiz de mecanismos hábeis à recomposição do equilíbrio de forças dentro do processo.

Fala-se em equilíbrio de forças porque, naturalmente, a preterição de uma garantia em proveito de outra altera a situação das partes no processo, com vantagens para uma e desvantagens para a outra. Evidentemente, a parte que deve suportar as maiores desvantagens no processo (como o ônus da delonga processual, por exemplo) é a parte que aparenta não ter razão.

Assim, por exemplo, o juiz pode condicionar a concessão de provimento cautelar à prestação de caução (contracautela); ao mesmo tempo em que admite se execute provisoriamente uma decisão ainda suscetível de ser alterada por força de recurso pendente de julgamento, imputa o sistema a responsabilidade por eventuais prejuízos causados com a atividade executiva ao exequente provisório; limita-se a execução provisória até certo instante procedimental, geralmente a penhora, sem que se possa ir além disso, a fim de se evitar, com a limitação, danos maiores ao executado⁸⁵; admite-se seja prestada a tutela jurisdicional antes de prolatada sentença, isto é, antes de encerrado, concluído, o contraditório, mas não se confere à decisão antecipatória estabilidade suficiente a reger definitivamente o conflito deduzido de interesses.

Em síntese, garantia dos direitos é o acesso à justiça, através do devido processo legal. Negada a fruição de um direito, configurado o inadimplemento, ou apenas passível de ser atendida certa pretensão através da intermediação jurisdicional, como não se admite a satisfação pessoal das próprias pretensões, faz-se mister o processo. Assumindo para si a

⁸⁴A adequação da prestação jurisdicional é compreendida por toda a doutrina como um dos componentes fundamentais da garantia de efetividade. Importante perceber que não há um conceito universal de efetividade que se aplique a todo e qualquer processo indistintamente. A efetividade da tutela perpassa, necessariamente, pela confecção tempo o todo de juízos de ponderação realizados pelo juiz, a respeito de quais garantias devem preponderar em detrimento de outras contrapostas, já que muitas vezes tais garantias encerram valores opostos. Apontam para direções axiológicas contrárias. Em assim sendo, pode-se falar em um devido processo legal sob encomenda, isto é, estruturado caso a caso. Por exemplo. A tempestividade no conceder a tutela é um componente da garantia da efetividade e, portanto, do próprio processo. Pode ser, no entanto, que, em determinados casos, a produção de efeitos pelo processo deva se fazer sentir imediatamente, com postergação do contraditório, sob pena de perecimento do próprio direito material e total inefetividade para o processo. Em outras hipóteses, é possível aguardar todo o transcurso do processo e a plena satisfação do contraditório, para, só então, proferir-se sentença com aptidão para produzir efeitos. Não há necessidade de se antecipar, no tempo, o momento próprio à irradiação de efeitos pelo processo. E nem por isso se dirá ser a tutela intempestiva. Veja-se, então, que a atividade de ponderação é indissociável da própria atuação judicante. Há que se destacar que o sacrifício infligido à garantia preterida deve ser o menor possível. Assim é que, ao conceder-se tutela urgente, não se elimina o contraditório, evidentemente; o processo há de prosseguir até que o juiz, dando continuidade à sua atividade cognitiva, possa formar juízo mais seguro a respeito de a quem deve ser atribuída a tutela jurisdicional. Daí o caráter essencialmente precário das medidas de urgência.

⁸⁵Se bem que o Código de Processo Civil permite a chamada execução provisória completa, com plena satisfação do direito do credor, nos casos, por exemplo, em que o crédito exequendo se revista de natureza alimentar, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, ou nas hipóteses em que penda de julgamento recurso excepcional.

sensível função de realizar direitos, o processo revela-se instrumento democrático. O fim da democracia, de realização de direitos, é o fim do próprio processo. Há, pois, formação de verdadeira ciranda virtuosa entre o processo, o acesso à justiça, a tutela jurisdicional e os direitos, nesta precisa ordem. O processo, instrumento de concretização do acesso à justiça, oferta proteção a direitos, os quais, uma vez eficientemente tutelados, alavancam a efetividade do próprio sistema processual.

2 DIREITOS TRABALHISTAS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Porque eu sou do tamanho do que vejo/E não do tamanho da minha altura...

Fernando Pessoa

2.1 Breves esclarecimentos terminológicos

O presente Capítulo dedica-se a analisar o objeto de proteção das ações coletivas, que são os interesses de massa, conhecidos indistintamente pelas expressões interesses transindividuais, metaindividuais, supraindividuais, superindividuais e, ainda, interesses coletivos *lato sensu*. Os interesses coletivos *lato sensu* constituem o gênero do qual são espécies, além dos interesses difusos e coletivos propriamente ditos, chamados por Barbosa Moreira interesses *essencialmente* coletivos, os denominados interesses individuais homogêneos, compreendidos como interesses apenas *acidentalmente* coletivos⁸⁶.

No direito brasileiro vigente, não se vislumbra qualquer diferença entre interesse e direito⁸⁷. Qualquer interesse somente tem relevância jurídica se for um direito subjetivo. O legislador, no CDC, referiu-se a *direitos e interesses*, acredita-se, para evitar qualquer interpretação que pudesse amesquinhar a proteção coletiva. Uma vez alçados ao patamar constitucional, não pode haver dúvidas a respeito da condição de direitos dos interesses metaindividuais⁸⁸.

Logo, pode-se dizer que as expressões direitos e interesses que aparecem, por exemplo, no art. 81 do CDC, são equivalentes. Todo interesse juridicamente reconhecido que seja concomitantemente transindividual (pertencente a uma pluralidade de homens) e indivisível (a fruição por um não impede o gozo do mesmo interesse no mesmo momento por outros) é um direito subjetivo coletivo *lato sensu*.

2.2 A tipologia estabelecida no âmbito do artigo 81 do CDC e as críticas que suscita

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-197.

⁸⁷ “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.” WATANABE, Kazuo. In GRINOVER, Ada *et alli* (Coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 819.

⁸⁸ Sobre o tema ver: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Embora a Constituição Federal faça referência em seu artigo 129 inciso II aos direitos difusos e coletivos, não foram estabelecidos em seu texto quaisquer parâmetros definidores de tais direitos. Tal trabalho coube ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.070/90), o qual, por se tratar de regra concretizadora de normas constitucionais, não se restringe ao âmbito do Direito Consumerista, aplicando-se a todas as espécies de demandas coletivas, independentemente da matéria versada, incluindo as atinentes ao Direito Laboral. Visando a delimitar o objeto próprio às ações de índole metaindividual, o legislador apresenta no CDC definição de cada um dos chamados direitos coletivos.

Estatui o CDC:

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.

A categorização estabelecida, a despeito de bem-intencionada⁸⁹, não é isenta de críticas. De fato, é de certo modo redutora a classificação dos direitos coletivos em três modalidades, como faz o Código de Defesa do Consumidor, algo que, como já foi apontado em nossa doutrina (Elton Venturi⁹⁰, Maфра Leal⁹¹), tem servido mais à denegação do acesso à jurisdição coletiva que outra coisa. A violação a direito difuso, por exemplo, acaba muitas vezes resvalando na esfera jurídica individual de sujeitos determinados, ocasionando-lhes violações individuais homogêneas. Como cediço, de uma mesma situação fática de lesão a direitos de solidariedade podem originar-se pretensões difusas, coletivas stricto sensu e individuais, puras e até homogêneas. Assim, muito comumente, a tutela a um direito acaba, ainda que reflexamente, por implicar a dos demais, todos finamente imbricados⁹².

⁸⁹ Sob a justificativa de se facilitar a tutela coletiva de direitos é que se optou por proceder à definição. Ironicamente, o resultado logrado foi justamente o contrário: “O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categoriais jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores.” WATANABE, Kazuo *et al.* *Op. cit.* p. 819.

⁹⁰ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 84 e ss.

⁹¹ LEAL, Márcio Flávio Maфра. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 188 e ss.

⁹² O exemplo de Gregório Assagra de Almeida é bastante esclarecedor: “Ressalta-se que em determinadas hipóteses o direito coletivo também pode apresentar dimensão individual. Assim, considerando que nos direitos difusos o objeto é indivisível, pode ocorrer que a violação desse direito venha a atingir, particularmente, também o indivíduo. A Constituição Federal garante que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV). Assim, o

Em que pese ter a classificação do CDC relevância no tocante a um ou outro detalhe procedimental (por exemplo, a necessidade de editais quando se trata de direitos individuais homogêneos), dela tem-se valido alguns juízes para restringir a submissão de lides coletivas à Justiça. Na própria Justiça Laboral tem sido assim, infelizmente. Por exemplo, se se trata de direitos individuais homogêneos, “periga” a legitimidade do MPT, se o que está em jogo são interesses difusos, “periga” a legitimidade dos sindicatos⁹³.

Alguns doutrinadores defendem a sua abolição ou, ao menos, sua substituição, como, por exemplo, André Roque⁹⁴, que propõe se diferencie as pretensões materialmente divisíveis das indivisíveis. Realmente, até se pode dizer que a divisão entre divisibilidade e indivisibilidade, muito bem explorada por Mafra Leal em sua obra sobre ações coletivas⁹⁵, faça mais sentido do que a classificação legal em apreço. Mas nem esta distinção parece tão relevante.

Mafra Leal afirma não ser necessário “que a lei defina interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. Basta que a lei discipline e permita a algumas pessoas, em determinadas circunstâncias, legitimarem-se para a ação e que esta ação produza uma coisa julgada ampla. O critério para se caracterizar uma ação como coletiva, portanto, deve partir da disciplina da coisa julgada e da eleição (legal ou judicial) de um adequado representante, e não, como faz a lei brasileira, na rotulação dos interesses em jogo como difusos, coletivos ou individuais homogêneos.”⁹⁶

Aliás, como se verá ao longo de toda a Dissertação, ao contrário do que a rígida tipificação legal parece sugerir, inexistem distinções essenciais quanto ao procedimento e à formação de coisa julgada material que sejam decorrência da dedução de pretensão concernente a um tipo específico de direito coletivo. É possível até mesmo que sejam

indivíduo atingido em sua esfera particular poderá vir a juízo, v.g., para pedir que determinada fábrica tome as medidas necessárias para não mais jogar resíduos contamináveis em um terreno situado ao lado de sua residência, o que lhe estava causando doença respiratória e tranqüilidade pelo mau cheiro. A procedência do seu pedido acaba por tutelar, no mundo dos fatos, por via reflexa, um interesse ou direito difuso, pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas, que tem ‘direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’ (art. 225 da CF). Nessas hipóteses, a tutela individual é potencializada, pois tem o condão de produzir efeitos reflexos no mundo dos fatos, de sorte a beneficiar uma comunidade de pessoas titulares desses direitos difusos fática e juridicamente indivisíveis. Contudo, nem por isso estar-se-ia diante de uma espécie de tutela jurisdicional coletiva.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 481.

⁹³ Sobre a discussão envolvendo o alcance da legitimação do MPT e dos sindicatos no que diz respeito a cada uma das categorias de direitos coletivos em sentido lato, confira-se: CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Ação civil Pública Trabalhista – considerações sobre a legitimidade do Ministério Público do Trabalho e a impugnação às decisões judiciais. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 528-537 e SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 258-266.

⁹⁴ ROQUE, Andre Vasconcelos. A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. Dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ.

⁹⁵ LEAL, M. F. M. *Op. cit.* p. 188 e ss.

⁹⁶ LEAL, M. F. M. *Op. cit.* p. 196.

deduzidas em uma só ação, patrocinada *por um mesmo legitimado legal*, em verdadeiro cúmulo objetivo de demandas, as mais variadas pretensões de tutela dos referidos direitos, independentemente de qual seja a classificação que lhes reserva a regra do art. 81, parágrafo único, do CDC.

O ambiente judicial simpático à denegação de acesso à justiça a pretensões coletivas *lato sensu*, em razão da assimilação do direito material candidato à tutela em uma ou outra categoria jurídica, implica, além do mais, retrocesso instrumental. Reaproximados, em bases mais maduras, o direito material do direito processual⁹⁷, o que se observa atualmente é a tendência de o sistema jurídico ser encarado como um sistema de direitos e não de ações típicas. No sistema jurídico contemporâneo a garantia constitucional da ação é vista como uma cobertura integral do mundo jurídico substancial. O direito moderno não é mais um sistema de ações preestabelecidas, mas um sistema integrado por direitos que ficam cobertos integralmente pela garantia da ação. Deste modo, assegurada a ampla proteção jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, individuais ou metaindividuais, a admissibilidade da tutela coletiva não pode se condicionar à tipicidade legal previamente contida no CDC. É dizer, os direitos transindividuais “não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (...), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados”⁹⁸, cuja alegação de lesão ou ameaça de violação não pode passar ilesa à apreciação judicial (CF, art. 5º, inc. XXXV)⁹⁹.

Ainda que os juízes entendam faltar legitimação a um ou outro ente em razão de estar sendo tutelado um ou outro “tipo” de direito, que, pelo menos, antes de pura e simplesmente extinguirem o feito, deixando carentes de tutela as situações de ameaça ou lesão, notifiquem os demais legitimados coletivos da propositura da ação. O que não “dá”, a esta altura da vida do processo, é que o direito que se dirigiu ao Judiciário em busca de proteção saia de lá sem tutela alguma.

Para além disto, ainda em demonstração da pouca importância, do ponto de vista da efetividade da tutela jurisdicional coletiva, da subdivisão dos direitos coletivos em três classes, fundamental ressaltar que a ação que tutela um “tipo” de direito acaba por tutelar

⁹⁷ Após período de busca do Processo por sua libertação em face ao Direito Material, conquistada a maioria científica que desejava, voltaram a se reencontrar, agora amadurecido o Processo para compreender a si mesmo, sem qualquer sentimento de inferioridade que o complexasse, como instrumento à serviço do direito material, ou melhor, de sua concretização. Percebeu o processo que sua grandeza está em concretizar direitos. Que ele se realiza plenamente quando realiza direitos. Eis, em apertadíssima síntese, o lema da denominada fase instrumentalista. A reaproximação entre direito e processo em nada compromete a autonomia do último. Sobre o tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹⁸ VENTURI, E. *Op. cit.* p. 89.

⁹⁹ Vide Capítulo 1 da Dissertação, em que se trata da principiologia inerente Direito Processual Coletivo do Trabalho.

também os demais. Assim, nas ações voltadas originariamente à tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito encontra-se embutida, *ex vi legis*, pretensão de reparação dos danos causados a direitos individuais homogêneos em decorrência do mesmo fato lesivo indicado como causa de pedir da demanda coletiva. O cúmulo de pretensões é imposto pelo art. 103, § 3º, do CDC. A sentença condenatória serve aos indivíduos como título às suas execuções pessoais. Por sua vez, naquelas dedicadas à tutela de direitos individuais homogêneos pode-se obter tutela para direitos difusos, nos casos de reversão a fundos de recomposição das lesões a bens indivisíveis dos restos de indenização que não tenham sido reclamadas individualmente (CDC, art. 100).

Assim, por exemplo, se o sindicato ajuíza ação em benefício de seus associados, visando a interditar a chaminé de determinada fábrica, que expele fumaça prejudicial à saúde dos trabalhadores, não há dúvidas de que esta ação, uma vez procedente, acabará por tutelar o direito (difuso) ao meio ambiente sadio de todos os moradores e possíveis frequentadores do bairro¹⁰⁰. Vê-se, pois, quão diminuta, do ponto de vista processual, é a importância da distinção.

Os conceitos, que certamente não tinham por propósito deprimir o sistema de tutela coletiva, mas ao revés alavancá-lo, conferindo-lhe rigor científico, vem produzindo justamente o resultado oposto, mais contribuindo para a inefetividade do sistema de tutela jurisdicional coletiva do que outra coisa, não sendo raras as orientações judiciais que chegam ao disparate de negar admissibilidade a uma ação coletiva e deixar ao desabrigo de qualquer proteção judicial o direito necessitado de tutela, em razão do enquadramento do direito em uma ou outra categoria.

Feito o desabafo, podemos seguir adiante.

Afirmar ser, do ponto de vista processual, prescindível a divisão dos direitos coletivos em difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos, não significa negar a existência de distinções entre eles. Elas existem e estão previstas no art. 81, parágrafo único, do CDC, que se passa a analisar.

2.3 Direitos Difusos

O inciso I do parágrafo único do artigo 81 do CDC enuncia as principais características dos direitos difusos, apresentando-os como direitos transindividuais, de

¹⁰⁰ Exemplo de GRECO, Leonardo. “Execução nas ações civis públicas”. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, 2003, p. 55-76.

natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstâncias de fato.

O direito difuso é, em primeiro lugar, transindividual, porque há uma multiplicidade de pessoas que o compartilham. Trata-se de interesse que não corresponde a um único titular, mas a titulares vários. Que transcende a esfera jurídica de uma só pessoa.

Não há, no entanto, referibilidade nítida entre o direito e quem sejam seus titulares, isto é, possibilidade de individualização de quem sejam eles. Os titulares de direitos difusos são pessoas indeterminadas e indetermináveis. Insuscetíveis de identificação.

A só pluralidade de titulares indefiníveis não é suficiente, no entanto, a se caracterizar um direito como difuso. É preciso que, simultaneamente à transindividualidade, o direito seja indivisível.

Destarte, é difuso o direito do domínio simultâneo de uma massa de homens indetermináveis, o direito que transita concomitantemente por incontáveis esferas jurídicas.

Os direitos difusos são aqueles titularizados por cada um e por todos ao mesmo tempo. Cada um dos membros da comunidade, ao mesmo tempo, o têm por inteiro em seu patrimônio.

Trata-se de direito materialmente indivisível, de alma transindividual, justamente por não ser possível desmembrá-lo, fracioná-lo, parti-lo por entre tantos quantos sejam os seus titulares. Não há um pedaço do direito que possa ser destacado do todo e atribuído, sequer idealmente, a um só sujeito com exclusividade. O direito difuso não admite divisão. Ao revés, integra-se às esferas jurídicas de todos em sua inteireza. Sob a ótica subjetiva, é o direito que transcende a esfera jurídica de um único sujeito para se projetar sobre o patrimônio jurídico de incontáveis pessoas¹⁰¹.

A indeterminabilidade dos titulares de direitos difusos é decorrência do tipo de elo que entre si mantêm, meramente fático. As pessoas componentes da comunidade não se encontram presas umas às outras ou à parte contrária por um vínculo jurídico unificador formal e duradouro, por uma relação jurídica-base. Ao contrário, se vêem vinculadas por acaso, em razão de uma situação de lesão ou ameaça a direito, de um acontecimento da vida que afeta a todos. À comunidade lesada falece personalidade jurídica ou qualquer tipo organização jurídica. Seus membros estão amalgamados apenas faticamente. A vinculação que entre eles se estabelece é simplesmente contingente e, por isso, não sobrevive à resolução

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. p. 41-42.

da crise jurídica. Desmancha-se tão logo seja remediada ou inibida a lesão ou ameaça ao interesse difuso.

Além de desapagados juridicamente, uns com relação aos outros, tampouco possuem qualquer ligação formal e prévia com o sujeito que lhes afeta negativamente a esfera de direitos. São, pois, direitos de titularidade fluida, pertencentes a um agrupamento humano cujos integrantes são pessoas esparramadas pelo território nacional e que se encontram juridicamente desorganizadas.

Apesar de anônimas umas com relação às outras, as pessoas titulares do direito difuso reagem a um mesmo estímulo. A lesão que afeta uma afeta as demais. A indivisibilidade ontológica do direito torna impossível logicamente cindir a tutela que a ele venha a ser endereçada. Como já dito, do ponto de vista objetivo, os direitos difusos são indivisíveis. Cada um dos cotitulares o têm incorporado às suas esferas jurídicas por inteiro, não sendo possível dividir onde principia e onde termina o domínio de cada um. Como na sociedade conjugal, na alegria e na tristeza, seus titulares estão indissolúvelmente atados. A tutela que a um é prestada beneficia automaticamente os demais, do mesmo modo que a lesão que é por um sentida prejudica a todos os demais membros da comunidade.

Independentemente da existência de qualquer vinculação jurídica entre os titulares do direito e o legitimado ativo para agir coletivamente em sua defesa, a sentença obtida em favor do direito difuso valerá para toda a comunidade. O legitimado extraordinário simplesmente supre o déficit organizacional dos sujeitos titulares de interesses difusos.

Destarte, será difusa a pretensão deduzida em juízo se o pedido formulado concernir a uma comunidade composta por pessoas indetermináveis e for indivisível o modo como deverá atuar a tutela jurisdicional postulada, isto é, se houver de incidir sobre tal comunidade de pessoas uniformemente, sem possibilidade de que seja endereçado a cada uma delas julgamento de mérito dissonante¹⁰².

Sinteticamente, à luz de todo o exposto, pode-se concluir com Elton Venturi que são características básicas dos direitos difusos sua “*origem circunstancial, titularidade plúrima e indeterminável e indivisibilidade*”.¹⁰³

2.4 Direitos coletivos *stricto sensu*

¹⁰² Tal qual se passa no litisconsórcio unitário, em que o destino dos litigantes está de tal sorte atado que não se pode conferir a eles tratamento jurisdicional dissonante.

¹⁰³ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

Nos termos do inciso II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos coletivos propriamente ditos, tanto quanto os direitos difusos, são transindividuais e indivisíveis.

No entanto, diversamente dos direitos difusos, cujos titulares estão interligados por circunstâncias de fato, os direitos coletivos concernem a um grupo, classe ou categoria de pessoas vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Além do mais, os titulares de interesses coletivos *stricto sensu* são determinados ou determináveis, na medida em que são partes integrantes de certos grupos, classes e categorias, como, por exemplo, os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os trabalhadores de uma mesma categoria profissional etc.

O elo entre os cotitulares do direito ou entre todos eles e a parte contrária é sempre preexistente ao fato danoso ou ilícito.

Destarte, ao contrário do que se verifica em se tratando de direitos difusos, em que a junção entre as pessoas é sempre póstuma, fruto do dano ou ilícito de massa, com relação aos direitos coletivos em sentido estrito, o liame é prévio, ou seja, anterior ao evento contrário aos interesses da coletividade e em geral se mantém mesmo depois de dirimida a crise jurídica que coloca em posições antagônicas a coletividade e o agente a que se atribui a autoria do dano ou ilícito.

Representam uma síntese das pretensões de um grupo determinado ou determinável, cujos integrantes encontram-se unidos entre si ou com a parte contrária por um liame jurídico comum.

Amalgamados em torno de certa pretensão indivisível, não é viável, do ponto de vista lógico, que se renegue tutela jurisdicional a alguns dos titulares da pretensão metaindividual deduzida pelo fato de ao tempo do ajuizamento da ação não se encontrarem chumbados formalmente ao autor da demanda, pois tal restrição conspiraria contra a natureza indivisível do direito substancial e a conseqüente abrangência *ultra partes* a que vocacionada a eficácia da sentença de acolhimento da pretensão coletiva.

O ente legitimado apenas coordena a defesa do interesse em juízo, mas não define quem são as pessoas que dele compartilham, o qual, por ser incindível, não pode ser fruído individual e excludentemente por qualquer membro do grupo. A unidade de tratamento judicial impõe-se pela singela e intuitiva razão de ser indivisível a pretensão externada. Comungando toda a coletividade de uma mesmíssima pretensão incindível, a tutela que a ela se direcione deve beneficiar a todos os que a componham, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação em torno de uma entidade representativa.

A amplitude subjetiva tutelar da sentença de mérito de procedência, aliás, não pode condicionar-se quer a um vínculo de pertencimento formal entre o autor da ação coletiva e os possíveis contemplados com a sua atuação (por exemplo, apenas os filiados ao sindicato autor se beneficiam da sentença) quer ao âmbito territorial de competência do órgão prolator da decisão.

Como abordado, as pretensões coletivas concernem indistintamente a todos os membros do grupo, classe ou categoria de pessoas, não sendo possível, destarte, sob aspecto processual, que sejam externadas atomizadamente, senão apenas molecularmente, por intermédio de uma só demanda, sob pena de se romper a unidade de convicção e julgamento que a natureza indivisível da pretensão impõe. Daí a afirmação de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁴ no sentido de não restar espaço processual disponível para uma segunda demanda que verse sobre a mesma pretensão de direito material transindividual já veiculada em ação pretérita, apoiada na mesma *causa petendi*, havendo entre tais ações identidade absoluta.

A indivisibilidade da pretensão coletiva impede que se exclua dos benefícios do provimento de conhecimento condenatório, antecipatório, acautelatório etc. os que não estejam formalmente atados ao autor da ação.

Enfim, que se restrinja a eficácia da medida judicial batalhada por quem esteja legalmente credenciado a postular em sede de jurisdição coletiva àqueles que com ela mantenham vinculação jurídica, excluindo-se do âmbito de incidência da tutela jurisdicional os que se encontrem desligados do proponente da ação, até porque ninguém pode ser compelido a associar-se.

Todos os titulares da pretensão coletiva serão contemplados com a ação do legitimado ativo, daí a referência no CDC à extensão *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada material coletiva. É importante insirir no ponto. Não se pode condicionar a extensão do benefício do provimento jurisdicional à ligação formal com o autor da ação coletiva. É o bastante a verificação de que o indivíduo encontra-se na situação jurídica litigiosa tratada no processo coletivo para que possa ser apanhado pela eficácia irradiante da sentença lá fabricada. As pretensões coletivas são inerentes à categoria, classe, ou grupo sendo irrelevante estar ou não o indivíduo atrelado ao ente que coordena a defesa judicial ou extrajudicial de tais direitos.

2.5 Direitos individuais homogêneos

¹⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 161-173.

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, além de fazer menção a direitos por essência coletivos – difusos e coletivos em sentido estrito, também categoriza como coletivos direitos que, apesar de materialmente individuais, podem ser, do ponto de vista processual, tratados coletivamente. Isto é, direitos que, muito embora divisíveis, são, no que concerne à sua tutelabilidade, ao seu tratamento processual, coletivizáveis.¹⁰⁵

Ao contrário do que se passa com os direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos não são considerados transindividuais por natureza, mas apenas processualmente transindividuais. Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, não são essencialmente transindividuais, mas apenas tuteláveis coletivamente.

É dizer, são coletivizáveis para fins de sua tutela jurisdicional, mas não tem alma, essência coletiva. Diz-se deles, em suma, serem direitos materialmente individuais coletivamente tuteláveis. Direitos individuais cuja tutela coletiva revela-se vantajosa, tendo em vista a gênese comum a todos os direitos e a predominância das questões comuns sobre as individuais. Daí serem compreendidos como direitos subjetivos não coletivos tuteláveis pela via coletiva¹⁰⁶. Apesar de serem direitos materialmente individuais e divisíveis, apresentam-se como coletivizáveis em razão de um fato-base que é a origem de todos eles. Ou seja, graças a uma origem fática comum.

Assim, em cada uma das demandas individuais que viessem a ser intentadas, motivadas pelo fato lesivo comum, as questões de fato e/ou de direito comuns se reproduziriam, o que torna aconselhável seja embutida a discussão a seu respeito em um único processo, em prol da economia de atividade jurisdicional e da harmonia de julgados.

Em razão do foco da ação transcender o conflito particular de interesses, encorpando-se e contagiando-se pela expectativa de uma definição potencialmente paradigmática para conflitos do mesmo gênero – massificados, em visão macro, mas segmentados, por variantes do caso concreto – busca-se a homogeneidade na heterogeneidade, sem que com a generalização se percam ou se apaguem as nuances de cada caso concreto. Estas permanecem em estado latente, aguardando a definição do caso-síntese, para só então se manifestarem. Revelam-se indiferentes para fins de definição da tese jurídica geral que é o objeto da

¹⁰⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. p. 42-43. “Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.”

¹⁰⁶O jogo de palavras feito por Teori Zavascki lança luz sobre os conceitos. Diferencia direitos individuais homogêneos de direitos difusos e coletivos propriamente ditos fazendo alusão, respectivamente, à “tutela coletiva de direitos” e à “tutela de direitos coletivos”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

pretensão coletiva. Em outros termos, as variações são desimportantes, já que os indivíduos são tratados em bloco, como constelação, como massa de sujeitos indeterminados.

A pretensão coletiva é, por consequência, produto de um raciocínio indutivo sintetizador, que busca extrair de cada uma das pretensões individuais aquilo que de comum há entre todas. Trata-se, pois, de manipular pretensões materialmente individuais objetivando ofertar-lhes trato processual conjunto. Durante a etapa processual dedicada à apuração de responsabilidades, desconsideram-se as singularidades de cada situação individual, despersonalizando-se o litígio coletivo e abstraindo-o das peculiaridades existentes para além deste conteúdo comum mínimo.

A coletivização, portanto, terá como limite o círculo de interseção entre todas as possíveis demandas individuais a aglutinar. Isto é, a parte de cada uma que se contenha na “macrodemanda”. Até o limite de sua identidade fático-jurídica serão suscetíveis de agregação. Não se trata da soma de pretensões individuais, mas de uma síntese de todas elas, a qual traduz uma nova realidade.

Deste exercício de abstração, que visa a extrair, sugar, pinçar, de todas as demandas individuais aquilo que lhes seja comum, surge título genérico, universalizável, passível de ser transplantado do plano coletivo para o individual, ou, como se costuma dizer, transportável *in utilibus*.

Para além do núcleo concentrador da discussão comum, transparecem singularidades cuja análise o processo coletivo não comporta. A pretensão trazida a juízo pelo demandante coletivo objetiva o acolhimento de uma *tese jurídica geral*, aproveitável por muitas pessoas, condensável em título genérico. O que é muito diferente de se trazer ao juiz, em litisconsórcio, pedidos de tutela jurisdicional de mesma natureza, respeitantes a várias pessoas, perfeitamente singularizadas, porém.

As demandas individuais têm ao menos a parte ré em comum. Porém, a partir de certa altura, as narrativas acabam por se diferenciar, pois o modo como cada indivíduo é afetado costuma ser diverso. Há, portanto, entre elas atenuada relação de conexidade objetiva.

O grau de semelhança entre as demandas não chega ao ponto de impor a reunião de todas elas em um mesmo processo para julgamento conjunto (cumulação de ações). O seu agrupamento. É, no entanto, conveniente o trato processual conjunto, a fim de se possibilitar formação pelo juiz de convicção única a respeito do contexto fático comum, com fabricação, por conseguinte, de decisão cuja eficácia irá irradiar uniformemente sobre todo o universo de afetados pelo evento lesivo de massa, em preservação da coerência de julgados.

Então, de um ponto de vista processual, pode-se dizer que os direitos individuais homogêneos são, sim, coletivos¹⁰⁷. A decisão que resulta do processo coletivo, se de procedência do pedido, exprime condenação aproveitável por toda a constelação substituída em juízo. As especificidades de cada conflito serão levadas em consideração apenas posteriormente, quando da liquidação e execução singulares. Até a prolação da sentença coletiva, no entanto, só o que importa são as questões comuns a todas as possíveis demandas individuais que poderiam resultar daquele mesmo episódio e que são encerradas em um só processo.

2.5.1 Em especial, a nota da homogeneidade

A origem comum¹⁰⁸ dos direitos individuais nem sempre é o suficiente para que se possa falar em homogeneidade. Se as diferenças se sobrepõem de tal modo às semelhanças, se há mais distinções que afinidades, se o denominador comum entre as pretensões não passa de detalhe “bobo”, sem maior importância jurídica, acaba-se por imprimir às ações coletivas níveis tão elevados de abstração, que nenhuma utilidade terão as sentenças que delas venham a se originar.

Para que se possa tratar molecularmente os diferentes direitos individuais, mais do que a mera origem comum, é necessário que haja prevalência de questões comuns sobre as individuais. É dizer, há que se vislumbrar, entre as potenciais demandas afins, certa unidade cognitiva que faça valer a pena o coletivizar. É preciso que os pontos controvertidos comuns de fato e/ou de direito predominem sobre aqueles que singularizaram cada uma das pretensões individuais dedutíveis.

Não é possível pretender tratar coletivamente direitos individuais heterogêneos. Uma ação coletiva proposta em sua defesa não passa de nada mais que uma ação coletiva “postiça”, de uma falsa ação coletiva, chamada ação pseudocoletiva.

Quando o que se pretende é a tutela coletiva de direitos individuais, o juiz deve em primeiro lugar decidir sobre o próprio processamento da ação coletiva, vale dizer, certificá-la enquanto tal. Para tanto, deve resolver se predominam as questões coletivas ou não, evitando, em caso negativo, inútil desperdício de atividade jurisdicional. Isto porque, quando

¹⁰⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 188 e ss.

¹⁰⁸ Origem comum não significa unidade factual, temporal ou espacial. Verifica-se quando todas as pretensões individuais nascem de um mesmo evento lesivo (fato único) ou quando apesar de não ser único o fato gerador, todas decorrem de um mesmo contexto transgressor.

preponderam as questões individuais, das duas uma: “ou o julgamento não terá como deixar de ser genérico e sem relevância prática ou, caso se busque escapar da excessiva generalidade, o exame das questões individuais fará com que se torne inviável a conclusão, em tempo razoável, do processo.”¹⁰⁹

Em suma, não é possível tutelar, de forma útil e eficiente, direitos individuais não homogêneos pelo modo coletivo.

Para que se torne mais fácil a compreensão do que está sendo dito, tomemos de empréstimo o exemplo do não pagamento de horas extras, aventado por Estevão Mallet¹¹⁰:

“O não pagamento de horas extras à totalidade dos empregados decorre certamente de origem comum, por conta do mesmo comportamento omissivo do empregador, dirigido à generalidade de seus empregados. No entanto, nem sempre há homogeneidade dos direitos. No mais das vezes, cada empregado apresenta situação peculiar, inconfundível com a dos demais. Alguns simplesmente não prestam serviço além da jornada contratada. Outros, embora o façam, compensam o excesso de trabalho em um ou alguns dias com redução do horário em dias sucessivos, (...), de modo que não têm direito a pagamento adicional. Há ainda os que, mesmo sem compensação de horário, não são credores de nenhum pagamento, diante das excludentes do art. 62, I e II da CLT. Por fim, para os que efetivamente devem receber horas extras, a variação de tempo excedente impõe exame particularizado de cada situação individual. Não há como, em tal contexto, pretender tratar coletivamente os diferentes direitos individuais, para resolver, em um único processo, todos os litígios.”

No exemplo acima transcrito, ante à prevalência de questões pontuais, o juiz teria de se limitar a determinar que o réu as pagasse, nada mais fazendo do que repetir o que já está posto na lei. Tratar-se-ia, então de sentença que nada decide. De sentença inútil.

O que se quer dizer é que, nos casos em que haja prevalência de questões particulares sobre as comuns, vindo a ser coletivizado o litígio, corre-se o risco de se elevar a discussão coletiva a um nível tal de abstração que a sentença que se vier a produzir não passará de nada mais que a pura e inútil repetição da letra da lei, em nada contribuindo para elidir o conflito. Mero “repeteco” do comando legal, como que em um movimento de retorno ao juiz “boca da lei”. Sentença que não confere concreção alguma à lei, que não atua a vontade do direito material, e que, portanto, não solve o concreto conflito de interesses levado a julgamento.

A possibilidade de o juiz sentenciar genericamente, prevista no art. 95 do CDC, simplesmente significa que fica fracionada a cognição judicial, competindo ao juiz do processo coletivo decidir a respeito da responsabilidade do réu e nada mais. As particularidades de cada situação concreta (quem foi efetivamente lesado, de que modo e com

¹⁰⁹ MALLET, Estevão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. In: MALLET, Estevão et alli (coord.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 9-37

¹¹⁰ *Idem*, p. 37.

que intensidade) são e devem ser ignoradas neste momento. Se se levasse em consideração, nesta etapa, a situação peculiar de cada possível vítima ou sucessor, o processo jamais chegaria a um fim. Seria o mesmo que transformar o processo coletivo em um processo litisconsorcial multitudinário, o qual, aliás, o sistema processual não vê com bons olhos e manda desmontar (art. 46, parágrafo único do CPC).

Não há como tratar coletivamente o litígio quando as questões comuns se sobrepõem às individuais. Apenas quando realmente houver predomínio das questões comuns é que o trato molecular do litígio poderá levar a um resultado proveitoso.

Não há uma fórmula pronta que permita dizer quando é que predominam questões gerais e quando é que prevalecem questões específicas. Tudo dependerá da análise do caso concreto, do pedido e da causa de pedir tal como concretamente formulados¹¹¹. A seguinte diretriz, contudo, pode iluminar a investigação: se a discussão envolvendo o direito substancial não impuser o exame preponderante de questões individuais, então é possível a tutela coletiva do direito individual, que é efetivamente homogêneo.

Não importa, para fins de cabimento da tutela coletiva, é lógico, que fiquem questões por resolver em estágio ulterior. Aliás, algumas questões só poderão ser mesmo tratadas em ocasião diversa, por estritamente pertinentes à situação litigiosa particular de cada um. Em seara trabalhista, pode-se aventar a presença do predomínio de questões comuns sobre as individuais em casos como os de empregados de uma mesma empresa que trabalhem *todos* em local perigoso. Ora, ou o local é perigoso ou não é e, em caso, positivo, todos farão jus ao respectivo adicional. A caracterização da condição perigosa de trabalho dispensa quaisquer considerações a respeito da situação pessoal de cada um, isto é, “prescinde do exame dos aspectos individuais de cada relação de emprego”¹¹². Nem a questão do tempo de exposição ao risco, que poderia suprimir à discussão o grau de abstração determinante para que possa ser travada em nível coletivo, se constituirá em empecilho ao tratamento molecular da controvérsia, haja vista ter-se pacificado a jurisprudência trabalhista no sentido de que apenas o contato fortuito ou por tempo extremamente reduzido com agentes de risco excluem o direito à percepção do sobresalário.¹¹³

Também sobreleva em importância a questão geral sobre todas as possíveis individuais, em hipóteses de não recolhimento de FGTS.

Nos EUA, por exemplo, como informa Estevão Mallet, repeliu-se o processamento de ação proposta como coletiva, em face da constatação da prevalência de questões individuais:

¹¹¹ Idem, p. 31-34.

¹¹² Idem, p. 28.

¹¹³ Enunciado de Súmula 364 do TST.

"Em caso de contaminação por amianto, por exemplo, negou-se, nos tribunais norte-americanos, a possibilidade de tratamento coletivo da ação tendente a obter indenização para os empregados envolvidos, a partir da idéia da prevalência das questões individuais. Importam, na hipótese, além da reação de cada indivíduo, o tempo e a intensidade da exposição ao produto. (...) Na decisão, assentou o tribunal norte-americano, ao recusar o processamento da ação coletiva: *"Taking all these factors into consideration, the Court is convinced that the number of uncommon questions of Law and fact would predominate over the common questions, and the case would therefore 'degenerate ... into multiple lawsuits separately tried.'*"

Em resumo e para finalizar o tópico: sempre que predominem as questões individuais sobre as comuns, não será possível conferir-se tratamento coletivo ao litígio. O direito é individual homogêneo quando tem mesma origem fática e quando a discussão que suscita perpassa a análise predominante de questões comuns.

3 COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES COLETIVAS DO TRABALHO

As ideias das pessoas são pedaços da sua felicidade.

William Shakespeare

3.1 Jurisdição e competência

Por não ser possível, especialmente nos dias de hoje, de exacerbada litigiosidade, que um único órgão judicial monopolize o exercício da função jurisdicional relativamente a todas as crises jurídicas surgidas, é que há necessidade de se distribuir a realização da jurisdição por diferentes juízes. Não apenas visando a tornar factível o cumprimento da jura constitucional solene de entrega da prestação jurisdicional a tempo de ainda se mostrar útil na vida dos jurisdicionados, mas também a fim de facilitar o acesso das pessoas ao Judiciário e às técnicas processuais disponíveis à satisfação de suas legítimas pretensões.

A jurisdicização do impasse que dá origem à ação impõe ao Estado a adoção de todas as providências que se façam mister à célere e açucarada composição do litígio. A concentração da função jurisdicional em um só órgão produziria efeito oposto, eternizando os processos e, com eles, as discórdias. Como é cediço, ingrediente indispensável à efetividade processual é a concessão tempestiva de tutela e o irradiar pelo processo de efeitos o mais rapidamente possível.

Destarte, tal qual o garçom que no restaurante incumbe-se de atender a apenas algumas mesas, deixando que seus companheiros de trabalho se encarreguem de servir as demais, em verdadeira divisão de tarefas contributiva ao aumento do rendimento de cada um em serviço, os juízes tampouco podem (e nem seria desejável que o fizessem, por deveras contraproducente) debruçar-se sobre todos os litígios que brotam dos contatos travados diuturnamente entre atores sociais os mais diferenciados. Faltar-lhes-ia tempo e experiência para tanto. A pulverização da empreitada judicante é, intuitivamente, medida de racionalização a velar pela excelência dos serviços prestados aos jurisdicionados, ansiosos por liquidar em tempo breve os problemas que os aborrecem. O depósito de processos em um único juízo, como é óbvio, resulta na piora da prestação jurisdicional sob os aspectos temporal e qualitativo, depreciando os níveis de justiça e de efetividade de que devem estar impregnadas as decisões.

Todos os órgãos integrantes da estrutura judiciária brasileira detêm jurisdição, estão investidos na função jurisdicional. Mas nem todos eles estão capacitados ao desempenho da

jurisdição com respeito a todas as causas. A competência é precisamente o limite dentro do qual os magistrados estão autorizados a atuar, a licença legal ao desempenho válido do ofício judicante.

O exercício da jurisdição por juízo incompetente torna nulo o processo absoluta ou relativamente, a depender da natureza da regra de competência maculada. O vício de nulidade absoluta contamina toda a seqüência processual, tornando intrinsecamente defeituosa a sentença que dela se origina. O defeito, que sobrevive inclusive ao trânsito em julgado, poderá motivar o ajuizamento de ação rescisória voltada a desconstituir o ato jurídico imperfeito. A incompetência relativa, por outro lado, convalida-se acaso não argüida oportunamente a falha através de exceção declinatória.

Para cada órgão componente da estrutura judiciária brasileira são reservados certos tipos de causas, de acordo com critérios que, inspirados nos mais diversos propósitos, delimitam o exercício da jurisdição. A partir de tais critérios, reparte-se o exercício da função jurisdicional entre os distintos organismos e órgãos do Poder Judiciário. Importados pelo legislador brasileiro da clássica sistematização chiovendiana, tais critérios têm em mira: (i) especializar os órgãos, para que decidam com mais intimidade e delicadeza a respeito de certas matérias (critério material); (ii) racionalizar a divisão das tarefas a serem executadas em um mesmo processo, inclusive viabilizando o controle das decisões de juízes escalados a ocupar os postos de inferior hierarquia por outros de maior status na pirâmide judiciária (critério funcional); (iii) proteger a parte que se reputa mais débil, em situação de inferioridade, de desvantagem relativamente a seu oponente, tornando mais fácil a ela o acesso à justiça (critério territorial); (iv) aproximar o juiz da lide (fatos, coisas e pessoas envolvidos no contexto litigioso), em homenagem à oralidade (critério territorial); (iv) atribuir a órgãos específicos o julgamento de causas menos intrincadas, a fim de que sejam solucionadas mais velozmente, permitindo que os órgãos judiciários restantes dediquem mais tempo e atenção aos casos mais complexos (critério do valor) etc.

Sinteticamente, pode-se dizer que as regras de competência em geral procuram sempre aproximar os juízes (i) dos fatos que lhes serão submetidos à análise e julgamento, (ii) das pessoas em atenção às quais irão julgar e/ou (iii) das coisas sobre as quais irão fazer recair o seu comando ou que o auxiliarão em seu mister, instrumentando a concretização de suas sentenças. Tais critérios, que se subdividem em funcional, territorial e objetivo, são encontrados na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados, nas leis de processo e também nas leis de divisão e organização judiciária de cada uma das Justiças. Àquele específico órgão a quem competir o exercício da judicatura com relação a certa causa,

encarregado legal e concretamente de solucionar a lide, é o juízo competente, o chamado juiz natural.

3.2 A escalada legislativa contra as ações coletivas: a polêmica em torno do art. 16 da LACP

Por força da Medida Provisória n. 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997, modificou-se a redação originariamente impressa ao artigo 16 da Lei n. 7.347/1985.

Em sua versão original, o artigo 16 dispunha que a sentença fabricada em processo instaurado em razão da propositura de ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado legal poderia intentar outra vez a ação, desde que com base em nova prova. A nova edição do enunciado normativo, por sua vez, proposital e maliciosamente retocada, passou a prever que a sentença faria coisa julgada *erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão julgador*, reproduzindo o vetusto enunciado quanto ao mais.

A distinta redação conferida, em breves palavras, intencionou confinar a eficácia das sentenças coletivas de procedência do pedido à base territorial de exercício da jurisdição do órgão prolator. Isto é, buscou limitar a extensão dos efeitos da decisão tomando-se como parâmetro critérios de determinação de competência, quando se sabe que nada tem a ver a competência para julgar com os limites subjetivos de eficácia das sentenças.

Juízes e Tribunais, no entanto, lamentavelmente, insensíveis às aspirações coletivas e, pior, parecendo ignorar a lógica de funcionamento da tutela coletiva, a indivisibilidade ontológica dos direitos coletivos principalmente, acabaram por render-se à disposição, mandando restringir a eficácia das decisões proferidas nos feitos conduzidos sob sua presidência à sua própria “zona competencial”, isto é, ao seu raio territorial de atuação, ao argumento pouco convincente de que a extensão do resultado de procedência das ações coletivas para fora dos limites territoriais do foro onde ajuizada a ação implicaria violação ao princípio dispositivo e julgamento *ultra petita*¹⁴.

¹⁴ Confira-se, por exemplo, no STJ: 1ª T., Resp nº 665.947, rel. Min. José Delgado, j. 02.12.2004, publicado no DJ de 12.12.2005; 1ª T., Resp nº 625.996-SC, rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 15.03.2005, publicado no DJ de 02.05.2005: “Processual Civil – Execução de sentença proferida em ação civil pública – Eficácia subjetiva. (...) Na hipótese dos autos, o comando sentencial da ação civil pública restringiu sua eficácia subjetiva aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná, sendo inviável, sob pena de ofensa ao princípio da coisa julgada, a sua extensão a contribuintes domiciliados em Santa Catarina, como é o caso dos autores, que não possuem, portanto, título executivo.”

Ao buscar enclausurar espacialmente a eficácia das decisões de procedência, o que intencionou o Poder Público foi justamente fragmentar e, por conseguinte, fragilizar a tutela jurisdicional coletiva, deixando “órfãos” de proteção, vale dizer, carentes de tutela jurisdicional os indivíduos que, conquanto afetados pelo mesmo dano/ilícito, ao tempo da propositura da ação, estivessem domiciliados fora da unidade territorial em que sediado o juízo emissor da sentença.

Como era de se esperar, a intensificação do uso das ações coletivas, especialmente a partir da década de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo daquelas voltadas ao controle de inconstitucionalidades e ilegalidades cometidas pela Administração Pública em matéria fiscal e à fiscalização da atuação administrativa de um modo geral, desagradou em cheio ao Poder Público, réu habitual em ações coletivas.

Não demorou muito, começou-se a questionar o poder conferido a qualquer juiz de proferir decisões com irrestrita eficácia subjetiva, isto é, com potencial de repercutir não apenas no espaço correspondente ao foro em que ajuizada a demanda, mas em vários deles, alcançando, por vezes, todo o território nacional¹¹⁵.

Com o intuito escancarado de amenizar o impacto negativo causado pelas decisões coletivas contrárias à Fazenda, o Poder Executivo Federal, com o beneplácito do Congresso Nacional e de setores do próprio Poder Judiciário, deflagrou verdadeiro movimento de depredação das ações coletivas.

Assim, apenas para se citar alguns exemplos, temas sensíveis aos “bolsos” estatais, como tributos, contribuições previdenciárias etc., foram subtraídos ao âmbito tutelar das ações supra-individuais; exigiu-se autorização assemblear para a propositura de ações coletivas por associações civis, bem como a identificação, na petição inicial, de cada um dos associados contemplados pela atuação substitutiva do extraordinariamente legitimado etc.

Especificamente com a reedição normativa do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, o que desejava o Poder Executivo era circunscrever a eficácia das sentenças coletivas ao trecho do território nacional coberto pelo foro onde situado o juízo responsável pelo julgamento da causa, anulando-se, de uma só vez, todas as vantagens que a molecularização das lides e dos processos é capaz de proporcionar. Enfim, que a sentença coletiva de procedência do pedido produzisse efeitos a conta-gotas, homeopaticamente, muito aquém das necessidades tutelares que deveria suprir.

¹¹⁵ VENTURI, E. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, p. 97.

O duro golpe maquinado pelo Poder Público encontrou forte oposição por parte da doutrina.

3.3 A reação doutrinária à conspiração do Poder Público contra as ações coletivas: os sete “pecados” capitais

Os diversos argumentos doutrinários levantados contra a limitação de efeitos das sentenças coletivas podem ser sintetizados em sete “pecados”. Sete “delizes” que o Poder Público teria cometido ao tentar limitar a extensão subjetiva da eficácia da sentença coletiva, segundo a doutrina especializada em processo coletivo. Sobre cada um deles é que se passa a discorrer.

3.3.1 Primeiro “pecado”: a inocuidade da mudança operada sobre dispositivo de lei já pretensamente revogado

Segundo majoritariamente se sustenta, o primeiro pecado que teria cometido o Poder Público ao pretender limitar a eficácia subjetiva das decisões coletivas de procedência do pedido foi o de não ter-se dado conta de já estar revogado o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 ao tempo da edição da Medida Provisória que teria pretendido alterá-lo. Explica-se.

Norma posterior que é e dispendo mais meticulosamente do que a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) a respeito do regime da coisa julgada material na seara coletiva, teria o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, datado de 1990, revogado o então vigente art. 16 da Lei de 1985, passando, a partir daí, a ser o único dispositivo legal a reger o instituto. Por conseguinte, nem mais em vigor o artigo 16 da LACP quando da superveniência da Lei n. 9.494/1997 (justamente a Lei que teria pretendido alterá-lo), revogado que teria sido em 1990 pelo CDC (!), inútil o esforço legislativo no sentido de podar a eficácia dos provimentos coletivos, já que impossível se alterar o que não existe.

A tese da ineficácia da mudança (mal)intencionada pela Lei n. 9.494/1997 é defendida, dentre outros¹¹⁶, por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, que muito bem a sintetizam nesta passagem:

¹¹⁶ Também entende inócua a mudança, por afetar dispositivo legal já pretensamente revogado: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289-295.

“Com o advento do CDC 103, em 1990, que regulou completamente o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema legal que rege o instituto da coisa julgada no processo coletivo passou a ser o CDC 103. Pela superveniência do Código de Defesa do Consumidor, houve revogação tácita da LACP 16 (de 1985) pela posterior (Código de Defesa do Consumidor, de 1990), conforme dispõe a LICC-2º, § 1º. Assim, quando editada a Lei 9.494/1997 não mais vigorava a LACP 16, de modo que ela não poderia ter alterado o que já não existia. Para que a ‘nova redação’ da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia formal e, por consequência, material), deveria a Lei 9.494/1997 ter incluído na Lei da Ação Civil Pública o art. 16, já que não se admite, no Direito brasileiro, a repristinação de lei (LICC 2º, § 3º). Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado sistema da coisa julgada que vinha prevista na LACP 16. O único dispositivo legal que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103”.

Elton Venturi, apesar de também contrário ao confinamento artificial imposto à eficácia das sentenças em ações civis públicas, diversamente de Nery & Nery, acredita ainda pulsar o coração do dispositivo tido por estes dois últimos autores como já morto. Mas, explica o autor, quem permanece vivo não é o velho artigo 16, aquele originariamente redigido pelo legislador de 1985, mas o novo artigo 16, trazido ao ordenamento jurídico nacional, em 1997, pela MP n. 1.570, posteriormente convertida na Lei n. 9494/1997.

Segundo ele, de fato, com a superveniência do CDC em 1990, revogou-se o primitivo art. 16 da LACP. A Lei de 1997, no entanto, afirma, teria dado à luz a uma nova disposição sobre coisa julgada material coletiva, a um novo artigo 16, que, redigido em termos diversos do seu antecessor, teria, por sua vez, revogado os incisos I e II do art. 103 do CDC.

Destarte, segundo pensa o autor, ao invés de ter simplesmente promovido alteração inócua, direcionada a dispositivo legal já não mais vigente, teria a Medida Provisória n. 1.570/1997, em verdade, introduzido no ordenamento jurídico nacional disposição nova, responsável por conferir ao instituto da coisa julgada material coletiva em ações de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* disciplina inédita. Isto é, a MP teria produzido verdadeira inovação no ordenamento jurídico, renovação normativa, e não, ao contrário do que se costuma pensar, atuado sobre dispositivo de lei já superado:

“Com efeito, consultando-se o art. 2º da Lei 9.494/1997 percebe-se a intenção legislativa no sentido de inovar o ordenamento (...). Não se trata, pois, de repristinação – fenômeno subsumível à recuperação da eficácia de certa norma pela revogação daquela que a sucedera – ou, mesmo, de alteração inócua, por pretensamente afetar dispositivo legal não mais existente. Houve, em verdade, expressa intenção de imprimir inédita regulação da coisa julgada nas ações civis públicas, instrumentalizada não somente por uma ‘nova redação’, mas pela edição de um novo art. 16 na LACP, substituindo o anterior, que, segundo a melhor doutrina antes citada, havia sido já superado pelo art. 103 do CDC.”

O sofisticado raciocínio do doutrinador com respeito ao conflito de leis no tempo é impecável. Não é na suposta revogação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, reeditado em novas bases pela MP n. 1.570/1997, que está a chave para solucionar o impasse criado pelo Executivo Federal. Há, como se verá adiante, argumentos melhores, inclusive de estatura constitucional, que poderão tranquilamente afastar a limitação territorial imposta à eficácia das sentenças coletivas.

3.3.2 Segundo “pecado”: a inoperância da mudança em razão da incompatibilidade com os arts. 93, I e II e 103, II e III, todos do Código de Defesa do Consumidor

Partindo-se da premissa de que vigora o art. 16, é possível analisar a consistência do raciocínio daqueles doutrinadores que reputam ineficaz a mudança empreendida, não, repita-se, em razão da suposta revogação do dispositivo, mas de sua incompatibilidade com os artigos 93 e 103 do CDC, de incidência generalizada sobre todo o universo coletivo de tutela.

Neste caso, segundo majoritariamente se diz, a inoperância da mudança decorreria da badalada relação de reciprocidade existente entre os diplomas que versam sobre tutela coletiva, extraível do disposto nos arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do Código de Defesa do Consumidor.

A idéia pode ser assim sintetizada: como, às ações propostas com base na LACP, aplica-se, quanto à competência e coisa julgada coletiva, também o disposto nos artigos 93 e 103 do CDC, nenhuma restrição territorial estabelecendo estes dois últimos artigos à eficácia das decisões coletivas, inclusive eles deveriam ter sido alterados, para que efetivamente pudesse surtir algum efeito a mudança intencionada pela MP n. 5.170/1997. Alterado apenas o art. 16 da LACP, intocados os demais dispositivos do universo coletivo normativo (leia-se: os arts. 103 e 93 do CDC), teria falhado o Poder Público em sua missão de sabotar a natural projeção erga omnes ou ultra partes de efeitos das decisões coletivas. Mais prosaicamente falando, estaria o acréscimo introduzido ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985 com sua eficácia encoberta, ofuscada pela incidência dos artigos 93 e 103 do CDC¹¹⁷.

Em artigo dedicado especificamente ao tema, intitulado não por acaso “A ação civil pública refém do autoritarismo”, a mãe das ações coletivas no Brasil, Ada Pellegrini

¹¹⁷ Tese já chancelada pelo STJ: “O argumento de que a extensão de eficácia erga omnes somente é cabível nas hipóteses previstas originalmente na lei nº 7.347/85 cai por terra diante da autorização expressa para interação entre a lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117 da lei nº 8.078/90). Assim, afasta-se a alegação de incompetência do juízo da 4ª vara Federal de Curitiba para a concessão de amplitude territorial à sentença, porquanto tal amplitude está prevista no ordenamento jurídico nos artigos 16 da lei nº 7.347/85 e 103 da lei nº 8.078/90, e é efeito da sentença em ação deste gênero”. (STJ, REsp 294021/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20/2/2001, DJ 2/4/2001, p. 263).

Grinover, sai em defesa de suas “crias”. Demonstra em que teria “pecado” o Poder Executivo Federal ao alterar apenas o aludido artigo 16 da LACP, sem, no entanto, “mexer” nos demais dispositivos coletivos sobre competência e coisa julgada (artigos 93 e 103 do CDC):

“Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los (...). Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7.347/1985 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 é ineficaz.”

Para a autora, especialmente porque o art. 93 do CDC, aplicável, a seu ver, a todos os tipos de direitos coletivos *lato sensu*, atribuiu aos juízos das capitais dos Estados-membros e aos do Distrito Federal a competência para o exercício da jurisdição relativamente às causas em que se discutam ilícitos ou danos de âmbito regional ou nacional, dilatando-lhes, por conseqüência, os limites da competência territorial, é que teria restado frustrado o movimento conspiratório fazendário. O boicote fazendário.

Ademais, lendo o art. 16 da LACP em conjunto com o art. 103 do CDC, conclui Ada Grinover pela inaplicabilidade do primeiro dos artigos ao menos às ações dedicadas à tutela de direitos individuais homogêneos, devido à referência que nele é feita ao *non liquet*, ou seja, à possibilidade de não vir a se revestir da autoridade de coisa julgada material a sentença que tenha julgado improcedente o pedido por ausência de provas, regra de formação de coisa julgada que considera aplicável tão somente aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito), mas que não se aplicaria aos direitos individuais homogêneos 118.

Assim, de acordo com o pensamento de Ada Pellegrini, seguido pela quase totalidade dos doutrinadores que se dedicam a estudar o Processo Coletivo, a nova redação dada ao art. 16 da LACP em nada teria interferido nos limites subjetivos da eficácia das decisões em ações

¹¹⁸ Sobre estar imune o inc. III do art. 103 à incidência do *novel* art. 16 da LACP, assim se manifesta Ada Pellegrini: “Percebe-se pela análise conjunta dos mencionados artigos, que o art. 16 da LACP só diz respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e, quando muito, coletivos), pois a regra permissiva do *non liquet*, por insuficiência de provas, é limitada aos incisos I e II do art. 103, relativos exatamente aos interesses transindividuais supraapontados. Na verdade, a regra do art. 16 da LACP só se coaduna perfeitamente com o inciso I do art. 103, que utiliza a expressão *erga omnes*, enquanto o inciso II se refere à coisa julgada *ultra partes*. (...) completamente diverso, é o regime da coisa julgada nos interesses individuais homogêneos (inciso III do art. 103), em que o legislador adotou sistema próprio, revelado pela redação totalmente distinta do dispositivo: a uma, porque a coisa julgada *erga omnes* só atua em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores; a duas, porque para esse grupo de interesses o legislador não adotou a técnica da inexistência de coisa julgada para a sentença de improcedência por insuficiência de provas.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Civil Pública refém do autoritarismo. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9171/8737>. Consulta feita em 25/03/2011.

propostas em defesa de direitos individuais homogêneos, pois, apesar da já mencionada interação entre o CDC e a LACP, sempre se destinou a LACP a reger o regime da coisa julgada em ações de defesa de direitos por essência coletivos. E com respeito às ações de tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o reformado artigo 16 seria inócuo, por força da incidência conjugada dos artigos 93, incisos I e II e 103, incisos II e III, todos do CDC, de modo que, mesmo restrita a produção de efeitos aos “limites da competência territorial do órgão prolator”, ainda assim estaria resguardada a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* dos provimentos coletivos, desde que ajuizada a ação na capital de Estado-membro em caso de dano regional e no Distrito Federal na hipótese de dano nacional.

Nery & Nery, comentando um a um os artigos da Lei da Ação Civil Pública, também compreendem inócua a mudança feita, se não por direcionada a dispositivo já inexistente (como se viu, para os autores, ao tempo da edição da MP já não vigia o art. 16, revogado que tinha sido pelo CDC), ao menos por conflitar com as demais disposições normativas inseridas no universo processual coletivo:

“A norma, na redação dada pela Lei 9.494/1997, é inconstitucional e ineficaz. (...) Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC-103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na Lei da Ação Civil Pública, por força da LACP-21 e CDC-90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP-16 e CDC-103. De consequência, não há limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada na Lei da Ação Civil Pública, quer no Código de Defesa do Consumidor”.

Na esteira do pensamento de Elton Venturi, no entanto, ainda não é este o caminho argumentativo mais seguro a ser trilhado na construção de posicionamento idôneo a refutar a limitação territorial imposta pelo art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (trazido ao ordenamento jurídico nacional em 1997) à eficácia das sentenças coletivas de procedência do pedido.

Pois, se é verdade, como se viu, que, sobre as ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos, nenhuma interferência produziu o novel artigo 16, historicamente predestinado o dispositivo da LACP a regular a coisa julgada em ações portadoras de pretensões de alma coletiva, vale dizer, transindividuais por essência (difusas e coletivas em sentido estrito), fato é que não se pode simplesmente ignorar a inovação em se tratando de ações ajuizadas em proteção a direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Como dito anteriormente, mais do que singela modificação redacional, promoveu a Medida Provisória n. 1.570/1997 verdadeira inovação normativa, responsável por imprimir ao instituto da coisa julgada material em ação civil pública regulação inédita, distinta daquele inaugurada em 1985.

Assim, se, como aceito supra, com a superveniência do CDC em 1990, ocorreu a revogação do art. 16 da LACP, reeditado o dispositivo em novos termos tempos depois pela MP n. 1.570/1997, inaugurando um novo regime de coisa julgada, nada mais coerente sustentar ter havido a revogação dos incisos I e II do art. 103 do CDC. Dito de modo mais direto: o artigo 103 do CDC revogou o primitivo artigo 16 da LACP que, reeditado em 1997, revogou, por sua vez, os incisos I e II do art. 103. Da “quadrilha normativa”, como afirmado, não participaram as ações coletivas encarregadas do transporte de pretensões individuais homogêneas, cujo regime de coisa julgada ainda é aquele previsto no inciso III do art. 103 do CDC.

Do que se conclui que há verdadeira dualidade de regimes jurídicos da coisa julgada em ações coletivas. Àquelas que têm por propósito a tutela de direitos individuais homogêneos, aplica-se o disposto no inciso III do art. 103 do CDC, o qual nenhuma restrição de tipo territorial faz à eficácia erga omnes das sentenças de procedência; já no que toca às ações de tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, incidiria realmente o disposto no art. 16 da LACP¹¹⁹.

3.3.3 Agora, sim, os argumentos que efetivamente afastam a aplicação do art. 16 da LACP

Aceita a tese de que estão atualmente em vigor o artigo 103 inciso III do CDC e o artigo 16 da LACP, o primeiro voltado a disciplinar a coisa julgada em ações movidas em defesa de direitos individuais homogêneos, o último a coisa julgada em ações dedicadas a amparar direitos por essência coletivos, resta-nos agora examinar os argumentos que são verdadeiramente capazes de afastar a incidência do art. 16 da LACP. Como se viu anteriormente, não está na suposta inocuidade da mudança a chave para solucionar a questão.

¹¹⁹ Tal dualidade é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Em decisão relatada pela Ministra Nancy Andrighi, o Tribunal negou que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública se aplicasse às ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, justamente por haver entendido não ter a Medida Provisória n. 1.570 interferido na vigência do artigo 103, III, do CDC: “Trata-se de recurso interposto por instituto de defesa do consumidor nos autos de ação civil pública por danos provocados a interesses individuais homogêneos movida contra banco estadual, objetivando-se a condenação ao ressarcimento da diferença de rendimento apurada e creditada a menor nas cadernetas de poupança, em janeiro de 1989. Em síntese, o instituto insurge-se contra parte do acórdão que limitou os efeitos da sentença de procedência do pedido à competência do órgão prolator, beneficiando, no caso, apenas os correntistas residentes no Estado de São Paulo. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento e, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores que, no território nacional, encontram-se na situação por ele prevista. Entendeu a Min. Relatora que o comando do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública – mesmo com a alteração trazida pela Lei n. 9.494/1997, limitando os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator – não se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas apenas e, quando muito, às demandas instauradas em defesa de interesses difusos e coletivos. Isso por força do que dispõem os arts. 93 e 103, III, do CDC, que permanecem inalterados. Essa orientação mostra-se mais consentânea com o escopo da ação coletiva no sentido de evitar a proliferação de demandas desnecessárias, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais, quando uma só poderia ser suficiente”. STJ. Resp n. 411.529-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4.10.2007.

3.3.1 Terceiro “pecado”: a violação ao princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV)

O acesso à justiça é uma decorrência lógica e emanção indissociável do Estado Democrático de Direito, cuja existência não dispensa seja verdadeiramente garantido aos cidadãos, em sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, terem acesso aos tribunais para tutelar as respectivas posições jurídicas de vantagem. Se a democracia é regime voltado à realização das expectativas legítimas das pessoas, tal é igualmente o escopo a ser perseguido pelo processo.

O direito de acesso à justiça, visto como o direito de acesso aos tribunais e ao justo processo, é dotado de relevância qualificada, na medida em que assegura a própria realização de todos os demais direitos fundamentais. É a garantia das garantias, posta a serviço do sistema jurídico-substancial. Vale dizer, à míngua de tal garantia, os direitos e pretensões careceriam de praticabilidade, tornando-se meras proclamações formais, sem qualquer significado real na vida das pessoas.

O caminho até a Justiça pode ser percorrido por duas vias, distintas e complementares, a individual e a coletiva. Há direitos e pretensões que apenas ganham concretude pela via coletiva, seja em decorrência da natureza indivisível do objeto que se quer judicialmente tutelar, o qual não comporta tutela a nível individual, seja porque, apesar de sua essência individual, obstáculos de toda ordem inviabilizam ou dificultam a ida a juízo. Até que se venha a bater na porta da Justiça, lesões e ameaças passarão ilesas ao exame jurisdicional. Daí a assimilação da garantia de acesso à Justiça à inafastabilidade do controle judicial.

Acessar é poder entrar. Senão pela via coletiva, jamais certas pretensões viriam a se externar, isto é, viriam ao conhecimento dos juízes¹²⁰. A coletivização, pois, em muitos casos, presta-se à efetivação da própria garantia fundamental de acesso à Justiça. Debilitada a garantia coletiva de tutela, nega-se às pretensões metaindividuais (difusas e coletivas) o acesso à Justiça e, portanto, impede-se a plena realização dos direitos materiais.

Também sob a ótica individual, pode-se dizer atentatória à garantia de inafastabilidade a restrição que se pretendeu impor à eficácia dos provimentos coletivos, na medida em que deixa sem tutela os sujeitos que não estejam domiciliados no foro da ação coletiva. Como cediço, as decisões de procedência do pedido proferidas em ações atinentes a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem ser utilizadas pelos titulares de direitos individuais

¹²⁰ Deduzir uma pretensão é trazê-la ao Judiciário em busca de satisfação.

homogêneos como título à liquidação dos prejuízos pessoalmente sofridos (CDC, art. 103, § 3º).

3.3.3.2 Quarto “pecado”: a violação ao princípio constitucional igualitário

Circunscrevendo-se a eficácia da sentença coletiva ao pedaço do território correspondente ao foro onde proposta a ação, como pretende o art. 16, em casos de danos de amplitude maior que a dos limites territoriais de uma só comarca, a pretensão (que, por essência, não comporta divisão) acabará por vir ao conhecimento do Judiciário através de múltiplas demandas, tantas quantas sejam os foros abarcados pelo evento lesivo. Além de se entulhar o Judiciário de processos, gera-se com tal separação o risco de desarmonia entre pronunciamentos judiciais, devido à quebra da unidade de convicção para julgar. Para cada grupo de interessados domiciliados em certo foro, se fará necessária uma ação.

Esta cisão da tutela jurisdicional logicamente atenta contra a isonomia, porque ou será conferido tratamento discrepante por parte do Judiciário aos membros da coletividade, ou, ainda, porque alguns receberão tutela e outros ficarão sem. Não se pode deixar de lembrar que os direitos individuais homogêneos são tutelados também através de ações relacionadas a direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Porém, aplicando-se o art. 16, aqueles indivíduos que não estiverem situados na comarca coletiva, não poderão ser abastecidos com a sentença de condenação.

3.3.3.3 Quinto “pecado”: o retrocesso social gerado

A idéia de um Estado Democrático de Direito dedicado à dignificação humana através de providências estatais preordenadas à redução de desigualdades, ao bem-estar de todos, à erradicação da miséria, à promoção da justiça social¹²¹, traz embutida em si uma outra idéia, a da necessidade de se ampliar, progressivamente e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (a chamada reserva do possível), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Desta imposição de avanço social, de progresso ou de melhora, como se prefira chamar, decorre, por óbvio, a vedação da piora. Quem tem o dever de ir adiante, está proibido de recuar.

¹²¹ Tais metas quase sempre vem condensadas em normas de tipo programático, de menor densidade normativa, que espelham um dever-ser ideal. Muito embora não gerem pretensões positivas em face do Estado, tais normas apresentam uma dimensão eficaz negativa, a qual impede se legisle ou se administre contra aquilo que propugnam e intencionam concretizar. Seu grau de implementação depende, pois, além da confecção de juízos de discricionariedade permeados por reais possibilidades fáticas e jurídicas de concretização, da atividade legiferante conformadora e promocional.

Esta “imposição de melhora-proibição de piora” exprime-se no chamado princípio da vedação do retrocesso social¹²². Trata-se de princípio com sede material na Constituição Federal, assecuratório do *status quo*, isto é, dos níveis de realização já alcançados pelos direitos fundamentais sociais, e que, ao mesmo tempo, impõe o constante desenvolvimeto dessa concretização.

Dirigida ao legislador, a proibição traduz-se em imposição de não reduzir ou de não suprimir o grau de densidade normativa já conquistado pelos direitos fundamentais sociais através da legislação infraconstitucional integradora, ou seja, de não legislar para pior.

Não encontra o princípio previsão explícita na Constituição brasileira de 1988, mas decorre do sistema jurídico-constitucional. Trata-se de ilação necessária dos princípios da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança etc..

Possui dupla eficácia: (i) retrospectiva, na medida em que preserva um estado de coisas já adquirido contra a sua restrição ou supressão arbitrárias e (ii) prospectiva, na medida em que encerra uma obrigação de evoluir. Trata-se, em suma, de princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, que condena e proscree o involuir e demanda progresso.

Tem por escopo limitar a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este elimine ou reduza, total ou parcialmente, de forma arbitrária, o nível de concretização já alcançado por um determinado direito fundamental social. Princípio, enfim, que importa para o legislador uma proibição de retroceder na realização dos direitos.

Pois foi justamente o que fez o legislador ao restringir a eficácia das sentenças coletivas com base em critérios de competência. Ao invés de facilitar, ampliar, melhorar a tutela coletiva acabou dificultando o acesso de grupos de pessoas ao Judiciário e, assim, aos seus direitos.

Na medida em que o processo é instrumento de realização de direitos, sua involução fica também proibida, pois representa diminuição das chances de efetivação dos direitos. A involução operacional, técnica, enfim, a involução do processo implica automaticamente redução dos níveis de concretização dos direitos substanciais. Ora, cotejando-se a disciplina do antigo artigo 16 com a do novo art. 16, verifica-se verdadeira marcha-à-ré instrumental,

¹²² Na literatura nacional e estrangeira, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. T. II; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

vedada pelo princípio em apreço, posto prejudicial à efetividade do sistema substancial de direitos. A tutela que antes podia ser prestada através de um só processo, viu-se mutilada.

3.3.3.4 Sexto e sétimo “pecados”: o fomento à multiplicação de processos e à contradição entre julgados sobre pretensões transindividuais indivisíveis

Quando uma constelação de pessoas compartilha de uma mesma pretensão indivisível, não é possível logicamente endereçar a cada uma delas um julgamento de mérito diferente, julgando-se procedente a demanda em relação a algumas delas e improcedente quanto às demais¹²³. Da indivisibilidade resulta a unitariedade.

A indivisibilidade do objeto do processo coletivo, que impõe a homogeneidade no tratamento a ser a todos dispensado, torna imprescindível a preservação da unidade cognitiva com relação à pretensão trazida ao conhecimento do Judiciário. Daí não ser possível ou necessário o seu exame através de mais de um processo. Afinal, devendo chegar a um destino comum todos os cotitulares do interesse metaindividual indivisível, natural que caminhem todos por um mesmo caminho, a fim justamente de se evitar desencontros.

Precisamente porque é única e incindível a pretensão, não é possível, do ponto de vista prático, dar efetividade a dois comandos contraditórios a seu respeito. Conseqüentemente, devem todos os cotitulares da pretensão de direito material receber do Judiciário tratamento único, isto é, a sentença deve ser necessariamente a mesma para todos. Quando se trata de direitos indivisíveis, não pode haver “meia tutela”, isto é, uns beneficiados, outros não¹²⁴.

A fragmentação da tutela coletiva dá ensejo justamente à emissão de pronunciamentos díspares a respeito da pretensão incindível, excludentes entre si e, pois, impossíveis de serem simultaneamente efetivados.

Se, de fato, se aplicasse a regra que limita a irradiação dos efeitos das sentenças coletivas ao território onde sediado o órgão jurisdicional que a proferiu, em se tratando de danos ou ilícitos regionais ou nacionais, seria possível o ajuizamento de tantas ações civis públicas quantas fossem as unidades territoriais afetadas (ou possivelmente afetadas). Desta

¹²³ Note-se que a demanda coletiva que carrega consigo pretensão transindividual indivisível é sempre uma só e a mesma, ainda quando reproduzida em diversos feitos. Os processos são vários, a demanda, porém, uma só.

¹²⁴ O E. STJ já decidiu no mesmo sentido: “Meditei detidamente quanto à possibilidade de admitir-se que uma decisão de juízo monocrático, da natureza da que se busca nas ações em tela, possa estender seus efeitos para além dos limites do território onde exerce ele sua jurisdição, não tendo encontrado nenhum princípio ou norma capaz de levar a uma conclusão negativa. A regionalização da Justiça Federal não me parece que constitua óbice àquele efeito, sendo certo que, igualmente, no plano da Justiça Estadual, nada impede que uma determinada decisão proferida por um juiz com jurisdição num Estado projete seus efeitos sobre pessoas domiciliadas em outro. Avulta, no presente caso, tratar-se de ações destinadas à tutela de interesses difusos..., não sendo razoável que, v.g., eventual proibição de emanações tóxicas seja forçosamente restrita a apenas uma região, quando todas as pessoas são livres para nela permanecer ou transitar, ainda que residam em outra parte”. STJ, CC 971/DF, primeira seção, julgado em 13/2/1990, DJ 23/04/1990, p. 3213.

multiplicação desnecessária de feitos, poderia resultar contradição não somente lógica (por exemplo, sentença de procedência em um foro e de improcedência em outro) como, mais grave ainda, prática entre julgados.

Por isso, da indivisibilidade dos interesses tutelados decorre, como imperativo lógico, a impossibilidade da cisão da tutela. Do mesmo modo que a lesão que afeta a um afeta a todos, a satisfação de um implica inexoravelmente a satisfação dos demais, tal o nível de imbricação entre os interessados e daí a necessária extensão erga omnes ou ultra partes dos efeitos das sentenças coletivas de procedência do pedido. Daí porque projetarem-se seus efeitos sobre as esferas jurídicas de quem não foi parte em sentido processual ou mesmo de quem não possui qualquer vinculação formal com o autor da ação, mas é igualmente titular dos interesses em disputa.

A eficácia subjetiva alargada das sentenças coletivas de procedência decorre tão singela e naturalmente do caráter materialmente indivisível reconhecido às pretensões difusas e coletivas *stricto sensu*, que não há necessidade de nenhuma norma especial que expressamente a imponha ou a autorize, ou, por outro lado, qualquer possibilidade de ser manipulada consoante a conveniência do governante de plantão. As regras que estabelecem a competência não possuem qualquer relação com os limites subjetivos dos efeitos das sentenças. Na verdade, a amplitude da eficácia na ação coletiva tem relação direta com a extensão do dano: se este é nacional, a amplitude há de ser nacional, regional, a decisão deverá produzir efeitos sobre toda a região afetada e assim por diante. Vale dizer, a abrangência tutelar da sentença coletiva não pode ficar aquém da lesão a direito que por meio dela se busca inibir ou reprimir, de modo que, o que baliza a extensão da eficácia da sentença coletiva é a repercussão, potencial ou efetiva, no território, da lesão a direito¹²⁵, não a competência do órgão julgador. Inconstitucional e ilógica, portanto, a restrição que o Poder Público pretendeu impor à eficácia dos provimentos coletivos.

3.4 A competência territorial para as ações coletivas trabalhistas. A solução mais do que imperfeita perfilhada pela OJ 130 da SDI-2 do TST

¹²⁵ “O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado” (REsp 557646/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/4/2004, DJ. 30/6/2004, p. 314). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos deixa claro que a competência não representa óbice a que os efeitos da sentença se projetem para além dos limites do foro em que proposta a demanda: “Art. 13. § 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes.”

3.4.1 A regra descomplicada do art. 2º da LACP

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, o art. 2º da LACP era a única norma a reger a competência territorial em âmbito coletivo. De acordo com o preconizado pelo mencionado dispositivo, as ações civis públicas deveriam ser propostas no foro do local do dano ocorrido ou por ocorrer¹²⁶. Ao adotar o critério do local do dano, a Lei da Ação Civil Pública tinha em mente prestigiar os juízes mais próximos fisicamente do local dos fatos, forte na pressuposição de serem eles os magistrados com melhores condições de julgar, já que em contato direto com a prova, com as partes etc., regra que se mostrava em consonância, ademais, com a cartilha de exigências do princípio da oralidade.

A simplicidade do critério eleito, o do local do dano, manipulado em conjunto com a regra de prevenção, equacionava de maneira relativamente satisfatória o problema da definição do foro competente para as ações coletivas. Sob regência da fórmula “local do dano + prevenção”, bastava que nos limites territoriais de dada comarca repercutisse o evento lesivo, para que se perpetuasse junto a ela a competência para o processamento e julgamento da causa, independentemente de o dano ter-se alastrado também para outros foros, pois se considerava que todos os órgãos judiciários afetados eram concorrentemente competentes, ficando-se a competência em definitivo por prevenção.

Prevento seria o juízo perante o qual tivesse sido a ação proposta em primeiro lugar, isto é, para quem tivesse sido distribuída em primeiro lugar a demanda, nos termos do parágrafo único do art. 2º da LACP. Tudo muito simples.

Assim, durante os anos de vigência isolada do art. 2º da LACP, foram propostas inúmeras ações coletivas em todo o país, sem que houvesse, então, como não poderia deixar de ser, qualquer oposição à eficácia erga omnes ou ultra partes das decisões proferidas, decorrência da própria natureza indivisível dos direitos supraindividuais¹²⁷.

3.4.2 A regra complicada do art. 93 do CDC

¹²⁶ Foro, como sabido, é o produto da divisão empreendida pelas Justiças no espaço, com vistas à otimização da prestação dos serviços jurisdicionais. Muito singelamente falando, é a unidade territorial em que se repartem as Justiças. Na Justiça do Trabalho, à semelhança do que se verifica com a Justiça Comum Estadual, o foro recebe a designação de comarca. Como os conflitos se originam em variados pontos do Estado Brasileiro, no intuito primordial de se facilitar o acesso das pessoas à justiça, é que se distribui, no espaço, o exercício da jurisdição, disponibilizando-se juízes pelos mais diversos cantos do país.

¹²⁷ VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007. p. 97.

Ocorre que com o passar do tempo e aumento considerável no uso das ações coletivas, muitas das quais tendo como réu o próprio Estado, detonou-se verdadeiro movimento de fragilização da tutela coletiva. Não tardou, começou-se a questionar se efetivamente tinham os juízes, quaisquer juízes, o poder de prolatar decisões que ecoassem não só nos limites territoriais da comarca em que atuavam, mas em várias delas, por vezes, em todo o país.

Neste contexto reativo às ações coletivas, sobreveio o Código de Defesa do Consumidor, trazendo nova disciplina para a competência em ações coletivas.

O *novel* diploma elegeu a extensão do dano como critério norteador da definição da competência territorial coletiva. O critério, porém, ao invés de facilitar a operacionalização das ações coletivas, trouxe uma série de complicações.

3.4.2.1 Complicação nº 1: a indefinição dos conceitos de danos locais, regionais e nacionais

Com o advento do CDC, a primeira grande complicação envolvendo a definição da competência para as ações coletivas, passou a ser a descoberta do preciso sentido das expressões danos locais, regionais e nacionais.

De acordo com o disposto no art. 93, na hipótese de os danos serem considerados locais, a competência para o julgamento da ação será de um dos órgãos judiciários “do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano” (inc. I do art. 93), à semelhança do tratamento já dispensado pela LACP; na hipótese de os danos serem considerados de âmbito nacional ou regional, a competência para a causa seria concorrentemente do foro da capital dos Estados-membros ou do Distrito Federal, nos termos do inc. II do art. 93 do CDC¹²⁸. Muito bem.

Circunscrito o dano a um único foro, infere-se sem maiores problemas ser ele local, competindo a um dos juízos lá sediados o processo e julgamento da ação. Até aí, nenhum problema, afinal é esta também a orientação da LACP. Mas o que se deve compreender por dano ou ilícito de âmbito regional e nacional? Na busca por uma resposta, surgem muitas dúvidas.

Por exemplo. Será que o dano que vier a ultrapassar os limites territoriais de uma comarca, mas ficar adstrito a um único Estado-membro, pode ser considerado regional? Admitindo-se que sim, para que ele possa ser considerado regional efetivamente, deverá afetar um número “xis” de comarcas? Isto é, é possível definir-se *a priori* um número mínimo

¹²⁸ O STJ já sedimentou entendimento segundo o qual é concorrente a competência entre as capitais e o Distrito Federal para apreciação de demandas que aludam a danos regionais ou nacionais. (STJ, Resp n. 218492/ES, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 18.02.2002, p. 287). Outros precedentes podem ser citados: STJ, 2ª Seção, CC 17.532-DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.02.2000; STJ, 2ª Seção, CC 21.338-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.05.2002; STJ, 2ª Seção, CC 17.533-DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 13.09.2000).

de comarcas a partir do qual o dano deixaria de ser local e passaria a ter caráter regional¹²⁹?! Ou apenas o dano que afete uma das cinco regiões do País (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste ou Sul) é que poderá ser considerado como tal? A alusão que é feita na Lei consumerista ao termo regional guarda simetria com a divisão judiciária ou, uma segunda opção, com a divisão geográfica do país? Em que sentido exatamente teria o legislador empregado a palavra “regional”? Não se sabe. E o que se dizer ainda do dano de amplitude nacional. Basta que o dano atinja dois Estados, cada um situado em uma região brasileira distinta, para que seja considerado nacional? Ou é preciso que, no mínimo, duas regiões brasileiras sejam afetadas? Afinal de contas, o que é região?!

Pois é. Nenhuma de tais indagações encontra resposta na legislação nacional sobre processos coletivos, nem no CDC, muito menos fora dele. Não há um “artiguinho” sequer que defina com precisão o que seja dano ou ilícito de âmbito nacional, regional ou local.

3.4.2.2 Complicação nº 2: o descompasso entre a divisão político-administrativa, a divisão geográfica e a divisão judiciária

A complicação em torno da definição da competência coletiva com base na categorização dos danos implementada pelo CDC aumenta ainda mais, como faz questão de ressaltar Elton Venturi¹³⁰, porque a divisão e organização do Poder Judiciário no país não guarda correspondência exata nem com a divisão geográfica do território nacional (que o divide nas regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul) tampouco com a divisão político-administrativa do Estado brasileiro (que o divide em União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

¹²⁹ Precisamente a solução proposta no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que, para nós, é também imperfeita, por ainda tolerar que a causa venha a ser atribuída a juízo sem relação de proximidade com a lide, sem envolvimento com o conflito de interesses. Pelo menos, contudo, tem a vantagem de esclarecer que a amplitude do dano será aferida conforme narrado na petição inicial, evitando, assim, que o processo seja maculado desde o começo, em razão de vir a se apurar ao longo da instrução, ser o dano mais ou menos extenso do que inicialmente se imaginava, e, assim, que o juízo para o qual fora a causa distribuída e perante o qual se instaurou o processo tornou-se absolutamente incompetente a posteriori. Confira-se: “Art. 22. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III – da capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias; IV – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional. § 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda. (...) § 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.” É por isso superior a sugestão de regulamentação da competência coletiva veiculada no substitutivo ao Projeto de Lei n. 5.139/2009: Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta. § 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas. § 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial. § 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.”

¹³⁰ VENTURI, E. Op. Cit., p. 100.

Realmente. Nem sempre coincidem os limites territoriais do foro com a área de um só Município, havendo municípios que, por demais populosos, são desmembrados em mais de uma comarca, do mesmo modo que há Tribunais exercendo jurisdição sobre mais de um Estado Federado, os quais nem sequer, por sua vez, estão localizados em uma mesma região geopolítica¹³¹.

Assim, fica a pergunta no ar: para ser considerado regional, o dano deve refletir em mais de um Estado-membro da mesma região, em fidelidade à divisão geopolítica, ou é regional o dano que repercute no território de mais de uma comarca, em respeito à divisão jurisdicional? Especialmente com relação à Justiça do Trabalho acentua-se a confusão, pois, como sabido, há um TRT com jurisdição sobre mais de um Estado e dois TRTs atuando em um só. Assim, levando-se em consideração a específica situação do Poder Judiciário Trabalhista, indaga-se: a lesão que se estenda por foros situados em mais de um estado da federação, mas que estejam subordinados à jurisdição de um único TRT, é regional ou nacional?!

As mesmas perguntas faz a si mesmo Elton Venturi: “O dano nacional, da mesma forma, seria caracterizado pela lesão que afetasse todo o território nacional, a maioria dele ou mais de um Estado-membro (critério geopolítico), ou aquele que incidisse sobre o território de comarcas ou seções judiciárias pertencentes a Estados-membros diversos?”¹³²

3.4.2.3 Complicação nº 3: a instabilidade da repercussão lesiva

Para além de não haver o legislador definido perfeitamente os conceitos de dano nacional, regional e local, e mesmo que o tivesse feito, o critério da extensão dos danos proposto pelo CDC para a determinação da competência coletiva pode inviabilizar a determinação apriorística do juízo territorialmente competente. Tratando-se lesões a direitos metaindividuais, é por vezes impossível ou muito difícil prever com absoluta certeza toda a repercussão, o desdobramento do evento lesivo. Às vezes, o dano que começa local vai-se alastrando, para ganhar abrangência nacional e até internacional. Por sua vez, o acesso à justiça não pode ficar condicionado à consolidação, no tempo ou no espaço, de todas as conseqüências do dano.

¹³¹ A Justiça Laboral organiza-se, em ordem crescente de instâncias, em Varas, Tribunais Regionais e um Tribunal Superior. Não existe correspondência perfeita entre a divisão judiciária laboral e a divisão político-administrativa do país. Há TRTs com competência sobre mais de um ente federativo (como ocorre com o TRT da 10ª Região, que exerce jurisdição relativamente ao Estado de Tocantins e o Distrito Federal) e Estados Federados com mais de um regional (caso de São Paulo).

¹³² 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. p. 275.

É da natureza das lesões a direitos metaindividuais a sua indeterminabilidade e instabilidade, tornando-se por vezes muito difícil, por ocasião da propositura da ação, a afirmação categórica a respeito da efetiva dimensão do dano, o que, via de regra, só se viabiliza após a instrução da causa. No entanto, à luz do critério eleito pelo art. 93 do CDC, é desta afirmação que depende a definição do órgão jurisdicional territorialmente competente para a ação.

O que acontece, então, se, no curso do feito, se descobre que os danos, inicialmente locais, se alastraram para outras comarcas? Ou, inversamente, que os danos que se supunha serem regionais, na verdade, possuem dimensão apenas local?

A síntese do problema é bem exposta por Elton Venturi na seguinte passagem:

“(...) o juiz estadual ou federal, exercendo sua jurisdição em comarca ou vara federal do interior de determinado Estado, seria competente para processar e julgar ação coletiva proposta em função de lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente *desde que* (condição) a repercussão do dano ambiental não exasperasse os limites de sua competência territorial, pois se assim ocorresse, a competência passaria a recair sobre o juiz da capital do Estado ou do Distrito Federal (territorial e funcionalmente competentes para danos ‘regionais ou nacionais’).”¹³³

Considerando-se a natureza absoluta da regra de competência territorial, vindo o dano a se revelar mais ou menos extenso do que inicialmente se presumira, haverá necessária decretação de nulidade de todos os atos processuais até então praticados e conseqüente declinação de competência, retardando-se ainda mais a entrega da prestação jurisdicional.

E o que se dizer das demandas inibitórias puras, preventivas de um ilícito que nem sequer ocorreu¹³⁴. Como estimar-se exatamente a extensão de um dano, cuja ocorrência precisamente se procura evitar?

Em suma, com tantas indagações o que se quer demonstrar é que a opção legislativa exprimida no art. 93 do CDC, que condiciona a determinação da competência *rationali loci* a uma quase sempre apriorística e inviável definição da repercussão do evento lesivo no espaço, em nada contribui no sentido de se alavancar instrumentalmente um Justo Processo Coletivo do Trabalho. Pelo contrário. Toda a dubiedade ao derredor do critério importa em desrespeito ao princípio constitucional do juiz natural e dificulta o manuseio deste novo ramo do Processo, quarta complicação de que se passa a tratar.

¹³³ VENTURI, E. VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007. p. 103.

¹³⁴ “Quando a lei se refere à competência determinada pelo ‘local do dano’, quer alcançar também as ações civis públicas que visem a evitar a ocorrência da lesão. Nesse caso, para fins de determinação da competência, será considerado o local onde o dano deva ou possa ocorrer;”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 278.

3.4.2.4 Complicação nº 4: a inépcia da regra do art. 93 do CDC em atender às exigências garantísticas do princípio do juiz natural

A falta de especificação legislativa a respeito do que seja exatamente dano local, regional ou nacional torna insegura a determinação da competência para as ações coletivas, isto é, dificulta a definição, mesmo em abstrato, do órgão julgador natural coletivo. Devido à sua vagueza e dubiedade, o critério não atende às reivindicações garantísticas que defluem do princípio constitucional processual do juiz natural, albergado nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal¹³⁵. Isto é, não garante a sua efetivação.

Como é cediço, referido princípio impõe a definição prévia e segura do órgão julgador competente para atuar com respeito a certos grupos de causas, antes mesmo que elas se concretizem, dando-se aos cidadãos a segurança de que serão processados e julgados por juízes independentes e imparciais. Genericamente, a segurança de que ninguém será protegido por um juiz em especial ou perseguido por um tribunal *ad hoc*, especialmente encomendado e instalado para julgar. O princípio do juiz natural exige, pois, sejam as demandas encaminhadas aos órgãos cuja competência fora preestabelecida em relação aos fatos a serem submetidos à apreciação judicial. Daí a importância da objetividade, clareza e precisão na fixação legal dos critérios determinadores da competência, pois são eles que permitirão aos possíveis consumidores de justiça saber de antemão com quais júzos poderão contar, quais deles poderão ser acionados, acaso um dia venham a precisar dos serviços judiciários. Os critérios eleitos pelo legislador infraconstitucional para a fixação da competência devem, por conseguinte, permitir a definição precisa do órgão jurisdicional naturalmente competente, “não sendo aceitável a adoção de critérios obscuros, imprecisos, enfim, que de qualquer tornem pernicioso a fixação da competência”¹³⁶. Todos os jurisdicionados têm o direito fundamental de conhecer, previamente, os juízes naturais de suas causas. Trata-se de exigência processual cardeal, imprescindível à configuração de um devido processo e, portanto, de um processo justo sublinha Nelson Nery:

“Costuma-se salientar que o princípio do juiz natural se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia

¹³⁵ A própria Professora Ada Pellegrini excepciona a rigidez da aplicação da regra, quando diz que se o dano/ilícito não for “tão regional assim”, quer dizer, apesar de ultrapassar os limites territoriais de dois foros de um mesmo Estado, não se revelar, eis as palavras da autora, “propriamente regional”, a competência não será da capital, como impõe o art. 93, II, do CDC, mas concorrentemente de uma das varas dos foros afetados. GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 898.

¹³⁶ VENTURI, E. Op. cit. p. 102.

individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a pré-constituição do direito italiano (Const. ital. 25); b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); c) fixação da competência, vale dizer o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna, tal como ocorre com o *Geschäftsverteilungsplan* do direito alemão.¹³⁷

Lendo-se uma vez mais o dispositivo legal, agora sob o alerta do que espera a garantia do juiz natural de um autêntico critério determinativo de competência, é possível perceber toda a sua deficiência principiológica. Não precisa o dispositivo o que é dano local, regional ou nacional, gerando, por isso, muita indefinição a respeito de quem são efetivamente os juízes naturais das causas coletivas. Fosse o dispositivo legal sentença, certamente contra ele seriam oponíveis embargos de declaração, tal é a obscuridade que o rodeia...

Percebendo a dificuldade, saiu a doutrina nacional “à cata” de diretiva hermenêutica para a questão.

Assim é que, por exemplo, a Procuradora do Trabalho, Cristiane Aneolito Ferreira, qualificou como (i) local o dano “confinado aos limites territoriais de um único e determinado foro”; (ii) regional, aquele que se alastra por “localidades abarcadas pela competência territorial de foros diversos (dentro de um mesmo Estado da Federação)”; (iii) suprarregional, o “que afeta dois ou mais Estados da Federação, sem abrangência nacional” e, finalmente, (iv) nacional o dano que abrange “todo o território do País.”¹³⁸

Arruda Alvim, em contribuição, sugeriu: “Se vários municípios, dentro de um mesmo Estado federado, estiverem compreendidos numa mesma comarca, tratar-se-á de dano de âmbito local. Esse entendimento, que fixará a competência do juízo proximamente ao dano, ou da possível ocorrência do dano, é o que convém e que se ajusta à finalidade da disciplina da competência do Código do Consumidor (...). Quando transcender a área de uma dada Comarca, tratar-se-á de dano regional, enquanto circunscrito ao âmbito de um Estado federado e a competência para a causa é o foro da capital do Estado. A competência será da comarca do Distrito Federal quando o dano que haja ocorrido transcender, ou, se ainda por vir a ocorrer, puder vir a transcender, a área geográfica de mais de um Estado, ganhando por isso âmbito nacional (...).”¹³⁹

Já ao ver de Pedro da Silva Dinamarco: (i) se o dano atingir “poucas” (sic!) comarcas, a competência será de qualquer uma delas, a ser definitivamente fixada por prevenção, mas se

¹³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios...* p.135-136.

¹³⁸ FERREIRA, Cristiane Aneolito. Competência para julgamento das ações civis públicas na Justiça do Trabalho em face edição da OJ 130 da SDI-II do TST. In MALLETT, Estevão et alli. *Tutela processual coletiva trabalhista*. Temas. São Paulo: LTr, 2010. p. 175-183.

¹³⁹ ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 425-426.

entre estas estiver a Capital do Estado, então será ela a única competente; (ii) alastrando-se o dano por “todo ou quase todo o Estado”, sem, contudo, extravasar de seus limites territoriais, então a competência é exclusiva de um dos juízos da capital do referido Estado; (iii) regional o dano, isto é, abrangente de comarcas situadas em mais de um Estado da Federação, sem chegar, porém, a afetar todo o país, então a competência será de qualquer uma das capitais dos respectivos Estados, concorrentemente; (iv) por fim, alcançando o dano dimensão nacional, a competência será de um dos juízos das capitais dos Estados ou do Distrito Federal, indiferentemente.

A despeito do bem-intencionado exercício de “adivinhação”, nem todas as nuvens em torno dos conceitos de dano nacional, regional e local dissiparam-se. O que se dizer, por exemplo, da classificação sugerida por Pedro Dinamarco, a qual ilusoriamente acredita ser capaz de resolver o grave dilema que aflige o art. 93 com conceitos vagos e indeterminados como “poucas comarcas” ou “todo ou quase todo o Estado”. Qual efetivamente a linha limítrofe entre o dano local e o regional? Se forem afetadas cinco das dez comarcas de um Estado-membro, não estando aí incluída a da capital, o dano será local ou regional?! Com base no critério sugerido pelo autor, não dá para saber com certeza. Mas é desta resposta, justamente, que depende a definição do juiz natural da causa, que será o da comarca da capital se se considerar regional o dano ou o do interior, se local. Ora, um critério de determinação de competência que nada determina não passa de um nada jurídico. Não presta!

De mais a mais, a definição não pode ficar a cargo da “intuição” da doutrina, que não raras vezes diverge em seu entendimento. É ao legislador que incumbe prover o cidadão de critério claro e unívoco a respeito do juiz natural competente para a ação coletiva.

3.4.2.5 Complicação nº 5: perda de oralidade

Mesmo que houvesse o legislador definido exatamente o que é dano local, regional ou nacional, complicações outras ainda em torno do critério de competência eleito pelo CDC continuariam a desaconselhar sua adoção. A perda de oralidade é uma delas.

Ao atribuir às capitais dos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para as ações que digam respeito a danos regionais e nacionais, o art. 93 do CDC acaba por conduzir a soluções que contrariam a lógica processual de se priorizar o funcionamento, na causa, do juízo mais próximo possível da lide.

São facilmente constatáveis os disparates a que sua aplicação pode levar¹⁴⁰.

Para exemplificar, imagine-se um dano que extrapolasse dos limites territoriais de mais de uma comarca, sem, no entanto, extravasar do espaço de um único Estado da Federação. Mais concretamente, imagine-se um dano que afetasse os Municípios de Campos dos Goytacazes e Itaperuna, ambos no Estado do Rio de Janeiro. Mais do que uma comarca seria atingida, porém, todas dentro do mesmo Estado-membro, de modo que seria lícito sustentar ser o dano regional. Neste caso, segundo a orientação do Código de Defesa do Consumidor, competente para conhecer da ação coletiva seria algum dos juízos da comarca da capital, isto é, alguma das varas trabalhistas da cidade do Rio de Janeiro. É o que está disposto no inc. II do art. 93 do CDC. Porém, pergunta-se: que relação tem esse juízo com os fatos lesivos? Provavelmente, nenhuma.¹⁴¹

Imagine-se, agora, um dano que afetasse algumas comarcas dos Estados de Minas Gerais e Bahia, sem sequer chegar ao conhecimento dos habitantes da capital destes dois entes da federação. Deixando-se de lado a discussão a respeito de sua real natureza, se regional, como defende Arruda Alvim ou suprarregional, no entender de Cristiane Aneolito Ferreira, pouco importante, haja vista a aplicação nos dois casos da mesma regra de competência, qual seja, a do art. 93 inciso II do CDC, deve mesmo ser a causa processada e julgada nas capitais de um dos dois Estados afetados? Ainda que fosse esta última a solução eleita, o que Belo Horizonte ou Salvador tem a ver com a discussão? Verdade seja dita, muito mais razoável que a competência, nesse caso, seja atribuída a um dos juízos situados em um dos foros abrangidos pelo conflito coletivo, como, aliás, preconiza o art. 2º da LACP.

Com os dois exemplos acima só o que se quer demonstrar é que é preciso parar para refletir se, realmente, como quer o art. 93 do CDC, qualquer juiz de qualquer capital ou ainda um juiz do Distrito Federal podem julgar qualquer ação coletiva que discuta a ocorrência de dano ou ilícito nacional ou regional. Se o fato de uma causa coletiva de maior repercussão ser

¹⁴⁰ Grande parte da doutrina trabalhista sobre processos coletivos aplica acriticamente a regra do art. 93, I e II do CDC, atribuindo às varas das capitais dos Estados membros a competência para conhecer de ações que denunciem eventos lesivos regionais, ainda quando tais comarcas não tenham sido alcançadas pelo evento lesivo: “Quando o dano for de âmbito regional, extrapolando os limites do território de uma Vara e alcançando uma região, porém nos limites do mesmo ente da Federação, a competência será da Vara (ou de uma das Varas) da Capital do Estado ou do Distrito Federal (se o dano ocorre na sua região), nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. (...) Ainda nesse enfoque, se o dano abrange dois ou mais Estados, mas não apresenta alcance nacional, o mais adequado é entender pela competência concorrente das Varas situadas nas Capitais dos Estados envolvidos (aqui inserido o Distrito Federal, concorrentemente, caso o dano também o alcance), ficando preventa aquela que primeiro conhecer da demanda.” GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Ação civil pública e danos de âmbito regional e nacional: competência e alcance da coisa julgada. P. 64-72. In: MALLETT, Estevão et alii. *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 97-110.

¹⁴¹ Mesma pergunta faz Elton Venturi: “De fato, indaga-se: qual o sentido e a lógica de se fixar a competência jurisdicional para o processamento de uma ação coletiva que diz respeito a danos incidentes sobre o território de diversas comarcas de um mesmo Estado ao juízo de primeira instância de sua Capital, que, para além de não ter competência territorial sobre aqueles, segundo a divisão estrutural do Poder Judiciário, por vezes se encontra totalmente afastado do local do dano, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos metaindividuais?” VENTURI, E. *Processo civil ...* p. 276-277.

processada perante algum dos juízos das capitais ou ainda do Distrito Federal é capaz de lhe imprimir maior publicidade, motivação, igualdade, ampla defesa etc. Nada comprova, efetivamente, que um devido processo legal “melhor”, mais garantístico, será implementado ou viabilizado só por estar sendo a causa julgada na capital e não em algum outro juízo. Muito pelo contrário. É no local do dano que estão, se não todas, pelo menos a maioria das provas que instruirão a causa. Lá estão as realidades captáveis através de perícias ou passíveis de serem inspecionadas, as testemunhas que poderão depor, sem falar que quase sempre coincide o local do dano com aquele onde têm domicílio as vítimas do evento lesivo. Por conseguinte, afastando-se da causa os juízos mais próximos da realidade litigiosa, em prol de outros distantes, perde-se em oralidade, princípio tão caro ao Processo Laboral¹⁴²,

Assim, presume-se mais facilmente atendida a exigência de mediação atribuindo-se o processamento da causa a um dos foros em que refletida a violação do que a outros distantes e muitas vezes alheios aos acontecimentos lesivos.

3.4.2.6 Complicação nº 6: discriminação entre juízes e a volta ao regime do art. 16 da LACP

O fato de o art. 93 do CDC fixar nas capitais dos Estados e no Distrito Federal a competência para o processamento e julgamento de ações coletivas relacionadas a danos de âmbito nacional ou regional implica ilógica e despropositada discriminação entre os membros do Poder Judiciário, prestigiando-se aqueles que atuam nas capitais dos Estados ou no Distrito Federal, aos quais se teria sido conferido o “poder” de prolatarem decisões com eficácia extraforo, isto é, decisões com eficácia nacional e regional, em detrimento dos demais. Isto é, os discrimina segundo sua lotação.

Unitárias e indivisíveis as pretensões metaindividuais, a conclusão a que se chega é a de que os juízes das capitais e os do DF podem produzir decisões com repercussão de âmbito nacional ou regional e daí a competência que lhes outorga a lei nos casos de danos com tais dimensões, mas não aqueles magistrados em exercício no interior.

Ora, sabendo-se que são todos os juízes igualmente dotados de jurisdição, porque afinal de contas se condicionar o alcance nacional ou regional dos provimentos judiciais em

¹⁴² O princípio da oralidade subdivide-se em um complexo de outros princípios, dentre eles o da mediação. A propósito, a lição de Ada Pellegrini, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco: “(...) a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou da imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias. O princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (...)” GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 334.

ações coletivas à sua prolação por juízes sediados nas capitais ou no Distrito Federal, e não se reconhecer igual aptidão àqueles lotados no interior?

Não deixa de ser curioso notar, diz Elton Venturi:

“que a mesma doutrina que denuncia e ataca combativamente o equívoco científico de se confundir a competência jurisdicional com a eficácia da coisa julgada, confusão predeliberada quando da alteração do art. 16 da LACP, incorre em erro similar ao propor que os provimentos judiciais em ações coletivas somente poderiam gerar eficácia nacional desde que provenientes de juízos aos quais fantasiosamente se atribui sem qualquer justificativa plausível, competência territorial nacional.”¹⁴³

É, no mínimo, incoerente criticar o artigo 16 da LACP porque limita a abrangência das sentenças dos juízes segundo parâmetros definidores de competência, e, ao mesmo tempo, pretender negar aos juízes que estão no interior - porque estão no interior (!) -, possibilidade de que suas sentenças projetem efeitos para além dos limites das respectivas comarcas, ainda por cima, na contramão dos movimentos de reforma judiciária empenhados em descentralizar e interiorizar a Justiça com vistas a facilitar o acesso das pessoas aos órgãos jurisdicionais.

3.4.3 A opção ruim do Tribunal Superior do Trabalho espelhada na OJ 130 da SDI-II e o apelo ministerial contra a sua aplicação

A despeito das inúmeras complicações de ordem instrumental e principiológica trazidas com o advento do artigo 93 do CDC para o tema da competência territorial coletiva, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se por sua adoção na OJ n. 130 da SDI-II abaixo transcrita:

“OJ Nº 130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EXTENSÃO DO DANO CAUSADO OU A SER REPARADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 93 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das varas do trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito suprarregional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.”

Buscando chamar a atenção dos Ministros do TST para os incômodos que a aplicação do art. 93 poderia acarretar, em 2002, o Ministério Público do Trabalho, por intermédio de sua

¹⁴³ VENTURI, E. *A competência...* p. 104-105.

Procuradora-Chefe, encaminha ao Superior Tribunal Trabalhista ofício pugnando pelo cancelamento da OJ e retorno à disciplina do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública.

Debruçando-se sobre os precedentes que teriam dado origem à Orientação Jurisprudencial 130, constatou o Ministério Público do Trabalho que em apenas um deles a questão da competência territorial havia sido tratada como questão central. Todos os demais “precedentes”, segundo o que consta do ofício ministerial, giravam em torno basicamente da discussão a respeito da competência funcional para as ações coletivas, se originária das varas do trabalho ou dos tribunais, tratando apenas *en passant* da competência de foro, de modo que não haveria ainda, no entender do Ministério Público, lastro jurisprudencial suficiente para a edição de orientação paradigmática acerca da matéria.

Lembrou ainda das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes em torno da aplicabilidade do art. 93 do CDC a todas as espécies de ações coletivas, dispositivo que para alguns só seria aplicável aos direitos individuais homogêneos¹⁴⁴.

Ainda contra o art. 93, especificamente no que diz respeito ao Processo Trabalhista, ressaltou o órgão de apoio à Justiça que, ao disciplinar a LACP o tema da competência coletiva de forma mais satisfatória do ponto de vista garantístico que o próprio art. 93 do CDC, no processo de preenchimento da lacuna laboral se deveria dar preferência ao primeiro e não ao segundo¹⁴⁵.

Concluiu no sentido da necessidade de retorno ao regime instituído pelo art. 2º da LACP, afirmando que, por ele, outrossim, quando comparado com o do art. 93, se torna mais fácil a atuação dos legitimados coletivos, os quais terão à sua disposição foros concorrentes para que acionem a Justiça, não precisando deslocar-se até as capitais ou até o DF, concentração essa que não se justifica frente aos esforços de interiorização do Judiciário feitos

¹⁴⁴ Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, é um dos que entende que o art. 93 só se aplicaria às ações coletivas voltadas a cuidar de direitos individuais homogêneos, em razão de sua localização topológica no CDC. Apesar de não ser esta a orientação que prevalece, tem-se aí mais um argumento contra o art. 93. Em razão da interação entre ambos os diplomas (LACP e CDC), prepondera a orientação no sentido de que ambas as regras aplicam-se a todas as ações voltadas à defesa dos interesses coletivos lato sensu e que um dispositivo complementa o outro, interagem, completam-se. Segundo Ada Grinover: “Embora inserido no capítulo atinente às ‘ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos’, o art. 93 do CDC regre todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos.” GRINOVER, A. P. et. alli. *Código...* p. 894. Engrossando a lista de doutrinadores que acompanham Ada Pellegrini em pesnamento, DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Édís et alli (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 505-518.

¹⁴⁵ Como já “cansamos de dizer” neste trabalho, norma que, como a do art. 93, ao invés de elevar, faz reduzir os níveis de efetividade do processo do trabalho, que não comunga do sonho instrumentalista, que, enfim, após filtragem constitucional, mostra-se contrária às exigências de um justo processo, só pode ser considerada *persona non grata* nos domínios laborais, dele devendo manter-se afastada. Por isso, estaria barrada a penetração do art. 93 em solo coletivo laboral. Por não atendimento da exigência do art. 798 da CLT, necessária à realização de qualquer transfusão normativa, qual seja, a da compatibilidade principiológica e instrumental entre a norma a importar e a filosofia de um justo processo laboral.

nos últimos anos pelo legislador constituinte. Na sequência, são transcritos alguns dos fragmentos mais relevantes do ofício¹⁴⁶:

“(…) merece ser repensada a edição da Orientação Jurisprudencial n. 130 da Subseção II da Seção de Dissídios Individuais (DJU de 4.5.2004), versando o tormentoso tema da fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, a qual, ao recomendar a incidência analógica, na Justiça do Trabalho, do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, dele extraindo *conclusão no sentido da inexistência de foros com competências concorrentes, para o julgamento de pedidos que visem à reparação de danos de âmbito regional, suprarregional ou nacional*, com a devida vênia, não adotou a interpretação que melhor se amolda à estrutura dessa Justiça Especializada; aos princípios que identificam o processo respectivo e à finalidade legal de facilitar o acesso ao Judiciário e propiciar a célere efetivação da tutela jurisdicional, com o resguardo do direito de ampla defesa do réu. (...) parece não restar dúvidas que a aplicação subsidiária ao processo do trabalho do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública guarda respeito ao art. 769 da CLT, haja vista que (...) geralmente o local do dano é também o local da prestação de serviço, critério eleito pela CLT para a fixação da competência para o julgamento pela Vara do Trabalho da ação individual (art. 651 da CLT), sendo que as exceções constantes dos §§ 1º, 2º e 3º perseguem a facilitação do acesso do trabalhador à justiça. *De fato, a aplicação analógica do art. 2º e parágrafo único da Lei n. 7.347/85, com a fixação da competência para o julgamento da ação civil pública referente às relações de trabalho da Vara do Trabalho do local do dano que primeiro receber a ação, sem se perquirir da extensão territorial do dano (nacional, suprarregional, regional ou local), se mostra absolutamente adequada ao processo do trabalho, presente a acertada opção jurisprudencial desse Egrégio TST de não admitir a competência originária dos Tribunais e nem a fragmentação das demandas coletivas, que decorreria, irremediavelmente, da admissão da suposta limitação territorial da eficácia da decisão proferida na ação civil pública.* A fixação da competência pelo local do dano, na forma preconizada pelo art. 2º da Lei n. 7.347/85, também tem o condão de facilitar o exercício pelo réu do direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados no art. 5º, LV, da Constituição Federal, na medida em que garante que o processamento do feito se dará sempre em local onde a empresa exerça ou tenha exercido alguma atividade. Por isso é que a opção subseqüentemente adotada pela Orientação Jurisprudencial n. 130/SDI-2, no sentido da aplicação da regra do art. 93, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor – a qual, disciplinando a tutela dos direitos individuais homogêneos nas relações de consumo, baliza a competência territorial pela extensão do dano –, com a devida vênia, não parece a mais acertada. (...) A firme jurisprudência desse Egrégio TST, no que tange à inexistência de limitação territorial dos efeitos da decisão prolatada em ação civil pública, revelada pelos próprios precedentes da orientação jurisprudencial em questão, aliada ao critério de fixação de competência previsto no art. 2º e parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública, se mostram suficientes a assegurar o ágil apelo aos controvertidos conceitos do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (...). Resulta evidenciada, portanto, a maior compatibilidade com o processo do trabalho da norma inserida no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, merecendo pronto cancelamento, com a devida vênia, a OJ n. 130/SDI-2, a qual, a partir de precedência que não esgota o tema, consigna opção pela aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, norma de controvertida exegese, que dificulta o acesso à jurisdição e à tutela dos interesses metaindividuais, na seara trabalhista, trazendo obstáculos, ainda, ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.”

¹⁴⁶ Apelo disponibilizado na íntegra no livro de LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 203-213.

O apelo, porém, não logrou comover os Ministros do TST, tendo em vista a manutenção da OJ até o presente momento. Que fique, porém, “consignado em ata” também o nosso protesto contra a aplicação do art. 93 do CDC.

3.4.4 Síntese dos motivos que tornam indesejável a aplicação do art. 93 do CDC ao Processo Coletivo Laboral e a necessidade de retorno ao regime do art. 2º da LACP. Um passo atrás, dois à frente

Se o art. 2º da LACP tem lá as suas imperfeições, ainda mais problemático é o art. 93 do CDC, como se procurou demonstrar. Daí a necessidade urgente de abandono da regra de competência territorial baseada na extensão do dano. Tantos foram os argumentos levantados ao longo do Capítulo contra sua aplicação, que cumpre, em deferência à didática, sintetizá-los um a um:

- (i) A regra do art. 93 do CDC não atende ao princípio do juiz natural, pois se vale de conceitos vagos e movediços que não permitem determinar com segurança quem são os órgãos julgadores competentes para as causas coletivas;
- (ii) A natural vocação “extra-foro” da eficácia das sentenças de acolhimento do pedido coletivo, decorrência do caráter unitário e indivisível das pretensões transindividuais, não justifica se condicione a repercussão nacional ou regional dos provimentos coletivos ao processamento da causa perante juízos das capitais dos Estados-membros ou do DF. Todos os juízes são igualmente dotados de jurisdição.
- (iii) O TST vem reiteradamente rechaçando aplicação ao art. 16 da LACP, o que corrobora a tese de que as decisões dos juízes, inclusive daqueles lotados no interior, possam transcender de sua própria base territorial de exercício da jurisdição, ecoando, pois, para além dos limites territoriais da respectiva comarca;
- (iv) Independentemente da extensão do dano, havendo mais de um foro disputando concretamente a competência para a causa, finca-se ela em definitivo pelo critério de prevenção do parágrafo único, do art. 2º, da LACP;

- (v) A regra de competência do art. 93 contradiz o ideal de aproximar o julgador do local do dano, ao afastar da causa, em casos de danos regionais e nacionais, o órgão jurisdicional mais próximo da comunidade afetada em prol de outro distante (da capital do Estado ou do DF), sob pretexto de que somente este teria competência para produzir decisões com eficácia subjetiva erga omnes ou ultra partes, em desprestígio, ademais, à oralidade;
- (vi) O processamento da causa perante juízo distanciado da lide atrapalha o controle dos substituídos processuais sobre a performance processual do autor coletivo, indo de encontro ao princípio da publicidade, além de poder violar o direito de ação assegurado ao réu, ao obrigá-lo a demandar em localidade onde não se encontra estabelecido ou onde não exerce ou jamais exerceu qualquer atividade;
- (vii) Não há motivo para supor que os juízes lotados nas capitais ou que oficiem no Distrito Federal irão implementar um devido processo legal coletivo “melhor” que seus demais colegas de judicatura. A concentração de causas coletivas nas capitais e no DF, além do mais, está na contramão do movimento de descentralização dos serviços jurisdicionais, traduzido na instalação de número cada vez maior de varas pelo interior do país;
- (viii) A regra do art. 2º da LACP combina melhor com Processo do Trabalho do que a regra do art. 93 do CDC, não apenas em razão da peculiar estrutura organizacional da Justiça Obreira, como também por ser a que se mostra mais concretamente contributiva a alavancar o sistema de tutela coletiva.

3.4.5 Ainda uma vez a preocupação com o acesso à justiça: em busca do foro mais adequadamente competente para as ações coletivas do trabalho

Moral da história: sendo a regra do art. 2º da LACP mais compatível com o projeto a que nos lançamos, de construção de um Justo Processo Coletivo Laboral, é ela que deverá ser aplicada¹⁴⁷, não o art. 93 do CDC.

¹⁴⁷ Também tacha de deficiente o critério que fixa a competência territorial para as ações coletivas a partir da extensão do dano, Elton Venturi, concluindo, como nós, ser preferível o critério da LACP, em razão de tudo o que já falamos. Apesar de um tanto extensa, vale transcrever pedaços de suas lições: “Como se percebe, não são poucas as dificuldades encontradas e as críticas voltadas ao sistema de fixação da competência na ações coletivas, sendo certo, todavia, que a solução apontada para o

Nem sempre, porém, o “pressentimento” da LACP, de ser o juízo do local do dano o mais adequado para a causa, se confirmará. Por exemplo: se um avião que a empresa fretou para levar seus empregados a trabalho de um ponto a outro do país cai no meio da Floresta Amazônica, porque haveria eventual ação coletiva de ser ali processada? Certamente não é ali que têm domicílio as vítimas e seus sucessores.

Mas estas e outras exceções não invalidam a regra geral de competência coletiva estabelecida na LACP. Afinal, é mesmo de se supor que no foro do local do dano será mais facilmente “montado” um devido processo legal. As regras postas, precisamente porque são regras e não exceções, devem refletir o que normalmente ocorre na realidade da vida, não o ocasional.

O que está errado e merece ser repensado é o legislador ter estabelecido como único foro competente, isto é, como foro absoluto, o do local do dano, sem a previsão de foros concorrentes¹⁴⁸. O caráter absoluto que se imprimiu à regra de competência impossibilita que o magistrado ao qual se dirigiu a demanda possa vir, no caso concreto, a declinar de sua competência para juízo mais convenientemente capacitado a conduzir com justiça o processo, naquelas hipóteses em que a regra do foro do local do dano, ao invés de facilitar, dificultar o acesso à justiça de vítimas e sucessores.

É por isso que, de *lege ferenda*, se sustenta como foro coletivo trabalhista subsidiário ao do local do dano, o do local da prestação de serviços, que é o foro genérico de competência para as ações trabalhistas.

Sobre o ponto, doutrina já atenta à problemática vem apregoando que, a despeito da regra prevista no CDC e na LACP, verificando o juízo perante o qual foi ajuizada a demanda que o julgamento da causa naquela localidade dificultará o acesso das vítimas e sucessores à indenização, a produção da prova ou mesmo a defesa do réu, possa ele declinar da sua

problema talvez resida, paradoxalmente, no retorno ao sistema primitivamente inaugurado pela disposição do art. 2º da LACP. Com efeito, se o que se pretende é, a um só tempo, preservar a competência territorial como critério que empresta efetividade à tutela coletiva (sem subversão da divisão e organização judiciária do país), não confundir divisão da competência jurisdicional com eficácia da coisa julgada e viabilizar adequada proteção (preventiva e repressiva) aos direitos metaindividuais, mediante provimentos necessária e verdadeiramente erga omnes ou ultra partes proferidos pelo órgão jurisdicional competente, independentemente de qual seja, qual a extensão dos danos produzidos pelo evento lesivo e quais sejam os limites da competência territorial do juízo, o caminho parece passar, inevitavelmente, pelo abandono dos critérios de fixação de competência a partir da referência a dano local, dano regional ou dano nacional. VENTURI, Elton. *Processo civil* ... p. 284.

¹⁴⁸ A Leonardo Greco também não agrada a idéia de ser único foro competente para as ações coletivas o do local do dano: “(...) Essas disposições são merecedoras de críticas, não pelo fato de estabelecerem o lugar do dano como mais uma opção para o autor de fixação da competência territorial, mas por estabelecerem o local do dano como foro de competência absoluta. Muitas vezes para a vítima o foro mais conveniente, mais favorável e mais acessível não é o do local do dano, e o intuito da lei é favorecer a indenização, a reparação da lesão sofrida pela vítima. Submeter a vítima a um foro menos conveniente, dificultando o seu acesso à justiça por uma regra de competência que é inspirada na finalidade de protegê-la e não de proteger o causador do dano, é uma aberração. Portanto, questionável é o caráter absoluto da regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85.” GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. I, p. 162.

competência para um juízo mais adequado. Trata-se da adequação da regra de competência legal à realidade do conflito.

O que ainda não está claro e merece maiores reflexões é o critério de que se valerá o juízo do foro não conveniente para o qual se dirigiu a demanda, quando entender por bem declinar da competência e houver mais de um foro ao qual possa ser a ação direcionada. Ao que parece, o melhor é que seja feita uma espécie de distribuição entre eles: um sorteio a fim de se fixar o próprio foro, antes ainda do juízo. Uma vez escolhido, na sorte, o foro, procede-se à nova distribuição, desta feita com vistas à fixação do juízo.

Trata-se do que parcela do setor doutrinário já vem apelidando de *princípio da competência adequada*, que permitiria ao juízo acionado recusar-se a prestar jurisdição, controlando a sua própria competência, quando reputar fundamentadamente haver foro que mais convenientemente atenda aos reclamos garantísticos do devido processo legal¹⁴⁹:

“Aplica-se aos processos coletivos o princípio do *forum non conveniens* quando o dano for de âmbito regional ou nacional, podendo o juiz, levando em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelos membros do grupo, declinar de sua competência estabelecida pela prevenção para um juízo mais adequado.”¹⁵⁰

3.5 Competência funcional para as ações coletivas do trabalho

Encerrada a discussão a respeito da competência territorial para ações coletivas do trabalho, parte-se para a análise dos órgãos jurisdicionais competentes para conhecer em primeiro lugar das ações civis públicas trabalhistas, isto é, passa-se a tratar da competência funcional coletiva.

¹⁴⁹ É como chamam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti: “(...) há um princípio que deve ser inserido no processo coletivo nacional, pois tem finalidade prática urgente: o princípio da competência adequada. Trata-se de aplicar, no processo coletivo, a idéia, advinda do direito norte-americano para aplicação no direito internacional, de o juiz da causa (perante o qual a demanda foi proposta) controlar a competência adequada através do princípio do *forum non conveniens*, que nasceu como freio ao *forum shopping*. Com a inserção desse princípio o próprio juiz da causa, dentro do controle de sua competência, utilizando o princípio da *Kompetenzkompetenz* (o juiz é competente para controlar a sua própria competência), já aceito pelo ordenamento nacional, evitaria julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos (p. ex.: extensão e proximidade com o ilícito), quer em razão das dificuldades de defesa do réu. Também seria evitado o uso da competência para obter vantagens processuais, trabalhando como limite para que a regra da competência por prevenção não se torne uma disputa pelo foro. (...) A mesma lógica incide no princípio do *forum non conveniens* desenvolvido em solo americano, válido tanto para os processos individuais como para os processos coletivos.” DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hemes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009. V. IV, p. 117-118.. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hemes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009. V. IV, p. 117-118.

¹⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hemes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009. V. IV, p. 117-118.

3.5.1 O verdadeiro significado por detrás do emprego da expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei n. 7.347/1985

O art. 2º da Lei da Ação Civil Pública dispõe ser o juízo do foro do local do dano competente *funcionalmente* para processar e julgar a ação.

Segundo conta José Carlos Barbosa Moreira, ao que tudo indica, coube à doutrina processual alemã de fins do século XIX a construção do conceito de competência funcional¹⁵¹. De acordo com a formulação original tedesca, funcional é o critério que reparte entre diferentes órgãos jurisdicionais as atividades a serem desempenhadas no curso de um mesmo processo. O critério funcional, portanto, entraria em cena depois de proposta a ação e de fixado o foro competente, distribuindo entre órgãos jurisdicionais diversos a condução de trechos distintos da marcha processual.

O conceito, prossegue narrando Barbosa Moreira, tão bem delineado na Alemanha, veio a ser embaralhado por obra, nada mais nada menos, de um dos mais notáveis processualistas de todos os tempos, Giuseppe Chiovenda¹⁵².

Segundo Barbosa Moreira, para o autor italiano, além do sentido clássico atribuído à expressão, também se deveria falar em competência funcional quando fosse afetado o julgamento de uma causa ao juiz de determinado território por ser nele presumivelmente mais fácil ou mais eficaz o exercício de suas funções. Das lições do processualista peninsular, extrai-se a divisão da competência territorial em competência territorial simples e competência territorial funcional, a primeira inspirada na finalidade de ofertar às partes, especialmente ao demandado, maior comodidade no uso do “guarda-chuva” principiológico do devido processo; a segunda, na de “fazer realizar-se o processo perante órgão judicial que, por sua sede, pudesse exercitar as suas funções processuais da maneira mais eficiente”¹⁵³. A diferença prática essencial entre os dois critérios estaria na impossibilidade de modificação do segundo deles (o critério territorial-funcional) por convenção das partes¹⁵⁴.

Feito o registro histórico, pergunta-se: dá para imaginar a criação, pelo legislador, de alguma regra processual de competência que não tenha o específico propósito de atribuir o

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A expressão ‘competência funcional’ no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública’. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 247-255.

¹⁵² Aderem ainda hoje à dualidade conceitual chiovendiana, BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63-64; DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 505-518: “O primeiro e mais importante critério é, novamente, o da proximidade com o local do dano, já ocorrido ou na iminência de ocorrer (art. 93, I e LACP, art. 2º). Trata-se de critério funcional, que visa deixar o juiz o mais próximo possível do local das provas e das próprias vítimas, facilitando o acesso à justiça. Sempre que possível, portanto, deve ser respeitada essa regra segundo a qual a ação coletiva deve tramitar na Comarca onde tenha ocorrido o dano.”

¹⁵³ MOREIRA, J. C. B. *A expressão...* p. 251.

¹⁵⁴ Loc. cit.

juízo da causa ao órgão do Poder Judiciário considerado mais eficientemente capacitado ao desempenho da jurisdição?! Acreditamos que não.

Toda regra competencial que se preze tem justamente em mira estabelecer uma relação de adequação entre o juízo e a causa.

A distribuição do exercício jurisdicional com base em critérios territoriais, isto é, atribuição de competência a órgão jurisdicional de certa localidade é feita levando-se em consideração o fato de ser mais produtivo ao juiz ali lotado o desempenho da judicatura.

Por isso, por amor à clareza, não se justifica a introdução de um novo critério de competência do tipo funcional-territorial.

O critério funcional nada tem a ver com o foro onde deve ser proposta a ação. É, como dito linhas atrás, critério que entra em cena depois de já distribuída a demanda e de fixado o foro competente, ao longo do processo, atribuindo a órgãos judiciais diversos a competência para o desempenho de diferentes funções, todas concernentes a um mesmo processo¹⁵⁵.

Daí porque, não estando o art. 2º da LACP a tratar da divisão de tarefas entre distintos órgãos jurisdicionais em um mesmo processo, não ser efetivamente funcional o critério lá adotado. Obviamente, a atribuição de competência ao juízo do foro do *local* do dano para as ações civis públicas teve por base o critério territorial.

Ao tratar como funcional competência que é territorial, o que pretendeu o legislador, em verdade, foi imprimir caráter absoluto à regra de competência de foro, que, como regra, é relativa^{156 157}.

Mas, para isso, lamenta Barbosa Moreira, não precisava ter embaralhado os conceitos. Havia o caminho mais fácil de simplesmente se afirmar, à semelhança do que já havia feito na parte final do art. 95 do CPC, ser absoluta a competência territorial coletiva¹⁵⁸:

“Do ponto de vista técnico, o emprego da expressão ‘competência funcional’ sem dúvida se harmoniza com a construção chiovendiana, correspondendo ao segundo critério proposto pelo autor italiano. Com efeito, é de se presumir que tenha melhores condições de exercer as funções necessárias o juízo do ‘foro do local onde ocorrer o dano’. Diversamente, o emprego da expressão não se harmoniza com a construção originária da Alemanha e adotada pela maior parte da doutrina brasileira. (...) Ao ângulo prático, o objetivo do legislador foi certamente o de excluir a possibilidade de modificação pela vontade das partes. (...) É manifesto, porém, que se poderia atingir o objetivo puro e simplesmente com a introdução de cláusula que excluísse em termos

¹⁵⁵ A imagem de Barbosa Moreira ajuda a compreender a distinção: “(...) o critério territorial reparte a massa dos feitos com cortes longitudinais; o critério funcional reparte cada feito singularmente considerado com cortes transversais.” Idem, p. 248.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. *Instituições...*, p. 161: “Com a expressão competência funcional, o legislador quis dizer que nessas ações civis públicas o lugar do dano implica regra de competência absoluta.”

¹⁵⁷ GRINOVER, A. P. *et alli. Código...* p. 897.

¹⁵⁸ Superior neste sentido é a redação do art. 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reza ser competente o juízo do “foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão”, o qual terá “competência absoluta para processar a causa”.

expressos a possibilidade de modificação. Afinal de contas, havia o exemplo da cláusula final da 2ª parte do art. 95 do CPC. As leis recorrem, às vezes, sem necessidade nem vantagem, a expedientes oblíquos para chegar a resultados diretamente atingíveis.”

Logo, no art. 2º da LACP, onde está escrito “competência funcional”, deve-se ler competência territorial absoluta.

3.5.2 Varas do Trabalho: portas de entrada das ações metaindividuais laborais

Afastando-nos ligeiramente da construção alemã acima mencionada, podemos afirmar, na companhia de Alexandre Câmara¹⁵⁹, ser funcional o critério de determinação da competência que, considerando a função já desempenhada por um juiz em certo processo, estabelece a partir daí a quem compete outra etapa do mesmo processo ou outro processo que mantém com aquele primeiro *link* instrumental. É o critério à luz do qual se reparte entre órgãos jurisdicionais diversos as funções a serem exercidas ao longo do feito.

Atualmente, é pacífica a compreensão de que são as Varas do Trabalho as portas de entrada das causas coletivas, os órgãos jurisdicionais incumbidos de recepcioná-las. Que atuarão, relativamente a elas, como órgãos de primeiro grau de jurisdição¹⁶⁰. São, pois, os juízos de primeira instância da organização judiciária trabalhista que conhecerão das ações coletivas em primeiro lugar, funcionando como receptáculos naturais de tais ações¹⁶¹.

Em virtude não apenas de um suposto grau de parentesco com os dissídios coletivos, sabidamente ajuizáveis perante os órgãos sobranceiros da Justiça Laboral, mas igualmente como estratégia a se “driblar” a limitação à extensão subjetiva da eficácia da sentença coletiva que o Poder Público maquinou empreender, alguns Ministros trabalhistas, ante a inovação

¹⁵⁹ CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 102.

¹⁶⁰ “(...) em relação aos interesses coletivos, considerados abstratamente, a Jurisdição Trabalhista os aprecia sempre por intermédio dos Tribunais e nunca pelos órgãos de 1ª instância, quer seja mediante dissídios coletivos de natureza econômica (que visam à instituição de norma coletiva), quer por intermédio dos dissídios coletivos de natureza jurídica (que visam à interpretação de normas legais e coletivas já existentes). Assim, a adequação da Lei n. 7.347/1985, instituidora da ação civil pública, à jurisdição trabalhista impor a apreciação originária da causa pelos tribunais trabalhistas, pois os interesses em disputa são coletivos e a providência jurisdicional requerida tem caráter genérico, no sentido de se impor ao réu a cessação do procedimento contrário à legislação trabalhista, sem se perquirir sobre o número dos atingidos pela decisão judicial. (...). Nesse sentido haviam se posicionado o TST e alguns TRTs. No entanto, a questão da competência hierárquica não era pacífica, quer no Judiciário, quer no próprio seio do Ministério Público do Trabalho. Assim, a maior parte das ações civis públicas estavam sendo ajuizadas perante as Varas do Trabalho, tendo o TST entendido competir aos órgãos de 1ª instância a apreciação das ações civis públicas.” MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 247-248.

¹⁶¹ De acordo com Alexandre Câmara, não se deve confundir instância jurisdicional, conceito fixo, com grau de jurisdição, este por sua vez variável ao sabor da repartição das causas, originalmente ou em fase recursal, pelos órgãos jurisdicionais superiores e inferiores, hierarquicamente escalonados, superpostos. Nas palavras do autor, “instância é termo ligado à organização judiciária, sendo certo que na estrutura do Judiciário existem órgãos hierarquicamente inferiores, chamados de primeira instância, é órgãos superiores, os de segunda instância, como os Tribunais de Justiça e Federal de Recursos. É certo que na imensa maioria das vezes o primeiro grau de jurisdição é exercido por órgãos de primeira instância, e o segundo grau, pelos de segunda instância. Isto não significa, porém, que tais conceitos sejam sinônimos. Isto porque, nos casos de competência originária dos Tribunais estes exercem o primeiro grau de jurisdição (...).” *Op. cit.* p. 80.

normativa introduzida ao universo coletivo pela MP n. 1570/1997, chegaram a sustentar que a competência originária para a apreciação das ações civis públicas teria sido transferida das Varas para os Tribunais do Trabalho. Nacional ou suprarregional o dano, a competência seria do TST. Regional, do TRT respectivo. E, assim, mesmo sob a vigência do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, continuariam as sentenças coletivas a poder irradiar efeitos sobre todo o território afetado pelo dano. Confira-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. 1. O art. 16 da Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, ao tratar da abrangência da decisão proferida na ação civil pública prescreveu que ‘a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*...’”. A norma contida neste preceito legal foi alterada pela Medida Provisória n. 1570-5/97, transformada na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que dispõe: ‘a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator...’. Temos, então, que a nova lei, quando limitou a abrangência das sentenças proferidas nas ações civis públicas à jurisdição do órgão prolator da decisão, alterou o instituto da ação civil pública no que concerne à competência para apreciar as lesões a interesses difusos e coletivos, de modo a impedir que os juízes de primeira instância pudessem prolatar decisões cujos efeitos tivessem eficácia fora da jurisdição de seu território. 2. Recurso ordinário desprovido. (TST – ROACP – 553159-1999 – Ac. SBDI2 – j. 17.10.2000 – Rel. Min. Francisco Fausto – Dj 10.11.2000, p. 545)

“1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. A defesa dos interesses coletivos em juízo, através da ação civil pública, pode ser feita tanto pelo Ministério Público do Trabalho, como pelos sindicatos, de vez que o ordenamento processual assegura a legitimidade concorrente de ambos (CF, art. 129, III e parágrafo 1º; Lei n.7.347/85, art. 5º, I e II). 2. COMPETÊNCIA HIERÁRQUICA PARA A APRECIÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.494/97, ao dispor que a sentença prolatada em ação civil pública terá seus efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator, admite exegese no sentido da limitação da sentença ao âmbito jurisdicional da Junta ou, o que condiz melhor com a natureza indivisível do provimento jurisdicional nessa modalidade de ação, a conclusão de que a competência originária deve ser de Tribunal, se a abrangência da lesão for regional ou nacional. (...).” (TST – 4ª T. – RR. 316001/1996.4 – j. 23.02.2000 – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – R. MPT, v. 10, n. 20, p. 132-142, set. 2000)

Referida orientação, no entanto, não veio a prevalecer, especialmente diante da recusa do Poder Judiciário Trabalhista de uma forma geral a dar aplicação ao art. 16 da LACP, como, aliás, não poderia mesmo deixar de ser, haja vista a inconstitucionalidade e ilogicidade da disposição. A discórdia sobre a competência funcional acabou, enfim, sendo suplantada por decisão do TST na ACP154913/948, relatada pelo Ministro Ronaldo Leal e publicada no DJU de 19.11.1996. Na oportunidade, pacificou-se o entendimento segundo o qual o processamento das ações civis públicas do trabalho deve principiar pelas Varas Trabalhistas.

3.6 A competência para as liquidações e execuções individuais das sentenças coletivas: em defesa da livre distribuição

Nada mais sedutor¹⁶² do que a idéia de um processo único, capaz de ofertar tutela a uma enorme quantidade de pessoas, sem as complicações garantísticas que processos litisconsorciais populosos acarretam à celeridade do serviço jurisdicional e à ampla defesa do réu. Tema recordista de reclamação entre os estudiosos e operadores do processo, a morosidade da Justiça parecia estar com os dias contados. Passada, no entanto, a euforia inicial, as coisas se revelaram um pouco mais complicadas.

A sentença proferida no processo coletivo, quer a de procedência quer a de improcedência, costumeiramente deságua em um mar de ações individuais.

Abruptamente, o que era “um” vira “muitos”. Rechaçado o pleito formulado na ação coletiva, permanecem abertas as portas da Justiça ao recebimento de correlatos pedidos singulares de tutela. Por outro lado, a sentença que julga a demanda procedente convola-se em título passível de ser aproveitado por cada indivíduo que se repute titular do direito ao recebimento de alguma indenização, abrindo caminho para uma infinidade de ações individuais liquidatórias.

Por isso, para que o sonho coletivo não se reduza a “pó”, aliviando a carga de trabalho do Judiciário só por alguns míseros instantes, é preciso, um, ter bem claros os motivos que inspiraram o legislador a determinar a prorrogação da competência do juízo da sentença para a sua execução (CPC, art. 475-P), a fim de aferir se eles se fazem realmente presentes nas hipóteses de “cognição coletiva-execução individuais” e, dois, administrar com inteligência o modo como serão corporificadas as ações individuais subseqüentes à ação condenatória genérica, isto é, racionalizar a forma como virão à tona, preferindo-se sempre agrupá-las a deixá-las soltas, desamarradas. Afinal, de nada adianta desafogar o Judiciário no começo e, ao final, no momento de ser cumprida a decisão coletiva, atolá-lo de processos, “empurrando com a barriga” o problema da sobrecarga de trabalho que assombra os juízes.

Daí dedicar-se o presente item a tratar em conjunto não apenas do tema da competência para as liquidações/execuções individuais aparelhadas por sentenças coletivas, como também daquele relacionado ao modo como tais pretensões individuais chegarão ao conhecimento do Judiciário do Trabalho.

Geralmente, explica Leonardo Greco, as causas ou ações imbricadas por uma relação de “antecedente-conseqüente” são todas atraídas para um mesmo juízo, o chamado juízo prevento. O juízo da ação antecedente tem a sua competência prolongada para julgar também

¹⁶² Já se tornou clichê a afirmação de que as ações coletivas têm o dom de esvaziar as prateleiras e armários dos fóruns de pilhas e pilhas de processos. Neste sentido, por exemplo, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 31 e segs.

a ação conseqüente, como em hipóteses de cognição-execução. A execução é conseqüência da cognição. Destarte, o órgão jurisdicional que julgou a ação condenatória, o chamado juízo sentenciante, fica automaticamente vinculado para a etapa de cumprimento¹⁶³.

Funcionam as regras de prorrogação de competência como instrumentos de economia de atividade judicial e de evitar decisões contraditórias¹⁶⁴. São estes os seus propósitos.

Como é cediço, a aplicação de toda regra processual deve ser sempre feita teleologicamente, levando-se em consideração os fins visados pelo sistema processual como um todo, devendo ser afastada sempre que o propósito que a inspira não se fizer presente ou quando sua aplicação produzir resultado oposto ao desejado.

Por isso, o raciocínio-chave a elucidar a questão da necessidade ou não de distribuição por dependência de duas ou mais demandas, mesmo conexas, será o do risco que a livre distribuição possa acarretar à harmonia entre as decisões judiciais, ou seja, deve sempre levar em conta a necessidade ou não de preservação da convicção judicial única. Sendo a livre distribuição possível causa de desarmonia e injustiças, mister que as ações sejam remetidas a um juízo único. Inexistente o risco de discrepância entre julgados, é dizer, não havendo unidade de convicção a preservar que possa ser quebrada em razão da submissão das novas demandas à livre distribuição, não se impõe a reunião das causas perante juízo único, podendo cada uma seguir o seu próprio destino. Pois bem.

Como é óbvio, se, por mecânica aplicação da regra processual clássica de prorrogação de competência, fosse estendida a competência do juízo da ação antecedente (o juízo da sentença de condenação) para o processo e julgamento das ações conseqüentes (as ações individuais liquidatórias), vindo todas elas a ser obrigatoriamente endereçadas ao juízo que proferiu a sentença coletiva, inviabilizar-se-ia o seu funcionamento ordinário, o normal ir e vir processual na Vara. Em suma, o normal fluxo de processos, em prejuízo não apenas dos próprios credenciados a liquidar, detentores do título executivo judicial coletivo, como também de todos os demais jurisdicionados que, em razão de sorteio, tivessem seus processos destinados ao mesmo juízo da ação coletiva.

Isto é, nos casos de “cognição coletiva-execuções individuais” a aplicação da regra clássica sobre prorrogação de competência, ao invés de proporcionar economia, geraria

¹⁶³ Explica Leonardo Greco, “A expressão prorrogação da competência nem sempre é utilizada corretamente pelo legislador. Conceitualmente, é a extensão da competência de determinado órgão jurisdicional para julgar certa causa ao julgamento de outra, que com a primeira mantém algum vínculo. (...) A prorrogação da competência estende a competência do juízo da ação principal a uma outra causa acessória, incidente e, eventualmente, conseqüente. (...) A ação conseqüente é uma ação derivada de outra ação anterior normalmente já finda. Nessas ações, o primeiro processo já chegou ao seu termo, mas, como conseqüência da decisão nele proferida, vai surgir um outro processo, que também ficará vinculado ao juízo que julgou a ação antecedente.” GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. I, p. 183-187.

¹⁶⁴ Idem, p. 188.

atraso, justamente o inverso do que se espera obter com a sua aplicação. E o que é pior, sem razão de ser, haja vista a inexistência de qualquer unidade de convicção a preservar que justifique a aglomeração de feitos em uma só vara.

Isto porque, nas liquidações e execuções individuais da sentença coletiva, como não poderia deixar de ser, apenas a situação específica de cada vítima ou sucessor é que será levada em consideração. Em linguagem mais técnico, só as questões pertinentes à situação de cada indivíduo lesado é que será objeto cognitivo¹⁶⁵.

Assim, o normal, o esperado, o mais provável que aconteça é que discrepem os julgados, pois não coincidem os modos como cada pessoa é afetada, a natureza e a intensidade do dano, e, por conseguinte, o quanto de indenização cada uma irá receber¹⁶⁶.

A livre distribuição das demandas individuais subseqüentes à ação coletiva, pois, não implica qualquer risco para a convicção única. O que de comum há entre todas as demandas individuais é solucionado unitária e vinculativamente pelo juízo da causa coletiva, cujo pronunciamento vincula por prejudicialidade todos os demais órgãos judiciários. Assim, independentemente de para onde venham a ser destinadas tais ações, isto é, de quem sejam os juízos naturais das ações singulares, estará resguardada a coerência judicial.

Por conseguinte, ante a ausência de unidade cognitiva a resguardar que possa ser rompida em razão da livre distribuição, cumpre afrouxar a regra de prorrogação, liberando-se o juízo da ação cognitiva de proceder às liquidações individuais. As novas demandas se sujeitarão a sorteio e seguirão, sem problemas para um órgão jurisdicional diferente.

O próprio Código de Processo Civil, em recente reforma sofrida, mitigou a regra de prorrogação de competência entre causas conexas. O cumprimento de sentença, embora fase do processo sincrético, pode ser realizado em juízo distinto do condenatório (475-P, parágrafo único), mais cômodo para a execução da decisão. O dispositivo permite quebrar a continuidade competencial do juízo da sentença condenatória para a sua execução, facultando ao portador do título promovê-la no foro do novo domicílio do executado ou no da situação dos bens passíveis de constrição.

A não se entender assim, a vara responsável pelo julgamento da causa coletiva “daria tilt”, para usar expressão que já foi moda, se para lá fossem, na seqüência à prolação da

¹⁶⁵ Certificada na sentença coletiva a obrigação do réu de reparar os danos causados, o pagamento de indenização a cada suposto prejudicado dependerá da comprovação: (i) da lesão individualmente sofrida; (ii) do nexa de causalidade entre o prejuízo amargado e o evento lesivo imputado ao réu; e, por fim, (iii) da quantidade de prestação que considera ter direito a receber (o *quantum debeat*). Serão objeto de prova, em suma, além da própria condição de lesado do sujeito postulante, o montante da indenização devida.

¹⁶⁶ Aliás, a não ser pela possibilidade de coletivização ou de formação litisconsorcial, nem sequer tais demandas individuais homogêneas seriam reunidas para julgamento conjunto por uma só sentença, pois não mantêm entre si relação forte o bastante capaz de dar causa à prorrogação de competência ou à sua junção em feito único. Frise-se, a coletivização é apenas facultativa.

decisão coletiva, remetidas todas as demandas individuais de liquidação e cumprimento. Como é intuitivo concluir, a afetação das ações individuais à competência do juízo coletivo, além de desnecessária, pois não há unidade de convicção que deva ser resguardada e que poderia se perder em razão da livre distribuição e que, repita-se, é o que justifica a incidência da regra de prorrogação, geraria acúmulo insuportável de processos em um órgão judiciário, a inviabilizar o seu funcionamento e o da secretaria que lhe presta apoio operacional.

Foi justamente o que aconteceu, este ano, na 70ª Vara do Trabalho da capital do Estado de São Paulo. A juíza titular, Karen Cristine Nomura Miyasaki, com a avalanche de processos, viu-se forçada a “fechar as portas do estabelecimento judiciário” à causa coletiva, alegando falta de condições estruturais (humanas e materiais) para processar todas as ações singulares que acabaram lhe sendo distribuídas por dependência.

Segundo se depreende da notícia divulgada, em 16 de abril do corrente ano, pela Revista Consultor Jurídico, além da liquidação coletiva ajuizada em benefício de aproximadamente 15 mil pessoas, ao mesmo juízo foram ainda endereçados mais de 300 (trezentos) pedidos individuais de liquidação e execução da sentença coletiva, sem qualquer esquema de compensação com outros juízos, isto sem contar os outros milhares de processos já em andamento no mesmo órgão. Alegando “superlotação” de feitos na Vara, a Juíza então extinguiu o processo coletivo em plena etapa liquidatória. A decisão, apesar de censurável (deveria ela ter encaminhado os novos feitos à livre distribuição, socorrendo-se da ajuda de seus colegas magistrados, com eles repartindo o mister jurisdicional), é sintomática da situação caótica que a aplicação rigorosa da regra de prorrogação pode ocasionar.

Aliás, segundo nos informa Leonardo Greco, preocupado de um modo geral em não dificultar o normal tráfego de processos nas varas, ao proceder à modificação nas regras de competência absoluta, deslocando de uma vara especializada a outra o processamento e julgamento de certas causas, o legislador costuma determinar que só as causas mais recentes, com relação às quais ainda não houve colheita de prova, mudem imediatamente de “CEP”, conservando-se as antigas, até em homenagem à oralidade, no juízo para onde foram originariamente endereçadas, a fim de ali receberem sentença, ou então que só valha a mudança para as iniciais distribuídas a partir da vigência da nova lei. A preocupação é justamente a de não inviabilizar, de cara, o funcionamento das varas e secretarias que, com a mudança, hajam se convertido nos novos juízos naturais, nos receptáculos das causas¹⁶⁷. O mesmo cuidado deve existir com relação às ações coletivas.

¹⁶⁷ Eis o relato do autor: “As leis de organização judiciária, ao criarem varas especializadas, precisam avaliar com cuidado a incidência das novas regras de competência absoluta sobre os feitos pendentes perante órgãos jurisdicionais preexistentes,

Consciente da situação caótica que a prorrogação de competência poderia ocasionar, Leonardo Greco defende a livre distribuição das ações individuais de cumprimento:

“... há casos em que o simples desmembramento, sem modificação de competência, não é capaz de garantir a celeridade e a viabilidade da causa, como, por exemplo, na execução de algumas ações coletivas, como as ações civis públicas. Isto porque essas demandas normalmente são propostas pelo Ministério Público ou por associações em benefício de muitos interessados, integrantes de determinado grupo de indivíduos. Então, a sentença de procedência irá beneficiar inúmeras pessoas, de modo que, se todas quiserem promover simultaneamente a liquidação e a execução da indenização resultante do prejuízo individual que sofreram, se instalará uma situação caótica. Sendo assim, será que todas essas execuções serão da competência de um mesmo juízo? Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, ao tratar da tutela dos direitos individuais homogêneos nas ações civis públicas, narra um caso ocorrido no Rio de Janeiro no qual uma única sentença proferida no bojo de uma ação civil pública deu causa a dezoito mil e quinhentas liquidações e suas respectivas execuções. Diante dessas hipóteses, esse autor defende que tais execuções e liquidações têm de ser livremente distribuídas a todas as demais varas com competência para a matéria, e não ficar vinculado ao juízo que conduziu a fase de conhecimento, pois não haveria meios para o seu processamento simultâneo perante um único órgão jurisdicional. Assim, mostra-se mais prudente a distribuição desse ônus equitativamente aos outros juízes que tenham a mesma competência. A lei e a doutrina, ao criarem o princípio da perpetuação da competência, não podiam prever que essas situações, que geralmente são oriundas do chamado contencioso de massa, viessem a ocorrer. Em verdade, como já foi abordado, a perpetuação da competência foi instituída visando a assegurar a garantia do juiz natural, evitando-se que haja qualquer possibilidade de escolha do julgador. (...) Quando há fatores decorrentes da eficiência da administração da justiça, que impõem o desmembramento e a distribuição dos processos dele decorrentes por razões práticas evidentes, ou seja, quando essa medida for adotada para assegurar a própria viabilidade da causa, como no exemplo da ação civil pública mencionada anteriormente, não há nenhuma violação à impessoalidade dos juízes. Cumpre advertir que o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República estabeleceu como direito fundamental das partes a razoável duração do processo.”¹⁶⁸

Não fosse apenas a dificuldade operacional, a qual, por si só, já justificaria a distribuição livre, a se concentrar no juízo coletivo o processo e julgamento de todas as liquidações-execuções individuais, dificultar-se-ia imensamente o acesso à justiça de pessoas que, a despeito de beneficiadas pela sentença coletiva, estivessem domiciliadas fora dos limites territoriais de competência do órgão jurisdicional prolator.

Basta pensar em ação coletiva de envergadura nacional, proposta originariamente perante juízo trabalhista situado na capital do Estado do Rio de Janeiro contra empresa com estabelecimentos em todo país. O trabalhador, por exemplo, que preste serviços no Ceará terá de vir ao Rio de Janeiro só para executar essa sentença? Definitivamente, não faz o menor

porque a transferência imediata de todos eles aos novos órgãos pode inviabilizar desde logo o seu funcionamento pelo excessivo volume de trabalho. Por isso é comum que essas leis, ao criarem novos órgãos ou modificarem a competência absoluta dos já existentes, estabeleçam em disposições transitórias a continuidade da competência dos órgãos antigos para os feitos que neles já se encontram em andamento ou que neles já atingiram uma determinada fase.” GRECO, L. *Op. Cit.*, p. 173.

¹⁶⁸ GRECO, L. *Op. Cit.*, p. 175-176.

sentido. É, como se costuma dizer popularmente, o mesmo que “dar com uma mão e tirar com a outra”. Beneficia-se o jurisdicionado com um título que, no entanto, só é exequível em foro distante daquele do local do seu domicílio ou do local onde trabalha. Sem contar que, com a concentração, se discriminam os jurisdicionados em razão de sua posição no território nacional, desequiparação que é abominada pelo texto da Constituição Federal (CF, art. 19).

Justamente para evitar todos esses problemas, o parágrafo único do art. 97 do CDC, lamentavelmente vetado pelo Presidente da República, previa foros concorrentes para a promoção das liquidações individuais, as quais poderiam ser propostas indistintamente no foro do juízo da sentença ou, acaso diverso, no foro onde tivesse domicílio o liquidante. Dissociava assim o dispositivo o juízo da sentença do juízo do seu cumprimento.

Mas o mesmo veto que derrubou o parágrafo único do art. 97 esqueceu-se de derrubar o parágrafo segundo do art. 98 também do CDC, que foi então regularmente sancionado. Dispõe o art. 98, repita-se, o artigo que sobreviveu ao veto, ser competente para a execução individual da decisão coletiva o juízo da ação condenatória *ou* aquele da liquidação da sentença. Admite, portanto, possam ser diferentes o juízo da condenação, aquele que proferiu sentença, e o juízo da liquidação, isto é, aquele que irá proceder à quantificação dos danos, em clara demonstração de que o veto não surtiu o efeito desejado¹⁶⁹. Logo, mantido o art. 98, nada há que impeça o trabalhador, muito pelo contrário, tudo recomenda, de propor a liquidação da sentença coletiva no foro onde trabalha, guiando-se pela regra geral de competência trabalhista para dissídios individuais, qual seja, a do foro do local da prestação de serviços.

Na jurisprudência do STJ, prevalece orientação no sentido de que a execução individual de sentenças proferidas em processos coletivos vai à livre distribuição, não estando

¹⁶⁹ O veto ficou capenga, segundo Ada Pellegrini. Com a palavra, a autora: “A regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor encontra plena aplicação à hipótese, sendo a única capaz de explicar e dar conteúdo ao remanescente § 2º, inc. I, do art. 98 do Código (...). A lei não pode conter dispositivos inúteis: o veto não atingiu seu objetivo.” Mais adiante, complementa: “O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art.97, o inc. I do § 2º do art. 98 permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inc. I e, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante, ora vetada (...).” Op cit. p. 909 e 911. Também Mazzilli: “Foi vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC, que dispunha, de forma acertada, que nas ações coletivas, a liquidação da sentença seria por artigos, e poderia ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, apenas, o nexo de causalidade; o dano e seu montante. (...) a norma vetada, atenta às peculiaridades do processo coletivo, visava apenas a garantir uma comodidade para as vítimas e seus sucessores, que podem estar dispersos no território do Estado ou do País, em casos de danos regionais ou nacionais, e não seria adequado obrigá-las a executar o julgado coletivo, que as beneficia, em foro muitas vezes diverso daquele de que se poderiam valer, segundo as regras do processo individual. Ou seja, sob esse aspecto, seriam punidas na questão de competência, após a formação do título que exclusivamente as deveria beneficiar... Mas mesmo suprimida esta regra de competência, continuam válidas e prevalentes as razões que a determinaram. Com efeito, os incs. I e II do § 2º do art. 98 do mesmo estatuto são claros em dissociar o juízo da liquidação da sentença do juízo da ação condenatória, e esses dispositivos foram regularmente sancionados.” GRINOVER, A. P. *et alli*. Código... p. 582.

prevento o juízo prolator da sentença na fase de conhecimento¹⁷⁰. A mesma orientação deve ser seguida pelos Tribunais do Trabalho.

De qualquer maneira, como advertido logo ao início da exposição, ainda quanto às liquidações e execuções individuais, há o problema consistente não só em se identificar *quem* processará as ações particulares, já solucionado, mas também e principalmente *como* milhares de liquidações tomarão forma. Tanto quanto possível, a fórmula “clássica” de pulverizar a execução deve ser evitada, enfatizando-se o cumprimento administrativo ou por outros modos que simplifiquem essa fase.

O art. 98 do CDC sinaliza para possível saída, admitindo que as liquidações e execuções individuais possam ser promovidas tanto pelas vítimas e sucessores, quanto pelos próprios legitimados legais às ações coletivas, o que, já se disse, será fundamental em âmbito juslaboral, por ser medida de despersonalização do litígio do início ao fim.

Alternativamente a estas múltiplas liquidações individuais, é possível liquidação coletiva, proposta pelos legitimados legais, em regime de representação processual, como admite o art. 98 do CDC.

¹⁷⁰ RECURSO ESPECIAL. ART. 105, INCISO III, ALÍNEA "C", DA CF. COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA. DOMICÍLIO DO AUTOR. POSSIBILIDADE. 1. Não se conhece do recurso especial, interposto com base no art. 105, inciso III, alínea "c", da CF, quando o recorrente limita-se a transcrever ementas de julgados, enfatizando trechos e argumentos que se alinham ao pleito recursal, sem providenciar, porém, o necessário cotejo analítico, a fim de demonstrar a similitude fática entre os casos decididos, na forma dos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. Os artigos 98, inciso I, e 101, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor, permitem que a liquidação e execução de sentença coletiva sejam feitas no domicílio do autor. 3. Não se pode obrigar os beneficiários de sentença coletiva a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de inviabilizar a tutela dos seus direitos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ, 2ª Turma, RESP 1122292, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 04/10/2010); RECURSO ESPECIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. TELEOLOGIA DOS ARTS. 98, § 2º, II E 101, I, DO CDC. 1. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. 2. A analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio. 3. Recurso especial provido. (STJ, 3ª Turma, RESP 1098242, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJE de 28/10/2010) PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FORO DIVERSO DO FORO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS LEIS 8.078/90 E 7.347/85. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO AMAZONAS. 1. As ações coletivas *lato sensu* – ação civil pública ou ação coletiva ordinária – visam proteger o interesse público e buscar a realização dos objetivos da sociedade, tendo, como elementos essenciais de sua formação, o acesso à Justiça e a economia processual e, em segundo plano, mas não de somenos importância, a redução dos custos, a uniformização dos julgados e a segurança jurídica. 2. A sentença coletiva (condenação genérica, art. 95 do CDC), ao revés da sentença que é exarada em uma demanda individualizada de interesses (liquidez e certeza, art. 460 do CPC), unicamente determina que as vítimas de certo fato sejam indenizadas pelo seu agente, devendo, porém, ser ajuizadas demandas individuais a fim de se comprovar que realmente é vítima, que sofreu prejuízo e qual o seu valor. 3. O art. 98, I, do CDC permitiu expressamente que a liquidação e execução de sentença sejam feitas no domicílio do autor, em perfeita sintonia com o disposto no art. 101, I, do mesmo código, que tem como objetivo garantir o acesso à Justiça. 4. Não se pode determinar que os beneficiários de sentença coletiva sejam obrigados a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de lhes inviabilizar a tutela dos direitos individuais, bem como congestionar o órgão jurisdicional. 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas/AM, o suscitado. (STJ, 3ª Seção, CC 96682, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE de 23/03/2010)

Outra forma vislumbrada de se administrar o grande quantitativo de processos é a da realização de liquidações por amostragem, isto é, mediante um cálculo padrão, que possa beneficiar as vítimas homoganeamente com um valor mínimo (um piso), deixando que elas em ações individuais, a serem livremente distribuídas, cobrassem o “a mais” atinente à sua situação pessoal, através de ações livremente distribuídas. Tudo devidamente documentado em um banco nacional de dados acessível pelos juízes através da rede mundial de computadores, com identificação dos já contemplados por CPF, para evitar o recebimento mais de uma vez. Outra medida simples e eficaz é a da realização das liquidações por lotes de jurisdicionados, agrupando-os em processos litisconsorciais menores, também originados de ações livremente distribuídas.

Interessante, neste passo, a solução proposta no Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos para o volume de liquidações/execuções individuais, resultantes de ações coletivas, projeto de lei que foi recusado pela CCJ da Câmara. Impunha uma execução concentrada de grande quantia destinada ao pagamento de indenizações individuais (muito mais fácil de conduzir), que depois seria disponibilizada para essa finalidade; viabilizava a figura do administrador da execução (inclusive como perito interventor); autorizava a condenação do réu ao pagamento individual de um valor mínimo ou consoante fórmula matemática de aplicação genérica, que seria depositado na conta do interessado, que o sacaria em qualquer agência bancária; permitia que quem pretendesse mais com fundamento em situação pessoal não analisada em nível coletivo pleiteasse em juízo o excesso (o que reduziria o número de ações), e, ainda, revertia a sobra do “fundo para indenizações”, não utilizada por falta de interessados identificados (existentes, mas não identificados nem habilitados), em favor do próprio grupo lesado¹⁷¹.

¹⁷¹ “Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença. § 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados. § 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função. § 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. § 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo. Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários. Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido. Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu,

Ressalve-se, por fim, que a habilitação a que se refere o art. 100 do CDC nada tem a ver com a competência para as liquidações individuais. Ao se referir à habilitação o legislador não está a afirmar deva a liquidação/execução individual ser processada nos mesmos autos do processo coletivo ou perante o mesmo juízo da condenação¹⁷². Habilitar-se simplesmente quer dizer obter certidão da sentença condenatória, para que possa ser deflagrada a atividade jurisdicional executiva.

promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.”

¹⁷² Neste sentido, MAZZILLI, H. N. *A defesa...* p. 584.

4 O REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

O passado e o futuro parecem-nos sempre melhores; o presente, sempre pior.

William Shakespeare

4.1 O valor social da coisa julgada

O processo é um instrumento de realização da justiça posto à disposição de todo aquele que se alegue lesado em sua esfera jurídica ou na iminência de o ser, face à justa impossibilidade de realizá-la pelas próprias mãos. A vedação à satisfação pessoal de um desejo injustamente frustrado pela resistência alheia, de uma legítima pretensão, culmina com o processo, método civilizado de recomposição do tecido social desgastado pelo litígio. Pretender é aspirar, desejar¹⁷³. Encontrando a realização de um desejo oposição por parte de outrem irrompe crise, a lide,¹⁷⁴ para cuja dissolução, uma vez banida, como regra, a autotutela, faz-se indispensável a intermediação estatal pacificadora. Claro, quando não tenham as partes convencionado a resolução do conflito por intermédio de outros canais, que não o processo e a tutela que por meio dele se presta.

A insatisfação verbalizada é canalizada ao Judiciário sob a forma de ação. Corporifica-se em demanda e deságua no Judiciário, receptáculo das pretensões insatisfeitas. A ação desencadeia o processo que, delineado sob o céu principiológico processual constitucional, estrutura-se intrinsecamente à fabricação de sentença justa. Assumindo para si o encargo de fazer justiça, suprimindo-o aos particulares, o Estado implicitamente assume o compromisso de fornecer tutela jurisdicional justa, ou, como preferem os italianos, efetiva¹⁷⁵, vale dizer, célere e adocicada, que atenda sem atrasos irrazoáveis a justa pretensão, exatamente tal qual encomendada ao juiz¹⁷⁶.

A verdade de quem pede justiça e de quem se defende, sintetizada no processo, vem definida na sentença como a verdade do juiz, ou melhor, do Estado. A sentença definitiva

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

¹⁷⁴ A lide, no entanto, qualifica apenas um segmento da atuação jurisdicional, conhecido por jurisdição contenciosa. A jurisdição voluntária, muitas vezes, se qualifica não pela lide, pela contraposição de aspirações com respeito a certo bem da vida, mas pela concorrência de vontades à obtenção de um mesmo resultado, para cujo alcance, no entanto, a despeito da inexistência de discórdia, faz-se indispensável a intervenção judicial e consequentemente o processo. Daí identificar Cândido Dinamarco o objeto do processo não na lide, mas na pretensão. Em sede de jurisdição voluntária, há sempre apresentação de pretensão ao Estado-juiz, não necessariamente no contexto de uma lide. Para fins do nosso estudo, contudo, a referência à lide é suficiente à caracterização daquilo que será o alvo da atuação jurisdicional em se tratando de ações coletivas, pois interessa-nos apenas o denominado contencioso de massa, supraindividual. DINAMARCO, C. R. *Op. cit.* p. 188.

¹⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 64 e ss.

¹⁷⁶ Eis a receita da efetividade da tutela jurisdicional: justiça, especificidade e tempestividade.

carrega consigo a vontade estatal, proclamada a partir da boca do agente regularmente incumbido do mister jurisdicional, a respeito da solução a tomar para a lide apresentada. Daí a referência corriqueira à sentença como sendo a lei do caso concreto, o veículo da norma específica disciplinadora do conflito de interesses.

O comando inserido na decisão judicial necessita, em certo momento, cristalizar-se. É preciso e salutar que as lides, uma vez resolvidas, cedam o tempo dedicado à sua análise e o espaço que ocupam a novos pleitos. Desenvolvida a atividade jurisdicional relativamente a certa demanda e ofertada a ela solução, o Estado-juiz desincumbe-se do seu compromisso de prestar justiça e não mais deve ser importunado com nova provocação a seu respeito. Constitui, ademais, garantia fundamental dos jurisdicionados, reflexo, no processo, do valor segurança jurídica, o respeito não só das partes em litígio, mas do próprio Estado, à solução engendrada. Definida a situação jurídica dos contendores, os seus direitos e obrigações, não pode algum deles (ou mesmo ambos) pretender debater uma vez mais a respeito da pretensão de direito material já outrora externada e julgada pela sentença, na esperança de modificar o eventual resultado desfavorável obtido. Até porque, em termos bem simplórios, a vitória de um litigante representa a derrota do outro, nem sempre logrando agradar a ambos a decisão prolatada.

Sob pena de se eternizarem as lides e de irracional dispêndio de atividade jurisdicional, não é possível ou desejável que o Judiciário seja todo o tempo instado a se manifestar sobre um mesmo impasse já debelado, por mais injusto que se revele o pronunciamento judicial plasmado. “Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material”¹⁷⁷. É claro que, tanto quanto possível, as decisões judiciais devem ser justas, já que não há verdadeira pacificação sem justiça. Porém, é com a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais e não com a verdade ou a justiça que tem compromisso a coisa julgada.

4.2. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada

¹⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 52.

Enrico Tullio Liebman, em obra célebre¹⁷⁸, demonstrou que a coisa julgada material não podia, ao contrário do que até então se supunha, ser considerada um simples efeito da decisão judicial, em razão da singela constatação de que as sentenças eram capazes de irradiar efeitos, inclusive executórios, antes ainda da ocorrência do trânsito em julgado.

Eficaz a sentença antes do trânsito em julgado, vale dizer, antes ainda de se tornar definitiva, claro estava que eficácia e imutabilidade eram fenômenos ontologicamente diversos¹⁷⁹.

Definiu o mestre, então, a coisa julgada como um *plus*, um algo a mais que se agrega aos efeitos das decisões judiciais, qualificando-os e fortalecendo-os. A coisa julgada, em suma, seria o predicado de imutabilidade do ato estatal sentença e dos seus efeitos.

A estabilização dos efeitos ocorreria com o trânsito em julgado, mas não a eficácia em si.

Admitindo como exata a premissa assentada por Liebman, a de não ser a coisa julgada um efeito da sentença, José Carlos Barbosa Moreira diverge do autor italiano quanto ao quê se perpetuaria com o trânsito em julgado.

Para o autor fluminense, a imutabilidade não recairia sobre os efeitos da decisão judicial, mas sobre a norma jurídica concreta reguladora do conflito de interesses depositada na sentença. Segundo ele, nada pode ser mais instável do que os efeitos de uma decisão judicial¹⁸⁰.

Um exemplo é o quanto basta à demonstração do acerto da sua posição.

A sentença que decreta o divórcio tem por conteúdo a declaração do direito à dissolução do vínculo matrimonial. O seu efeito é a modificação do estado civil das partes, de casadas para divorciadas. A decisão que reconheça o direito ao divórcio não mais se alterará,

¹⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹⁷⁹ “A lei confere efeitos à sentença antes ainda que passe em julgado; (...) Deve-se reconhecer logicamente que o efeito declaratório ou constitutivo que uma sentença pode produzir é coisa bem diversa da maior ou menor possibilidade que ele, uma vez produzido, possa ser contestado, infirmado ou revogado. A incontestabilidade é um caráter logicamente não necessário, que pode conferir-se ao próprio efeito sem lhe modificar a sua própria natureza íntima. (...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. (...) a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social (...) intervém para evitar essa possibilidade (...). Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e a intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.” Idem, p. 37 e ss.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 139 e 142. A crítica se repete em outro escrito do mesmo autor: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 109.

uma vez preclusos os meios de impugnação. Mas o efeito dela decorrente é suscetível de ser modificado, já que nada impede que as partes divorciadas pela sentença venham a se casar novamente e mais uma vez alterem o seu estado, de divorciadas para casadas¹⁸¹.

Daí afirmar Eduardo Talamini que “as partes podem consensualmente reconhecer a existência (pretérita) do direito ou relação jurídica de caráter disponível já declarada inexistente pela sentença, assim como podem ter por inexistente (desde a origem) o direito ou relação disponível declarado existente pelo juiz. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou providência no sentido oposto à declaração que ele já emitiu”¹⁸².

4.3 Pressupostos clássicos de formação da coisa julgada material

A pretensão deduzida, levada ao conhecimento do Estado-juiz pela demanda, é a *coisa* que se deve julgar, o objeto do julgamento. Mais do que simples objeto de cognição. Os pontos controvertidos de fato e de direito compõem o objeto de conhecimento do juiz, são as questões que o juiz deverá analisar a fim de acolher ou rechaçar a pretensão trazida à Justiça pelo autor da ação. As questões que o magistrado deve resolver para decidir sobre o objeto do processo. A causa de pedir em conjunto com as alegações de defesa, introduzidas pelo réu ao processo com sua defesa, integram o objeto de cognição do juiz, mas a pretensão deduzida com o pedido, e só ela, é que é objeto de julgamento ou, na linguagem do CPC, o mérito da causa. Logo, é o pronunciamento do juiz a seu respeito, inserido no dispositivo da decisão transitada em julgada, que fará coisa julgada material, não os motivos que conduziram à conclusão judicial, exceto no caso de ser ajuizada ação declaratória incidental. É o que dispõem os artigos 469 e 470 do CPC em conjunto.

Não apreciada a pretensão, a coisa a se julgar, não há, evidentemente, possibilidade de formação de coisa julgada material. Por isso, em primeiro lugar, é preciso que o magistrado julgue a pretensão perante ele externada. As sentenças que não veiculam resolução a respeito

¹⁸¹ Também adotam a posição segundo a qual é a coisa julgada material atributo de imutabilidade do conteúdo da decisão judicial e não de seus efeitos, CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 491 ; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 414-415: “este ensinamento liebmaniano é duramente criticado por corrente doutrinária que sustenta, invariavelmente, que os efeitos da decisão (condenação, constituição etc.) não são imutáveis, mas, sim, disponíveis e modificáveis. Não tendem a durar perpetuamente os efeitos da decisão passada em julgado. É o que se constata com exemplos elementares. Ora, a sentença que condena dá ensejo à execução (efeito executivo), sendo que esse efeito não se eterniza: a) pode não se implementar – se o devedor paga, por exemplo, ou se o credor abre mão de executar a decisão; b) esgotar-se – realizada a execução forçada, não restarão vestígios de tal efeito; c) ou, até mesmo, sofrer alterações – o que ocorre com a modificação das medidas de execução impostas, na forma do art. 461, CPC. Esse mesmo raciocínio aplica-se às decisões constitutivas, afinal a modificação jurídica decretada pela sentença pode não operar-se. (...) Isso sem falar nas decisões meramente declaratórias, pois as partes podem facilmente travar uma relação jurídica já declarada inexistente em juízo, ou pôr fim a uma relação reconhecida judicialmente – dando fim aos efeitos da certificação judicial.”

¹⁸² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 40.

do objeto do processo, isto é, que não se manifestam sobre a pretensão deduzida, transitam em julgado, uma vez esgotados ou não utilizados os meios próprios de impugnação, mas não tornam evidentemente preclusa a via judicial com respeito à pretensão não apreciada, que poderá ainda outra vez ser deduzida.

É pressuposto ainda de formação da coisa julgada material o trânsito em julgado da sentença de mérito. A sentença só se torna imutável no momento em que não mais pode ser censurada, vale dizer, quando se torna irrecurável. Ao ser proferida, a sentença (de mérito) não passa de mero projeto, proposta de solução para a lide, podendo ainda ter seu conteúdo alterado, acaso provido o apelo contra ela interposto.

Esgotados os meios de impugnação das decisões judiciais ou, ainda, inadmitido ou simplesmente não interposto o recurso cabível ocorre o trânsito em julgado da decisão, com formação da chamada coisa julgada formal. Isto é, a sentença, como ato processual, não pode mais ser revista naquele mesmo processo onde prolatada.

Admite o legislador, em alguns casos, produza a decisão efeitos antes ainda de sua passagem em julgado, deixando nítida a distinção entre imutabilidade e eficácia. É possível condicionar a eficácia da sentença ao seu trânsito em julgado, mas essa correspondência não é perfeita ou necessária, podendo a decisão desencadear efeitos antes disso, como quando se retira ao recurso cabível o efeito suspensivo, permitindo-se a execução provisória da decisão, ou nos casos em que se defere medida antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional.

Comumente, identifica-se a coisa julgada formal à preclusão máxima, já que ou o Estado examinou a pretensão que lhe foi trazida em busca de satisfação (ou aderiu à solução formulada pelos próprios litigantes para a lide, chancelando-a), prestando o serviço que lhe foi demandado ou, ao menos, desenvolveu as atividades necessárias à constatação de ser impossível debruçar-se sobre o objeto do processo (a pretensão ou mérito da causa), porque, por exemplo, é o autor carecedor de ação¹⁸³. Então, irrecuráveis as sentenças, sejam elas terminativas (as quais não trazem resolução de mérito), sejam definitivas, o ato estatal torna-se imutável internamente e a tal fenômeno denomina-se coisa julgada formal. A sentença irrecurável ou irrecurrida não mais poderá ser substituída, naquele mesmo processo, por outra decisão judicial. No entanto, apenas as decisões judiciais que resolvam definitivamente o mérito da causa é que se revestirão da autoridade de coisa julgada material, tornando-se imutáveis dentro e fora do processo.

¹⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 314.

O nível cognitivo que precede a fabricação de uma decisão judicial também influi em sua aptidão a se eternizar. Produto de um devido processo legal inacabado, prolatada às pressas, inclusive, às vezes, sem sequer ouvir o magistrado uma das partes – *inaudita altera parte* –, não tem a decisão assim proferida, em caráter emergencial e com sacrifício ao contraditório, idoneidade para se cristalizar, para se constituir em solução final da lide. Esta, digamos, derrogação temporária do contraditório legitima-se em virtude da ameaça de perecimento que sofre o direito material, levando à protelação na aplicação do referido princípio para depois de já produzida a decisão, quando o certo é que seja ele observado previamente à tomada da providência judicial. A situação de urgência, no entanto, exige que o magistrado adote uma medida imediata, comprimindo, conseqüentemente, a sua cognição. Em compensação, se confere à decisão sumária caráter precário (é ela suscetível de ser revogada ou modificada a qualquer tempo) e o posto simplório de decisão interina, provisória (é deposta tão logo advenha a sentença). Apenas a decisão parida após exaustivo contraditório é que logra estabilizar-se.

Logo, para que se forme coisa julgada material, é preciso que a decisão: (i) emane de órgão judicial; (ii) já não seja suscetível de sofrer alteração no bojo do processo em que prolatada; em outras palavras, que tenha transitado em julgado; (iii) porte resolução a respeito do mérito da causa; e, por último, mas não menos importante, (iv) seja fruto de intensa atividade cognitiva, de cognição exauriente. Como consectário, não fazem coisa julgada material, por exemplo, as sentenças terminativas, pois não contêm resolução de mérito; as decisões antecipatórias da tutela, as quais, muito embora tratem do mérito da causa, têm sua existência subordinada à condição resolutória, desaparecendo logo que proferida decisão definitiva para a causa; as decisões proferidas no processo ou fase de execução, sedes jurisdicionais em que não há pretensão a julgar (mas a serem satisfeitas), ressalvadas, evidentemente, aquelas relativas a processos cognitivos incidentes, funcionalmente interligados ao executivo, como os embargos do executado, que trazem ao Judiciário pretensões em busca de julgamento *etc.*

4.4. O peculiar modo de produção da coisa julgada material em ações coletivas

Verificados os pressupostos autorizadores da formação da coisa julgada material em geral, cumpre agora analisar o regime de produção da coisa julgada em ações coletivas¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Falar em regime jurídico da coisa julgada significa analisar o fenômeno coisa julgada no atinente: (i) aos seus limites objetivos, isto é, o que faz coisa julgada; (ii) aos seus limites subjetivos, quem fica atrelado à imutabilidade do decidido e (iii)

Mais especificamente, o que se pretende, por ora, é verificar em que hipóteses a sentença coletiva se revestirá da autoridade de coisa julgada material, isto é, como ela se forma. Pois bem. São três os modos de produção da coisa julgada material: (i) *pro et contra*; (ii) *secundum eventum litis* e (iii) *secundum eventum probationis*.

A regra, tratando-se de ações individuais, é a da formação da coisa julgada qualquer que seja o teor do julgamento, vale dizer *pro et contra*. Forma-se a coisa julgada material independentemente de o resultado final ser favorável ou desfavorável a um ou outro litigante. E mesmo no caso de improcedência resultante de insuficiência de prova, a coisa julgada material produz-se normalmente, pois sendo, como regra, do autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito material afirmado, dele não tendo se desincumbido, libera-se o réu de ter novamente de responder à mesma demanda outrora formulada e refutada. Ou seja, pouco importa se procedente ou improcedente o pedido, à decisão de mérito, qualquer que seja o seu fundamento, é agregado o predicado de imutabilidade.

O segundo modo de produção da coisa julgada condiciona-se ao resultado do processo e daí falar-se em coisa julgada *secundum eventum litis*. Forma-se ou não a coisa julgada a depender do conteúdo do provimento final de mérito. Por este regime, impede-se que a decisão de improcedência se solidifique como a solução final para o litígio, só se tornando imutável e indiscutível a decisão judicial de procedência transitada em julgado. São inúmeras as críticas direcionadas a tal modo de formação da coisa julgada material, a começar pelo discrepante tratamento conferido ao autor e ao réu. Sobre o tema se falará mais adiante.

Secundum eventum probationis o modo como se forma a coisa julgada, produz-se ela ou não a depender do cenário probatório delineado no curso do processo. Suficiente a prova produzida a convencer o juiz da procedência ou improcedência do pedido, reveste-se a sentença passada em julgado da autoridade de coisa julgada material. Improcedente o pedido em razão de deficiência, falha na produção da prova, não se perpetuará a sentença em seu conteúdo ou efeitos (a depender da corrente doutrinária que se adote). Vê-se, assim, que a coleta de insuficiente material probatório impede a formação da coisa julgada material, sendo possível repropor-se a mesmíssima demanda antes formulada, mediante apresentação de nova(s) prova(s), capaz(es) de conduzir a resultado diverso daquele primeiramente obtido.

Pois bem. No âmbito da tutela coletiva dos direitos, idealizou-se regime especial de formação da coisa julgada material, diverso do regime de inevitabilidade (*non secundum eventum listis*) típico das ações individuais.

ao seu modo de produção, ou seja, como ela se forma. No presente item, voltaremos nossas atenções ao último desses aspectos.

O intuito primordial do legislador foi o de acautelar os direitos das coletividades contra eventual arranjo entre demandante e demandado, que intencione sabotar a demanda que veicule pedido de tutela a tais direitos, máxime ante a falta de controle judicial sobre o comportamento processual daquele que está credenciado por lei a demandar. Fosse (não é!) *pro et contra* o regime de formação da coisa julgada material coletiva, vindo a falir a postulação em razão da atuação descompromissada ou fraudulenta do autor coletivo, se interditaria para sempre a via judicial com respeito à pretensão material coletiva, em prejuízo de toda uma universalidade de pessoas. É verdade que a sentença coletiva de improcedência jamais prejudica as esferas jurídicas dos indivíduos interessados, menos ainda ficam estes terceiros vinculados à autoridade da sentença, podendo, ainda quando refutada a pretensão coletiva, perseguir em juízo a satisfação de suas pretensões pessoais, de algum modo e em algum grau interligadas à pretensão coletiva.¹⁸⁵ Mas, se assim fosse, vale dizer, se a coisa julgada coletiva se produzisse *pro et contra*, em casos de improcedência resultante de conluio fraudulento ou de má gestão processual simplesmente, apesar de aberto o canal jurisdicional ao recebimento das pretensões individuais, as ameaças ou lesões ao direito coletivo ou já não poderiam voltar a ser apreciadas pelo Judiciário, ou, quando muito, só se poderia reabrir a discussão relativa à lide coletiva após desconstituição da sentença por ação rescisória.

Se, por outro lado, apenas se formasse a coisa julgada em caso de procedência do pedido, isto é, se fosse *secundum eventum litis* o modo como a coisa julgada coletiva se forma, jamais teria o réu em seu favor sentença oponível *erga omnes*, mesmo quando refutada justamente a pretensão coletiva, o que seria um exagero.

Na verdade, como se verá a seguir, não é nem *pro et contra*, tampouco *secundum eventum litis*, a forma como se produz a coisa julgada material em sede coletiva, mas *secundum eventum probationis*¹⁸⁶.

¹⁸⁵ “A via coletiva, em defesa do direito superindividual julgado, está preclusa, como já se afirmou, mas remanesce, intocável, a cada interessado, o seu direito de ação, o direito público subjetivo de levar ao Judiciário o seu conflito de interesses, a sua lide, a sua pretensão e a sua ação individual. O direito superindividual está definitivamente julgado. Mas os correspondentes direitos individuais não, visto que podem ser levados a juízo, não somente através do seu próprio titular, como através de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos (...).” GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 126.

¹⁸⁶ Também percebeu que se forma a coisa julgada material em ações coletivas conforme o contexto probatório e não segundo o resultado do processo, TUCCI, José Rogério CRUZ e. *Limites subjetivas da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 156-157: “Nos moldes em que disciplinada a matéria, a formação da *res iudicata* dá-se *secundum eventum probationis*. Na hipótese de vitória do demandante, jamais se poderá voltar a discutir o que ficou definitivamente decidido. Todavia, se aquele legitimado ativo, que ajuizou a ação coletiva, conhecer resultado desfavorável, por insuficiência de provas, vale dizer, se não foi determinada a inversão do ônus da prova e houve a rejeição do pedido porque o fato constitutivo restou incomprovado, não há se falar em coisa julgada *ultra partes*, sendo possível, em qualquer momento posterior, o ajuizamento da demanda, por outro legitimado, com idêntico fundamento.”

4.4.1 A dinâmica de formação da coisa julgada material com respeito a cada uma das categorias de direitos coletivos *lato sensu*

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁷, aplicável a todo o universo coletivo de tutela, disciplina o modo de produção da coisa julgada com respeito a cada uma das espécies de direitos coletivos *lato sensu*.

Seu inciso I dispõe a respeito do funcionamento da coisa julgada em ações que tratem de direitos difusos.¹⁸⁸ Reproduzindo basicamente a redação do art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), prescreve não haver formação de coisa julgada material em sendo proferida sentença de improcedência do pedido por insuficiência de prova. Idêntico é o regime em ações voltadas à proteção de direitos coletivos em sentido estrito, consoante o disposto no inciso II do art. 103 do CDC. Logo, farto o material probatório coletado, procedente ou improcedente o pedido, haverá formação de coisa julgada no plano coletivo, apenas, no segundo caso, não se projetando *ultra partes* os efeitos da sentença para alcançar os substituídos processuais, cujas esferas jurídicas permanecem intocadas.

Divide-se a doutrina no que diz respeito à dinâmica de formação da coisa julgada material em ações dedicadas à tutela de direitos individuais homogêneos, nos casos em que é desfavorável à coletividade o julgamento. A redação conferida pelo legislador ao inciso III do referido artigo 103 dá margem, quanto a estas hipóteses, a duas diferentes interpretações, diametralmente opostas.

De um lado, há os que afirmam que, rejeitado o pedido formulado na ação, tanto faz se por suficiência ou insuficiência de prova, haverá indistintamente formação de coisa julgada material. Dito de modo mais singelo, a coisa julgada se produzirá sempre, ainda quando refutada a pretensão coletiva por deficiência na colheita de elementos probatórios, com a

¹⁸⁷ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.”

¹⁸⁸ A respeito das características de cada um dos direitos coletivos, vide Capítulo 1 da Dissertação.

ressalva, lógico, de não ficarem os terceiros juridicamente interessados atrelados à eficácia da decisão negativa¹⁸⁹.

Para aqueles que assim compreendem, o regime diferenciado de formação da coisa julgada em ações de proteção a direitos individuais homogêneos, quando comparado ao das ações envolvendo direitos essencialmente transindividuais, justificar-se-ia, dentre outros motivos, porque, no primeiro caso, é individual e divisível o direito que motiva a demanda, sendo ainda possível a cada um dos lesados, individualmente, caso rejeitada a ação coletiva proposta, agora por intermédio de ação particular, formular em benefício próprio pedido de tutela individual do direito individual, restando fechada apenas uma das possíveis vias de tutela desses direitos, qual seja, a coletiva, o mesmo não se podendo dizer dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, somente tuteláveis coletivamente. De fato, as ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos constituem-se em um instrumento “a mais” de proteção, não se substituindo às ações individuais, mas a elas se somando. Nas palavras de Elton Venturi, “a possibilidade de a mesma demanda (objetivamente considerada) ser judicializada pela via individual permitiria que se formasse a coisa julgada material de qualquer decisão proferida na via coletiva, mesmo que no sentido da improcedência dos pedidos pela não demonstração razoável dos fatos constitutivos do direito pleiteado.”¹⁹⁰ Já a improcedência indiscriminada da ação coletiva em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* trancaria a via coletiva, única disponível à tutela de tais direitos, impedindo que voltassem a ser objeto de nova demanda, a não ser pela aparição de novo meio de prova ou mediante propositura de ação rescisória. E, assim, “bloqueada a via coletiva pela formação de coisa julgada”¹⁹¹, permaneceria carente de tutela o interesse da coletividade (difuso ou coletivo), o mesmo não ocorrendo com os interesses individuais homogêneos, tuteláveis por duas frentes autônomas (a coletiva e a individual).

Ainda em justificativa à diferenciação, alega-se que, admitida por lei a intervenção de terceiros nas ações de tutela de direitos individuais homogêneos, há ampla possibilidade de participação na produção da prova, elevando-se as chances de que seja apurada a verdade real pelo magistrado, não se justificando por isso a ressalva à formação de coisa julgada que há com respeito às ações movidas em defesa de direitos difusos e coletivos, nas quais, como

¹⁸⁹ Assim, por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 954: “O tratamento legislativo dos limites subjetivos da coisa julgada é simétrico ao conferido às ações em defesa de interesses difusos e coletivos (...), exceção feita ao critério da inexistência da coisa julgada na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, adotado somente para os interesses difusos e coletivos (...).”

¹⁹⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 393. Esclareça-se não ser essa a posição do autor mencionado. Ele apenas apresenta tal corrente de pensamento, para depois refutá-la, exatamente como nós.

¹⁹¹ GIDI, A. *Op. cit.* p. 141-142.

cedição, vedado o ingresso de interessados. Em contrapartida à possibilidade de participação em massa da comunidade de vítimas lesadas ou de seus sucessores no processo instalado, perderiam a prerrogativa de não terem contra si formada a coisa julgada em caso de improcedência do pleito.

Em sentido justamente contrário ao da primeira corrente de pensamento, há quem interprete o artigo 103 inciso III do CDC como só autorizando a formação de coisa julgada material em sendo julgado procedente o pedido, jamais nas hipóteses de improcedência. Rechaçado o pleito, por qualquer motivo, não se cristalizaria a decisão final, sendo possível a repositura da ação coletiva inclusive nas hipóteses de improcedência fundada na suficiente comprovação da injustiça da pretensão¹⁹².

Então, em resumo, consoante uns, tratando-se de ações que digam respeito a direitos individuais homogêneos, sempre se formará a coisa julgada, qualquer que seja o resultado final do processo, vale dizer, *pro et contra*; para outros, diversamente, apenas se tornará imutável a sentença se for acolhido o pleito formulado, ou seja, *secundum eventum litis*.

Segundo relato de André Vasconcelos Roque¹⁹³, a posição largamente dominante na doutrina, na falta de ressalva expressa na lei, é a de considerar que haverá formação de coisa julgada coletiva qualquer que seja o fundamento da decisão de rejeição do pedido, ou seja, sempre, *pro et contra*, alegre ou triste o resultado final do processo à coletividade, restando, nos casos de improcedência, aos titulares das pretensões individuais homogêneas a opção de ajuizarem ações singulares condenatórias.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, acreditamos que nenhuma das duas correntes de pensamento deve prosperar. Às razões que supostamente justificariam o tratamento legislativo diferenciado com respeito ao modo de produção da coisa julgada em demandas intentadas objetivando a tutela de direitos individuais homogêneos sobrelevam outras de maior importância, sobretudo considerando-se a realidade dos conflitos do trabalho.

Algumas fortes objeções podem ser levantadas em sentido contrário à linha de raciocínio dos que sustentam dever sempre formar-se a coisa julgada, qualquer que seja o resultado do processo e o fundamento da decisão.

Em primeiro lugar, o mesmo risco de que se conluem autor e réu, com o objetivo de se frustrar o gozo de um direito, que é, como dito, o que justifica o tratamento legislativo

¹⁹² Opinião, por exemplo, de MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no Processo Coletivo. In NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 325-332: "(...) não haverá coisa julgada material, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses individuais homogêneos, quando seja julgada improcedente por qualquer motivo, salvo para os lesados individuais que tenham intervindo na ação coletiva". E de ROQUE, Andre Vasconcelos. A experiencia das "class actions" norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. Dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, p. 704.

¹⁹³ ROQUE, A. V. *Op. cit.* p. 704.

diferenciado conferido à formação da coisa julgada nas ações que buscam tutelar direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, existe em se tratando de ações dedicadas à tutela de direitos individuais homogêneos. Se é verdade que, para tais direitos, fechada a via coletiva de tutela, remanesce aberta a individual, fato é que, mormente para o trabalhador hipossuficiente, muitas vezes o acesso coletivo ao Judiciário revela-se o único meio viável ou, pelo menos, o mais eficaz, de acesso ao próprio direito material, face às inúmeras dificuldades que ainda encontra em acionar, por conta própria, a jurisdição, especialmente durante a execução do contrato de trabalho, momento em que ocorrem as violações a direito, mas em que, ao mesmo tempo, não se dispõe o trabalhador a enfrentar o tomador dos serviços em uma peleja judicial, temeroso de sofrer alguma represália.

Não obstante a inafastabilidade da tutela jurisdicional, muitos obstáculos se antepõem ao efetivo acesso das classes economicamente desprestigiadas à Justiça, barreiras que só as ações coletivas conseguem superar. A possibilidade de se ingressar individualmente com uma ação é muitas vezes mais retórica que real, sobretudo se se considera que, na maior parte dos casos de violação a direitos individuais homogêneos, o dano, individualmente considerado, é tão pequeno, que não vale a pena, para o lesado, perseguir em juízo a reparação da violação sofrida.

Ao ponderar a respeito do custo-benefício de se ajuizar uma demanda de pequeno monta, os indivíduos acabam literalmente “deixando pra lá”, eis que o dispêndio de tempo e os aborrecimentos decorrentes de uma ação não compensam os irrisórios ganhos finais. Sai mais caro lutar pelo direito que deixar impune a violação. Além do mais, a falta de conscientização a respeito dos direitos de que se é titular, ainda muito comum no Brasil, impede que o indivíduo enxergue na violação que contra ele foi, está sendo ou poderá ser perpetrada uma oportunidade a que se valha dos serviços jurisdicionais. E ainda quando constata ser judicializável o litígio, ou o indivíduo não se sente estimulado economicamente a ajuizar uma ação, menos ainda disposto moralmente a lutar por seu direito, por ser diminuto o valor que poderá obter ao final, se e quando vier a sagrar-se vitorioso, ou, então, teme enfrentar em juízo adversário poderoso, com o qual mantém relação de dependência ou subordinação. Ora, para o Direito do Trabalho, a grande valia das ações coletivas está justamente em permitir a condução dos trabalhadores à justa ordem jurídica laboral, ainda durante a vigência do pacto e não apenas depois que já estão desempregados; em possibilitar, outrossim, a fruição dos direitos constitucionalmente assegurados *in natura*, ao invés da sua

conversão em indenização pelo descumprimento das prescrições tutelares do trabalho¹⁹⁴. Fosse trancada a via coletiva em casos de improcedência por insuficiência de provas, violações acabariam sendo forçosamente “consentidas” e, mais, muitas vezes “convalidadas”, em razão de irem perecendo as pretensões nascidas das lesões a direitos trabalhistas no próprio curso do contrato, a cada intervalo de cinco anos. Por conseguinte, a só possibilidade teórica de os direitos poderem ser reclamados individualmente em hipótese alguma justifica a diferenciação de regime de formação da coisa julgada em ações de tutela de direitos individuais homogêneos, ao menos em âmbito trabalhista.

Tampouco justifica a diferenciação a franquia legal ao ingresso de interessados no processo coletivo. É que, na prática, como se explica a seguir, tais intervenções acabam por não se concretizar. Conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 103 do CDC¹⁹⁵, só haverá extensão subjetiva da coisa julgada, do plano coletivo para o individual, *in utilibus*. Isto é, se benéfica a decisão a vítimas e sucessores. Trata-se do mesmo regime de vinculação vigente com relação às ações para a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Logo, ficando de fora do processo, os interessados beneficiam-se do resultado de procedência e não se prejudicam em caso de improcedência. Suas esferas jurídicas ficam protegidas, em razão da blindagem que lhes fornecem as garantias do devido processo. No entanto, atendendo ao chamado para participar do feito coletivo, isto é, assumindo a posição de sujeitos do contraditório, perdem a sua imunidade, correndo a partir daí o risco de se contagiarem pela atuação processual mal sucedida do legitimado legal. É que, uma vez no feito, já não são terceiros, mas partes, e nesta qualidade vinculam-se, sem exceção, ao resultado que vier a ser obtido, bom ou ruim. Como facilmente se percebe, tal sistemática, ao invés de funcionar como fator de atração, acaba repelindo do processo os terceiros, desvantajosa que se torna a sua entrada¹⁹⁶.

Por sua vez, contra a corrente que sustenta só se formar a coisa julgada material em caso de procedência do pedido, nunca em caso de improcedência, pode-se argumentar não ser justo que o réu, a despeito da árdua e valorosa atividade probatória desenvolvida no sentido de demonstrar a injustiça da pretensão autoral, assim reconhecida em sentença passada em julgado, possa ainda voltar a ser importunado judicialmente com a mesma demanda, sem

¹⁹⁴ As férias não gozadas, por exemplo, após fim do contrato, convolam-se em indenização; do mesmo modo, o intervalo intrajornada e assim por diante. Dificilmente a outorga de indenização equipara-se à fruição do direito tal qual proclamado.

¹⁹⁵ “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.”

¹⁹⁶ Discorrendo sobre a possibilidade interventiva em processos instaurados em razão da propositura de ações voltadas à defesa de direitos individuais homogêneos, José Rogério Cruz e Tucci chega a mesma conclusão: “(...) a regra em apreço, a meu ver, constitui letra morta – e a prática confirma essa conclusão –, uma vez que, não intervindo no processo, o interessado, em caso de improcedência do pedido deduzido na demanda coletiva, poderá propor, em imediata seqüência, a ação para a defesa exclusiva de seu direito.” CRUZ e TUCCI, J. R. Op. cit. p. 156.

qualquer nova prova hábil a inverter o anterior resultado obtido. Fosse *secundum eventum litis* o modo de produção da coisa julgada, mesmo quando fundada em suficiente produção probatória a decisão de improcedência, não poderia o réu valer-se da exceção de coisa julgada em eventual nova ação coletiva que se (re)propusesse em defesa do mesmo direito, apoiada nos mesmos fatos e direito, o que se afigura atentatório à isonomia.

Por isso, a nosso ver, como dito antes, nada há que justifique o tratamento legislativo discrepante no que toca ao modo de produção da coisa julgada material em ações coletivas de proteção a direitos individuais homogêneos, havendo razões muito mais fortes a impor a adoção de regramento uniforme qualquer que seja a categoria de direito coletivo objeto do pleito de tutela¹⁹⁷.

4.5 Fechamento parcial do capítulo

Em resumo, pode-se afirmar que, independentemente do tipo de direito material objeto da ação:

- (i) extinto o processo por sentença terminativa, não haverá formação de coisa julgada material, apenas formal;
- (ii) procedente o pedido formulado na ação coletiva, haverá não apenas formação de coisa julgada material, como também projeção *erga omnes* ou *ultra partes* dos efeitos diretos da sentença sobre os terceiros;
- (iii) improcedente o pedido, após instrução suficiente, haverá formação de coisa julgada material na esfera coletiva, impedindo-se que o autor da demanda rejeitada ou qualquer outro legitimado legal repita a mesma ação, objetivando a defesa coletiva do mesmo direito¹⁹⁸. A coisa julgada formada afeta apenas o direito

¹⁹⁷ Pensamento também compartilhado por DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. V. 4. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 359: “O inciso III do art. 103 do CDC cuida da coisa julgada coletiva nas ações que tratam dos direitos individuais homogêneos. (...). A redação é um tanto lacunosa. Deixa claro que haverá extensão da coisa julgada para o plano individual no caso de procedência do pedido da ação coletiva. Não há regramento, no entanto, da coisa julgada coletiva, somente da extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual. (...). Assim, parece que, aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, pode-se concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito.”

¹⁹⁸ Explica Antonio Gidi que quem é atingido pela imutabilidade do comando da sentença não é o titular da *legitimatío ad causam*, mas os sujeitos da lide. O fato de não ser possível ao legitimado coletivo que ajuizou a ação ou qualquer outro voltar

coletivo (da comunidade ou coletividade), fechando-lhe a via da tutela coletiva, sem, contudo, atingir os direitos individuais (homogêneos ou não) dos interessados (dos integrantes da coletividade ou comunidade)¹⁹⁹;

- (iv) improcedente o pedido, por falta de prova, não haverá formação de coisa julgada material coletiva, muito menos extensão dos efeitos da sentença (aliás, que efeitos?!) para o plano individual. A mesma ação coletiva poderá voltar a ser proposta em defesa do mesmo direito (superindividual ou individual homogêneo), mediante apresentação de nova prova. Sinteticamente, pode-se dizer que, em tendo havido julgamento de improcedência fundado no frágil cenário probatório dos autos, sequer haverá formação da coisa julgada material coletiva, sendo possível a qualquer dos colegitimados, inclusive ao que ajuizou a ação em primeiro lugar²⁰⁰, a sua repositura, agora com base em outra(s) prova(s), capaz(s) de conduzir a resultado diverso daquele a que se chegou em primeiro lugar.

4.6 O que se deve entender por “prova nova”?

Para Ada Pellegrini Grinover, prova nova, autorizadora da repositura da ação coletiva, seria aquela inexistente à época do primeiro processo. De acordo com o pensamento da autora, as provas que, podendo ter sido produzidas, não o foram, já não poderiam propiciar um segundo exame da demanda pelo Judiciário, em razão do efeito preclusivo da coisa julgada²⁰¹. Com o devido respeito, entendemos que a concepção de prova nova não deve ser tão restritiva.

a propô-la é simples consequência do fato de o verdadeiro titular do direito material (a comunidade, a coletividade) já não poder ter a sua lide rediscutida em juízo, posto já definitivamente solucionada. GIDI, A. *Op. cit.* p. 124-125.

¹⁹⁹ GIDI, A. *Op. cit.* p.66.

²⁰⁰ Como o art. 103 do CDC refere-se a “qualquer legitimado”, o mesmo autor coletivo que haja intentado a ação que resultou na sentença de improcedência por insuficiência do material probatório poderá repropô-la. Como bem observa Barbosa Moreira, ao comentar artigo similar da Lei da Ação Popular, se a lei tivesse o intuito de impedir que o mesmo legitimado coletivo viesse a propor novamente a ação, teria dito “qualquer outro cidadão”, ao invés de “qualquer cidadão”. Este raciocínio aplica-se às ações coletivas de um modo geral, inclusive àquelas pautadas no Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública, já que o art. 103 do CDC faz menção a “qualquer legitimado” e não a “qualquer outro legitimado”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: Temas de Direito Processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

²⁰¹ “(...) a possibilidade de reabertura do processo com qualquer prova nova, não produzida durante a instrução, colidiria com o tradicional princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual se consideram cobertas pela imutabilidade não só as questões levantadas, mas também aquelas que poderiam ter sido levantadas no processo (art. 474 do CPC). Por isso restringimos a possibilidade de reabertura do novo processo às hipóteses de provas que não existiam à época do primeiro processo, e que, portanto, não poderiam ter sido produzidas. Essa idéia também pode abrir perspectivas para uma visão mais ampla da coisa julgada *rebus sic stantibus*, em que não é a situação de fato que muda, mas em que se concretiza uma prova nova, superveniente, sobre o fato.” GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro...* p. 951.

É que, se somente a prova surgida posteriormente ao término do primeiro processo, como sustenta a eminente processualista, permitisse nova apreciação da causa, bastaria que o autor coletivo, em concerto com o réu, deixasse de coligir certa prova, essencial à comprovação do direito, cuja produção, ademais, por qualquer motivo, não tivesse sido determinada pelo juiz de ofício, isto é, que a ocultasse propositalmente, para que permanecesse lacrada a via coletiva de acesso à Justiça à pretensão insatisfeita, só novamente dedutível em caso de surgimento, após o fim do processo, de outra prova, capaz de conduzir à solução diversa ou, então, em se ajuizando ação rescisória. A prova existente ao tempo do primeiro processo, mas não produzida, ainda que por motivo de fraude, ou mesmo a prova omitida por motivos não imputáveis ao legitimado coletivo ou simplesmente não apresentada por má gestão processual, segundo dá a entender a orientação em exame, seria “prova velha”, imprestável, por conseguinte, à reabertura da discussão atinente à lide coletiva²⁰². Ou será que, conjecturando, como condição *sine qua non* de procedibilidade da ação novamente proposta, teria ainda o autor o ônus inicial de demonstrar que a prova, apesar de “antiga”, só não foi produzida em razão de fraude, ou mesmo que ajuizar uma rescisória? Não faz sentido!

Até porque, como visto anteriormente, nos casos de improcedência do pedido por insuficiência de provas, sequer se produz coisa julgada material, não se podendo falar, por consequência, em preclusão probatória, que seria um efeito lógico daquela. Outrossim, sem a ocorrência de coisa julgada material, nenhum impedimento há a que se volte a intentar novamente a mesma ação. Não é a coisa julgada material um efeito necessário do trânsito em julgado, mas uma qualidade que se agrega a certas decisões judiciais por pura opção de política legislativa, a fim de se evitar a indesejada perpetuação das lides. É verdade que a ação rejeitada não poderá ser reproduzida, enquanto inalterado o cenário probatório antes delineado. Só com nova prova é que se poderá repetir a ação. Mas mesmo no caso de carência probatória, o objeto do processo é decidido, apenas sem caráter de definitividade. A limitação cognitiva que decorre da instrução deficitária e inconclusiva impede que haja formação de coisa julgada material, a despeito de ter sido julgada a pretensão, o mérito da causa, no linguajar do CPC. Na verdade, a sentença fica com a sua existência condicionada à não modificação do estado da prova.

²⁰² Disciplina imperfeita que, todavia, parece ter sido albergada pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: “Art. 33. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. § 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, *superveniente*, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.” (grifou-se)

Além do mais, como é notório, a preclusão diz respeito, quanto ao réu, às alegações de defesa que poderiam ter sido suscitadas mas não o foram. A eficácia preclusiva, pois, torna irrelevante, para fins de definição da lide, aquilo que foi efetivamente argüido e o que poderia ter sido argüido (o deduzido e o dedutível). É como se o argumento de defesa calado tivesse sido suscitado e rechaçado pelo Judiciário. Para o autor, diz respeito a outras alegações de fato correlatas àquela mesma causa de pedir já aventada. Nada tem a ver com os meios de que se valerá a parte para demonstrar suas alegações. Aliás, se a mesma demanda está sendo novamente ajuizada, os fatos componentes de sua causa de pedir serão os mesmos, e, por conseguinte, idêntico será o *objeto* da prova, aquilo que se deve provar. O que deve ser novo é o modo como a parte irá comprovar a veracidade daquilo que afirma.

Ao nosso ver, então, prova nova é qualquer uma que não tenha sido produzida no processo anterior, independentemente de qual tenha sido o motivo da sua não apresentação. Mais singelamente, a que não foi ou não pôde ser, por qualquer razão, apresentada oportunamente. Em suma, a que não chegou ao conhecimento do juiz. O adjetivo nova quer significar tão-somente novidade com relação à ação reproposta em seqüência à anteriormente refutada por escassez de elementos de convicção²⁰³. Logo, estão incluídas no conceito de prova nova, tanto aquela existente ao tempo do primeiro processo que, no entanto, não tenha sido produzida, pouco importando o motivo da omissão, como aquela que só passou a existir após o momento derradeiro, no processo antecedente, no qual era possível a produção de provas²⁰⁴.

Em resumo, toda a prova, preexistente e superveniente à ação coletiva julgada improcedente, desde que não apresentada no curso do processo gerado, deve ser considerada nova para fins de sua repropositura. Mas não só isso. É mister ainda que o novo elemento de convicção seja capaz, por si só, ou em conjunto com o material probatório já levantado, de alterar o desfecho da anterior ação proposta, de alterar o convencimento judicial. Normalmente, apenas será possível ao magistrado aferir se a prova é realmente nova ou se

²⁰³ Também assim compreende a expressão prova nova, MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A Litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 194-215.

²⁰⁴ Vindo a prova ao conhecimento do autor apenas após a fase do processo destinada à sua coleta, por exemplo, em segundo grau de jurisdição ou mesmo quando já está o feito tramitando por instâncias extraordinárias de jurisdição, não pode haver dúvidas acerca da possibilidade de a prova ser utilizada ainda no processo em curso, devendo o Tribunal anular o feito retroativamente à etapa instrutória, determinando a baixa dos autos à primeira instância, para a colheita da prova e conseqüente prolação de nova sentença. A prova nova (é nova porque dela só se teve conhecimento depois do momento apropriado à coleta do material probatório em geral) fará o processo andar para trás, em verdadeira mitigação às regras de preclusão que impulsionam o processo em sua caminhada avante. A recusa em se admitir a sua produção, mesmo depois de ultrapassado o momento adequado a tanto, seria medida pouco útil e até contraproducente, pois se se tivesse que aguardar a extinção do primeiro processo instaurado, para só então se ajuizar a nova ação, pautada na prova inadmitida anteriormente, o tempo gasto até a outorga de solução jurisdicional definitiva para o conflito seria ainda maior.

não passa de mera reprodução daquelas do processo anterior, isto é, se acrescenta algo de novo à convicção judicial, não se limitando simplesmente a reafirmar o que já restou demonstrado, após sua efetiva produção²⁰⁵.

É claro que o magistrado, diante de um quadro probatório inconsistente, incapaz de convencê-lo da procedência ou improcedência do pedido, pode e deve, suprimindo a deficiente atuação instrutória das partes, determinar, ele próprio, independentemente de qualquer provocação, a colheita de novas provas. Ciente da existência de certo meio de prova, presumivelmente capaz de esclarecer importante questão controvertida, o juiz não pode simplesmente “lavar as mãos”, abstendo-se de determinar a sua produção, e, na seqüência, comodamente, proferir decisão de improcedência do pedido por insuficiência probatória.

Geralmente, a prova é produzida pela parte a quem o fato beneficia. Pressupõe-se que ninguém melhor que as partes saibam que provas produzir e onde buscá-las, já que, tendo vivenciado a situação litigiosa, conhecem quem tem condições de testemunhar, que documentos poderão auxiliar na instrução da causa *etc.*

Mas, e se prova indispensável ao esclarecimento de fato essencial não vem aos autos? Conformam-se o magistrado com julgamento distanciado da realidade, impondo, de acordo com as estáticas regras de distribuição do ônus probatório, consequência desfavorável à parte que, incumbida da produção da prova, omitiu-se, ou determina ele próprio, de ofício, a sua realização?

De um lado, há quem vislumbre na iniciativa probatória do juiz, substitutiva da atuação das partes, perigosa afronta aos princípios da imparcialidade e dispositivo. Não vemos assim.

O agir do magistrado na condução do processo deve ser orientado para a busca da verdade real. O processo já não é um jogo entre particulares, do qual é o juiz um árbitro passivo, assegurador da observância de mínimas regras de procedimento. É o processo hoje visto como instrumento de realização dos fins cometidos à jurisdição, dentre os quais o de efetivar direitos e o de pacificar pessoas e grupos de pessoas envolvidos em litígios. Para que haja pacificação de verdade, é preciso, antes de mais nada, seja justa a decisão. E, como é óbvio, maior será o teor de justiça, quanto maior for a coincidência entre o acontecido na realidade da vida e o resultado do processo. Daí o dever-poder que tem o juiz de determinar, ainda que *ex officio*, a realização das providências que se lhe afigurem necessárias ao

²⁰⁵ GIDI, A. *Op. cit.* p. 136.

esclarecimento estrito²⁰⁶ dos fatos controvertidos. Cai o mito da neutralidade do juiz. O julgador indiferente, descompromissado com o ideário instrumentalista, é inaceitável no atual estágio de desenvolvimento da ciência do processo. Como sujeito do contraditório, tem o juiz o dever de buscar reconstruir, no processo, o mais fielmente possível, o contexto fático-jurídico litigioso. A inserção do magistrado em contraditório, pois, o faz colaborador e não mero expectador. O juiz participativo não deixa de ser imparcial porque se empenha na busca da verdade. Muito pelo contrário.

Quando determina a produção de certa prova, o magistrado não sabe ainda a quem ela irá beneficiar. Imagina apenas seja ela útil à exata compreensão do conflito. Certamente não se desincumbe o juiz do seu dever de julgar prolatando decisão qualquer. Espera-se que emita decisão justa. E daí não haver sentido algum em se privar o juiz do poder de introduzir no processo prova considerada crucial à descoberta da verdade, principalmente naqueles casos em que em disputa direitos indisponíveis ou de desequilíbrio entre as partes litigantes. A todo dever do juiz corresponde um poder. Aliás, aos magistrados só são conferidos poderes na medida do estritamente necessário ao cumprimento dos deveres que lhes são impostos.

Destarte, ao dever de bem julgar corresponde o poder dos juízes de bem se instruírem. Pois, como proclamado por Barbosa Moreira, quem quer o fim (sentença justa), não pode prescindir do meio (correta instrução da causa). É o que expressamente ditam o art. 765 da CLT e seu congênere processual civil, o art. 130 do CPC.

Além do uso proveitoso que deve fazer da iniciativa probatória que lhe é outorgada, do juiz ativo espera-se que interprete as regras de distribuição do ônus da prova com cuidado e sensibilidade, afeiçoando-as ao caso concreto sobre que é chamado a atuar. Tais regras, rigidamente estabelecidas, visam a incentivar as partes a fornecerem as provas de suas alegações, além de indicarem ao juiz quem sofrerá as conseqüências negativas em caso de não ser provado certo fato. Pela teoria da carga dinâmica, ensaiada, em absoluta vanguarda, em solo brasileiro, primeiramente nos palcos jurisdicionais trabalhistas, busca-se romper a visão estática da distribuição prévia do *onus probandi*, de acordo com a posição das partes no processo, atribuindo o encargo à parte que, no caso concreto, mostre-se em melhores condições de cumpri-lo.

Ainda quanto ao conceito de prova nova, uma última observação. Pode ser que o juiz julgue improcedente o pedido, baseado na suposição de já não existirem mais provas a serem produzidas e que, depois de concluída a etapa instrutória, surja ou venha a ser descoberta a

²⁰⁶ Estrito, pois o juiz não pode, a pretexto de fazer justiça, investigar por conta própria fatos outros, que não os invocados como fundamento da ação ou da defesa pelas partes, a cujo respeito haja discórdia.

existência de outra prova, apta à demonstração do direito que antes não se logrou comprovar. Ora, em casos como esses, fica evidente que a improcedência, ao contrário do que se supunha, não se deveu ao esgotamento da prova. Na verdade, mesmo sem saber, julgou o juiz improcedente o pedido por falta de um quadro probatório mais consistente, que o levasse a concluir pela procedência²⁰⁷.

Vê-se, destarte, que “a aferição sobre a possível suficiência probatória idônea à conclusão da improcedência da sentença que aprecia a lide coletiva só é factível sob uma *perspectiva retrospectiva* (...).”²⁰⁸ Vale dizer, apenas confrontando-se o material probatório que acompanhou a causa primeiramente intentada com aquele da ação reproposta é que se poderá afirmar com certeza ter havido ou não formação de coisa julgada material. Em face do aparecimento de nova prova, capaz de convencer o juiz da procedência do pedido, será possível propor-se de novo a ação, pois, como é óbvio, havendo ainda prova a produzir, fica claro não ter sido o pedido rechaçado por esgotamento da prova, único caso em que a sentença coletiva se tornaria imutável²⁰⁹. Em hipóteses tais, como já visto, não havendo formação de coisa julgada material, nada impede seja renovada a ação. Conforme vem sendo dito, precedente ou improcedente o pedido da ação coletiva, somente haverá formação de coisa julgada material se a causa tiver sido suficientemente instruída (*secundum eventum probationis*). A estabilização do comando decisório das sentenças de improcedência, em ações coletivas, condiciona-se à exaustiva produção probatória.

Por fim, mencione-se não haver, na legislação processual coletiva vigente, qualquer disposição estipulando termo limite para a repositura da ação coletiva, o que pode gerar situação de verdadeiro desequilíbrio entre a exigência de tutela efetiva dos direitos da coletividade e a de segurança jurídica do réu, que poderia vir a ser reiteradamente demandado sempre que surgisse nova prova. Sem nos aprofundarmos na discussão, cumpre noticiar que tanto o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, quanto o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, estabelecem o prazo de dois anos para a repetição da ação, a contar da descoberta da prova nova²¹⁰.

²⁰⁷ WAMBIER, T. A. A. *Op. cit.* p. 282: “Imprescindível mencionar que, não raramente, se percebe depois que a improcedência teria sido gerada por insuficiência de provas, sendo, portanto, dispensável a declaração expressa do juiz no sentido de que o pedido não foi acolhido porque as provas teriam sido insuficientes. Penso que mesmo quando o juiz se convence de que o autor não tem o direito e não tem consciência de que a falta de improcedência é a falta de um quadro probatório convincente, pode ocorrer que se apresente prova nova e que, então, se consiga demonstrar o verdadeiro sentido da sentença anterior, obtendo-se a procedência da ação.”

²⁰⁸ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 388.

²⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispêndência em ações coletivas. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280-295

²¹⁰ Art. 33 § 1º do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: “Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2

4.7 Limites subjetivos da coisa julgada material coletiva

Analisado o fenômeno coisa julgada coletiva no atinente ao seu modo de produção, passa-se agora a tratar de um segundo aspecto, o dos limites subjetivos da coisa julgada, isto é, a quem ela afeta. O tópico dedica-se a analisar o tema da extensão a terceiros da autoridade da coisa julgada material coletiva e da sua compatibilidade com a constelação de princípios constitucionais do processo.

4.7.1 Importante esclarecimento

São as partes, em geral, as destinatárias naturais dos efeitos *diretos* das sentenças. Aos terceiros, por sua vez, são, como regra, extensíveis apenas certos efeitos reflexos, indiretos.²¹¹ Há terceiros que em algum gênero e grau estão ligados aos sujeitos do processo ou ao seu objeto e que, por isso, podem ser atingidos pelos efeitos da sentença, também de diferentes modos e com variada gradação. Há, por sua vez, terceiros totalmente indiferentes à discussão²¹², nenhuma influência exercendo a sentença em suas vidas²¹³. Daí a famosa classificação dos terceiros em (i) terceiros absolutamente indiferentes à decisão; (ii) terceiros com interesse de fato e (iii) terceiros juridicamente interessados. Apenas estes últimos, se prejudicados pela eficácia da sentença, é que estariam legitimados a contestá-la.

Tanto quanto os terceiros absolutamente indiferentes, aqueles que tenham sido prejudicados de fato pela eficácia natural da sentença não poderão tornar a discutir a respeito do preceito sentencial, nem ao menos pretender neutralizar sua eficácia, não porque tenham sido afetados pela coisa julgada (não são!), mas porque não é a sua esfera de direitos e obrigações concretamente abalada pela sentença (a decisão transitada em julgado não lhes suprime ou restringe direitos, tampouco lhes impõe obrigação a cumprir). O direito declarado no processo do qual não participaram não contrasta com eventual direito ou pretensão que

(dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

²¹¹ Fala-se em regra porque alguns terceiros sofrerão os efeitos diretos da sentença, caso do substituído processual, o qual, para alguns doutrinadores, nem sequer seria terceiro, mas parte em sentido material.

²¹² Razão pela qual a autoridade da coisa julgada comumente não vai além dos sujeitos processuais consiste no desinteresse dos terceiros pelos resultados do processo, que não lhes afetam, sequer reflexamente, a esfera de direitos e obrigações ou ainda qualquer pretensão que titularizem.

²¹³ Aliás, a maioria dos terceiros enquadra-se nesta categoria, não estando “autorizados a repor em discussão os efeitos da sentença proferida *inter alios*, não porque a coisa julgada os atinja, mas porque sua vida não fica afetada por eles; e, conseqüentemente, no plano do direito processual, falta-lhes *legitimidade ad causam*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2009. V. III, p. 323.

afirmem possuir. Apesar de não alcançados pela autoridade de coisa julgada, “eles suportam a eficácia natural da sentença sem que a ela se possam furtar”²¹⁴.

Já os terceiros juridicamente beneficiados pelos efeitos da sentença formada em processo *inter alios*, conquanto não tenham integrado o contraditório, não poderão questioná-la, por lhes faltar interesse processual a tanto, havendo, com relação a eles, segundo José Rogério Cruz e Tucci, verdadeira expansão *ultra partes* da própria coisa julgada²¹⁵. Logo, só os terceiros juridicamente prejudicados é que poderão reagir contra a sentença.

Em suma, suportam os efeitos reflexos das sentenças todos os terceiros, como conseqüência daquilo que Liebman chamou de eficácia natural, porém é possível que alguns deles se esquivem de tais efeitos, quando se lhes revelem prejudiciais juridicamente, já que não tolera o sistema processual seja alguém privado de sua propriedade ou liberdade sem um justo processo.

A teoria dos limites subjetivos da coisa julgada é importante precisamente para se definir quem é que fica e quem é que não fica atrelado definitivamente ao resultado do processo. Ao analisar a influência que uma sentença exerce sobre terceiros ao feito, diferenciou Liebman os limites subjetivos da coisa julgada dos limites subjetivos da eficácia da sentença, concluindo que todos estão obrigados a respeitar a sentença entre as partes, como ato estatal de vontade e autoridade que é, podendo, entretanto, o terceiro juridicamente prejudicado se opor à decisão judicial, posto não alcançado pela coisa julgada material. O que não se admite, portanto, é que os efeitos indiretos da sentença atinjam terceiros de modo irremediável e irreversível, causando-lhes prejuízo jurídico, pois a tal se opõem as garantias do devido processo legal. Assim, a regra da limitação subjetiva da coisa julgada às partes processuais (CPC, art. 472) lança luzes justamente sobre aquelas situações em que terceiros são atingidos, de algum modo e com algum grau de intensidade em suas esferas jurídicas (variáveis o modo e a intensidade consoante a maior ou menor proximidade da situação

²¹⁴ DINAMARCO, C.R. *Op. cit.* p. 325.

²¹⁵ Sobre a extensão da própria coisa julgada aos terceiros privilegiados em suas esferas jurídicas pela eficácia da decisão proferida *inter alios*, assim se manifesta José Rogério Cruz e Tucci: “Com o trânsito em julgado da sentença, a coisa julgada, em regra, opera-se exclusivamente entre as partes, não produzindo qualquer prejuízo ou benefício a terceiros (terceiros indiferentes). Mas, como já enfatizado, não se afasta a possibilidade da repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada a um terceiro. (...) Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de se fazer distinção entre os terceiros beneficiados de fato, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos (...); e os terceiros juridicamente beneficiados que se subordinam à autoridade da coisa julgada. (...) Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício. (...) dada a posição jurídica do terceiro diante da relação decidida ou em virtude da natureza do direito substancial que foi objeto de julgamento, verifica-se a expansão *ultra partes* da coisa julgada. Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.* p. 208-210.

jurídica do terceiro com os sujeitos do processo ou seu objeto), pelos efeitos indiretos da sentença.

Em resumo, projetam-se sempre *ultra partes* os efeitos reflexos da sentença, como decorrência de sua eficácia natural, derivando de tal extensão subjetiva a classificação dos terceiros em indiferentes e em prejudicados de fato e de direito, possibilitando as regras que delimitam a extensão subjetiva da coisa julgada visualizar quem é que poderá ainda questionar a sentença e quem está irremediavelmente preso ao seu comando. Já se encontra a ciência processual suficientemente esclarecida a ponto de enxergar ser diferente a indagação a respeito de a quem as sentenças poderão beneficiar ou prejudicar em razão dos efeitos que delas emanam e aquela relativa a quem se sujeita ou não definitivamente ao desfecho do processo.

Diante de tais esclarecimentos, é possível perceber que quando se refere o Código de Defesa do Consumidor à extensão a terceiros (*erga omnes* ou *ultra partes*) da autoridade da coisa julgada *em caso de procedência do pedido*, está querendo afirmar não apenas, como está lá dito, que não poderão mais os terceiros discutir a respeito da sentença coletiva favorável (o que é muito natural, haja vista a falta de interesse de agir), mas que, mais do que pelos efeitos reflexos, serão atingidos pelos efeitos *diretos* da sentença, podendo valer-se do título executivo gerado para a liquidação dos prejuízos pessoalmente sofridos. Isto é, que se beneficiam da eficácia condenatória da sentença, podendo proceder de imediato à liquidação dos danos suportados, sem necessidade de rediscutirem, em suas ações pessoais, a respeito da responsabilidade da empresa pelos danos globalmente causados e do dever de reparar, já certificado na sentença coletiva transitada em julgado. Em suma, a decisão de procedência, qualquer que seja o tipo de direito objeto do pedido de tutela na ação coletiva, abastecerá com um título executório os indivíduos cuja situação específica encaixe-se no contexto litigioso da lide coletiva.

Enfim, o que autoriza o CDC, na verdade, é a extensão subjetiva dos efeitos *diretos* da sentença a quem não foi parte no processo, e não simplesmente da coisa julgada ou, menos ainda, dos efeitos reflexos da sentença, cuja projeção, como visto, não precisa ser autorizada pela lei, consequência que é de sua eficácia natural, como se viu²¹⁶.

Ademais, bem observou a professora Teresa Arruda Alvim, que sentido faria em se afirmar (como o faz literalmente o art. 103, ao dispor estender-se *in utilibus* a autoridade da

²¹⁶ Criticando a redação do art. 103 do CDC, por entender estender-se a terceiros, *in utilibus*, os efeitos da sentença e não a autoridade de coisa julgada, ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 174-193.

coisa julgada aos terceiros) que não podem os terceiros *tornar a discutir* a respeito da decisão que lhes é favorável (e quem é que o faria?!), precisamente porque atados à imutabilidade do comando decisório, se não podem eles sequer *discutir* em juízo sobre os direitos transindividuais, carentes que são de *legitimatío ad causam* a tanto?!²¹⁷ Na verdade, mais do que de extensão subjetiva da coisa julgada material, está o dispositivo a tratar da projeção dos efeitos diretos da sentença sobre os terceiros, como constatou o brilhante Cândido Dinamarco²¹⁸:

“O estudo dos limites subjetivos da coisa julgada pressupõe idéias muito claras sobre a distinção entre os efeitos substanciais da sentença e essa autoridade. Não basta repetir simplesmente que a coisa julgada não é um efeito da sentença, o que chega a constituir lugar-comum na doutrina brasileira. É preciso em um primeiro momento entender muito bem essa distinção e depois aplicá-la de modo adequado. Além disso, é indispensável isolar muito bem os efeitos diretos da sentença, distinguindo-os dos efeitos indiretos, que são esses capazes de alguma extensão a certos terceiros. Os efeitos diretos são aqueles consistentes em alguma declaração, constituição *etc.* capaz de se projetar de modo favorável ou desfavorável sobre a esfera de direitos de uma pessoa e só atingem as partes e mais ninguém – incluídas entre as partes os sujeitos defendidos no processo por algum substituto processual. É o caso da massa de sujeitos substituídos pelo Ministério Público ou alguma associação em processo coletivo por direitos individuais homogêneos: ao dizer que eles ficam colhidos pela coisa julgada material, o art. 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor está na realidade afirmando que todos esses sujeitos são beneficiados pelos efeitos diretos da sentença que julga procedente a ação, de modo a terem à sua disposição o próprio título executivo consistente nessa sentença. Não se trata somente de uma estabilidade de efeitos, mas de uma projeção dos próprios efeitos diretos sobre tais sujeitos.”

Feito o esclarecimento, resta examinar como se compatibiliza esta expansão subjetiva dos efeitos diretos da sentença e da autoridade da coisa julgada com as garantias do acesso à justiça e contraditório. É o que se passa a fazer.

4.7.2 A regra geral do CPC a respeito de quem fica vinculado à coisa julgada material

A regra, em se tratando de definir quem fica atrelado à imutabilidade da sentença, vem expressa no art. 472 do Código de Processo Civil. Segundo referido enunciado normativo, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando

²¹⁷ A constatação é da Professora WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispêndência em ações coletivas. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280-295: No plano do processo coletivo, talvez a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada não seja tão relevante quanto o é no processo individual. (...) O objeto das sentenças que atingem as coletividades, no sentido lato, não pode mesmo ser discutido, postulado ou rediscutido por quem sofre seus efeitos, já que, como é sabido, no direito brasileiro, os legitimados para as ações coletivas são os que constam do art. 82, I, II, III, IV e § 1º do CDC, ou seja, não tem sentido discutir-se se os que são atingidos pela eficácia da sentença são-no também pela coisa julgada, já que eles não podem mesmo REDISCUTIR (=tomar a iniciativa de intentar ação com este objetivo).” (grifos no original)

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 326.

terceiros”. Os terceiros a que faz menção o artigo são, em regra, todas as pessoas que não participaram do processo em que prolatada a sentença. Diz-se em regra, pois sujeitos há que, mesmo ausentes do processo, serão também apanhados pelos efeitos da sentença proferida *inter alios*, sem que lhes seja possível, ao menos de acordo com o pensamento prevalecente sobre o assunto, esquivar-se de suportá-los. É o caso do substituído processual, figura que muito nos interessa, haja vista a natureza extraordinária da legitimação para agir nas ações coletivas.

Em alguns casos, portanto, autoriza-se que certos sujeitos, que não tenham sido partes no processo sofram, para o bem ou para o mal²¹⁹, os efeitos da sentença. São casos excepcionais de extensão subjetiva da eficácia da decisão a terceiros, os quais, mesmo ausentes da relação processual, terão suas esferas jurídicas atingidas²²⁰. É o que ocorre nas hipóteses de substituição processual.

Para certos fins, inclusive o de se estender a eficácia da coisa julgada aos substituídos processuais, atribui certo segmento doutrinário aos envolvidos na controvérsia (os chamados sujeitos da lide) a qualidade de autênticas partes, nos dizeres de Chiovenda²²¹, partes em sentido substancial, e, como tais, suscetíveis de sofrerem em suas esferas jurídicas os efeitos emanados da sentença de mérito, rotulando os legitimados ativos *ad causam* de meras partes formais do processo, simples condutores do feito.

Segundo Cândido Dinamarco, partes e terceiros foram empregados no artigo 472 em acepção pura, a fim de identificar, respectivamente, quem esteve e quem não esteve integrado ao processo. O substituído processual, que não é parte na relação processual, mas o é na

²¹⁹ Segundo doutrina majoritária, o substituído processual sofrerá os efeitos da decisão proferida em processo do qual não foi parte, ainda que tais efeitos afetem negativamente a sua esfera de direitos, sem a eles poder se opor. Esta compreensão, no entanto, no Brasil e no exterior, como se verá adiante, começa a ser questionada, por atritar com as garantias processuais do contraditório e acesso à justiça, como nos noticiam José Rogério Cruz e Tucci (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 327-330). Na verdade, acerca do tema, pode-se afirmar existirem na doutrina três correntes bem definidas: (i) a dos que sustentam haver extensão da coisa julgada ao terceiro que não participou do processo, *pro et contra*, sem que tal represente qualquer exceção à regra do art. 472 do CPC, pois, além de dirigir-se ao substituído a prestação jurisdicional, sendo ele o titular do interesse substancial em jogo, considera a lei processual que seus interesses foram satisfatoriamente defendidos no processo por alguém que o ordenamento reputa idôneo a tanto, o chamado substituto processual. É como pensam, por exemplo, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010. p.325; GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2006, n. 12, p. 7-11; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de nulidade de patente. *In Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; (ii) a segunda preconiza a extensão da coisa julgada a terceiros *secundum eventum litis*, apenas se benéfica a decisão que passou em julgado à esfera de direitos do terceiro. Assim pensa, por exemplo, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 41; (iii) por fim, terceira linha de pensamento, adotada, dentre outros, por Eduardo Talamini, sustenta só poder haver extensão subjetiva da eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada, se o substituído, a quem se deu ciência do processo, teve a oportunidade de participar do feito e não o fez. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

²²⁰ Está-se a tratar, aqui, obviamente, dos efeitos diretos da sentença e não de sua eficácia natural, pois esta necessariamente alcança terceiros.

²²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Réus, 1925. t. II. p. 430.

relação jurídico-material controvertida, tido, por isso, como parte em sentido material ou parte do litígio, também teria sido contemplado pelo legislador para efeito de vinculação à coisa julgada material, por ser exclusivamente sua ou também sua a pretensão deduzida em juízo²²².

Não vislumbra aí a doutrina de modo geral qualquer mitigação ou mesmo violação à regra da limitação subjetiva da coisa julgada às partes. O que se afirma é que, como os interesses do substituído são devidamente defendidos no processo por alguém que a lei reputa capacitado a tanto, não poderia ele se furtar às conseqüências da atuação do legitimado legal, ainda quando prejudicial à sua esfera de direitos.

Logo, são considerados *partes*, para os fins do art. 472 do CPC, (i) demandante e demandado, quer litiguem solitariamente ou em litisconsórcio; (ii) o terceiro que voluntariamente ingressa em processo pendente, deduzindo pretensão própria, de igual natureza daquela do litigante primitivo (o chamado litisconsorte ulterior voluntário); (iii) alguns dos terceiros intervenientes (o oponente, o litisdenuciado, o chamado e o nomeado), com exceção do assistente, cuja vinculação aos efeitos da sentença decorre da chamada eficácia da intervenção (CPC, art. 50) e não propriamente da coisa julgada material e, por fim, (iv) o substituído processual.

4.7.3 Análise crítica da compatibilidade da extensão a terceiros da autoridade da coisa julgada material com as garantias do justo processo

Algum mal estar, contudo, aqui e alhures²²³, produziu-se em razão da submissão indiscriminada²²⁴ de quem não fez parte formalmente do processo à autoridade da sentença lá produzida. A projeção *ultra partes* da coisa julgada chocava-se com as garantias processuais do contraditório e do acesso à justiça, ao sujeitar terceiros, em definitivo, à eficácia de uma sentença de cujo processo de formação não haviam participado.

Mesmo nos casos de substituição processual, a muitos soou no mínimo injusto que o substituído fosse prejudicado em sua esfera jurídica, em razão da eficácia que irradia da sentença, sem que lhe fosse dada sequer a oportunidade de participar do processo. Proto

²²² *Idem*, p. 322.

²²³ Interessante o relato feito por José Rogério Cruz e Tucci a respeito da desconfiança que se foi propagando entre a comunidade jurídica nacional e estrangeira a respeito da compatibilidade da extensão subjetiva da coisa julgada material em casos de substituição processual, vista até então como natural, com as garantias constitucionais do processo. TUCCI, J. R. C. e. *Op. cit.* p. 226 e ss.

²²⁴ Não é à toa que se faz uso da palavra “indiscriminada” no texto, pois nenhum empecilho de ordem garantística há a que se projete a coisa julgada sobre as esferas jurídicas de terceiros, se para favorecer.

Pisani²²⁵, na Itália, e Moniz de Aragão²²⁶, no Brasil, tacharam de atentatória às garantias de ampla defesa e acesso à justiça o alargamento de efeitos. Incompatível, enfim, com o leque de conquistas principiológicas sedimentadas na ordem constitucional processual.

Debruçando-se sobre a delicada questão da legitimidade da extensão *ultra partes* da eficácia e autoridade da sentença, à luz da constelação de princípios do devido processo legal, Eduardo Talamini, especificamente no que diz respeito ao fenômeno da substituição processual, extraiu do sistema processual constitucional brasileiro três condições que, segundo ele, tornam possível a sujeição do substituído à coisa julgada:

“(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja; (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente.”²²⁷

Como regra, tal confinamento da coisa julgada material às partes do processo justifica-se porque, como é intuitivo, não se pode simplesmente atrelar a sorte dos direitos de alguém à atividade processual desenvolvida por outrem, impedindo-se, depois, que o terceiro, juridicamente prejudicado pela sentença proferida em processo em que não esteve presente, reponha em discussão o comando sentencial ou que, pelo menos, neutralize a eficácia da sentença. Ficaria maculada a garantia do contraditório se alguém, sem ter podido gozar das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, enfim, sem ter tido a chance de influir na convicção do juiz, exercendo pessoalmente o direito de ser ouvido em juízo, ficasse depois irremediavelmente preso ao comando de uma sentença desfavorável. Se alguém perdesse um direito, em razão da má atuação processual do sujeito credenciado, por lei, a postular.

A *possibilidade* de participação no contraditório desenvolvido no processo, portanto, validaria a vinculação dos terceiros à coisa julgada material, qualquer que fosse o teor da decisão passada em julgado.

²²⁵ PISANI, Andrea Proto. Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa. Revista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, ns. 4-7, p. 1.230-1.236.

²²⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 302.

²²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 55.

4.7.4 A inviabilidade da limitação subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada às partes do processo em se tratando de ações coletivas

Em se tratando de causas coletivas, por óbvias e intuitivas razões, não há como prevalecer a regra da adstrição da coisa julgada às partes do processo. É da índole das ações coletivas a expansão *erga omnes* ou *ultra partes* da autoridade da coisa julgada material, uma vez que os destinatários da prestação jurisdicional são coletividades *lato sensu* de pessoas, cujos membros não estão ou não podem estar no processo. Não se direcionam aos substitutos processuais os efeitos diretos das sentenças coletivas, mas aos substituídos, os reais titulares da pretensão material.

No entanto, é simplesmente impossível ou, pelo menos, indesejável, que todos os interessados estejam presentes no feito. Os direitos difusos, por exemplo, possuem por titulares comunidades cujos integrantes não são sequer passíveis de identificação. E ainda que fosse possível precisar exatamente quem são esses integrantes, a se admitir o seu ingresso no feito, haveria a formação de inconveniente litisconsórcio multitudinário²²⁸, haja vista a grande quantidade de implicados em lides de corte coletivo, o mesmo se podendo dizer das ações cujo escopo seja a tutela de direitos individuais homogêneos, cujos indivíduos, apesar de identificáveis, são tratados no processo coletivo anonimamente, em bloco. Assim, fosse *inter partes* o alcance subjetivo da coisa julgada, inúteis seriam as ações coletivas, pois, no processo, não figuram os titulares do direito subjetivo afirmado, os quais, como dito, não podem ou não tem interesse de fato em adentrar no feito²²⁹.

Os novos conflitos de massa, por sua dimensão supraindividual, captados pelo Judiciário através de demandas coletivas sintetizadoras de um amontoado de pretensões e congregantes de uma constelação de pessoas, impuseram nova configuração para o princípio do contraditório. Não é possível que todos os envolvidos na lide coletiva estejam presentes no processo, sem que se comprometa gravemente o exercício da ampla defesa pelo réu e a própria efetividade da tutela jurisdicional coletiva.

²²⁸ Sobre os malefícios provocados pela formação de litisconsórcios numerosos e a conseqüente limitação imposta pela lei processual à sua admissibilidade, assim se manifesta Cândido Rangel Dinamarco: “A admissibilidade do litisconsórcio sofre uma restrição, imposta de modo explícito pela lei, em relação à quantidade de pessoas que se reúnem para propor demanda conjunta como autores ou que estejam reunidas na condição de réus em um processo único (litisconsórcio ativo ou passivo). Os litisconsórcios multitudinários, compostos de um número insuportavelmente grande de colitigantes, constituem fator de tumulto processual e por isso prejudicam a qualidade do serviço jurisdicional, sua celeridade e a defesa do adversário – e é por isso que o Código de Processo Civil contém um dispositivo estabelecendo que ‘o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa’ (...)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 348.

²²⁹ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. *Op. cit.* p. 200.

Logo, a exigência que, em âmbito individual, aparece como condição a que se possa estender aos terceiros a autoridade da coisa julgada material, consistente na oferta de oportunidades de participação *no* processo, é flexibilizada diante da garantia igualmente preciosa de tutela efetiva dos direitos de massa. Nem mesmo a intervenção individual em feitos coletivos admite-se como regra, e nos casos em que é permitida a entrada de novos interlocutores processuais (caso das ações voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos), não se concretizam de verdade tais intervenções²³⁰.

Daí a precisa afirmação de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que, nos processos coletivos, o contraditório não se tem por exatamente satisfeito *no* processo, com a presença, em juízo, de todos os implicados na lide coletiva, mas *pelo* processo, através da atuação daqueles que são os titulares da ação coletiva, a quem se conferem as diversas situações processuais jurídicas ativas e passivas componentes da relação processual²³¹.

Como, então, legitimar-se a extensão de efeitos, se os terceiros não podem participar do processo coletivo? É o que se procura responder em seguida.

4.7.5 A inspiradíssima solução brasileira: a extensão *in utilibus* da coisa julgada material coletiva como conciliadora das exigências de ampla defesa e de tutela efetiva dos direitos coletivos

Se, por um lado, diz Antonio Gidi²³², é perfeitamente aceitável que alguém se beneficie de sentença proferida em processo em que não foi parte, por outro, que essa pessoa seja prejudicada em sua esfera jurídica, sem ter tido a oportunidade de ser ouvida e de se defender, seria ofender as mais elementares garantias do conjunto principiológico processual constitucional. A sujeição do terceiro a um resultado desfavorável implica interditar-lhe o exercício da jurisdição com respeito à dada pretensão, isto é, impede-lhe de postular, com relação a certo bem da vida, a prestação de tutela jurisdicional, o que é o mesmo que lhe negar acesso à Justiça. Ao mesmo tempo, como visto, no tocante às ações coletivas, é inexorável a projeção ultra-subjetiva da autoridade da coisa julgada.

²³⁰ É como explica Eduardo Arruda Alvim: “(...) na prática, não há grande vantagem para que o indivíduo ingresse no processo, pois, atuando como litisconsorte, poderá sofrer os efeitos da improcedência. Se não ingressar como litisconsorte, será beneficiado pelo resultado favorável do processo; mas, se o resultado for negativo, não o afetará (§ 2º do art. 103).” ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. cit.* p. 185. Ao tema se retornará em minúcias, no Capítulo da Dissertação em que se discorre acerca das intervenções de terceiros em feitos coletivos.

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 11-15.

²³² GIDI, A. *Op. cit.* p. 71.

Porém, assim como em âmbito individual soa injusto vincular um terceiro à autoridade da coisa julgada material, quando a ele prejudiciais os efeitos projetados pela sentença, não menos injusto que, no campo da tutela jurisdicional coletiva, alguém que não participou do processo possa ser afetado negativamente em sua esfera jurídica, sem possibilidade de se opor à eficácia da decisão.

Por diferentes modos, é possível, tratando-se de ações coletivas, conciliar a garantia de defesa com a necessidade de tutela substancial dos direitos coletivos.

Nos países que adotam o critério do *opt out*, por exemplo, permite-se que os indivíduos integrantes da classe requeiram a sua exclusão da ação coletiva, escapando assim de serem colhidos pela autoridade da decisão judicial. Os que não exercerem, em certo prazo, o direito de retirada, serão considerados partes do processo, e, como tais, perfeitamente alcançáveis pelo resultado a final obtido, qualquer que seja ele.

José Rogério Cruz e Tucci, em obra dedicada especificamente à análise da compatibilidade da eficácia *ultra partes* da sentença e da coisa julgada com a principiologia processual constitucional, comenta, a respeito da experiência norte americana das *class actions*, que a fiscalização, pelo juiz, da performance daquele que conduz o processo, em conjunto com a possibilidade de os membros da classe se desvencilharem da relação processual coletiva, o chamado *right to opt out*, acabam, de certo modo, legitimando a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada àqueles que não integraram formalmente o processo. Daí o realce que, nos Estados Unidos, se dá não só ao controle permanente do juiz sobre o desempenho processual do autor coletivo, como também à adequada notificação (*fair notice*) dos interessados, a respeito da propositura da ação²³³.

Ainda sobre o direito dos Estados Unidos da América, observa Ada Pellegrini Grinover que, encontrando-se os titulares dos interesses coletivos adequadamente representados no processo pelo autor da ação, ou melhor, “presentados”, não ocorre verdadeira ampliação subjetiva da coisa julgada. Os adequadamente representados, diz, não são considerados propriamente terceiros, pois exercem os seus direitos fundamentais

²³³ Eis as observações do ilustre processualista: “(...) Diante dessas duas exigências – técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual – é de ser realçado o papel fundamental que indiretamente se atribuiu aos órgãos jurisdicionais no que concerne ao controle da atuação processual dos legitimados a demandar. Se importantes funções são reservadas ao juiz quanto à direção do processo individual, com certeza dilatam-se estas no âmbito da tutela coletiva, na qual, entre a inexorável extensão da coisa julgada a relações jurídicas conexas e a exigência de salvaguarda dos direitos dos sujeitos estranhos ao processo, vem, certamente, valorizada a função judicial. (...) O sistema processual norte-americano sempre exaltou as garantias do devido processo legal. (...) Pelas características próprias do procedimento das *class actions*, nem todos os titulares do direito, que constitui objeto do processo, participam do contraditório. O interesse destes é tutelado pelos *class representatives*. Ocorre, porém, que a extensão da eficácia do julgado atingirá, além das partes, todos os integrantes do grupo, terceiros juridicamente interessados. TUCCI, J. R. C. e. *Op. cit.* p. 152 e ss.

processuais através das garantias conferidas aos demandantes coletivos²³⁴. Estão os titulares do direito material personificados no processo pelo demandante e, como consequência, sujeitos inclusive a uma coisa julgada coletiva negativa. Os representados, então, seriam atingidos pela própria coisa julgada *inter partes* e não por sua extensão²³⁵. Tal modelo não representaria exceção aos limites subjetivos da coisa julgada, mas revelaria tão somente uma nova tendência quanto ao modo de se conectar ao processo. O elemento conector ou se se preferir o *link* seria justamente o representante adequado.

Apesar disso, segundo informa Kazuo Watanabe²³⁶, o critério causa grande desconforto, sendo alvo de severas críticas em diversos países, por ainda sujeitar alguém que não participou efetivamente do processo à eficácia de uma decisão desfavorável, o que não atende à essência do princípio do contraditório tal como modernamente concebido: precisamente como a garantia de que ninguém será atingido por uma decisão judicial sem ter tido a ampla possibilidade de influir na sua formação, no seu teor.

Imperfeições garantísticas à parte - as quais, por si sós, já justificariam a repulsa pela adoção do critério do *opt out* -, fato é que a realidade nacional e a própria sistemática brasileira de tutela coletiva tornam pouco atraente a importação da prática estadunidense de lidar com os conflitos de massa, ao menos no que pertine à dinâmica de extensão subjetiva da coisa julgada, informada pelo critério de exclusão. No Brasil, ao contrário de lá, o que há é tão somente uma presunção relativa de representatividade adequada, derivando pura e simplesmente da lei a legitimação para agir coletivamente. Ademais, lembra Antonio Gidi, diferentemente do que ocorre no direito norte-americano, o legitimado a demandar não precisa ser possuidor do mesmo interesse que impulsiona a ação, nem muito menos integrar o grupo que defende em juízo²³⁷. Ainda contra a adoção, pelo Brasil, do critério do *opt out*, deve-se mencionar que os titulares do direito material ou não são obrigatoriamente alertados a respeito da propositura da ação coletiva (a exigência de comunicação faz-se apenas em se tratando de ações de tutela de direitos individuais homogêneos) ou tal notificação, apesar de legalmente imposta, é feita por modos meramente fictícios (através da publicação de editais na imprensa oficial), sem a segurança de ter sido transmitida a informação àqueles que dela

²³⁴ GRINOVER, A. P. *Código...* p. 925.

²³⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada...* p. 62.

²³⁶ “O critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira a sua exclusão da demanda coletiva, não ficando assim sujeito à coisa julgada. Nos sistemas jurídicos que adotam esse critério, a ação coletiva é concebida como abrangente de todos os membros da classe, que, não exercendo o direito de se auto-excluir do processo, são considerados parte e por isto sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva ou negativa. (...) O critério sofre severas críticas em muitos países por permitir que pessoas não participantes da demanda sejam atingidos pela coisa julgada desfavorável, o que feriria os princípios gerais e as garantias do processo, como as do contraditório. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 302.

²³⁷ GIDI, A. *Coisa julgada...* p. 62.

devem tomar ciência. Os meios de comunicação em geral, que poderiam servir de “pombos-correio” das ações coletivas, nunca ou quase nunca noticiam ter sido proposta uma ação coletiva ao público em geral. Com tais deficiências nos “modos de notificar”, como poderia o indivíduo exercer eficazmente a sua opção por se despregar do processo coletivo, o chamado *right to opt out*?!²³⁸

E, *ad argumentandum tantum*, mesmo que pudessem os juízes, hoje, face ao cenário normativo posto, aferir, *in concreto*, a adequação do comportamento processual daquele que promove a ação coletiva, ainda assim, segundo adverte Ada Pellegrini Grinover, não seria recomendável a adoção de um regime *pro et contra* de formação e extensão subjetiva (*erga omnes/ultra partes*) da coisa julgada material, pelas mais inúmeras razões:

“a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada.”²³⁹

Logo, sejam em virtude da inexistência de qualquer norma explícita que atribua ao juiz, à semelhança do referencial norte-americano, o dever-poder de averiguar concretamente a representatividade adequada do promotor da ação, seja em razão das deficiências de comunicação, optou-se pelo modelo de projeção *ultra partes* dos efeitos diretos da sentença e da coisa julgada *apenas em benefício da massa de substituídos*. Ou seja, somente se positivo o resultado do processo aos sujeitos substituídos.

Condicionando-se a extensão subjetiva da eficácia da sentença a um resultado de procedência (*secundum eventum litis e in utilibus*), jamais serão os terceiros interessados prejudicados em suas esferas jurídicas, o que se revela ótimo ponto de equilíbrio entre o contraditório e a efetividade da tutela jurisdicional coletiva. Dilata-se o espectro subjetivo de eficácia das sentenças coletivas, para atingir não apenas quem é parte no processo, mas todo o agrupamento de pessoas favorecido pela atuação dos legitimados legais. Benéfica, a sentença terá sua eficácia condenatória dilatada e vinculativa será, quanto aos substituídos, a atuação do legitimado extraordinário.

²³⁸ É também a opção do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que apenas admite extensão da coisa julgada coletiva para o plano individual *in utilibus*: “Art. 33, § 2º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 22 a 24.”

²³⁹ GRINOVER, A. P. *Código...* p. 927.

Resumindo: nos casos de ações propostas em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, veta a legislação processual coletiva a entrada de terceiros interessados no feito, a bem do regular transcurso do processo. Em compensação, só lhes estende *in utilibus* a eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada material. O mesmo com relação às ações que versam sobre direitos individuais homogêneos. Mas, com um “porém”: vindo o terceiro a ingressar no feito (o que é permitido pelo art. 94 do CDC), fica irremediavelmente vinculado à autoridade de coisa julgada material, positiva ou negativa, visto que, com a intervenção, de terceiro passa à condição de parte.

4.8 A suposta violação do regime de extensão *secundum eventum litis* e *in utilibus* dos efeitos diretos da sentença coletiva ao princípio isonômico

A sentença coletiva proferida em favor do réu e, pois, contra a coletividade, ainda que amparada em instrução suficiente, em razão do regime de extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada material, não pode ser oposta pelo demandado, como matéria de defesa, em eventuais ações individuais que contra ele venham a ser ajuizadas, fundamentadas na mesma causa de pedir remota da ação coletiva. É que, consoante analisado anteriormente, jamais a improcedência do pedido poderá acarretar prejuízos às esferas jurídicas daqueles que estiveram afastados do processo. Por outro lado, a decisão de procedência transitada em julgado constitui-se em título executivo, passível de ser aproveitado por todos os terceiros situados na zona de irradiação eficaz da sentença de mérito. Por isso, não basta ao réu ganhar uma vez, na ação coletiva. A vitória coletiva não o livra de ter de responder ainda a demandas individuais, o que, para alguns, representa grave violação ao princípio igualitário. Não vemos assim.

Com efeito, o regime *secundum eventum litis* de extensão da coisa julgada trata de modo diferente autor e réu. A distinção é, porém, plenamente justificável.

Primeiramente, é, digamos, “menos pior”, do ponto de vista garantístico, que o réu que ganhou na ação coletiva tenha ainda de se defender em cada uma das ações individuais que venham a ser propostas, do que se estender *pro et contra* o resultado do processo coletivo a quem não participou do feito e por isso não pôde se defender. Até porque, pela importância de tais ações, os réus costumam concentrar todos os seus esforços na demonstração de que é injusta a pretensão, sendo pouco provável, para não se dizer impossível, que o indivíduo venha a obter êxito na ação individual cuja correspondente coletiva foi julgada improcedente.

E, se, por um acaso, alguma de tais ações individuais vier a ser acolhida, mais do que justificada a necessidade da adoção do regime de extensão *secundum eventum litis*²⁴⁰.

Em segundo lugar, o réu em demandas repetitivas é ou acaba por se converter em litigante habitual. Assim, a diferenciação de tratamento justificar-se-ia porque, nas hipóteses de causas de massa, num dos pólos da relação processual situa-se um litigante habitual e, no outro, um eventual. Explica-se.

Há os que se socorrem da Justiça repetidas vezes, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados litigantes habituais ou freqüentes (*repeat player litigants*), ao passo que estes últimos são os litigantes eventuais (*one-shot litigants*). Segundo esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴¹, os litigantes habituais possuem inúmeras vantagens sobre os esporádicos, tais como: (i) maior experiência com o Direito, o que lhes possibilita um melhor planejamento do litígio; (ii) economia de escala, porque respondem a mais ações; (iii) oportunidades de desenvolver relações informais com os membros dos órgãos decisórios; (iv) possibilidade de testarem, em verdadeiro esquema de acerto e erro, diferentes estratégias defensivas, com vistas ao alcance de resultados mais favoráveis em casos análogos futuros *etc.*

Porque chamado a comparecer em juízo várias vezes na vida por um mesmo motivo, o litigante habitual ou organizacional torna-se mais eficiente e preparado do que o litigante esporádico, descrito por Adroaldo Furtado Fabrício como alguém que “vai a juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo”.²⁴²

Daí ser menos traumático que o litigante que está habituado a se defender tenha de voltar a juízo para responder a uma ação individual, muitas vezes simplesmente “recortando e colando” a mesma tese de defesa padrão já utilizada e com êxito por ocasião da resposta à demanda coletiva, valendo-se ainda do material probatório naquela oportunidade colhido, do que se imputar ao trabalhador ausente um resultado desfavorável, comprometedor do seu direito ou de sua pretensão.

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 5-15, 1990.

²⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 25. No mesmo sentido, afirmando estar o litigante habitual em vantagem na disputa, SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 71.

²⁴² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz: ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 405.

4.9 Conclusão do capítulo

Ao contrário do que se costuma afirmar, o que é *secundum eventum litis* não é o modo de produção da coisa julgada material coletiva, mas a extensão *erga omnes* ou *ultras partes* da eficácia da sentença aos terceiros. E tanto é assim que, vindo a ser julgado improcedente o pedido por ter o juiz se convencido, amparado em fartos elementos de prova, da injustiça da pretensão do autor, haverá formação de coisa julgada material. Fosse *secundum eventum litis* o modo como se produz a coisa julgada material em ações coletivas, jamais se tornaria imutável a sentença em caso de improcedência e não é isso o que acontece.

Mesmo nos casos de improcedência do pedido com base em suficiência de provas, é possível que os interessados persigam, através de ações individuais, a tutela jurisdicional negada em âmbito coletivo, sem que contra eles se possa opor a exceção de coisa julgada, a qual, como se viu, existe, mas não lhes é extensível. A não ser, é claro, que hajam intervindo no feito coletivo.

A razão de assim ser deve-se ao fato de estar presente em juízo legitimado que defende, em nome próprio, direito que não é seu e que goza de presunção apenas relativa de representatividade adequada. A atuação insatisfatória ou fraudulenta do autor da ação não pode prejudicar universo considerável de pessoas e daí a opção legislativa pela formação da coisa julgada segundo o resultado da prova e sua extensão às esferas jurídicas individuais tão somente em prol da massa de substituídos.

5. LEGITIMAÇÃO PARA AS CAUSAS COLETIVAS DO TRABALHO

Você nunca sabe que resultados virão da sua ação. Mas se você não fizer nada, não existirão resultados.

Mahatma Gandhi

5.1 Considerações introdutórias: a legitimidade *ad causam*

Legitimação é a qualificação para estar em juízo, como demandante ou como demandado, relativamente à determinada lide trazida à apreciação judicial. Todo aquele que puder ter sua esfera jurídica afetada (beneficada ou prejudicada) em razão do resultado da causa será parte legítima. Segundo Dinamarco, sempre que o desfecho da ação for apto a atuar sobre a vida ou o patrimônio de uma pessoa, ela ostentará legitimidade²⁴³.

Em outros termos, pode-se afirmar que têm legitimidade para agir em juízo, ativa e passivamente, o titular da pretensão deduzida no respectivo processo e aquele que deverá suportar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

À luz da concepção tradicional de legitimidade *ad causam*, deve haver certa correlação entre o direito processual e o direito material para fins de caracterização daquela condição da ação. Ou seja, verdadeira relação de adequação entre o sujeito que figura no processo e a demanda que lhe deu origem. Ordinariamente, aqueles que pedem tutela e aqueles em face de quem é a tutela pedida devem ser os titulares da relação jurídica de direito material controvertida.

Não se exige, é claro, que o legitimado ativo detenha, no caso concreto, direito a um provimento jurisdicional favorável, mas sim que aquele que figura na demanda como autor e aquele apontado como réu, considerando-se os fatos narrados na petição inicial, sejam ao menos potenciais integrantes da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, de modo que o resultado da causa, seja ele qual for, tenha o condão de provocar efeitos concretos na esfera de direitos de ambos, restringindo-a ou favorecendo-a.

5.1.1 Legitimidade ativa ordinária e extraordinária

A regra geral acerca da legitimidade ativa, consagrada pela maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos, é aquela segundo a qual será legitimado a atuar em juízo somente o titular da pretensão trazida ao Judiciário pela demanda. Quando isso ocorre, diz-se

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II, p. 313.

que há legitimação ordinária.²⁴⁴ Isto é, existe coincidência entre quem se diz titular de um interesse abrigado pelo ordenamento jurídico e aquele que se apresenta perante o Estado-juiz em sua defesa.

Excepcionalmente, contudo, poderá a lei autorizar que alguém vá a juízo, em nome próprio, para a defesa de interesse alheio. Nessas hipóteses, a legitimação é dita extraordinária, em contraposição à ordinária, que é a regra geral. Um ente é autorizado por lei, em caráter extraordinário, a estar em juízo no interesse de outrem.

Esta segunda forma de legitimação, via de regra, quando posta em prática, dá origem ao fenômeno conhecido como substituição processual, verdadeira espécie de legitimidade *ad causam* extraordinária, mas que com ela não se confunde. De acordo com Alexandre Câmara²⁴⁵, ocorre a substituição processual quando o legitimado atua isoladamente na defesa de interesse alheio, isto é, sem que o titular do direito ou da posição jurídica de vantagem afirmada (o legitimado ordinário) esteja em juízo ao seu lado. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe ação de investigação de paternidade em defesa do interesse de um menor, o que há é verdadeira substituição processual. Já o fenômeno da legitimação extraordinária pode ter lugar ainda que não haja substituição processual. Em outras palavras, mesmo que o legitimado não atue em juízo isoladamente, como verdadeiro substituto processual, ainda assim a sua legitimação será extraordinária. É o que se verifica quando a demanda é ajuizada em litisconsórcio voluntário entre o legitimado extraordinário e o titular do direito, como ocorreria, aproveitando-se do exemplo dado acima, se a mencionada ação de investigação de paternidade fosse ajuizada, em conjunto, pelo MP, legitimado extraordinário, e pelo menor, legitimado ordinário, desde que devidamente representado. Em síntese: só ocorrerá a substituição processual verdadeiramente quando alguém estiver em juízo em nome próprio, no lugar e em defesa dos interesses do legitimado ordinário.

Como o próprio nome sugere, são excepcionais as hipóteses de legitimidade extraordinária. O comum, o vulgar, o *ordinário* é que coincidam o titular do interesse material e o titular do direito de reclamar em juízo a sua satisfação.

5.1.2 Distinção entre substituição, representação e sucessão processuais

Antes de prosseguirmos na investigação, cumpre destacar as principais distinções entre três institutos jurídicos passíveis de certa confusão, muito embora se refiram a

²⁴⁴ No Brasil, a referida regra, também conhecida como *golden rule da legitimação ativa*, vem expressa no art. 6º do CPC, que preceitua que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

²⁴⁵ CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. I, p. 126.

fenômenos evidentemente distintos. São eles: a substituição, a representação e a sucessão processuais.

Na substituição, como visto, alguém, qualificado ou credenciado a exercer o direito de ação relativamente a uma pretensão de direito material, atua em juízo na defesa de interesses que ou não lhe são próprios (interesses de terceiros estranhos ao processo), ou não lhe dizem respeito exclusivamente (interesses comuns ao legitimado extraordinário e a pessoas alheias ao processo, como no caso da ação popular). O substituto é o ente que recebe do sistema processual legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, inobstante não figure na relação jurídico-material controvertida. Situação diversa é a da representação, em que o representante atua em nome do representado, que carece de capacidade para estar em juízo. É o que se dá com o condomínio, a massa falida, o espólio, o menor etc. Na representação, também chamada *legitimatío ad processum*, alguém, com plena capacidade processual, supre a falta de capacidade de outrem de estar em juízo. O representante não é parte, nem mesmo em sentido formal. Parte no processo é o representado. Como, porém, o representado é incapaz, só pode ir a juízo acompanhado. A representação é pressuposto processual de admissibilidade do julgamento do mérito da causa, tanto quanto a condição da ação legitimidade para agir.

Distinguem-se, no entanto, a *legitimatío ad causam* e a legitimidade *ad processum*. Enquanto a primeira permite-nos dizer se aqueles que figuram como autor e réu em determinado processo realmente podem assumir tais posições, a última suscita a indagação a respeito da possibilidade de os sujeitos da demanda poderem participar da relação jurídica processual por si próprios, ou se, ao revés, necessitam estar acompanhados de um representante ou de um assistente, conforme prescrito pelo direito material.

O que é importante frisar, e o que extrema definitivamente os dois institutos, é que embora substituto e representante processuais atuem na defesa dos interesses de terceiro, o primeiro o faz em nome próprio, na qualidade de parte principal do processo, ao passo que o segundo atua em nome alheio, mais especificamente em nome do titular do interesse deduzido em juízo. Vale dizer, parte no processo é o representado, e não o representante.

Por fim, a sucessão processual. Na sucessão, o que se verifica é a troca de uma parte por outra: alguém deixa o processo ao mesmo tempo em que outrem nele ingressa. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de nomeação à autoria, em que o réu originário deixa o pólo passivo do feito e o nomeado passa a ocupar o seu lugar, ou naqueles casos em que, transmissível o direito objeto de disputa, os sucessores ingressam no processo no lugar do *de cuius*. A sucessão pressupõe sempre um movimento processual de saída e outro de entrada.

Assim, de um lado, a sucessão processual diferencia-se da representação, na medida em que o sucessor atua na demanda em nome próprio, como parte principal do processo, e, de outro, distingue-se da substituição, uma vez que a tutela pretendida pelo sucessor diz respeito a um direito próprio – hipótese de legitimação ordinária, portanto, e não extraordinária como se dá na substituição.

5.2 A nova realidade do contencioso de massa: o impactar na processualística

Para que possamos compreender a necessidade de criação de nova modalidade de atuação processual, depurada da tradicional noção individualista de perfeita correspondência entre o titular do direito de agir e o titular do interesse substancial, aconselhável se torna uma rápida análise histórica das sucessivas dimensões de direitos. A sensível ampliação dos direitos atribuídos ao homem produziu reviravolta no modo de se relacionar o Estado com o povo e também no próprio modo de ser do processo, especialmente no que diz respeito à legitimação para agir em juízo, tema objeto de análise no presente Capítulo.

5.2.1 Breve histórico dos direitos humanos. A luta trabalhista como abre-alas de novas dimensões de direitos

Um mínimo de direitos, é sabido, deve-se assegurar a todos, em prol da dignificação da existência humana. O direito à vida é o mais básico e nuclear dos direitos do sistema, já que pressuposto de todos os demais. Se a referência central da constelação de direitos fundamentais da Constituição é o próprio homem²⁴⁶, a sua presença é imprescindível à titularidade de todos os demais direitos inerentes à condição de ser humano. Daí a necessidade primordial de mantê-lo vivo. De assegurar sua sobrevivência.

O homem é, então, sujeito de direitos e, como tal, merece proteção contra quaisquer violações ou ameaças que afetam o seu patrimônio jurídico. O conjunto de direitos que carrega consigo, que lhe é congênito.

Em primeiro lugar, a ressignificação do direito à vida implicou o surgimento de uma nova dimensão de direitos, de índole e propensão igualitárias. A própria existência demandava condições materiais mínimas para que fosse possível dignificar o homem. E, por

²⁴⁶Não se ignora que, atualmente, propugna-se, na medida do possível, isto é, do que seja compatível, pela extensão de alguns dos direitos fundamentais positivados em prol do homem para as pessoas jurídicas. No entanto, não se pretende adentrar em tal discussão, por não dizer respeito ao tema em estudo.

consequente, não mais era suficiente assegurar tão só a manutenção da vida humana. Proteger o homem simplesmente como ser vivo. Era preciso fornecer-lhe prestações básicas intimamente conectadas ao ideal de Justiça Social, capazes de corrigir ou ao menos atenuar as desigualdades fáticas e de lhe propiciar bem-estar e conforto.

Assim, em um relativamente curto espaço de tempo, uma constelação de novos direitos, reflexos diretos de novos reclamos e aspirações, fez-se positivar de forma ascendente no âmago dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo²⁴⁷.

Cada nova necessidade embalou o surgimento de um novo conjunto de direitos²⁴⁸, dilargando substancialmente o “céu jurídico”. A propensão expansiva da plataforma de direitos do homem levou a que aos já existentes fossem adicionados outros. Fala-se, precisamente por isso, em dimensões sucessivas de direitos, preferencialmente a gerações, para evitar a ideia errônea de que uma suplantou a outra, substituindo-a. Não. Na realidade, o que houve foi uma ampliação extraordinária do bolo de direitos humanos²⁴⁹.

Primeiro, contra o autoritarismo, em prol da liberdade, despontaram direitos do homem-substantivo em face do poder do Estado. Direitos do homem considerado abstratamente. Em preto e branco. Fundamentalmente, direitos de liberdade. Direitos *de*. Que outorgavam aos seus titulares uma pretensão de índole negativa em face do Estado. Verdadeiro espaço de atuação humana livre da ingerência estatal.

Neste preciso momento, ainda não havia a consciência ou, pelo menos, fingia-se inexistir distinções entre os homens. A maior expressão da liberdade individual revelava-se na máxima capacidade dos homens para contratar na órbita das relações privadas, sem qualquer intervenção estatal corretiva das distorções geradas pelas desigualdades brutais existentes entre empresários e trabalhadores. O conteúdo dos contratos, em razão da inexistência de um estatuto legal mínimo a ser seguido obrigatoriamente, era estipulado “livremente” pelas partes contratantes. E, assim, sujeitava-se o trabalhador miserável, o qual dependia da venda diária da sua força de trabalho para sobreviver, a qualquer condição que lhe fosse imposta. Nunca a ideia de liberdade pareceu tão hipócrita e mesquinha.

²⁴⁷“A ampliação dos direitos humanos foi conquistada no bojo de um processo no qual a luta do movimento operário, que exigiu o alargamento e a efetividade dos direitos liberais reconhecidos até então, foi fundamental para a afirmação de novos direitos. Os trabalhadores se constituíram como cidadãos a partir da afirmação de reivindicações e da ação política ativa. (...) Da re-significação dos direitos à vida e à subsistência surgiram os chamados direitos humanos de segunda geração. Com o ressurgimento das lutas sociais, o alargamento do sufrágio e a constituição de um forte movimento operário, os excluídos começam a ser incluídos ao mundo da cidadania e da democracia.” SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho. Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

²⁴⁸A respeito do tema das sucessivas dimensões de direitos, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴⁹Utilizam-se aqui, indiferentemente, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, inobstante não se ignore a existência de opiniões doutrinárias no sentido de que seriam diversas.

Tais são os chamados direitos de primeira dimensão, comumente denominados direitos defensivos, por assegurarem esfera de atuação individual liberta da interferência do Estado. Ditos também direitos de liberdade, os quais, supostamente, prescindiram, para sua efetivação, de quaisquer subsídios, medidas estatais.²⁵⁰ Muito pelo contrário. Se efetivariam na medida em que não houvesse tal intromissão, a não ser com o intuito de preservação da propriedade particular, da incolumidade física das pessoas e do cumprimento dos contratos tal como pactuados. Direitos contra o Estado, verdadeira salvaguarda da autonomia privada.

Daí o reflexo imediato na configuração e postura do Estado pós-revolução Francesa perante o público. Descortinava-se, em oposição ao absolutismo de outrora, um Estado mínimo, *voyeur*. Insensível a qualquer apelo de justiça social.²⁵¹

Pretensamente universalistas,²⁵² os direitos de liberdade foram propalados como ínsitos à esfera jurídica de toda a humanidade, conspirando a favor de verdadeiro estelionato axiológico perpetrado pela burguesia em desfavor do iludido e frágil proletariado. Bastou

²⁵⁰Já, hoje, se tem a consciência, cada vez mais difundida, de que os direitos de primeira dimensão também têm seu custo. A manutenção das condições propícias ao livre desenvolvimento das relações jurídicas intersubjetivas depende de investimentos estatais em infraestrutura, segurança etc. Todo um aparato estrutural sem o qual ficaria prejudicado o livre trânsito de idéias, do mercado, de pessoas etc. Acerca do tema, GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. O Autor desmente o dogma de que os direitos de liberdade independeriam da atuação do Estado. Lógico que tal intervenção não se apresenta tão escancarada quanto em se tratando de direitos prestacionais, mas é certo que, independentemente de a qual dimensão pertença, a vida do direito depende, mais ou menos, do toque estatal.

²⁵¹Note só. Um dos elementos constitutivos do Estado, o povo, segundo Dalmo de Abreu Dallari, é o conjunto de cidadãos circunscritos em determinado espaço territorial, sobre o qual o Estado, legitimamente, exerce o seu poder soberano de querer coercitivamente, de decidir em última instância a respeito da validade das normas regedoras das relações sociais. Das relações entre o povo e o poder é que se originam os diversos regimes políticos. A democracia é o regime que se notabiliza precisamente por residir o poder no povo, que o titulariza todo o tempo, ainda que este só se manifeste em certas ocasiões bastante específicas, à luz de determinadas conjunturas, permanecendo a maior parte do tempo adormecido, latente, incubado. O poder repousa no povo e é por ele, direta ou indiretamente, e para ele exercido. Se o fim do exercício do poder é o próprio povo, a democracia só pode ser regime que preconiza pelo seu bem estar e felicidade, como metas prioritária. Trata-se de regime de governo que se constitui em garantia de realização dos direitos do homem. Daí os objetivos definidos no art. 3º da Constituição da República, os quais deverão ser alcançados, fundamentalmente, através da realização do sistema de direitos. Então, as finalidades do Estado, condensadas em normas programáticas, constituem-se em vetores de atuação governamental, ao mesmo tempo que apontam para a realização dos direitos do homem como forma de alcançá-las. Constitui-se, destarte, virtuosa ciranda: as metas do Brasil impulsionam a efetivação dos direitos, os quais, concretizados, geram e propagam bem estar, objetivo-síntese para o qual converge a atuação dos três poderes. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁵²A menção no texto a *direitos pretensamente universalistas* é feita em tom de crítica e refere-se, obviamente, ao falso intuito propagado pela burguesia pré-Revolução Francesa de universalização dos direitos, como forma de incitar o resto do terceiro estamento a pegar em armas. Iludido pela perspectiva de uma base comum de direitos, o povo deixou aflorar ímpeto revolucionário, o qual provocou a queda do absolutismo. Todo esse potencial logo depois é contido com a entronização da burguesia e a mercantilização (transformação em mercadoria) da força de trabalho humana. O proletário explorado era o ex-revolucionário de antanho. Confira-se a respeito a abordagem de Sayonara Grillo, Professora da UFRJ e grande estudiosa do tema: “Dentro deste muro autônomo do mercado e do trabalho não havia espaço para a valoração moral. No espaço fabril, o homem era mero fator produtivo dentro do acelerado e brutal ritmo da produção imposto pela revolução industrial. (...) De homens revolucionários, cidadãos ativos na derrubada do despotismo político do antigo regime, a proletários coisificados, pacificados e domados pelo regime despótico fabril. Aliás, não cidadãos, já que com o regime do voto censitário, o não cidadão no trabalho correspondia ao não cidadão na cidade. O confinamento da democracia à esfera da política permitiu que a economia seguisse suas regras autônomas não democráticas. A universalização do status de cidadania, atribuindo-a à totalidade de pessoas, inclusive às classes dos não proprietários e às mulheres, só ocorreu após as lutas pela ampliação do cânone democrático, com as conquistas dos direitos civis, políticos e com os direitos sociais.” SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 45.

alçar o poder, para esquecer-se o burguês de tudo o quanto havia prometido. O ideal de justiça social remanescera no papel.

Por exemplo. O voto, o instrumento mais singelo de envolvimento humano no contexto político do Estado, o qual possibilita participação popular na formação da vontade governamental, era exercido por uns (poucos) e não por todos. As mulheres continuavam excluídas da participação política, muito embora plenamente capazes de contratar com o capital.²⁵³

Curioso o paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que as mulheres não eram consideradas cidadãs, no sentido de estarem habilitadas ao exercício do direito de manifestação política pelo voto, eram dotadas da mais plena capacidade de contratar, supostamente livres para negociar com o capital as condições que regeriam sua relação (o complexo de direitos e obrigações) no contexto produtivo.²⁵⁴

Em suma, ao ascender fulminante do empresariado à cúpula do aparato estatal pós-desenrolar revolucionário seguiu-se, na história, momento refratário a toda e qualquer proclamação de justiça social ou dignidade, ao menos tal qual idealizada pela incipiente classe trabalhadora.

Um sonho em princípio conjunto, de liberdade, igualdade e fraternidade, incitou o povo a pegar em armas. Tão logo assumisse o poder político, a burguesia deixaria evidente a intenção, a todo o tempo mascarada, de valer-se do povo simplesmente como trampolim para sua almejada ascensão política e social e o descompasso real de pretensões. O engodo do discurso liberal rapidamente deixou-se escancarar.

A promessa (fajuta) de igualdade e fraternidade logo foi esquecida pela deferência exacerbada à liberdade individual: sem a intromissão estatal a mitigar as desigualdades reais existentes entre os homens, em proteção à parte mais débil da relação intersubjetiva travada, viu-se o proletário à mercê do poderio gigantesco dos detentores dos meios de produção, escravo de sua própria necessidade por sobreviver.

Sem nenhum poder de barganha que lhe permitisse pleitear melhores condições de trabalho, o proletariado sucumbiu. Algum tempo mais foi preciso até que a consciência classista, nascida da percepção da existência de pauta comum de reivindicações inspirada no ideário de justiça social, novamente reacendesse o ímpeto revolucionário esmorecido pela

²⁵³“Quanto menos habilidade e força o trabalho exige, isto é, quanto mais a indústria moderna progride, tanto mais o trabalho dos homens é suplantado pelo das mulheres e crianças. As diferenças de idade e de sexo não tem mais importância social para a classe operária. Não há senão instrumentos de trabalho, cujo preço varia segundo a idade e o sexo.” Trecho do Manifesto Comunista.

²⁵⁴A percepção é de Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Op. Cit. p. 47.

miséria e fome. É da ação coletiva e autônoma²⁵⁵ dos trabalhadores que se origina e desenvolve o Direito do Trabalho²⁵⁶ e inicia-se um novo capítulo no histórico de incremento dos direitos fundamentais.

O sustentáculo da nova estrutura política era o avesso da antiga. De um Estado invasivo passa-se a Estado libertário, preconizador da mais ampla liberdade dos indivíduos em decidirem os rumos de suas próprias vidas. Os homens, em suas relações, poderiam vincular-se livremente. Na prática, foi o mesmo que aniquilar qualquer possível expressão da vontade do indivíduo mais fraco no processo contratual. O homem desprovido dos meios de produção, como moeda de troca, só dispunha de sua própria capacidade de trabalhar. Ou trabalhava ou morria de fome. Em clara posição de desvantagem, via-se compelido a aceitar o que fosse. Ainda mais porque havia um excedente de mão de obra exagerado no mercado laboral, a depreciar o valor do trabalho. Logo, se não estivesse disposto a aceitar as condições aviltantes de trabalho que lhe eram oferecidas, certamente outro ocuparia seu lugar.

No entanto, assim como a concentração de poder político nas mãos do monarca levava à derrubada do Absolutismo, a concentração de riquezas nos proprietários dos meios de produção apontava para uma mudança já em processo de formação:

O sistema burguês tornou-se demasiado estreito para conter as riquezas criadas em seu seio. De que maneira consegue a burguesia vencer essas crises? De um lado, pela destruição violenta de grande quantidade de forças produtivas; de outro lado, pela conquista de novos mercados e pela exploração mais intensa dos antigos. A que leva isso? Ao preparo de crises mais extensas e mais destruidoras e à diminuição dos meios de evitá-las. As armas que a burguesia utilizou para abater o feudalismo voltam-se hoje contra a própria burguesia. A burguesia, porém, não forjou somente as armas que lhe darão morte; produziu também os homens que manejarão essas armas – os operários modernos, os proletários.²⁵⁷

²⁵⁵“O Direito do Trabalho nasceu em decorrência das demandas geradas pela autonomia coletiva, fundamentada na atuação concreta do movimento dos trabalhadores e das ações grevistas, em um ambiente na qual perpassava a concepção econômica liberal das forças livres no mercado. A partir da concepção de livre disputa das forças econômicas no mercado, a autonomia coletiva surge subvertendo uma de suas equações fundamentais ao substituir o indivíduo pelo coletivo. O Direito do Trabalho desenvolveu-se também com as intervenções estatais obtidas e as concessões recíprocas, prevalecendo a opção legislativa em momentos e experiências de maior fragilidade da autonomia coletiva, ou seja, quando as organizações e lutas dos trabalhadores estavam sem condições de obter melhores posições no mercado.” *Relações coletivas de trabalho*. Configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTR, 2008. p.48.

²⁵⁶De acordo com Sayonara Grillo: “Para compreender o aparecimento e o desenvolvimento do Direito do Trabalho, é necessário indagar sobre o processo de industrialização do século XIX e o desenvolvimento econômico, a modernização do Estado no século XX e as características das organizações empresariais e sindicais que se constituíram ao longo deste processo, assim como o papel da ideologia e a expansão da lógica jurídicas nas relações laborais. O Direito do Trabalho não foi apenas um produto da Revolução Industrial, mas de um longo período, cujas origens remotas se encontram a partir da formação do conceito moderno e liberal do contrato de trabalho em bases individuais. Desenvolve-se e ganha força em consequência de um longo processo histórico, no qual repressão, tolerância e reconhecimento marcam continuamente as relações entre Estados, patrões e sindicatos. Não há história do Direito do Trabalho e seus mecanismos de regulação sem a compreensão do desenvolvimento da autonomia coletiva de seus protagonistas, sem a expressão dos movimentos das coletividades do trabalho para a aquisição de direitos, extraestatais e estatais. (...) A autonomia coletiva impulsionou conquistas que, em sua origem, foram obtidas pelos trabalhadores em face da pouca disposição do Estado para influir nos conflitos entre capital e trabalho e do processo de resistência laboral em prol de obter melhores condições de trabalho.” *Ibidem*. p. 46.

²⁵⁷Trecho do Manifesto Comunista, de 1848.

O Estado não se imiscuía no conflito capital X trabalho, a não ser para vigiar, em prol da liberdade, o cumprimento dos contratos e, principalmente, para sufocar qualquer possível resquício revolucionário que porventura ameaçasse despontar e expressar-se. Daí, em um primeiro momento, a intolerância e aversão do Estado para com qualquer forma de associação. Como estratégia de controle da disseminação indesejada de um sentimento classista, a burguesia procurava manter atomizada a massa de trabalhadores. E, por um certo tempo, a famosa e velha conhecida tática do “separar para dominar” conseguiu sustentar-se.

O individualismo alcançava, então, o seu momento de maior esplendor. Todos os homens eram iguais perante a lei, apesar das diferenças visíveis existentes. Todo possível movimento aglutinador, que implicasse a inserção do indivíduo em um universo coletivo, era violentamente desbaratado²⁵⁸.

O homem trabalhador, agora liberto das antigas amarras corporativas que vedavam o livre acesso ao desempenho das profissões,²⁵⁹ viu-se inserido em lógica capitalista perversa de absoluta liberdade, que considerava o trabalho mercadoria posta à venda, mais ou menos valorizada segundo as leis de oferta e procura. Indissociável o homem do trabalho que por meio dele é engendrado, o sujeito prestador de serviços viu-se mercantilizado. Coisificado.²⁶⁰

²⁵⁸ Alguns exemplos da violência com que o Estado (leia-se: a burguesia) desagregava os movimentos trabalhistas coletivos em expansão: “A liberalização do trabalho para a industrialização nascente desenvolveu relações de trabalho assentadas na autonomia da vontade das partes contratantes no mundo privado, ao mesmo tempo em que tais relações permaneciam controladas na esfera pública pelo direito público, em especial o penal (...), que limitava a circulação dos trabalhadores e sancionava os descumprimentos contratuais até mesmo com o encarceramento em caso de ausência de prestação laboral. (...) A modernização dos Estados nacionais e o desenvolvimento do constitucionalismo liberal influenciaram o desenvolvimento de uma regulação laboral, através de duas formas principais. Nas políticas liberais clássicas, o controle da economia estava reservado às forças de mercado, dentre as quais os contratos privados, provocando a supressão das antigas corporações e das limitações estatutárias derivadas, e a conseqüente liberalização do mercado de trabalho (...). Dentre várias expressões normativas deste momento histórico, no qual a intervenção do Estado liberal estabelecia proibições de organização, mantendo o indivíduo atomizado no mercado, podem ser citadas a *Le Chapelier* (França, 1791), que proibira o agrupamento profissional e a formação de coalizões de trabalhadores; o *Combinations Acts* (Inglaterra, 1799/1800), que declarou ilegais as coalizões de trabalhadores; o *Sedition Meeting Act* (1803), que considerou as coalizões de trabalhadores crime de sedição ou conspiração.” *Idem*, p. 44 e 47.

²⁵⁹ Bastante elucidativo das transformações processadas nas relações de trabalho o seguinte trecho do Manifesto Comunista: “A antiga organização feudal da indústria, em que esta era circunscrita a corporações fechadas, já não podia satisfazer às necessidades que cresciam com a abertura de novos mercados. A manufatura a substituiu. A pequena burguesia industrial suplantou os mestres das corporações, a divisão do trabalho entre as diferentes corporações desapareceu diante da divisão do trabalho dentro da própria oficina. Todavia, os mercados ampliavam-se cada vez mais: a procura de mercadorias aumentava sempre. A própria manufatura tornou-se insuficiente, então, o vapor e a maquinaria revolucionaram a produção industrial. A grande indústria moderna suplantou a manufatura; a média burguesia industrial cedeu lugar aos milionários da indústria – chefes de verdadeiros exércitos industriais – os burgueses modernos.”

²⁶⁰ “Com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos operários modernos, que só podem viver se encontrarem trabalho e que só o encontram na medida em que este aumenta o capital. Esses operários, constrangidos a vender-se diariamente, são mercadoria, artigo de comércio como qualquer outro; em consequência, estão sujeitos a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as flutuações do mercado. O crescente emprego de máquinas e a divisão do trabalho, despojando o trabalho do operário de seu caráter autônomo, tiraram-lhe todo atrativo. O produtor passa a um simples apêndice da máquina e só se requer dele a operação mais simples, mais monótona; mais fácil de apreender. Desse modo, o custo do operário se reduz, quase exclusivamente, aos meios de manutenção que lhe são necessários para viver e procriar. Ora, o preço do trabalho, como de toda mercadoria, é igual ao custo de sua produção. Portanto, à medida que aumenta o caráter enfadonho do trabalho, decrescem os salários. Quanto mais se desenvolvem o maquinismo e a divisão do

Vendia-se a força de trabalho, praticamente, em troca da própria sobrevivência. Sem opção, o trabalhador isolado viu-se azequinado pela grandiosidade opressiva do poderio econômico do empresariado, incapaz de opor resistência às péssimas condições de trabalho a que, forçosamente, se sujeitava. Massacrado pelo incessante ritmo de produção em massa imposto pelos novos tempos.²⁶¹

Consectariamente, não se dignificava o homem pelo trabalho. Ao contrário. Trabalhava o desprovido, o miserável. Aquele que nada possuía além da sua própria força laborativa. Jamais o abastado detentor dos meios produtivos.

Enfim, absorvido pelo frenético modo de produção capitalista, o trabalhador constituía-se no principal e mais valioso instrumento de acumulação de riqueza pela burguesia.

Tão valioso, que o próprio modelo capitalista liberal de fins do século XVIII e início do século XIX, instaurado em sequência à Revolução Francesa de 1789, originariamente a preconizar pela mais ampla liberdade, para não ruir de vez, precisou se reinventar. E, assim, especialmente após a Grande Depressão Mundial do período entre-guerras, algumas concessões precisaram ser feitas. Novos direitos, do homem-trabalhador, foram embutidos nas Constituições. Em frangalhos o Estado Liberal, erige-se o Estado de bem estar-social.

O contraste aberrante entre a opulência da burguesia e a mais absoluta miséria em que vivia o trabalhador²⁶², não tardaria, faria nascer a consciência classista apta a despertar, no trabalhador, o ímpeto revolucionário esmorecido. Alocado em ambiente insalubre e degradante, exposto a intermináveis jornadas, e recebendo salário aviltante, o trabalhador deu-se conta de que, reunido, era forte o suficiente para lutar por seus ideais.

De baixo para cima, como resultado da atuação dos trabalhadores em conjunto, em face de pouca disposição do Estado em intrometer-se nos conflitos originados das relações desenvolvidas no contexto da fábrica, irrompe nova dimensão de direitos, agora de índole igualitária.

trabalho, mais aumenta a quantidade de trabalho, quer pelo prolongamento das horas, quer pelo aumento do trabalho exigido em um tempo determinado, pela aceleração do movimento das máquinas etc.”

²⁶¹O filme de Charlis Chaplin, *Tempos Modernos*, lançado em 1936, ainda em preto e branco, satiriza com perfeição a massificação do modo de produção capitalista. Veicula uma crítica ao modelo perverso vigente. O trabalhador, de tão absorvido pelo trabalho incessante, não consegue refletir a respeito de si mesmo e de sua condição de explorado. O despertar de tal posição letárgica deveu-se, em grande parte, ao turbilhão das novas ideias panfletárias a propugnar por uma divisão menos injusta da riqueza produzida. Expoente nesse sentido é o Manifesto Comunista de 1848.

²⁶²“Nas condições de existência do proletariado já estão destruídas as da velha sociedade. O proletariado não tem propriedade; suas relações com a mulher e os filhos nada tem de comum com as relações familiares burguesas. O trabalho industrial moderno, a sujeição do operário pelo capital, tanto na Inglaterra como na França, na América como na Alemanha, despoja o proletariado de todo caráter nacional. As leis, a moral, a religião, são para ele meros preconceitos burgueses, atrás dos quais se ocultam outros tantos interesses burgueses.” Karl Marx e Engels, *Manifesto Comunista de 1848*. Excertos.

A mais ampla liberdade de contratar era agora limitada por quadro normativo mínimo de adesão obrigatória aos contratos (os direitos trabalhistas, indisponíveis, deveriam ser observados obrigatoriamente no processo de constituição e desenvolvimento da relação de trabalho), mas, principalmente, pelas normas extraestatais, originadas das negociações diretas entre capital e trabalho. Da autonomia coletiva das personagens envolvidas nas relações jurídico-laborais. As denominadas normas coletivas de trabalho.

A regulamentação das relações trabalhistas, outrora produto puro e simples da autonomia viciada de vontades dos sujeitos contratantes, provém, a partir de então, não só da lei, mas principalmente da própria luta coletiva. Do embate direto entre capital e trabalho.

O contrato privado de trabalho, que vinculava o trabalhador, isoladamente considerado, ao núcleo produtivo – a fábrica –, tinha por objeto a própria força de trabalho humana. O Estado, neste momento, negava-se ainda a imiscuir-se na substância das negociações encetadas, limitando-se a fiscalizar o cumprimento dos contratos, tal como pactuados. A vinculação produzida pelo contrato constituía expressão máxima da autonomia da vontade, da liberdade dos homens, que o Estado estava impedido de, por qualquer maneira, limitar.

E, assim, sob pretexto de preservar indiscriminadamente a liberdade, permaneceu o Estado indiferente à exploração desumana a que submetida a mão de obra. Testemunha ocular passiva das injustiças que eram perpetradas.

Alheio às diferenças reais existentes entre os homens – burgueses e proletários –, o Estado abandonou o trabalhador à própria sorte, deixando-o à mercê dos detentores dos fatores de produção. Incapazes de negociar de igual para igual melhores condições de trabalho, vendiam os trabalhadores o único bem que possuíam em troca de sobreviver: o trabalho. Também pudera. O Estado era a própria burguesia pós-revolucionária.²⁶³

O homem revolucionário de outrora cede lugar a uma massa fragmentada de trabalhadores explorados, cuja aglutinação em prol de objetivos comuns manteve-se durante algum tempo interdita.

A gota d'água que despertou o indivíduo-trabalhador do sonho liberal-burguês foi a percepção de que discurso e prática se contradiziam.

Como se chamar fraterna a uma sociedade fragmentada em classes estanques e inabaláveis? Sem a menor possibilidade de transposição de uma classe a outra? Que liberdade seria possível se muitos, para sobreviver, dependiam de uns poucos, negociando com a

²⁶³É o que também exprime o Manifesto Comunista: “O governo do estado moderno não é senão um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa.”

própria dignidade, moeda de troca pouco valiosa? De que maneira considerar-se igualitária sociedade que, absorta na visão do homem-substantivo, despido de qualquer predicado, despendia tratamento igualitário a sujeitos absolutamente díspares entre si? Eram realmente iguais o miserável trabalhador e o abastado capitalista, a ponto de lhes ser possível firmar contrato livremente, sem a ingerência externa estatal?

Um sentimento generalizado de mal-estar e indignação permitiu a cada qual enxergar a si mesmo nos demais. Todos aspiravam ao sonho de uma vida melhor. A comunhão de interesses, percebida mais facilmente em solo europeu pela concentração de uma massa expressiva de operários em unidades fabris, propiciou a articulação de ideias e a agregação dos indivíduos entre si, na luta contra o modelo capitalista injusto concentrador de riquezas. Em conjunto, os trabalhadores aperceberam-se de que eram fortes o bastante para enfrentar de igual para igual os temidos detentores de capital. De quão poderosos poderiam ser unidos:

Ora, a indústria, desenvolvendo-se, não somente aumenta o número dos proletários, mas concentrados em massas cada vez mais consideráveis; sua força cresce e eles adquirem maior consciência dela. Os interesses e as condições de existência dos proletários se igualam cada vez mais, à medida que a máquina extingue toda diferença do trabalho e quase por toda parte reduz o salário a um nível igualmente baixo. Os operários começam a formar uniões contra os burgueses e atuam em comum na defesa de seus salários, chegam a fundar associações permanentes a fim de se prepararem, na previsão daqueles choques eventuais. Aqui e ali a luta se transforma em rebelião. Os operários triunfam às vezes; mas é um triunfo efêmero. O verdadeiro resultado de suas lutas não é o êxito imediato, mas a união cada vez mais ampla dos trabalhadores. Esta união é facilitada pelo crescimento dos meios de comunicação criados pela grande indústria e que permitem o contato entre operários de localidades diferentes. Ora, basta esse contato para concentrar as numerosas lutas locais que têm o mesmo caráter em toda parte, em uma luta nacional, em uma luta de classes. Mas toda luta de classes é uma luta política. E a união que os burgueses da Idade Média levavam século a realizar, com seus caminhos vicinais, os proletários modernos realizam em poucos anos por meio das vias férreas.²⁶⁴

E, assim, percebe-se o indivíduo como ser inserido em grupo composto por outros homens também dotados de iguais pretensões.

Interessante observar que o lema da Revolução Francesa – “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” – é um prenúncio do próprio processo histórico de acumulação de direitos em sucessivas dimensões, cada uma das quais paulatinamente assimiladas pelos ordenamentos jurídicos mundiais. A fraternidade é o ideal subjacente à dimensão seguinte de direitos fundamentais (a terceira dimensão), a espelhar a preocupação de cada qual pelo próximo e também pelo ambiente em que se vive, inclusive em respeito a gerações de pessoas que ainda nem existem, mas que virão.

²⁶⁴Excerto do Manifesto Comunista, de 1848.

O incremento do processo de produção, para atender a necessidades de consumo cada vez maiores, e a concentração populacional em grandes centros urbanos, deu ensejo à terceira dimensão de direitos, aos chamados direitos de solidariedade²⁶⁵. Direitos do homem que vive em comunidade, rodeado por outros homens que comungam mesmos interesses e aspirações. Direitos, em suma, de titularidade múltipla. Para acudir a estes novos litígios é que se fez necessária a reestruturação de conceitos e institutos processuais clássicos, que, tecidos sob perspectiva microscópica, não solviam os litígios “macro”, de múltiplas partes.

5.2.2 A dificuldade de transplante do instituto da legitimação, concebido sobre bases eminentemente individualistas, para a seara coletiva

Feitas essas breves considerações introdutórias, e retornando ao tema da legitimidade *ad causam* propriamente dito, cumpre destacar que, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, a regra de legitimação estabelecida no artigo 6º do CPC, moldada sob a ótica liberal, já não se coaduna com o valor solidariedade de que estão impregnados os direitos de terceira dimensão.

De fato, segundo o prisma liberal-individualista, é plenamente justificável que se atribua, como regra, a legitimidade para agir ao suposto titular do interesse ofendido, pois ninguém melhor do que ele próprio para perseguir em juízo a tutela desejada. Não apenas isso. Ainda de acordo com as diretrizes do liberalismo, a ninguém deveria ser conferido o poder de se intrometer nos assuntos alheios, invocando em favor de outrem a prestação da tutela jurisdicional, isto é, a ninguém deveria ser dado o poder de suscitar uma atuação judicial com potencial de afetar esferas jurídicas alheias.

Essa concepção processual individualista nasceu e se desenvolveu tendo por referência os direitos de primeira e segunda dimensões²⁶⁶. Com efeito, a era do individualismo processual instalou-se a partir da consagração dos direitos individuais relacionados à liberdade, à igualdade formal, à propriedade e à segurança – isto é, os direitos de primeira dimensão – também conhecidos como direitos negativos, pois estabelecidos contra o Estado, impondo-lhe apenas um dever de abstenção.

Com a crise do Estado Liberal, no final do século XIX e início do século XX, e com a conseqüente ascensão do Estado de bem-estar social, consolidaram-se os chamados direitos

²⁶⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas*. São Paulo: LTr, 2008, p. 59.

²⁶⁶ Na visão de alguns autores, como Luis Roberto Barroso, seria mais adequado se referir a “dimensões” do que a “gerações” de direitos, uma vez que uma não substitui a outra, apenas a complementa. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de segunda dimensão, fundados no valor igualitário. Tais direitos, embora distintos daqueles de primeira dimensão, em razão de atribuírem ao seu titular o poder de exigir um comportamento por parte do Estado – direitos positivos – com aqueles se assemelham na medida em que também possuem natureza individual, constituindo, nas palavras de Celso Lafer, “direitos de crédito do *indivíduo* em relação à coletividade”.²⁶⁷

Apenas a partir de meados do século XX, com a crise dos direitos sociais, ocasionada por sua falta de efetividade, e a transformação da sociedade moderna e das ações e relacionamentos humanos, é que passam a ser reconhecidos direitos baseados no valor da solidariedade, de titularidade dispersa, fruíveis por grande número de pessoas, nem sempre passíveis de perfeita individualização - os chamados direitos de terceira dimensão²⁶⁸.

Com efeito, o desenfreado crescimento industrial, aliado à expansão acelerada da malha urbana e à intervenção do Estado em praticamente todos os setores da sociedade, foram fatores que acarretaram profundas transformações na sociedade moderna, que passou a ser definida como sociedade de massa, caracterizada por grande número de relações jurídicas assemelhadas. A padronização das aspirações, das ações e comportamentos humanos e até dos sentimentos impactou enormemente no modo de ser do processo, que passou a ter de dar conta de responder a reclamos de massa e a curar males de tamanho supraindividual.

Os novos direitos que se foram agregando aos já existentes, em sucessivas dimensões, já não possuíam por titular o homem-singular. Mas o homem-coletivo. No plural. Ou melhor, a coletividade em si.

Para além do homem considerado unitariamente, como referencial absoluto de todo o complexo de direitos do sistema, também o homem como membro de uma comunidade ou coletividade composta por outros homens dotados de equivalentes direitos passou a ser considerado sujeito de direitos. E, como tal, merecedor de tutela. Afinal, se há direitos, deve haver também instrumentos predispostos à sua proteção. O processo é um deles.

Delineado, contudo, como método de resolução de conflitos individuais, o processo tradicional mostrou-se logo incompatível com a nova realidade litigiosa coletiva.

Classicamente, como regra, apenas o titular do direito poderia postular em juízo na sua defesa. E, por consectário, só os partícipes da relação processual seriam abrangidos pela eficácia da sentença. Mas e quando o direito pertencesse a uma coletividade de pessoas não necessariamente ligadas por um vínculo jurídico bem definido? Cada um dos seus membros

²⁶⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 125.

²⁶⁸ Cabe observar que, desde que se formaram os primeiros grupamentos humanos, existem bens e interesses que não se inserem na titularidade de uma única pessoa, isto é, que transcendem a esfera individual. Todavia, apenas no século XX passou a existir uma efetiva preocupação com a tutela desses bens e interesses, momento em que passaram a ser reconhecidos direitos de natureza coletiva.

poderia ajuizar ação própria? Restaria espaço processual para uma nova ação, referente ao mesmo direito? A ação proposta já não teria jurisdionalizado todo o litígio? Afinal, sendo único e indivisível o direito, a propositura de mais de uma ação, além de desnecessária, não poderia gerar o risco de decisões contraditórias? Um só processo não era o bastante a ofertar proteção a todos os possíveis interessados?

Os institutos de direito processual, especialmente a legitimação para a causa e coisa julgada, pensados para um cenário conflituoso com partes em quantidade reduzida, mostraram-se incompatíveis com a nova realidade litigiosa vivenciada.

Em face da estrutura transindividual e indivisível dos direitos de caráter coletivo, tornou-se claro que a sua tutela não podia ser efetuada satisfatoriamente pelos indivíduos singularmente considerados, seja em razão da hipossuficiência do indivíduo lesado frente ao agente que causou a violação do direito, seja pela impossibilidade fática e até jurídica de ação individual ou até mesmo em virtude da pouca importância do bem jurídico atingido quando considerado em perspectiva individual.²⁶⁹

Ao mesmo tempo, não era possível a formação de um “megaprocessos”, com presença de todos os envolvidos no litígio, uns ao lado dos outros. A liberdade litisconsorcial encontra na lei restrição referente à quantidade de pessoas que podem se reunir em uma mesma sede processual para litigar em conjunto, haja vista as inúmeras complicações garantísticas que litisconsórcios volumosos acarretam para bom funcionamento do devido processo legal, mormente para a celeridade processual e para a defesa da parte contrária²⁷⁰.

Percebe-se, pois, que a concepção tradicional individualista de processo (legitimação individual e coisa julgada *inter partes*) não se presta à efetiva tutela dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, típicos da sociedade de massa de nossos tempos.

Dito de outra forma: a orientação tradicional empregada para a defesa jurisdicional dos direitos individuais tornou-se insuficiente, e em alguns casos até inoperante, quando o que se visava a tutelar eram direitos coletivos, considerando-se que estes são dotados de particularidades tais que fazem com que a sua efetiva tutela demande uma visão mais flexível dos conceitos estruturados em função do paradigma individualista que serviu de base à dogmática processualística clássica.

²⁶⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas*. São Paulo: LTr, 2008, p. 60.

²⁷⁰ O processo coletivo é um só, assim como o litisconsorcial (aquele que se desenvolve com mais de uma pessoa no pólo ativo, ou no passivo, ou em ambos, isto é, com pluralidade de partes residentes em uma mesma sede processual), ambos com potencial de tutelar de uma só vez grande quantidade de pessoas. O que distingue o processo coletivo do litisconsorcial é justamente o fato de que, no processo coletivo, todos os titulares do direito material estão em juízo substituídos por um mesmo legitimado, além de compartilharem todos da mesma pretensão. Não se trata da soma de pretensões individuais, mas de pretensão única. Mesmo no caso dos processos relativos a direitos individuais homogêneos, a pretensão é uma só: a de que seja acolhida a tese jurídica geral favorável a toda a coletividade substituída. Nos processos litisconsorciais, por seu turno, cada litigante deduz em juízo pretensão própria, em algum grau vinculada com a de seus demais companheiros de postulação.

É que, nas palavras de Clarissa Diniz Guedes,

[...] a dificuldade de se identificar, de modo preciso, quais são os destinatários do direito material, aliada à indivisibilidade do objeto em debate, ou, por vezes, a própria relevância social dos direitos tutelados, terminam por demonstrar a inoperância do processo civil tradicional para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²⁷¹

Ora, ao atentar-se para o fato de que os titulares dos direitos coletivos nem sempre são todos determináveis, ou, ainda que o sejam, são numerosos, a ponto de a sua presença inviabilizar o normal prosseguimento do feito, constata-se que a questão relativa à legitimidade *ad causam* no processo coletivo assume capital relevância.

Em se tratando de litígios com múltiplas partes, as pessoas cujos interesses jurídicos possam ser afetados diretamente pelos resultados do processo, não podendo se tornar partes dele, nele devem se fazer presentes como “representadas”²⁷². Apenas o “representante” é parte no sentido formal do termo. Daí a necessidade do emprego da técnica da substituição processual para causas relativas a interesses supraindividuais.

O substituto é o ente que recebe da lei ou do sistema processual legitimação para atuar em juízo na defesa do interesse alheio, sem, no entanto, figurar na relação jurídico-material controvertida. O Ministério Público, por exemplo, recebe do sistema processual legitimidade ativa para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sem ser titular deles. Ao vir a juízo ele se torna parte em sentido processual, isto é, parte no processo, reservando-se ao substituído, ao sujeito em prol do qual é pedida a tutela jurisdicional, enfim, ao detentor do direito material, a condição de parte em sentido substancial.

Não sendo possível identificar ao certo quem são os titulares do direito material e, ainda que fosse possível a identificação, não sendo viável desenvolver-se o processo com a presença de todos os implicados na controvérsia, torna-se imperioso desunir a titularidade do direito de ação da titularidade do próprio direito material. O legitimado a ir a juízo lá atua em substituição à universalidade de pessoas que são as reais titulares do interesse substancial.

Eis, em síntese, os motivos que originaram nova modalidade de atuação processual, caracterizada pela presença no feito do chamado legitimado coletivo. A legitimidade coletiva extraordinária por substituição processual é, como se verá a seguir, a modalidade de legitimação que melhor combina com a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo.

²⁷¹ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e princípios constitucionais. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 108-139.

²⁷² Representada não no sentido técnico antes apresentado, mas no sentido corriqueiro de se fazer presente por intermédio de outrem.

5.3 Teorias acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva

A doutrina divide-se em três correntes principais no que se refere à natureza jurídica da legitimação *ad causam* para as ações coletivas.

A primeira delas, encabeçada por Barbosa Moreira e Arruda Alvim, sustenta que o legitimado coletivo atua em juízo como substituto processual, tratando-se, pois, a legitimidade dos entes intermediários de verdadeira hipótese de legitimação extraordinária. Com efeito, de acordo com essa corrente, independentemente da natureza do direito transindividual em jogo, o legitimado coletivo age no processo em nome próprio, na defesa de direito alheio.²⁷³ O legitimado figura na relação processual como substituto processual de todos os não-participantes.

Frise-se que, para essa corrente, tal legitimação extraordinária independe de autorização legal expressa, podendo ser depreendida de todo o sistema jurídico. Na lição de Arruda Alvim, “a palavra lei, no art. 6º [do CPC] deve ser entendida como sistema, no que se compreende decreto, lei complementar, etc.”.²⁷⁴ Em outras palavras: a simples menção a legitimado diverso do titular do direito, ou a autorização para atuar em juízo na defesa de interesse alheio, contida em diploma normativo, sem qualquer menção ao instituto da substituição processual, já significaria uma abertura para a legitimação extraordinária.

Trata-se de entendimento teórico perfeitamente condizente com a ordem jurídica brasileira, na medida em que o sistema jurídico nacional não exige disposição expressa para que se estabeleça hipótese de legitimação extraordinária, ao contrário do que ocorre no ordenamento italiano, por exemplo.²⁷⁵

De todo modo, como o próprio nome dá a entender, é sempre outorgada em caráter excepcional a legitimidade extraordinária. Compete tão-somente ao legislador a determinação dos casos em que é concedida essa legitimidade, não comportando ampliação por parte de juízes. O substituído é e continua sendo o titular dos interesses substanciais em jogo, não obstante defendidos no processo por outra pessoa. É sempre excepcional no contexto processual brasileiro a outorga de *legitimidade* a quem não detenha aquela *titularidade*, o que se depreende da regra do art. 6º do CPC. A tutela coletiva, porém, pelas inúmeras razões listadas no item anterior deste Capítulo, impõe se desacople a *titularidade* da *legitimidade*.

²⁷³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso De Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. V. 4, p. 196-197.

²⁷⁴ ALVIM, José Manoel Arruda. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 1975. p. 426.

²⁷⁵ A esse respeito, cumpre comparar o art. 6º do CPC nacional com o art. 81 do CPC italiano. Preceitua o primeiro que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”; já o segundo estabelece que “Fora dos casos expressamente previstos em lei, ninguém pode valer-se em nome próprio de interesse alheio”.

Kazuo Watanabe, por sua vez, inspirado nas doutrinas italiana²⁷⁶ e alemã, capitaneou, baseado em leitura ampla do art. 6º do CPC²⁷⁷, a corrente da legitimação ordinária. De acordo com o propugnado pelo autor, as entidades civis, ao atuarem em juízo em defesa dos interesses transindividuais ligados aos seus fins associativos, o fariam na qualidade de legitimadas ordinárias. Isto porque, de acordo com os partidários desta vertente de pensamento, os corpos intermediários se apresentariam como *longa manus* do agrupamento humano interessado²⁷⁸. Destarte, ao agirem em defesa de seus objetivos institucionais, isto é, dos interesses em função dos quais existem e se movimentam, o que haveria seria verdadeira hipótese de legitimação ordinária. Esta tese conta com algumas adesões, ainda que parciais, de juristas importantes. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, por exemplo, afirma que, nas ações civis públicas, age o *Parquet* “em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado (...)”.²⁷⁹

Não se pode deixar de mencionar, porém, que esta corrente foi delineada em momento anterior ao da edição da própria Lei da Ação Civil Pública, que, pela primeira vez, conferiu expressamente legitimação para agir a uma série de entes distintos dos titulares do direito material. Assim, se o propósito de que imbuídos os defensores desta específica teoria sobre legitimação coletiva era o de impedir que, por falta de previsão explícita a respeito de entes legitimados a agir coletivamente em defesa de interesses alheios, as novas situações jurídicas materiais transindividuais ficassem órfãs de tutela, atualmente já é possível aposentá-la, por ter sido consagrada, explicitamente, no Direito brasileiro, a possibilidade de alguém, que não é o titular do direito transindividual, obrar judicialmente em seu favor.

Deve-se anotar, ainda, que, especificamente no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos – os quais, como visto, são substancialmente individuais, recebendo apenas tratamento processual coletivo, em decorrência de sua dimensão superindividual –, entende-se, quase que unanimemente, que o autor coletivo ostenta no processo a posição de substituto processual e não de legitimado ordinário, não tendo cabimento se falar em legitimação autônoma para a condução do processo já que nestes casos os titulares do direito são identificáveis e individualizáveis.²⁸⁰

Finalmente, defendida por Nelson Nery Jr., a terceira corrente sobre legitimação coletiva apregoa, face à impossibilidade ou, pelo menos, dificuldade de individuação do

²⁷⁶ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979. p. 150.

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 197.

²⁷⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Op. cit.* p. 253.

²⁷⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Op. cit.* p. 1866.

titular do direito, tratar-se o poder de ação coletiva de verdadeira situação jurídica processual ativa conferida, por lei, a certos entes, aos quais se reconheceria um direito de condução do processo, autônomo em relação ao direito material de cuja tutela se cogita. De acordo com o autor, em tema de legitimação coletiva, não haveria espaço para se falar em legitimação ordinária ou extraordinária, por terem sido ambas as formas de atuação processual idealizadas pela dogmática jurídica a partir da noção de direitos subjetivos reconduzíveis a indivíduos determinados ou, ao menos, visualizáveis.

Nas palavras do autor:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito.²⁸¹

Assim, conclui que a legitimidade para promover a tutela dos interesses difusos e coletivos não pode ser extraordinária, não havendo que se falar em substituição processual. Tratar-se-ia de legitimação autônoma para a condução do processo derivada pura e simplesmente da lei, a qual encarregaria alguém que não é o titular dos interesses de alma transindividual de defendê-los em juízo, mercê da impossibilidade de os seus titulares fazerem-no pessoalmente. A legitimação coletiva então decorreria da autorização dada pelo legislador a certos entes para conduzirem processos dedicados à tutela de interesses que não lhes dizem respeito diretamente.

Ora, não se consegue vislumbrar em que se distanciam a legitimação extraordinária e o poder de conduzir o processo. Justamente o substituto processual conduz o processo na qualidade de parte, sem ser parte no conflito. Sem ser titular dos interesses em disputa, o legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar a iniciativa da ação e a conduzir o processo eficazmente. Pragmaticamente falando, é indiferente que o ente atue na condição de “legitimado extraordinário” ou como “condutor autônomo do processo”. As conseqüências processuais são as mesmas: coisa julgada formada segundo o estado da prova e extensível para além das partes processuais a depender do concreto resultado da ação. Apesar de a extensão da eficácia da sentença sobre a esfera de direitos do substituído ser compreendida como inerente à técnica da legitimação extraordinária, a fim de se contornar o inconveniente garantístico de se impor inconstitucionalmente a coisa julgada a pessoas que não estiveram

²⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1866.

presentes no contraditório, o CDC apenas estende aos substituídos, isto é, àqueles que não figuraram como parte no processo, os efeitos do julgamento que lhes seja favorável.

No campo dos conflitos interindividuais, majoritariamente, ainda considera-se como natural que o titular do interesse substancial defendido no processo por outra pessoa sofra em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença, sendo reputado ademais vinculado por sua autoridade. Como visto no Capítulo anterior, no entanto, não é absolutamente imune a qualquer suspeita de inconstitucionalidade a extensão subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada àqueles que não tiveram acesso ao contraditório processual, já havendo quem questione sua legitimidade.

Enfim, ainda que o que se pretenda seja demarcar conceitualmente a dogmática processual coletiva, dotando-a de institutos próprios, fato é que, no âmbito da doutrina e jurisprudência brasileiras, predomina o entendimento no sentido de que a técnica da substituição processual oferece resposta satisfatória às necessidades tutelares dos direitos coletivos *lato sensu*²⁸².

Com efeito, de um lado, em virtude das peculiaridades dos diversos ordenamentos, embora a teoria da legitimação ordinária seja prevalente na Itália e na Alemanha, a sua importação para o sistema jurídico nacional não encontra terreno fértil como o verificado nos referidos países estrangeiros. Isto porque, há diferenças básicas marcantes entre os regimes de legitimação *ad causam* vigentes nos diferentes países. Com efeito, ao contrário do que ocorre no ordenamento nacional – que consagra, no âmbito do art. 5º, XXXV, CF, a inafastabilidade de tutela jurisdicional de todo e qualquer direito, seja individual, seja coletivo –, os textos constitucionais italiano e alemão prevêm apenas a tutela de direitos individuais e particulares, isto é, próprios (v. artigos 24 e 19 das constituições italiana e alemã, respectivamente).²⁸³ Perceba-se, portanto, que no âmbito desses ordenamentos alienígenas, não há abertura à proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada; tal circunstância, contudo, não poderia permitir que tais direitos ficassem desprovidos de proteção. Nesse contexto, a solução encontrada para sustentar a legitimação e a tutela dos direitos transindividuais foi aquela baseada na legitimação ordinária, que busca na finalidade institucional o elemento legitimador.

²⁸² O Supremo Tribunal Federal, como se constata da leitura da ementa da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 193.503/SP, em 12.06.2006, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, em que se discutia a respeito da amplitude da legitimidade dos sindicatos para agir coletivamente, a ela referiu-se como extraordinária.

²⁸³ Preceitua o artigo 24, primeira parte, da Constituição italiana que “Todos podem recorrer em juízo para proteger os próprios direitos e interesses legítimos”. Por outro lado, o artigo 19, 4, da Constituição alemã estabelece que “Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial”. (grifo nosso)

Hodiernamente, no entanto, à luz do regime jurídico vigente – no âmbito do qual se verifica a consagração de um microsistema de ações coletivas, formado pela Lei de Ação Civil Pública e o CDC, entre outros diplomas –, não se apresenta mais como necessária a construção doutrinária da legitimação ordinária para justificar a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, na medida em que tal proteção já se verifica presente de *lege lata*. Com efeito, as normas que disciplinam a tutela coletiva estatuem, expressamente, a legitimação de entes que não os titulares dos direitos discutidos, consagrando, assim, a técnica da substituição processual.

De outro lado, a adoção da teoria da legitimação autônoma para a condução do processo também é passível de críticas na medida em que tal “assertiva afasta a atual aproximação entre o direito material e o processo (instrumentalidade)”²⁸⁴. Além disso, à luz do sistema jurídico brasileiro, não há distinção ontológica entre legitimação autônoma para conduzir o processo e legitimidade extraordinária por substituição processual. Nesse contexto, a legitimação autônoma deve ser compreendida dentro da legitimação extraordinária, também referida como substituição autônoma e exclusiva. Substituição porque o autor coletivo é substituto processual, agindo em nome próprio para a defesa de direito subjetivo de outrem. Autônoma, pois o ente legitimado age sem necessidade de autorização. E exclusiva na medida em que os próprios titulares do direito transindividual não podem defendê-lo em juízo, apenas o legitimado coletivo.

Cumpra agora analisar mais detidamente as características da legitimação coletiva no ordenamento nacional, cuja natureza jurídica, como visto acima, é a de substituição processual.

5.4 Características da legitimação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo classificação proposta pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁸⁵, a legitimidade extraordinária pode ser subordinada ou autônoma, conforme esteja ou não a atuação do legitimado extraordinário condicionada à presença do legitimado ordinário no processo. Assim, sendo a legitimação subordinada, o legitimado extraordinário somente poderia demandar ou ser demandado se o fizesse conjuntamente com o legitimado ordinário.

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit. p. 198

²⁸⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas: no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 248-252

A legitimidade extraordinária autônoma, por sua vez, subdivide-se ainda em concorrente ou exclusiva, consoante seja ou não possível a atuação de ambos os legitimados, ordinário e extraordinário, como partes principais no processo. Assim, em se tratando de legitimação autônoma exclusiva, somente o legitimado extraordinário estará apto a defender, como parte principal, o interesse em juízo, em autêntica hipótese de substituição processual, restando àquele que seria o legitimado ordinário apenas a condição de parte acessória. Ao revés, concorrente a legitimação, ambos os legitimados poderão promover a defesa do direito em juízo como partes principais.

Há, porém, segmento doutrinário que qualifica de concorrente a legitimação quando dois ou mais entes compartilham da condição de legitimados, estando simultaneamente autorizados a agir. Isto é, qualquer dos entes abstratamente previstos em lei como legitimados qualifica-se a promover a instauração do processo e conduzi-lo por si mesmo, independentemente da presença, vontade ou anuência dos demais. Assim, para Cândido Dinamarco, quando a legitimidade para atuar em determinada causa for de uma só pessoa diz-se exclusiva, em contraposição à chamada legitimidade concorrente, típica das hipóteses em que a causa pode ser conduzida individualmente por qualquer dos entes indicados na lei²⁸⁶.

Para Aluisio de Castro Mendes, nos casos em que há mais de um ente autorizado a agir coletivamente, na mesma posição dos demais, a legitimação deve ser considerada disjuntiva, e não concorrente²⁸⁷.

Qualifica aquele autor como disjuntiva a legitimação nos casos em que há mais de um legitimado extraordinário, estando todos simultaneamente aptos à propositura da ação, sem que a ida a juízo de um deles esteja condicionada à vontade ou presença dos demais. Não há necessidade de que estejam todos juntos no processo em um mesmo pólo. Daí porque também ser considerada simples ou isolada a legitimação disjuntiva, em oposição à conjunta, que requer a presença de todos os legitimados extraordinários em uma mesma sede processual, litigando todos na condição obrigatória de litisconsortes.

Tomando por base, pois, a classificação exposta, é possível afirmar que a legitimação coletiva, além de extraordinária, é também autônoma, na medida em que o legitimado extraordinário está autorizado a agir em juízo independentemente da participação ou da autorização do titular do direito controvertido. Em outras palavras: a legitimação do substituto processual, na seara coletiva, existe independentemente da anuência dos legitimados ordinários ou da sua presença no processo.

²⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II, p. 320-321.

²⁸⁷ MENDES, A. G. C. Op. Cit., p. 250-251.

Por outro lado, a legitimação coletiva também pode ser classificada como exclusiva, eis que apenas o legitimado coletivo pode figurar como parte principal no processo. Com efeito, como se viu, ao indivíduo não se franqueia, em princípio, a possibilidade de instaurar um processo de índole coletiva, qualquer que seja a espécie de direito coletivo objeto da ação. No máximo, nas hipóteses de ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, admite-se que seus titulares intervenham no processo, como assistentes litisconsorciais, conforme estabelecido pelo artigo 94 do CDC.²⁸⁸ Observe-se, nesse ponto, que o que a lei veda é que o indivíduo ajuíze uma demanda coletiva. A lei não conferiu a ele legitimidade para tanto. Mas nenhum impedimento há em que seja ajuizada ação individual, em prol da tutela de direito de que seja titular, ainda quando este direito possa ser objeto de uma demanda de tutela coletiva. Com efeito, não há litispendência entre ações coletivas e ações individuais, ao contrário do que uma leitura apressada da regra contida no artigo 104 do CDC²⁸⁹ possa levar a crer.

Finalmente, a legitimação coletiva pode ser ainda classificada como primária ou subsidiária. É dita primária, quando a legitimação extraordinária surge concomitantemente à instauração do processo. Desde a propositura da demanda, quem figura no processo como parte é o substituto processual. Diz-se subsidiária nas hipóteses em que a legitimação do substituto processual surge apenas na omissão daquele que seria o legitimado ordinário a postular em determinado prazo fixado na lei. É o que ocorre, por exemplo, quando, após o prazo de um ano do trânsito em julgado da publicação da decisão coletiva condenatória, o número daqueles que se apresentarem em juízo para buscar a reparação dos prejuízos individualmente sofridos não for compatível com a extensão do dano apurado na ação coletiva, ou quando simplesmente ninguém se prontificar a liquidar e executar a decisão coletiva. A fim de não se deixar impune o causador do dano, confere-se a legitimação às pessoas e órgãos referidos no art. 82 do CPC²⁹⁰, para que possam liquidar a obrigação de

²⁸⁸ Estabelece o artigo 94 do CDC que “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

²⁸⁹ Estabelece o artigo 104 do CDC que “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do Parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

²⁹⁰ Preceitua o artigo 82 do CDC que “Para os fins do art. 81, Parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou 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 a autorização assemblear”.

pagar fixada na sentença coletiva e, posteriormente, deflagrar o seu cumprimento. O valor apurado na liquidação e obtido através da efetivação forçada da decisão judicial, se for o caso, é revertido para o FAT.

Para nós, se, em relação aos titulares do direito material, a legitimação coletiva é autônoma e exclusiva, com respeito aos próprios legitimados extraordinários, a legitimação coletiva pode ser dita disjuntiva e concorrente. É concorrente porque há sempre mais de um legitimado à propositura da demanda e disjuntiva, na medida em que qualquer legitimado pode, independentemente da aquiescência ou presença dos demais, ajuizar a ação coletiva.

5.5 Sistemas de atribuição de legitimidade: direito brasileiro e países da *common law*

No Brasil, a legitimidade para agir coletivamente é conferida por lei. Com efeito, diversos são os dispositivos legais que arrolam entes credenciados à propositura das ações coletivas.

O artigo 82 do CDC elenca como legitimados ativos à tutela coletiva (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo referido código, sendo dispensada a autorização assemblear.

Por sua vez, segundo o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; e (iv) as associações que, concomitantemente, estejam constituídas há mais de um ano, e incluam, dentre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

De outro lado, o inciso LXXIII do art. 5º da CF/88, bem como o art. 1º da Lei da Ação Popular, atribuem a qualquer cidadão legitimidade para sua propositura, com vistas à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

O art. 5º, inciso LXX, da CF/88 e o art. 21 da Lei de Mandado de Segurança, por sua vez, preceituam que são legitimados ativos à impetração de mandado de segurança coletivo (i)

os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e (ii) as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Finalmente, estabelece o art. 8º, inciso III, da CF/88 a legitimidade dos sindicatos para a defesa de direitos coletivos da categoria, judicial e extrajudicialmente.

Pois bem. Observando-se os elencos legais acima mencionados, constata-se que são três as técnicas de legitimação coletiva adotadas pelo legislador pátrio, quais sejam: (i) a legitimação do particular (qualquer cidadão, a exemplo do que ocorre nas ações populares); (ii) a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações e partidos políticos, por exemplo); e (iii) a legitimação de entidades e órgãos públicos (como ocorre com o Ministério Público), razão pela qual se pode afirmar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, vigora um sistema de legitimação coletiva plúrima – eis que há sempre multiplicidade de entes legitimados – e mista – já que são legitimados entes da sociedade civil (os chamados corpos intermediários) e do Estado.

Neste aspecto, filia-se o ordenamento jurídico nacional à corrente majoritária, de legitimação mista. A título de comparação, ressalte-se que somente Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça adotam, em seus respectivos ordenamento jurídicos, a técnica de atribuição de legitimidade ativa para as ações coletivas exclusivamente a entes privados.²⁹¹

Por outro lado, há quem diga que, no sistema processual brasileiro, a legitimação coletiva é exclusivamente *ope legis*, na medida em que a legitimidade para agir decorreria simplesmente de previsão legal, isto é, de uma escolha feita pelo próprio legislador a respeito de quem supostamente apresentaria condições de atuar eficientemente na defesa dos interesses transindividuais, não podendo o juiz afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Isto é, a legitimação coletiva, no Brasil, seria conferida pela lei, sem qualquer possibilidade de averiguação *in concreto* da adequação do legitimado para atuar em certo processo, com respeito à determinada demanda. Então, para os que assim pensam, no âmbito do ordenamento nacional, a legitimidade para figurar no processo coletivo independeria da avaliação do juiz acerca da real capacidade da parte para

²⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 234. De acordo com a primeira autora, “Atribuem a titularidade da ação coletiva exclusivamente a pessoa física e/ou a entes privados Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça. Na França, quer no direito posto, quer nos projetos de lei, a legitimação é exclusiva de associações “agrées”. No Japão, as associações de consumidores submetem-se à aprovação prévia do Primeiro Ministro.” E prossegue dizendo que todos os outros países adotam a técnica da legitimação mista, ressaltando que “Em alguns desses países – como Brasil, Israel e Portugal, além do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – são atribuídos poderes a órgãos públicos para fiscalizarem o processo – quando não forem parte – e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipótese de desistência infundada, de abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução da sentença (sobretudo quando se trata do Ministério Público ou do *Ombudsman* ou Defensor do Povo)”.

defender os interesses metaindividuais em jogo, por se entender que tal ponderação já teria sido realizada prévia e abstratamente pelo legislador. Enfim, para verificação da legitimação coletiva bastaria o mero exame do texto legal.

Ainda que o magistrado analise elementos concretos do caso *sub judice* – como ocorre quando é aferida a presença dos requisitos de um ano ou de pertinência temática exigidos para as associações (inciso IV do art. 82 do CDC) –, realiza-se uma verificação de aspectos exclusivamente objetivos acerca da capacitação do pretense legitimado. Mesmo naqueles casos previstos no §1º do art. 82 do CDC, em que é dado ao juiz dispensar o requisito da pré-constituição das associações, “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, ainda assim, o que se argumenta é que a análise do operador do direito diz respeito a aspectos objetivos – relacionados ao dano ou ao bem jurídico –, e não às condições pessoais daquele que se apresenta como autor.

Uma segunda vertente de pensamento, no entanto, admite possa o juiz controlar a legitimação coletiva daqueles que figuram no processo na posição de demandantes.

Destarte, para os adeptos de tal corrente, o sistema de legitimação coletiva vigente no ordenamento pátrio se assemelharia àquele estabelecido nos EUA²⁹², relativamente às *class actions*, denominado *ope judice*, pelo qual poderia o juiz afirmar que um ente, a princípio legitimado, não tem, em determinado caso, capacidade de conduzir o processo.

A análise da adequação do legitimado coletivo seria feita em duas etapas. Em primeiro lugar, se apuraria se há autorização legal para que determinado sujeito possa exercer o direito de ação coletiva. Em um segundo momento, o magistrado aferiria, no caso concreto, a aptidão

²⁹² Federal Rules of Civil Procedure - Rule 23. Class Actions: “(a) PREREQUISITES TO A CLASS ACTION. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. (b) CLASS ACTIONS MAINTAINABLE. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action. [...]” (grifos nossos)

ou habilidade do sujeito que propôs a demanda coletiva de “tocar” o processo, avaliando a sua “seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica”.²⁹³

Não bastaria a previsão legal da legitimação. A idéia pode ser assim sintetizada: o simples fato de um ente estar autorizado em tese para agir coletivamente não significa dizer possa ele ajuizar *qualquer* demanda coletiva. É preciso aferir se o legitimado coletivo que moveu a ação reúne, com relação à demanda específica proposta, atributos que o qualifiquem como representante adequado do grupo. Tal avaliação seria feita à luz de critérios como os de reputação, pertinência temática entre o objeto da ação e as finalidades institucionais do ente agente, experiência com lides coletivas, condições econômicas de levar adiante o processo etc.

Perceba-se, portanto, que, no regime *ope judicis*, a legitimação coletiva poderá ser atribuída tanto ao particular, indivíduo membro da classe, como a entidades privadas cujo fim estatutário seja ligado ao direito conflituoso, como também a órgãos públicos dedicados à defesa desses direitos, sendo sempre controlada pelo juiz a idoneidade dessas pessoas (físicas, jurídicas ou judiciárias) para atuarem em juízo como autores coletivos.

Nos ordenamentos da *common law*, justifica-se adoção do regime *ope judice* de legitimação coletiva, pois as partes efetivamente “representam”²⁹⁴ a classe a que diz respeito o direito objeto de controvérsia. Vale dizer, no âmbito dessas ações, a classe está efetivamente presente no julgamento, formando-se a coisa julgada em relação a toda ela – isto é, *erga omnes* –, tanto na procedência como na improcedência – ou seja, *pro et contra*, exceto para quem haja exercido o direito de retirada.

No âmbito deste sistema, o direito de se auto-excluir do raio de abrangência dos efeitos da sentença e da sua autoridade, o exercício do chamado *right to opt out*, isto é, do direito de saída, é garantido pela *fair notice* – notificação dos membros da classe. Daí decorre o *binding effect* – extensão subjetiva da coisa julgada a terceiros sem qualquer ressalva. Faz-se necessária, assim, extrema rigidez no controle da adequação daquele que é condutor do feito, na medida em que, no bojo de tal sistema, a decisão coletiva, seja favorável seja desfavorável, irradiará seus efeitos sobre todos os integrantes da classe, inclusive sobre aqueles que se

²⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. cit. p. 235.

²⁹⁴ Quando se fala em “representação” ou “representante” não se está a utilizar os termos em seu sentido jurídico, tal como anteriormente definido. Está-se a referir àqueles entes legitimados pelo sistema jurídico de um país a propor uma demanda coletiva em benefício dos titulares de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Representante deve ser compreendido como sinônimo de porta-voz dos interesses do grupo.

encontravam formalmente “de fora” do processo e que não tenham optado por se desvincular dele – isto é, que não exerceram o *right to opt out* – dentro de certo prazo.²⁹⁵

Tal característica, inclusive – qual seja, a de produção e extensão subjetiva da coisa julgada *pro et contra* –, é notório ponto de distinção relativamente ao sistema adotado pelo direito brasileiro.

Vale destacar, a propósito, a pertinente observação de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que o pré-requisito da representatividade adequada será tanto mais necessário quanto maior for a amplitude da legitimação, isto é, quanto maior for a extensão a terceiros da autoridade da coisa julgada material²⁹⁶.

Vale anotar, no entanto, que a atribuição da legitimidade para propor a ação em juízo a um dos membros da classe e a posterior submissão de terceiros ao julgado, sem maiores oportunidades de participação na formação da decisão, geraram relevante desconforto na doutrina e jurisprudência ao redor do mundo, que tem elaborado críticas de peso a esse sistema.²⁹⁷ Tais críticas cingem-se basicamente a dois aspectos: a representação dos interesses; a participação dos interessados.²⁹⁸

A primeira questão consiste na dificuldade em definir com clareza a relação do legitimado com os outros membros da classe, assim como realizar o controle de sua atividade de representante adequado.²⁹⁹ Ora, como dito, nos Estados Unidos da América, a legitimidade para a propositura das *class actions* é aferida *ope iudicis*, e não *ope legis*. Por isso, o juiz não fica adstrito a um rol fixo de legitimados, previsto em lei, o que leva a jurisprudência a

²⁹⁵ Federal Rules of Civil Procedure - Rule 23 “[...] (c) DETERMINATION BY ORDER WHETHER CLASS ACTION TO BE MAINTAINED; NOTICE; JUDGMENT; ACTIONS CONDUCTED PARTIALLY AS CLASS ACTIONS. (1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits. (2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel. (3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class. [...]” (grifos nossos)

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. cit. p. 235.

²⁹⁷ CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 891, 2006. “*La legge inglese ammette che la richiesta venga effettuata addirittura prima che sia instaurata qualunque controversia sulla materia de qua (practice direction 3.1), e non pone limiti temporali di sorta. In Germania, invece, la richiesta di procedimento modello (Musterverfahren) dovrà essere rigettata ove essa intervenga quando la causa individuale è già matura per la decisione, ovvero appaia soltanto finalizzata a procrastinare la controversia (§. 1 (3) nn. 1 e 2). Il contenuto della domanda volta ad ottenere l’instaurazione della controversia collettiva è indicato rispettivamente al § 3.2 della practice direction e al § 1 (6) 2) della KapMuG.*”

²⁹⁸ CONSOLO, C. RIZZARDO, D. Op. cit. p. 895-996.

²⁹⁹ CONSOLO, C. RIZZARDO, D. Op. cit. p. 895-896.

desenvolver alguns mecanismos de controle.³⁰⁰ A atuação do magistrado dá-se no sentido de verificar a presença do requisito da representatividade adequada, considerando fatores como “o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor da condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse”.³⁰¹

Além disso, o magistrado deve verificar se os representantes sofreram algum prejuízo individual e particularizado em virtude da classe afetada.³⁰² Isso porque, é preciso que o legitimado que vem a juízo seja integrante da classe prejudicada, o que em certa medida evita alguns inconvenientes decorrentes da representação por um legitimado que não tem contato direto com a comunidade, como ocorre no Brasil, em razão da adoção de um sistema de legitimidade baseado, ao menos *a priori*, em normas legais abstratas.³⁰³

A segunda crítica diz respeito à extensão da eficácia do julgado a todos aqueles que sequer participaram do processo, o que poderia ferir princípios como o da ampla defesa e do contraditório (*rechliches Gehör*).³⁰⁴ Sem dúvida, a “representação” dos titulares do direito material por um legitimado não permite o exercício de uma série de faculdades processuais. Assim, os substituídos não podem participar da definição da estratégia processual, nomear advogado, produzir provas ou interpor recursos. Por outro lado, inúmeros jurisdicionados que deixariam de ajuizar ações individuais podem ter seus direitos tutelados, sem a necessidade de despender recursos materiais. O máximo de autonomia que um substituído gozará em uma ação coletiva nos Estados Unidos é o exercício do direito de *opt out*, de desvincular-se do julgamento coletivo e da eficácia da coisa julgada material.³⁰⁵

³⁰⁰ CONSOLO, C. RIZZARDO, D. Op. cit. p. 895-896. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 70-74 e 79. “A norma pressupõe que o membro da classe, por possuir um interesse pessoal e direito na lide, estará, aparentemente, apto a empreender os melhores esforços para perseguir os objetivos do grupo. O sentido teleológico do preceito é a melhor proteção dos interesses da classe, e, por conseguinte, a alegação de que a parte representativa não integra o grupo significa, corolariamente, a falta de adequada representação.”

³⁰¹ MENDES, A. G. C. M. Op. cit. p. 79.

³⁰² ROQUE, André Vasconcelos. A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. Dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, p. 173.

³⁰³ Ressalve-se que já há quem defenda no Brasil a possibilidade de o juiz, no caso concreto, proceder a um exame da representatividade adequada dos extraordinariamente legitimados para as causas coletivas *lato sensu*, com respeito a existência ou não de pertinência entre as funções institucionais ou estatutárias dos titulares legais do direito de ação coletiva com o objeto litigioso do processo, a chamada “pertinência temática”.

³⁰⁴ CONSOLO, C.; RIZZARDO, D. Op. cit. p.897. TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione. Milano:Giuffrè, 1974. p. 377-378. “*Ci si può chiedere per quale motivo si attribuisca tanta importanza al riconoscimento e al rispetto del principio del contraddittorio. La risposta si trova in quella esigenza di partecipazione che abbiamo visto rappresentare il núcleo essenziale della garanzia in esame e che mira ad evitare che le decisioni vengano prese indipendentemente dalla presenza attiva di coloro verso i quali sono rivolte. Dal momento che ad ogni pronuncia giudiziale avente contenuto decisório conseguono potenzialmente effetti per la sfera personale o patrimoniale di un soggetto, il destinatário deve avere la possibilità di influire e di incidere sulla formazione del relativo provvedimento. È il rispetto stesso della personalità umana e della sua dignità come valore fondamentale di un ordinamento giuridico, che impone di assicurare al soggetto interessato l'esercizio di poteri di azione, contraddizione e difesa.*”

³⁰⁵ ROQUE, A. V. Op. cit. p. 161-162.

Feito o registro de direito comparado e retornando à realidade brasileira, em que pese a opinião de abalizada doutrina – da qual podemos destacar a de Fredie Didier Júnior, que defende ser possível a verificação da representação adequada pelo juiz no Brasil³⁰⁶, bem como a de Cássio Scarpinella Bueno, que entende haver a consagração de um sistema híbrido, resultante da mescla entre os sistemas *ope legis* e *ope iudice* no âmbito do ordenamento pátrio – fato é que não há previsão legal expressa a respeito da possibilidade de o juiz controlar concretamente a *adequacy of representation* daquele que tomou a iniciativa da ação.

Para alguns doutrinadores, como dito, o sistema vigente no direito brasileiro seria o *ope legis*, com o estabelecimento, a título de compensação pela ausência de verificação *in concreto* da representatividade adequada do legitimado coletivo, de um peculiar regime de formação da coisa julgada e de ampliação subjetiva da eficácia da sentença, estabelecido no artigo 103 do CDC, que assim dispõe:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Perceba-se, portanto, que, no que tange ao processo coletivo, a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis* e os efeitos diretos da sentença só se estendem para fora do processo *in utilibus*, eis que a sua formação fica subordinada ao êxito probatório e a sua imposição a terceiros condiciona-se ao resultado de procedência.

Tal regime se justifica, pois, da constelação principiológica processual constitucional, extrai-se a necessidade primordial de que todo aquele que vier a ser afetado em sua esfera jurídica por uma decisão judicial possa participar do processo que a originou, influenciando amplamente na cognição exercida pelo magistrado. Quando se trata de processo coletivo, contudo, nem todos os titulares do direito controvertido estão, ou mesmo poderiam estar, em juízo, sendo certo também que a decisão coletiva irradia seus efeitos sobre terceiros estranhos

³⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit. p. 210-215; DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 96-105.

ao feito. Nesse contexto, para que não restasse configurada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o legislador fez bem ao estabelecer um regime especial de produção da coisa julgada e de extensão da eficácia da sentença, de acordo com o qual a expansão extraprocessual da eficácia da decisão faz-se apenas para favorecer, nunca em prejuízo das esferas jurídicas individuais.

Com o merecido respeito às opiniões contrárias, acreditamos que pode e deve o juiz brasileiro fiscalizar a atuação do legitimado extraordinário ao longo de todo o desenrolar processual. A nosso ver, o controle não precisa estar explicitado em uma norma processual, pois decorre do próprio princípio do devido processo legal. Não vemos como é possível o estabelecimento de um justo processo coletivo sem um condutor processual efetivamente capacitado a suprir a carência organizacional do grupo e a satisfazer as suas necessidades de justiça. De um litigante preparado e disposto a representar os interesses transindividuais “de corpo e alma”, com o mesmo zelo, dedicação e disponibilidade que investiria na defesa dos próprios interesses. De nada adianta ofertar ao trabalhador poderosíssima ferramenta de realização de direitos, se aquele que se candidata a manuseá-la ou não sabe como fazê-lo ou, pior, não se interessa em fazê-lo como deveria. Processo conduzido de maneira atrapalhada, descuidada ou descompromissada é o avesso do que se intui possa ser um justo processo. Afinal, não é justo que se suprima aos titulares do direito material o poder de agir, para atribuí-lo a quem não demonstra ter mínimas condições ou mesmo vontade de defender o interesse substancial em juízo.

Como cediço, em se tratando de interesses transindividuais, o direito de poder participar do processo é substituído pelo direito de se fazer ouvir e de se defender através de um “representante”. Porém, não por intermédio de um representante qualquer: o grupo deve ser substituído em juízo por um representante adequado. A representação adequada é, sem dúvida alguma, garantia que decorre da própria garantia do devido processo legal³⁰⁷.

Assim, deverá-poderá o magistrado exercer o controle da representatividade adequada, quando, por exemplo, ficar demonstrado que autor e réu se aliaram com o intuito de abortar a defesa coletiva do direito, como ocorre quando os trabalhadores desconfiam, com razão, da honestidade da atuação sindical, devendo, nesses casos, ser encaminhado ofício ao Ministério

³⁰⁷ “Consectário direto do acesso à ordem jurídica justa, o princípio do devido processo legal está a denotar a exigência de um processo apto a tutelar eficaz e efetivamente o direito material pleiteado. Tal se revela de suma importância para o estudo da legitimação coletiva, na exata medida em que o processo destinado à proteção de direitos transindividuais somente pode ser desencadeado por um litigante que se encontre preparado para representar esses direitos. Do contrário, o processo legal estará sendo observado apenas sob o ponto de vista formal, sendo, todavia, indevido e ineficaz para a tutela dos direitos pretendidos. De nada adianta prover o jurisdicionado de meios procedimentais destinados à tutela de seus direitos se estes meios não se revelam hábeis a satisfazer a necessidade de justiça no processo.” GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e princípios constitucionais. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 108-139.

Público do Trabalho para que assuma a titularidade da ação, ou, até mesmo, ser admitido que os próprios trabalhadores se organizem em associação, com o propósito específico de sucederem o antigo sindicato autor, dispensando-se, inclusive, o requisito da pré-constituição.

De qualquer modo, deve-se destacar ser verdadeira tendência legislativa a consagração da possibilidade do controle judicial da legitimação para a propositura de ações coletivas.

Com efeito, em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizada em Caracas, foi aprovado o Projeto de Código-Tipo de Processos Coletivos para a Ibero-América, cuja elaboração contou com a colaboração de juristas de renome, dentre os quais Ada Pellegrini Grinover e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. No âmbito deste projeto, há previsão de aferição da representatividade adequada do autor coletivo pelo juiz, como condição *sine qua non* para que o legitimado possa atuar em juízo, de forma a se garantir um controle sobre as demandas mal instruídas ou propostas com simples intuito de perseguição, sobre a pertinência temática entre os fins do legitimado extraordinário e o objeto da ação, bem como sobre a sua experiência processual e condição financeira.³⁰⁸

O Código aprovado prevê diversos critérios exemplificativos que poderão orientar o juiz na aferição da representação adequada, como: (i) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; (ii) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; (iii) sua conduta em outros processos coletivos; (iv) sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; (v) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; (vi) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.³⁰⁹

O Uruguai e a Itália, este último país na nova lei sobre ação de classe, acolheram expressamente o critério da aferição pelo juiz da representatividade adequada. Na Argentina e no Paraguai, o critério foi estabelecido pela própria jurisprudência³¹⁰.

5.6 Considerações a respeito dos legitimados ativos para as ações coletivas do trabalho

³⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. Cit. p. 236. Ressalta a primeira autora que, em relação à adoção do critério de aferição do pré-requisito da representatividade adequada pelo juiz, "... o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América é expresso nesse sentido. Adota-o Uruguai. A Itália o acolheu, na nova lei sobre ação de classe. Na Argentina e no Paraguai foi estabelecido pela jurisprudência. O Anteprojeto brasileiro, que estendia a legitimação à pessoa física e adotava a defendant class action, exigia nestes casos a aferição da representatividade adequada pelo juiz. O relator do Chile acentua a necessidade de o sistema adotar o critério".

³⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. cit. p. 213.

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. cit. p. 236.

Doravante, traçaremos considerações acerca dos legitimados ativos para as causas coletivas do trabalho, quais sejam, os sindicatos e o Ministério Público do Trabalho.

5.6.1 Legitimação dos sindicatos

Como visto, está pacificado que o sindicato, legitimado extraordinário para as causas trabalhistas, atua como verdadeiro substituto processual. Sua importância para a efetividade dos direitos sociais trabalhistas é incontestável. Apesar disso, sua atuação tem sido acanhada e, em certos casos, até negligente.

Decerto, a estrutura sindical de nosso país, por uma série de fatores, é mesmo lamentável. Questão que se poderia colocar é a de saber se é preciso primeiro fortalecer os sindicatos, para depois atribuir-lhes incumbências dignas da filosofia que lhes é própria, ou se melhor que aguardar seu amadurecimento é descarregar-lhes responsabilidades que, pela necessidade inculcada, provável até logre lhes reventar. A segunda alternativa, por menos paternalista, parece ser a melhor. Já se encontra mais do que provado que a responsabilidade é mais eficiente que a proteção desmedida para a desenvoltura do que quer que seja.

Veremos agora um pouco de sua história e como a sua atuação coletiva comprometida, de verdade, com a efetividade dos direitos trabalhistas poderá resgatá-los de um passado pelego, renovando a esperança depositada por milhares de trabalhadores na Justiça Obreira.

5.6.1.1 Breve histórico do sindicalismo no Brasil

A base escravocrata da sociedade brasileira do século XIX não propiciou o surgimento de uma classe operária em condições de organizar e dirigir sindicatos. Com efeito, as escassas relações de trabalho à época existentes não se diferenciavam muito das relações autocráticas estabelecidas entre os senhores rurais e seus escravos.

Todavia, circunstâncias como a propagação das idéias políticas e econômicas surgidas com a Revolução Francesa, o início de um processo de industrialização e urbanização e o conseqüente deslocamento do centro econômico do país para o sudeste, assim como a consagração do direito de associação de forma ampla na Constituição de 1891, e ainda a chegada de trabalhadores imigrantes europeus, foram determinantes para que fossem criadas as bases para o surgimento de um movimento sindical no Brasil.

Num primeiro momento, a atividade sindical era tratada como “caso de polícia”, sendo exercida de maneira irregular, descontínua, e constantemente sujeita a intervenções policiais.

Após a Revolução de 1930, contudo, inaugura-se uma fase corporativista, com intenso intervencionismo estatal. Através do Decreto nº 19.770/1931, regulamentou-se minuciosamente a organização sindical, definindo-se os contornos dos sindicatos de empregados e empregadores, consagrando-se o modelo de sindicato único em relação a cada profissão numa mesma base territorial, além de outras medidas. O Estado, para manter maior controle sobre o movimento operário, instituiu um sistema sindical burocratizado, piramidal, atrelado ao recém criado Ministério do Trabalho.

Perceba-se, portanto, que a legislação trabalhista constituiu um importante instrumento de sustentação do regime autoritário, que vigeu após o mencionado movimento revolucionário, ao atribuir aos sindicatos uma função de colaboração com o Estado, típica dos regimes corporativistas. Com efeito, os direitos trabalhistas consagrados no ordenamento jurídico nada mais eram do que benesses estatais, esmolas, concedidas como forma de controle social – e não conquistas advindas da luta de classes propriamente dita –, razão pela qual se pode dizer que, no Brasil, a reforma da legislação concernente aos trabalhadores teve um sentido descendente – isto é, do Estado para a sociedade, através da outorga de direitos –, e não ascendente, como o verificado na Europa, em que os movimentos sociais impuseram mudanças e melhorias.

Assim sendo, os diplomas legislativos promulgados a partir de então regularam minuciosamente a atividade sindical, retirando praticamente toda a sua espontaneidade, por meio da previsão de componentes corporativistas e intervencionistas, como a unicidade sindical compulsória, a instituição de imposto sindical, a investidura sindical conferida pelo Ministério do Trabalho, entre outros. Destarte, mantinha-se o movimento sindical permanentemente sob o atento olhar estatal.

Durante o regime militar, o Estado procurou impor aos sindicatos uma postura assistencialista, em detrimento da reivindicatória, como forma de contenção do ímpeto revolucionário trabalhista. Com efeito, o Decreto nº 67.227/70 previu uma série de posturas assistenciais dos sindicatos com vistas à promoção social do trabalhador – assistência médico-hospitalar, odontológica, creches, cooperativas de consumo, etc., com participação nos órgãos públicos e privados. Mais uma vez o que se constata é que no Brasil verificou-se tão somente uma reforma conservadora, promovida pelo próprio Estado, seguindo a lógica da famosa frase que diz: “façamos a revolução antes que o povo a faça”.³¹¹ Tal postura estatal de reforma foi

³¹¹ Esta frase é atribuída ao governador do estado de Minas Gerais à época da Revolução de 30, Antônio Carlos, receoso de que grupos mais revolucionários acabassem no poder, uma vez que a situação política e social do país era de grande instabilidade, em razão da insatisfação geral com o governo federal e a política do “café-com-leite”.

adotada, justamente, para evitar uma verdadeira mudança nos pilares da ordem jurídica trabalhista brasileira, o que equivale a dizer que “mudou-se para não mudar”.

A partir da década de 80, inaugurou-se um período de maior liberdade do movimento sindical em face do Estado, com a retirada de certas proibições como a de constituição de centrais sindicais e a realização de greves. Surge, assim, para os sindicatos, maior autonomia de organização interna, externa e político-ideológica.

Com a Constituição de 1988 mesclaram-se elementos de autonomia e liberdade sindicais com outros de heteronomia e intervencionismo. Com efeito, se, de um lado, consagrou-se a liberdade de associação em sindicatos, de outro, manteve-se o monopólio de representação e a unicidade sindical (não permissão de constituição de mais de um sindicato da mesma categoria profissional ou econômica na mesma base territorial). Da mesma forma, embora a Carta de 88 tenha abolido a necessidade de reconhecimento dos sindicatos pelo Ministério do Trabalho, foi mantida a contribuição sindical compulsória, com a criação, ainda, da contribuição federativa.

Em síntese: desde os primórdios do desenvolvimento sindical no Brasil, adotou-se um sistema heterônimo de regulamentação da atividade sindical, caracterizado por uma legislação prescritiva da atividade sindical, que trata minuciosamente da organização do movimento, do direito de greve, da negociação coletiva, dentre outros fatores. A Constituição atual conservou certos traços estruturais desse sistema intervencionista, consagrando, por outro lado, elementos que conferiram maior liberdade e autonomia à organização sindical.

5.6.1.2 Do sindicalismo pelego ao sindicalismo redentor: as ações coletivas e a volta por cima dos sindicatos no Brasil

O nascimento do Direito Processual do Trabalho, no Brasil, coincide com o surgimento da própria Justiça do Trabalho³¹².

É com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930 e a virada de página em nossa história que tem início a montagem de uma instância oficial de resolução de conflitos capital X trabalho no país. Passávamos de uma República Velha a uma Nova. O país começava a se industrializar. Dos mais variados cantos, imigrantes chegavam ao país carregando em suas bagagens sonhos de igualdade, solidariedade, justiça social e dignificação. Perigoso

³¹² Por todos, MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho em homenagem a Armando Casimiro Costa*. 2ª Ed., São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 162-221.

combustível ideológico a uma revolução. A questão social, até então tratada como caso de polícia, transformou-se no cerne das preocupações estatais.

Sentindo os reflexos do desmoronamento do modelo estatal liberal em todo o mundo, sobretudo após a superveniência da crise capitalista de 1929, o governo de Getúlio Vargas adotou política fortemente intervencionista, dando origem, internamente, ao Estado Social de Direito.

Em ritmo incessante, direitos foram outorgados aos trabalhadores. Diferentemente do que ocorreu no Velho Mundo, o nascimento da legislação trabalhista brasileira se deu de “cima para baixo”: surgiu menos como o produto das lutas e pressões do operariado do que pela ação do Estado. Este “*movimento descendente*” contribuiu imensamente para sufocar o potencial revolucionário do “povo”. Não parecia ser mesmo necessária uma organização sindical, uma vez que Vargas, como um pai, atendia às reivindicações mais imediatas dos trabalhadores.

Destarte, enquanto na Europa os direitos do trabalho surgem como verdadeiras conquistas da classe operária, no Brasil, são outorgados em forma de benfeitorias. Antes que pensassem em lutar por seus direitos através de sindicatos, o Estado os concedia. O que se verificou no Brasil, em 1930, foi verdadeira “evolução conservadora”. Em suma, mudou-se para não mudar.

A fim de se evitar que uma revolução nos moldes da ocorrida no México e Rússia se processasse nacionalmente, as elites brasileiras deram-se conta de que concessões teriam de ser feitas. Era o preço que se precisou pagar para se evitar o colapso do modo de produção capitalista, para se impedir que o movimento político de 30 se transformasse em uma autêntica revolução socialista. Iam os anéis, ficavam os dedos...

Com os holofotes voltados para os muitos direitos dados como esmolas, os trabalhadores nem sentiam falta de suas garantias coletivas. Afinal, por que confrontar-se o capital, se o Estado encarregava-se de outorgar, cada vez mais, direitos aos trabalhadores? A macabra tática governamental funcionou muito bem ao propósito desagregador. Gratos à autoridade estatal, os trabalhadores não sentiam a necessidade de se organizar para lutar em conjunto por melhores condições de vida e de trabalho. Qualquer forma de contestação à política de Vargas era concebida como uma espécie de “malcriação” que deveria ser fortemente reprimida.

Acresce-se a isso a Revolução Industrial, que, na Europa, havia criado as condições propícias ao surgimento das primeiras leis de cunho social-trabalhista, não havia ainda chegado ao Brasil. A fragmentação geográfica do incipiente operariado brasileiro constituía

verdadeiro entrave à construção do sentimento classista e, por conseguinte, dificultava o surgimento de associações de trabalhadores que pudessem pleitear, junto ao Estado, a feitura de leis protetoras. A cultura da outorga enfraqueceu o espírito de luta coletiva. A idéia, em síntese, era a de arrefecer ânimos, conter a “causa operária”, domesticar sindicatos e debilitar a luta conjunta, agraciando-se com algumas pequenas conquistas o trabalhador, para que ele não se sentisse motivado a lutar. Tudo muito bem arquitetado.

Ao trazer para dentro da própria estrutura estatal os sindicatos, Vargas desferiu o golpe final. A política sindical varguista logrou desmobilizar as massas operárias. Fortemente atrelados ao Estado, os sindicatos transformaram-se em verdadeiras repartições públicas homologadoras das decisões políticas do governo e difusoras da propaganda oficial que exaltava a figura do Presidente da República. Os líderes sindicais, por sua vez, nada mais eram do que funcionários públicos comprometidos não com os interesses de seus pares, mas com os do governo. Verdadeiras marionetes nas mãos do governo. Enfim, por detrás da aparentemente bem-intencionada estruturação de uma Justiça do Trabalho e de um processo que a fizesse funcionar, escondia-se um projeto governamental perverso de “faz de tutelar”.

Neste primeiro momento de sua história, o movimento coletivista não passava de nada mais que uma luta consentida e controlada de perto pelo Estado, protagonizada por sindicatos pelegos, autorizados a funcionar segundo a vontade estatal e sem muita expressão. Enfraquecidos e comprometidos com o governo.

A resignificação do valor do trabalho humano, no Brasil e mundialmente, o devir de uma nova constelação de direitos, de índole solidarista, no entanto, exige dos sindicatos nova postura e lhes concede uma singular oportunidade de passarem a limpo uma história que começou “torta”, mas que pode terminar com final feliz para milhares de trabalhadores. É o que se verá nas páginas a porvir.

5.6.1.3 Natureza jurídica dos sindicatos

No ordenamento brasileiro, embora tenham sofrido forte intervenção estatal, os sindicatos sempre conservaram sua natureza de pessoa jurídica de direito privado. Constituem espécie de associação, sendo-lhes aplicáveis, portanto, todos os dispositivos constitucionais a ela referentes. Apresentam, contudo, certas peculiaridades que justificam variações na sua disciplina em relação à disciplina geral. Dentre essas particularidades, destacam-se as prerrogativas sindicais, como o poder de celebração de acordos ou convenções coletivos de trabalho, os quais se aplicam a toda a categoria que representam.

5.6.1.4 Legitimação ativa dos sindicatos para ações coletivas

Passemos agora à análise da legitimação dos sindicatos para a defesa de direitos transindividuais por meio da ação coletiva.

Preliminarmente, deve-se destacar que o processo trabalhista foi o primeiro ramo do direito a se preocupar mais intensamente com as lides coletivas. Com efeito, o dissídio coletivo consagrado no âmbito da legislação trabalhista foi um dos primeiros institutos jurídicos voltados à defesa de interesses transindividuais.

A tutela de direitos coletivos por meio do dissídio coletivo tem por finalidade substituir eventual negociação coletiva frustrada, através da fixação de condições de trabalho não estabelecidas anteriormente, ou através da resolução de questões relacionadas à aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica.

Tal mecanismo de tutela coletiva, contudo, constitui uma esfera de ação sindical mais restrita do que aquela exercida por meio dos veículos de defesa de direitos constantes do CDC e da Lei de Ação Civil Pública. Enquanto o dissídio coletivo possui uma esfera subjetiva previamente definida em lei, exercendo-se principalmente por meio da criação de uma norma jurídica aplicável ao caso concreto, e limitando-se, portanto, aos integrantes da categoria organizada, os novos mecanismos de tutela coletiva, constantes principalmente do microsistema formado pelo CDC e pela Lei de Ação Civil Pública, possibilitam a obtenção direta de um provimento condenatório, de cunho patrimonial ou moral, que poderá abranger não apenas os membros de uma categoria como também trabalhadores *in potentia* e demais sujeitos relacionados com a esfera das relações de trabalho, conforme se verá adiante.

Assim, embora a atuação sindical na defesa de direitos coletivos tenha surgido calcada nos limites da categoria, limitando-se aos interesses dos trabalhadores dela integrantes – tutela tradicional através dos dissídios coletivos –, com a consagração do microsistema das ações coletivas delineou-se uma nova forma de exercício da tutela de interesses transindividuais por meio dos sindicatos, a qual não se restringe aos estritos limites da categoria, respingando, por vezes, pelos mais variados setores da sociedade, dada a natureza social dos direitos trabalhistas. É exatamente desta modalidade de tutela coletiva que se trata na presente seção.

É inegável que a categoria funciona, *a priori*, como parâmetro da atuação sindical, tal como preceitua a própria Constituição Federal em seu art. 8º e a CLT em seu art. 513, alínea “a”. O sindicato representativo da categoria “X” não pode, obviamente, atuar em juízo para tutelar um interesse da categoria “Y”. Na verdade, nenhum legitimado poderá representar em

juízo os interesses cuja salvaguarda se insira no rol de atribuições institucionais ou estatutárias de outro ente coletivo.

Entretanto, a categoria não é um limitador necessário da propagação de efeitos, típica da tutela de direitos por natureza transindividuais, uma vez que estes não são direitos exclusivos de uma ou outra categoria econômica ou profissional. A própria essência difusa do interesse tutelado ventila a atuação do sindicato para fora dos estreitos limites da categoria. A realidade indivisível dos direitos de solidariedade não se compraz com a idéia de categoria, mera abstração humana, criada para fins únicos de organização do movimento sindical.

Esta a idéia transmitida por Ronaldo Lima dos Santos, que, após realçar a importância da categoria no sistema constitucional brasileiro, ressalta:

No entanto, a imersão dos interesses transindividuais no campo dos direitos sociais e, especificamente, no âmbito das relações de trabalho, funciona como um machado que quebra os grilhões corporativistas das entidades sindicais, de forma que redefina seu papel social e consolide-as como entidades de defesa, não só de trabalhadores, mas de toda uma massa de indivíduos que pretendem usufruir os direitos sociais. Como assinalado, o campo dos direitos sociais constitui área fértil para o florescimento de interesses transindividuais. Laços de igualdade, solidariedade, condições similares de vida e de trabalho, a própria condição de homem-trabalhador e a coletivização de relações de emprego padronizadas potencializam o surgimento de atos e/ou fatos que atingem de forma similar e, concomitantemente, grande número de trabalhadores.³¹³

Como visto, a Constituição conferiu aos sindicatos a defesa judicial dos direitos e interesses individuais coletivos da categoria no âmbito dos artigos 5º, LXX, “b” e 8º, III. Todavia, a menção ao conceito de categoria, bem como a utilização da expressão “coletivos”, suscitou o nascimento de uma grande controvérsia na doutrina nacional acerca da legitimação dos sindicatos para a tutela de interesses difusos.

Com efeito, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite,³¹⁴ em face do que preceitua o art. 8º, III, CF, os sindicatos não possuiriam legitimidade para a defesa de interesses difusos, na medida em que tais direitos, dado o seu caráter fluido decorrente da indeterminabilidade de seus sujeitos, não estariam ligados a grupo ou categoria de pessoas, extrapolando, portanto, os limites da legitimação sindical. Para aqueles que se filiam a tal entendimento, na hipótese de discussão acerca de direitos difusos, a legitimidade para a propositura da ação coletiva é exclusiva do Ministério do Trabalho, eis que o sindicato protege apenas interesses da categoria, que são interesses coletivos em sentido estrito.

³¹³ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Op. cit. p. 206.

³¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 127.

De outro lado, entendem Amauri Mascaro³¹⁵, Celso Antonio Pacheco Fiorillo³¹⁶, entre outros, que as entidades sindicais possuem legitimidade para a defesa de interesses difusos, devendo a expressão “coletivos”, constante do inciso III do art. 8º da CF 88, ser interpretada em sentido amplo, incluindo-se nela, portanto, os direitos coletivos *stricto sensu*, os difusos e os individuais homogêneos.

Com efeito, a previsão de que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria não contém locução restritiva ou proibitiva da possibilidade de as entidades sindicais atuarem na defesa de direitos de outros, alheios à categoria. Conforme assinala Ronaldo Lima dos Santos, “a circunstância de a lei dispor sobre a permissão de um fato não significa a proibição de todos os fatos que dele se distinguem”.³¹⁷

Não se pode deixar de ter em mente que, conforme já se assinalou, o conceito de categoria é uma construção artificial, consagrada no âmbito do ordenamento jurídico como um dos pilares do sistema da unicidade sindical. Não se trata, portanto, de ente ontológico, que constitua barreiras à atuação sindical na defesa de interesses transindividuais, os quais, pela sua própria natureza, possuem um campo de irradiação que não se limita a esferas delineadas de maneira estanque. Assim, a idéia de categoria não implica a destituição de poderes conferidos aos sindicatos para que este atue em seara que extrapole seus lindes.

É óbvio que a base da militância sindical, isto é, o eixo referencial da atuação dos sindicatos, ainda são as categoriais que representam. Todavia, a natureza do direito objeto de tutela, a sua indivisibilidade, pode levar a que trabalhadores de outros sindicatos, desempregados, informais, e até mesmo outras pessoas, que nem sequer são trabalhadores, acabem sendo beneficiadas pela atuação sindical. Vale dizer, até para fins de admissibilidade da ação coletiva, é claro que deve haver algum vínculo de pertinência temática entre o fim estatutário sindical e o interesse objeto da demanda, porém, esse amálgama não tem o poder de mutilar a vocação irradiante da atividade tutelar sindical em socorro de direitos de alma coletiva.

Isto porque as relações trabalhistas constituem terreno fértil para o germinar de interesses transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, o trabalho prestado por vários indivíduos a um mesmo empregador, bem como as relações uniformes com este formadas, propiciam a identidade de interesses dos trabalhadores e a

³¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000. p. 34.

³¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1989. p. 298-299.

³¹⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Op. cit. p. 206.

configuração de um lugar originário comum. São direitos dotados de elevada carga comunitária, cuja lesão ou tutela, na maioria das vezes, extrapola a restrita esfera da categoria.

A propósito, veja-se o exemplo que é dado por Ronaldo Lima dos Santos:

A análise fática nos traz valiosos exemplos. Imaginemos um sindicato de trabalhadores da indústria metalúrgica que se depara com um alto número de acidentes do trabalho nesse ramo da atividade econômica (com mutilações, perdas parciais de capacidade para o trabalho e mortes) e com a constatação de que diversos trabalhadores atingidos por esses acidentes se tornam deficientes físicos e encontram dificuldades de retorno a esse ramo de atividade em virtude da discriminação que se lhes tem. Poderia o sindicato propor ação civil pública contra uma ou mais empresas a fim de exigir o preenchimento dos percentuais de trabalhadores deficientes a serem contratados, nos termos do art. 93 da Lei n. 8.213/91. O sindicato tem interesse não somente na contratação de trabalhadores membros da categoria, que se tornaram deficientes físicos e estão desempregados, como forma de não desprover a categoria da força desses trabalhadores, como também de fortalecer a própria categoria, dotando-a de poderes para tutelar os direitos não só dos membros empregados, como, outrossim, dos desempregados ou daqueles que se encontram alijados do mercado de trabalho. O ato praticado pelo sindicato favorece, igualmente, direito difuso da sociedade, uma vez que todo e qualquer trabalhador portador de deficiência poderá concorrer às vagas liberadas a partir da ação sindical.³¹⁸

Imagine-se ainda, por exemplo, uma ação coletiva que viesse a ser proposta pelos sindicatos dos bancários, no âmbito da qual fosse pleiteada a obrigatoriedade de instalação de portas giratórias de segurança nas agências bancárias. O eventual provimento de tal ação beneficiaria não apenas a categoria dos bancários, como também trabalhadores de categorias diferenciadas que trabalham no banco, e ainda os próprios clientes da instituição bancária, que não têm qualquer relação com a categoria.

Observa-se, assim, que a natureza indivisível dos direitos coletivos enseja, muitas vezes, a proteção de direitos de pessoas não pertencentes à associação autora da ação coletiva, como por exemplo, trabalhadores não filiados ao sindicato promotor da demanda. Com efeito, a coletividade é que é a titular do direito material em jogo. Indivisível o direito, não é possível a satisfação apenas de alguns membros da coletividade interessada. A satisfação de um implica necessariamente a satisfação de toda a coletividade, assim como a violação do direito de um implica a violação do direito de todos. Assim, pouco importa quem é e quem não é membro da associação autora, mas sim quem integra a coletividade, o grupo, a categoria ou a classe titular do direito coletivo. Daí estender-se impreterivelmente *in utilibus* a toda classe, categoria ou grupo titular do direito a eficácia da sentença, esteja o indivíduo amalgamado ou não formalmente ao autor da ação.

³¹⁸ Ibid. p. 207.

Ademais, é cada vez mais tênue a linha de diferenciação entre os interesses transindividuais. Não raro a defesa de um interesse coletivo resvala na tutela de um interesse difuso da sociedade, assim como a proteção de um direito difuso pode ensejar reflexamente a defesa de um direito coletivo, e até mesmo de direitos individuais homogêneos. Não se pode deixar de ter em mente que há zonas de interseção entre os direitos coletivos em sentido amplo, razão pela qual dificilmente se poderá delimitar com precisão em que ponto começam e terminam os interesses da categoria quando estão em jogo interesses dessa espécie, especialmente direitos difusos.

A tutela prestada a direitos trabalhistas transindividuais não pode ter a sua abrangência restringida simplesmente a uma categoria profissional, ou mesmo a um grupo de trabalhadores alocados em determinada empresa ou estabelecimento, quando o direito é de toda uma comunidade de pessoas.

Negar aptidão aos sindicatos para a defesa de interesses supraindividuais que transbordem os limites da categoria “é alijar essas entidades da cooperação para o alcance da solidariedade social apregoada pela nossa Carta Política (art. 3º, inciso I)”.³¹⁹ É desprover os sindicatos de uma ótima oportunidade de se redimirem de seu passado pelego, de alavancarem a efetividade dos direitos trabalhistas, de fomentarem o entendimento entre a livre iniciativa e o trabalho – ambos igualmente valorizados pela CF, sem ordem abstrata de preferência de um sobre outro (v. art. 1º, III, da CF). É andar para trás.

Os sindicatos não podem funcionar como meras máquinas caça-níquel. Eles têm que fazer o trabalhador se sentir prestigiado, vale dizer, devem fazer valer a pena cada centavo da contribuição sindical compulsória paga. A atuação do sindicato deve ser livre de pressão de grupos poderosos, independente, viril e apaixonada.

E essa nobre missão sindical somente será alcançada através da consagração da possibilidade da atuação dos sindicatos na tutela coletiva em sentido amplo, como mecanismo de inserção das pessoas no pleno gozo dos direitos sociais.

Enfim, a transindividualidade e indivisibilidade, próprias aos direitos de solidariedade, produziram sobre a atuação sindical efeito irradiante, fazendo com que os resultados positivos obtidos em favor de determinada categoria se espraiassem em benefício de outras, e até mesmo de não trabalhadores.

³¹⁹ Ibid., p. 214.

Frise-se que, por meio da análise do direito comparado, é possível se constatar a tendência à inclusão na atividade sindical da tutela de interesses difusos, inclusive daqueles que não estão estritamente vinculados às relações de trabalho³²⁰.

Na França, por exemplo, confere-se legitimação aos sindicatos para a propositura de ações penais que têm por objeto homicídio ou lesão ocorridos em razão de infração a norma de seguridade ou de higiene de trabalho (artigos 319 e 320 do Código Penal francês). Reconheceu-se, assim, a legitimidade daquelas entidades para a tutela de interesse geral da sociedade, antes atribuída somente ao Ministério Público.³²¹

Por sua vez, na Espanha, decisão do Alto Tribunal admitiu a legitimidade de um sindicato para a tutela da liberdade sindical e dos direitos fundamentais violados em virtude de uma conduta discriminatória de uma empresa, por razão do sexo, por entender que a ação discriminatória do trabalhador no acesso ao emprego constitui uma atitude pluriofensiva, que afeta tanto interesse individual como interesse difuso, mediante a negativa de contratar grupos genéricos de trabalhadores, inominados e não identificados pessoalmente.

Vale ressaltar ainda que o Tribunal Superior do Trabalho, interpretando o art. 8º, III, da CF/88, editou a Súmula 310, que, no seu inciso I, estabelece que “o art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato”. Ainda segundo a referida Súmula, a legitimidade extraordinária no processo do trabalho só teria lugar quando lei específica a estabelecesse.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal. Instado a se manifestar a respeito do exato alcance da representatividade conferida pelo artigo 8º inciso III da Constituição Federal aos sindicatos, o Pretório Excelso, por maioria, pronunciou-se no sentido de ter o dispositivo constitucional outorgado ampla qualificação aos sindicatos para a defesa judicial e extrajudicial dos interesses dos membros das categorias que representam. Reconheceu assim ser ampla a legitimação sindical, abrangente da execução de sentença individual homogênea, despendida a autorização dos trabalhadores substituídos. Tratar-se-ia de verdadeira outorga de mandato *ex legis* para o patrocínio de causas do interesse das categorias representadas.³²²

³²⁰ Ibid., p. 262.

³²¹ Ibid., p. 263.

³²² Eis a ementa da importante decisão do STF: “BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido”. RE 193.503/SP. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São

Portanto, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula 310, bem como as outras também incompatíveis com a jurisprudência da Suprema Corte (Resolução nº 119/2003). Destarte, hodiernamente é pacífico na Justiça do Trabalho o entendimento de que os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária, sendo desnecessária, inclusive, eventual filiação, autorização ou indicação nominal dos substituídos, uma vez que as entidades sindicais defendem os direitos e interesses da categoria, e não apenas dos filiados. Não obstante, alguns juízes trabalhistas insistem em continuar exigindo tais requisitos, confundindo substituição processual com representação.³²³

5.6.2 Legitimação do Ministério Público do Trabalho

Conforme estabelecido no art. 127 da CF/88, o Ministério Público é órgão – portanto, sem personalidade jurídica – permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tal instituição é dotada de autonomia funcional e administrativa, atuando, portanto, com independência frente aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Pode-se dizer, assim, que o Ministério Público desempenha o papel de advogado da sociedade.

Bernardo do Campo e Diadema. Recorrido: Autometal S/A. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 12 de junho de 2006. DJ n. 117 do dia 21/06/2006.

³²³ Eis o teor do Enunciado cancelado: “SINDICATO AUTOR DA AÇÃO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL

I - O Art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30-10-1979 e 7.238, de 29-10-1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788. (L-007.788-1989 - revogada) III - A Lei 7.788-89, em seu Art. 8, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. (L-007.788-1989 - revogada)

IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30 de julho de 1990 ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII - Na liquidação da sentença exequianda, 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”.

Processualmente, o Ministério Público poderá exercer seu mister de guardião do interesse público de duas formas: atuando no processo como parte, promovendo a ação, ou intervindo como fiscal da lei em uma ação proposta por outrem.³²⁴

O Ministério Público do Trabalho, especificamente, tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais sociais do cidadão diante de ilegalidades praticadas na seara trabalhista. Sua legitimidade *ad causam* para a defesa em juízo de direitos transindividuais decorre de previsão legal expressa, conforme estabelecido pelos artigos 83, III, e 84, V, combinados com o art. 6º, VII, “a” e “d”, todos da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o estatuto do Ministério Público da União, do qual o Ministério Público do Trabalho faz parte.

Não obstante os citados dispositivos normativos sejam claros quanto à legitimação do Ministério Público do Trabalho para a proteção dos direitos assegurados constitucionalmente, bem como daqueles decorrentes das relações de trabalho, incluindo-se aí interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos³²⁵, instaurou-se na doutrina controvérsia acerca da possibilidade de o Ministério Público atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, em razão de uma interpretação literal do art. 129, III, da CF88, que assim dispõe:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (grifo nosso)

Com efeito, diante da ausência de menção expressa aos direitos individuais homogêneos no dispositivo constitucional em questão, surgiram três correntes quanto à legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a promoção de ação coletiva visando à tutela de direitos individuais homogêneos.

A primeira delas, conhecida como teoria restritiva, não admite em nenhuma hipótese que os direitos ou interesses individuais, ainda que homogêneos, possam ser objeto de defesa em sede de ação coletiva promovida pelo *Parquet*. Para os adeptos desta corrente, em razão de o art. 129, III, da CF/88 não fazer referência a tais direitos, as normas legais que alargam a legitimação ministerial na tutela coletiva para além dos interesses difusos e coletivos – como a do art. 6º – são inconstitucionais.³²⁶

³²⁴ Lembrando apenas que, naquelas hipóteses em que o *Parquet* atua como parte, ele também desempenha o papel de *custos legis*.

³²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 219.

³²⁶ *Ibid.* p. 220.

Tal alegação de inconstitucionalidade, contudo, é manifestamente descabida, na medida em que o inciso IX do próprio art. 129 da CF estabelece que o MP poderá exercer outras funções que lhe forem conferidas – por lei, destaque-se – desde que compatíveis com suas finalidades.

Ademais, procedendo-se a uma interpretação sistemática dos art. 129, III, e 127, ambos da CF, é possível afirmar que a legitimação do Ministério Público se estende não apenas à defesa dos interesses sociais, como também aos interesses individuais indisponíveis, inclusive aqueles que tenham características metaindividuais, como é o caso dos direitos individuais homogêneos indisponíveis.

A teoria eclética, por sua vez, atualmente majoritária, admite a legitimação ativa do MP para promover ação coletiva na defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que tais interesses sejam indisponíveis ou possuam repercussão social a exigir a iniciativa ministerial. Esta é a posição adotada pelo STF, que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.231/SP, em 26.02.1997, da relatoria do Min. Maurício Côrrea, reconheceu a legitimação do *Parquet* para a tutela de direitos individuais homogêneos relacionados à fixação abusiva do valor das mensalidades escolares, eis que dotados de natureza social.^{327 328}

Finalmente, a teoria ampliativa, valendo-se de uma aplicação integrada dos artigos 129, IX, e 127, ambos da CF, bem como do art. 1º do CDC, conforme permitido pelos artigos

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGENEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATORIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. RE 163.231/SP. Recorrente: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1997. DJ n. 43 do dia 05/03/1997.

³²⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit. p. 220.

21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, proclama a legitimação ampla e irrestrita do MP para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses homogêneos, eis que a tutela destes direitos constitui sempre matéria de ordem pública e interesse social, cuja defesa se amolda perfeitamente ao perfil institucional do Ministério Público. Filia-se a esta corrente doutrinária Carlos Henrique Bezerra Leite, ressaltando-se que já fora o autor adepto da teoria eclética.³²⁹

No que se refere especificamente à seara trabalhista, cumpre destacar que não há diferença entre a adoção das teorias eclética e ampliativa. Explica-se: os direitos assegurados aos trabalhadores rurais e urbanos são direitos sociais fundamentais, na medida em que a parte final do *caput* do art. 7º da Constituição considera fundamentais não apenas os direitos socialmente garantidos aos trabalhadores, como também “outros que visem à melhoria de sua condição social”. Nesse contexto, pode-se dizer que, em se tratando de direitos trabalhistas, inclusive de natureza individual homogênea, estará sempre presente a relevância social a justificar a legitimação do *Parquet* para promover ação coletiva na defesa de tais interesses.

Em outras palavras: tendo em vista que os direitos individuais homogêneos trabalhistas são autênticos direitos sociais, o Ministério Público do Trabalho estará sempre legitimado a defendê-los, ante a sua função permanente de tutelar os interesses sociais, *ex vi* do art. 127 da CF.

Negar ao Ministério Público do Trabalho legitimação para demandas coletivas atinentes a direitos individuais homogêneos, mesmo àquelas que versem sobre direitos individuais disponíveis, é, ademais, “um tiro no pé” do próprio Judiciário e um duro golpe contra o acesso à justiça e à isonomia, dois bens democráticos cuja implementação insere-se entre as atribuições constitucionais do *Parquet* (CF, art. 127, *caput*). O primeiro, o direito de ação, direito de caráter instrumental que visa a concretizar outros direitos; o segundo, a isonomia, um dos objetivos a ser perseguido pela República Federativa do Brasil (CF, art. 3º).

Como órgão **auxiliar** da Justiça (CF, art. 127, *caput*), cumpre ao MPT **cooperar** para a concretização do objetivo jurisdicional fundamental de pacificação com justiça.

Principalmente quando em jogo direitos individuais homogêneos, ações coletivas servem a este propósito e com força redobrada. Pacificam grupos de pessoas e não apenas pessoas enquanto tais e fomentam a justiça em nível macro, vale dizer, em caráter extraprocessual, mais do que somente no âmbito do processo. Indubitavelmente, a força agregadora das ações coletivas contribui para a eficiência do Judiciário, princípio

³²⁹ Ibid. p. 221.

administrativista a reger todo o atuar público (CF, art. 37, caput) e, em última análise, para a construção de uma sociedade solidária, valor-chave inerente às sociedades de massa.

Há prejuízo ao acesso à justiça na medida em que são justamente as pretensões individuais homogêneas, que admitem tutela indistintamente pelos flancos individual e coletivo, as que mais dificilmente se exprimem individualmente, máxime no ambiente laboral, em que não ousa o hipossuficiente, pelo menos enquanto vigente o contrato, "abrir a boca para falar um ai" contra o tomador, deixando, por medo de retaliação, passar em branco a violação sofrida.

Ademais, na medida em que dentre os objetivos institucionais do Ministério Público se encontra a defesa do regime democrático, tal como estabelece o art. 127 da CF, pode-se dizer que cabe igualmente àquele órgão a promoção da isonomia, como verdadeiro valor inerente ao Estado Democrático de Direito que é. E, como é sabido que a coletivização de demandas conspira a favor da isonomia, uma vez que a condensação, em um só processo, da discussão a respeito de cenário fático-jurídico litigioso que é comum a um grupo evita a diversidade de soluções, chega-se à conclusão de que a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas que visem a tutelar interesses individuais homogêneos vem a reforçar ainda mais a missão constitucional do órgão ministerial. Note-se que, ainda que a efetivação de eventual provimento condenatório dependa da instauração, por cada um dos possíveis interessados, de processo de liquidação em que se procederá: (i) à aferição da conformação da situação individual narrada àquela discutida no processo coletivo (isto é: se aquele indivíduo está englobado no contexto fático-jurídico subjacente à lide); e, (ii) em caso positivo, à fixação da extensão do dano individualmente sofrido; ainda assim, a isonomia estará garantida, na medida em que, independentemente do resultado advindo para cada titular do direito, em decorrência da liquidação da sentença coletiva, a tese jurídica veiculada será a mesma para todos. Trata-se de pura efetivação do valor da isonomia em sua vertente material.

Em suma, condensadas indutivamente até um nível proveitoso e útil de abstração, tais pretensões individuais homogêneas, mesmo as disponíveis, assumem verdadeira dimensão social. A aglutinação de todas em uma só ação proporciona o acesso à justiça a milhares de trabalhadores e fomenta a isonomia, evitando-se assim a "Justiça de Loteria", em que uns perdem e outros ganham, de modo absolutamente iníquo e desproporcional.

5.7 Legitimação coletiva passiva: apenas para não passar em branco

Um dos temas mais nebulosos relacionados à tutela jurisdicional dos direitos transindividuais é o da legitimação coletiva passiva. Não há consenso na doutrina acerca da possibilidade de propositura de uma ação na qual figurem no pólo passivo um uma coletividade ou grupo de pessoas. Por fugir ao escopo deste trabalho, far-se-á uma breve e superficial exposição do assunto, sem maiores aprofundamentos.

Como exemplo de ações dessa espécie, pode-se destacar aquela proposta por uma empresa que, tendo se valido de contrato de adesão, propõe ação coletiva com o objetivo de reconhecer a licitude de determinadas cláusulas contratuais, hipótese em que figurariam no pólo passivo todos aqueles consumidores celebraram o respectivo contrato com a empresa.

A maior parte da doutrina brasileira, na qual se insere Hugo Nigro Mazilli³³⁰, entende que o art. 82, CDC não ofereceria bases para o cabimento da legitimação coletiva passiva, ao revés, tal dispositivo apenas autorizaria a legitimação ativa dos entes mencionados em seu âmbito, que não poderiam figurar como réus em ação coletiva.

Ademais, para aqueles que se filiam a esta corrente, ainda que a ação coletiva passiva fosse possível em tese, haveria o problema da identificação do representante adequado, cuja fixação, no ordenamento brasileiro, como visto, decorre da lei. Com efeito, tendo em vista a inexistência de identificação legislativa expressa nesse sentido, não haveria possibilidade de se admitir tal espécie de ação.

Argumentam ainda os adeptos deste entendimento que o regramento diferenciado da coisa julgada coletiva, estabelecido no art. 103 do CDC – e no âmbito do qual é estabelecida a extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada coletiva, a qual não prejudicará interesses individuais –, constituiria óbice à admissão da ação coletiva passiva no âmbito do ordenamento brasileiro.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover e Fredie Didier³³¹ entendem ser permitida a ação coletiva passiva no ordenamento nacional. Com efeito, segundo esses autores, a ausência de disposição legal expressa que confira legitimação passiva coletiva não se trata de obstáculo intransponível, na medida em que, como visto, a atribuição da legitimidade extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que possa ser inferida do sistema jurídico. Assim, tendo em vista a previsão de processo de execução das sentenças coletivas, bem como a ausência de proibição do ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou de mandado de segurança contra ato judicial pelo réu de uma ação coletiva ativa – hipóteses em que um sujeito responderá pela coletividade –, é possível admitir-se a ação coletiva passiva.

³³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 382-385.

³³¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. cit. p. 411 e ss.

Com efeito, a expressão “defesa” constante do art. 82, CDC, que estabelece o rol dos legitimados para a ação coletiva, não indica apenas a defesa de direitos no pólo ativo, podendo abarcar também a tutela de interesses por meio de sujeito que se encontre no pólo passivo da demanda.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a previsão da ação coletiva passiva está em um processo de evolução crescente nos diferentes ordenamentos jurídicos. Afirma a aquela autora:

A previsão da ação coletiva passiva avança nos países de *civil Law*. Está ela expressamente contemplada na Noruega, em Israel, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e nos Projetos da Áustria e do Brasil. Na Colômbia e no Paraguai, os relatores informam que, embora não expressa, decorre do sistema. Na Venezuela tem sido acolhida pela jurisprudência. Nos ordenamentos da Argentina e do Chile, a doutrina reconhece sua existência.³³²

No que se refere à questão da identificação do legitimado passivo, defende tal doutrina que qualquer um dos co-legitimados em lei poderia atuar no pólo passivo da demanda coletiva, cabendo ao magistrado aferir, no caso concreto, a representatividade adequada do pretense legitimado. Perceba-se, porém, que tal solução vai de encontro ao ordenamento positivo, na medida em que preceitua como regra a verificação da representatividade adequada pelo juiz, o que, como visto, segundo o melhor entendimento, deve ter caráter excepcional, eis que o sistema de legitimação coletiva estabelecido no direito brasileiro é *ope legis*.

Por fim, em relação ao problema da extensão dos efeitos da coisa julgada, a solução apresentada por aqueles que defendem tal entendimento consta dos artigos 33 e 34 do Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que estabelece um regime de produção dos efeitos da coisa julgada diferenciado, consoante se trate de direitos difusos e coletivos ou de direitos individuais homogêneos.

Em que pese a discussão doutrinária acerca da matéria, fato é que o entendimento que mais privilegia o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, plasmado no inciso XXXV do art. 5º da CF, é aquele que admite a instauração de demandas coletivas passivas no ordenamento brasileiro. Com efeito, não admitir a ação coletiva passiva é negar direito de ação àquele que pretende exercer um direito contra um grupo, o qual teria garantido, assim, o direito constitucional de exceção (defesa), mas não o de demandar.

Nas palavras de Diogo Campos Medina Maia:

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. Cit. p. 237

Sempre que a tutela de um direito ficar completamente excluída do controle jurisdicional e a única alternativa para o acesso eficaz ao Poder Judiciário seja a inclusão do grupo, como ente autônomo, no pólo passivo da relação jurídica processual, deve-lhe ser conferida legitimidade para defender os interesses e direitos da coletividade que representa em juízo.³³³

Inclusive, o próprio artigo 83 do CDC determina que, para a defesa dos interesses coletivos (*lato sensu*), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela.

No processo trabalhista, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva de trabalho, hipótese em que os sindicatos estarão em pólos opostos defendendo, em juízo, interesses de suas categorias. Ressalte-se, aliás, que o direito do trabalho é terreno fértil para o florescimento de ações coletivas passivas, tendo em vista que: (i) é cada vez mais comum que as empresas façam parte de um conglomerado, integrando uma complexa estrutura societária composta por diversas empresas; e (ii) prevalece na doutrina e na jurisprudência a teoria do empregador único, segundo a qual um empregado que trabalhe numa empresa integrante de um conglomerado presta serviços a todo o grupo de empresas, as quais possuem legitimidade solidária pelos créditos trabalhistas decorrentes das relações estabelecidas com seus empregados. Nesse contexto, estaria um trabalhador legitimado a propor ações contra esse grupo de empresas, o qual figuraria no pólo passivo da demanda como ente autônomo.

³³³ MAIA. Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

6 AMPLIAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO COLETIVO

Entendo que solidariedade é enxergar no próximo as lágrimas nunca choradas e as angústias nunca verbalizadas.

Augusto Cury

6.1 Considerações introdutórias

No presente Capítulo analisaremos o fenômeno da pluralidade de partes nos processos coletivos. Ao final, são apresentadas algumas proposições de *lege ferenda* pertinentes à temática.

6.2 Partes e terceiros em relação a feitos coletivos

Em geral³³⁴, as decisões provenientes dos órgãos jurisdicionais, como atos estatais imperativos que são, têm aptidão à produção de efeitos, capacidade ou vocação inata à efetividade, ensina Dinamarco³³⁵. Mas os efeitos esperados com a intervenção judicial, como regra, confinam-se às partes que, acomodadas em um dos pólos da relação processual, puderam influir na atividade cognitiva, e assim, gozando das prerrogativas de participação que lhes franqueia o processo justo, contribuir, em maior ou menor grau, para a formação do conteúdo da sentença. Geralmente, pois, apenas os sujeitos que figurem como partes em um processo é que poderão beneficiar-se dos efeitos diretos da sentença ou, em perspectiva inversa, que deverão suportá-los, uma vez derrotados em suas postulações.

Tratando-se de processos coletivos, já se viu, a expansão *para além das partes* da eficácia da decisão de procedência do pedido ocorre porque os destinatários dos efeitos diretos da sentença estão, como regra, excluídos da participação no processo. E mesmo nos casos em que é admitida a intervenção, considera indesejável o sistema processual a formação de vínculos litisconsorciais multitudinários, determinando o art. 46, parágrafo único, do CPC que o juiz os dilua, em preservação da boa marcha do processo e da eficácia do contraditório e ampla defesa.

Destarte, graças à eficácia irradiante própria às sentenças coletivas de procedência do pedido, cujos efeitos diretos, mais do que meramente reflexos, transbordam natural e

³³⁴ Em geral, porque algumas decisões não produzem quaisquer efeitos no plano material, caso das sentenças coletivas de improcedência do pedido por deficiência de prova.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido. Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. III, p. 211.

necessariamente dos lindes subjetivos da relação processual, alcançando sujeitos outros que não apenas as partes do processo, denominada por Rodolfo de Camargo Mancuso *eficácia subjetiva expandida*³³⁶, autores há que entendem inexistir terceiros relativamente aos feitos coletivos³³⁷.

Segundo tal corrente de pensamento, todos os interessados, efetivos destinatários da prestação jurisdicional, estariam de certo modo incluídos na relação processual coletiva, por lá figurar alguém que é o portador dos seus interesses, o intermediador entre a pretensão a externar e a tutela estatal aspirada, o denominado substituto processual.³³⁸

O substituto processual é parte. Vai a juízo defender em nome próprio direito de outrem³³⁹. Ordinariamente, até em razão da disponibilidade que cada qual tem sobre a própria esfera de direitos, é ao titular da pretensão resistida ou insatisfeita que se atribui legitimação para pôr em movimento a jurisdição. Mas o sistema processual, até, como visto, por questão de pura lógica operacional, como se passa com as ações coletivas, confere a alguém que não é o titular da pretensão de direito material o direito de ação.³⁴⁰

Assim, apenas aqueles indivíduos que, a despeito de cientes da propositura de ação coletiva na qual embutida também a pretensão de tutela dos direitos individuais homogêneos, optassem por buscar proteção a alegado direito seu autonomamente, em processo próprio, deixando de solicitar a paralisação do curso do feito singular ou que viessem a instaurá-lo na pendência do processo coletivo, é que poderiam ser considerados terceiros. Nesta condição, não seriam alcançáveis pela eficácia e autoridade da sentença que lá viesse a ser proferida, mesmo que favorável o conteúdo da decisão final às suas esferas de direitos, aplicando-se integralmente o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil acerca dos limites

³³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p.161-173.

³³⁷ É o caso, como se verá mais a frente, de BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

³³⁸ É o que sustenta Hugo Nigro Mazzilli: “No caso de danos a interesses transindividuais, o lesado que deseje intervir na ação coletiva sequer poderia ser considerado terceiro: na verdade, ele faz parte do grupo em favor de quem foi proposta a ação.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 369.

³³⁹ O autor popular, para alguns, é ao mesmo tempo, legitimado extraordinário e ordinário. Deduz pretensão que é, ao mesmo tempo, sua e de toda a coletividade interessada na preservação da legalidade e moralidade administrativas.

³⁴⁰ O direito de ação, compreendido como o direito ao exercício da jurisdição a respeito de certa pretensão de direito material, condiciona-se ao preenchimento de algumas condições, dentre elas a legitimação ativa para a causa, espécie de autorização outorgada por lei que permite a determinado sujeito defender em juízo certa posição jurídica de vantagem. O direito de demandar, por sua vez, é incondicionado e se exerce simplesmente quando alguém, seja parte legítima ou não, comparece em juízo pedindo algo, isto é, autointitula-se, na petição inicial, autor. Trata-se do direito abstrato de ação, que é bipolar, dúplice: pelo lado do autor, é o direito de deduzir pretensão, do ponto de vista do réu, o de a ela resistir. Entre o direito de ação considerado abstrata e concretamente há apenas uma escalada, uma ascensão de posição jurídica. A respeito das várias acepções que pode assumir a palavra ação, GRECO, Leonardo. *Teoria da Ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

subjetivos da coisa julgada material. É dizer, a coisa julgada não os prejudica, mas também não os favorece.

Por não terem requerido a suspensão de seus processos individuais, em sobrevivendo ação coletiva, ou por terem proposto demanda individual no curso do feito coletivo, conscientes da sua pendência, ou seja, tendo optado por litigar por conta própria, os indivíduos interessados seriam, com relação ao processo coletivo, terceiros e, como tais, imunes à autoridade e eficácia da sentença que nele viesse a ser proferida.^{341 342} Eis o que se depreende da leitura do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Já os indivíduos que escolhessem aguardar o desfecho do processo coletivo, mesmo não intervindo formalmente no feito, seriam dele partes, e, assim, legítima e perfeitamente alcançáveis *in utilibus* pela coisa julgada material coletiva e pela eficácia da sentença³⁴³.

³⁴¹ Assim entende, por exemplo, Nilton Luiz de Freitas Baziloni: “Uma vez que as pessoas mencionadas serão consideradas terceiros, pois litigando em processo individual, buscando aquilo que está sendo pedido no processo coletivo, podem optar entre ser parte no feito coletivo ou ser terceiro em relação a ele. Se pedirem a suspensão, procedente a ação coletiva poderão beneficiar-se na condição de parte (representação adequada pelo autor coletivo). Se não pedirem, o processo individual prosseguirá, e em relação ao coletivo serão terceiros, não sendo prejudicados nem beneficiados pela coisa julgada que lá se formar.” *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 85.

³⁴² Note-se que o critério de vinculação ou de desvinculação aos processos coletivos eleito pelo direito brasileiro não é exatamente nem o do *opt in*, adotado, como nos informa Ada Pellegrini Grinover, por Alemanha, França e Itália, tampouco o do *opt out*, este último perfilhado por países como Holanda e Portugal. É que o referencial, no Direito brasileiro, não é o processo coletivo, mas o processo individual. Instaurado o processo individual e não requerida sua suspensão, uma vez ciente o litigante individual da existência do feito coletivo, permanecerá alijado do processo coletivo, e, pois, na qualidade de terceiro, não receberá em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença de mérito, tampouco se vinculará à sua autoridade. Pelo critério do *opt out*, diversamente, todos os sujeitos da lide encontram-se automaticamente vinculados ao processo coletivo, devendo exercer, em certo prazo, a opção de se desligarem, retirarem do feito, sob pena de, não o fazendo, como partes que são, ficarem vinculados à coisa julgada material, favorável ou desfavorável, que vier a se formar. Já pelo critério do *opt in*, a vinculação ao processo coletivo depende de que o indivíduo sinalize expressamente no sentido de aderir ao feito, de nele ingressar. Acenando positivamente, será apanhado pela autoridade da coisa julgada, benéfica ou prejudicial. Ambos os critérios possuem pontos fracos. O do *opt in*, por exemplo, poderá desencorajar muitos indivíduos a aderirem ao processo, especialmente quando não se disponham a enfrentar adversário poderoso, além de vulnerar o espírito das ações coletivas, ao fomentar a multiplicação de demandas, levando à fragmentação da tutela jurisdicional e conseqüente proliferação de decisões contraditórias. Ademais, limita-se o alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interesses, de que depende a introdução no processo e conseqüente vinculação à eficácia da sentença, continuará a esbarrar em fatores culturais e econômicos limitadores do acesso à justiça. O do *opt out*, por sua vez, conflita com as garantias do processo justo, ao estender a quem não é sujeito do contraditório decisão prejudicial à sua esfera de direitos. GRINOVER, Ada; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 239-240.

³⁴³ “RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A coletivização das ações tem como resultado pronunciamento judicial com autoridade para solucionar lesões de direito que se repetem, de modo que tenha ele força suficiente para se estender aos direitos individuais homogêneos e coletivos, evitando, com isso, o entulhamento de processos que asoberbam os órgãos jurisdicionais. As ações coletivas têm a mesma natureza jurídica, quer sejam elas de origem trabalhista, quer sejam consumeristas. Deste modo, não há se falar em litispendência, na medida em que o autor apenas será abrangido pela coisa julgada, que se formará na decisão coletiva, se buscar a suspensão do seu processo individual, com o fim de receber os efeitos daquela ação, o que não consta no presente caso. Aplica-se, portanto, o art. 104 do CDC ao processo do trabalho, que assegura a propositura de ações individuais e coletivas sem caracterização de litispendência. Recurso de revista conhecido e desprovido.” TST. RR 216700-91.2006.5.02.0029 Data de Julgamento: 15/06/2011. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011. Apesar disso, há decisão da SDI do TST, em sentido contrário, com a qual, contudo, não podemos concordar, em primeiro lugar, pela singela razão de contrastar com o disposto no art. 104 do CDC, mas principalmente por violar o direito de acesso pessoal à Justiça pelo trabalhador, fazendo-o refém das ações coletivas: “RECURSO DO RECLAMADO. LITISPENDÊNCIA. RECLAMAÇÃO INDIVIDUAL X AÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. CONFIGURAÇÃO. O fato de o reclamante figurar no pólo ativo de reclamação individual, e constar como substituído em ação proposta por seu sindicato, como substituto processual, formulando o mesmo pedido, ou seja, diferenças salariais decorrentes do Plano Verão, implica litispendência, por plenamente configurados os pressupostos dos arts. 301 e 267, V, ambos do Código de Processo Civil.

Já outros se referem a todos os que estão à margem do processo coletivo, incluindo aqueles em cujo benefício é a ação proposta, como sendo terceiros, uma vez que não ocupam qualquer posto na relação processual. Utilizam-se do termo partes em acepção pura, para designar apenas aqueles sujeitos que titularizam faculdades, poderes, deveres e ônus processuais, em razão de sua presença em uma das pontas da relação jurídica processual³⁴⁴.

Há, por fim, quem sustente serem terceiros não os cotitulares dos direitos coletivos *lato sensu* ausentes do feito, mas os legitimados legais à propositura da ação coletiva que não se encontrem no processo, por não terem aderido à postulação daquele que é o demandante coletivo. Isto é, os demais titulares do direito de ação coletiva estranhos ao processo.

Para nós, só os sujeitos que estiverem situados no processo é que podem ser considerados partes.³⁴⁵ Logo, os substituídos, apesar de partes da controvérsia, diretos interessados na solução a ser gerada através do processo, por não figurarem na relação processual, não são, ao nosso ver, sujeitos do processo. Partes dele. Vindo a ingressar no processo, naquelas hipóteses em que sua intervenção seja autorizada, se convolarão, aí sim, em partes processuais, apesar de não possuírem, com exceção da ação popular, legitimação para deflagrar o exercício da jurisdição coletiva.

No presente Capítulo nos ocuparemos das intervenções de terceiros em feitos coletivos. Deixemos assentado, desde já, à vista da confusão terminológica envolvendo quem é quem quando se toma por referencial a relação jurídico-processual coletiva, que consideraremos terceiros todos aqueles sujeitos que não estejam alocados no processo. A intervenção, portanto, fará adentrar ao processo quem até então era a ele estranho, alterando a configuração subjetiva do feito. Com a intervenção, amplia-se subjetivamente o processo, pelo incremento de parte.

Por conseguinte, a fim de se evitar qualquer mal entendido de cunho terminológico que incuta no leitor dúvida a respeito do real sentido daquilo que se pretende expor no texto, nos referiremos doravante ao fenômeno da entrada de novos sujeitos na relação processual, distintos daqueles que são as partes primitivas, como sendo hipótese de ampliação subjetiva do processo. Deixe-se consignada nossa opção pelo uso dos termos partes e terceiros em acepção pura.

Vale notar que o fato de figurar o sindicato no pólo ativo da reclamatória não afasta a caracterização do tríplex identidade, já que os verdadeiros beneficiários (titulares do direito subjetivo) desta ação serão os empregados substituídos. Recurso parcialmente conhecido e provido.” (TST. ERR- 271.612/1996 SBDI-1 Rei. Ministro Vontuil Abdala DJ de 30.06.2000).

³⁴⁴ Referindo-se aos titulares do direito material coletivo como terceiros, MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 297-318.

³⁴⁵ Mas, como se viu no Capítulo 4, o fato de serem terceiros não é impeditivo a que se lhes estendam os efeitos da sentença e inclusive a autoridade da coisa julgada material.

Esclareça-se, outrossim, que ao falarmos em ampliação subjetiva do processo, ao invés de ampliação subjetiva da demanda, valemo-nos de expressão que encerra universo muito maior de possibilidades participativas, já que, como sabido, nem todo aquele que intervém em processo pendente passa a ostentar o *status* de parte da demanda.

6.3 As possíveis posições ocupadas pelos terceiros ao intervirem. A transmutação do terceiro em parte

Em breve síntese, pode-se conceituar a intervenção de terceiro como o ingresso de alguém em processo já existente, tornando-se, com a intervenção, parte dele. O processo já pode ter nascido com mais de um sujeito em um ou em ambos os lados da relação processual, por força da demanda inicial, ou ter sofrido um acréscimo subjetivo no decorrer de sua tramitação.

O sujeito ativo da relação processual é quem delinea inicialmente a configuração subjetiva do processo. Unindo-se a alguém a fim de deduzir pretensão em face de um só réu, há litisconsórcio, no pólo ativo, desde quando instaurado o processo; deduzindo solitariamente pretensão em face de mais de um sujeito, é dizer, indicando a compor o pólo passivo da relação processual dois ou mais réus, os quais, segundo a narrativa autoral, deverão suportar os efeitos do provimento judicial postulado, ter-se-á formação litisconsorcial passiva originariamente, desde a formação do processo. Havendo pluralidade de partes em ambos os lados da relação jurídico-processual, tão logo inaugurado o processo, o litisconsórcio diz-se inicial e misto.

O que importa notar é que o ingresso de um terceiro no feito pendente, a sua intervenção, poderá ou não resultar na formação de vínculo litisconsorcial ulterior ou ampliar o já existente. Isto porque, as posições assumidas por estes novos sujeitos processuais variam consoante as diversas modalidades interventivas e a situação do terceiro frente à pretensão deduzida em juízo, ao objeto do processo.

O litisconsórcio ulterior, como sabido, pode formar-se em razão da (i) sucessão processual; (ii) da reunião de causas conexas ou (iii) da intervenção de terceiros.

Alguns terceiros, ao intervirem no processo, assumem a qualidade de litisconsortes, de sujeitos principais do processo. Outros não. E, assim, a depender da posição que venham a ocupar no feito atuarão com maior ou menor autonomia, terão mais ou menos força. O assistente, por exemplo, apenas auxilia a uma das partes principais, sem se tornar, contudo,

coautor ou corréu. Enfim, o que se quer dizer é que, ainda que não venha a desfrutar da posição de litisconsorte, em *parte* o terceiro interveniente sempre se transmudará.

Partes, em acepção pura, são os sujeitos parciais³⁴⁶ da relação processual, que, presentes no processo, defendem pretensão própria ou alheia³⁴⁷. Terceiros, ao revés, são todos aqueles sujeitos que não estão no processo, conceito a que se chega por exclusão.³⁴⁸ É terceiro, portanto, quem não é parte. Simples assim.

A condição de parte do processo nada tem a ver com a relação que o sujeito lá presente possui com a lide ou com a pretensão, tampouco com a legitimidade para estar em juízo. Há quem figure na relação processual sem possuir qualquer envolvimento pessoal com a crise jurídica, incapaz, por conseguinte, de sentir em sua esfera jurídica os resultados do processo, ou ainda sem estar habilitado a demandar ou a ser demandado a respeito da pretensão deduzida (parte ilegítima), mas que ainda assim é e deve ser considerado parte processual. Ser parte é ser titular das situações jurídicas ativas e passivas inerentes à relação processual, integrando-se ao contraditório desenvolvido perante o juiz, com possibilidade de influir diretamente no sentido da decisão que se venha a prolatar. Enfim, são os sujeitos aos quais são outorgadas possibilidades de participação (de *alegar, pedir e reagir*) ínsitas ao processo justo. É por isso que se disse não serem os sujeitos da lide que permaneçam alheios ao processo, isto é, os substituídos, partes, mas terceiros.

Enrico Tullio Liebman, processualista italiano que grande influência exerceu sobre a construção da sistemática processual civil brasileira, explica de maneira bastante clara que

“a determinação do conceito de parte não tem relação alguma com o problema da legitimação para agir. Esse problema consiste na identificação das justas partes ou legítimos contraditores, com referência a determinado objeto, enquanto que se consideram partes no processo aqueles que, de fato, são os seus sujeitos; e nessa qualidade, com todas as conseqüências que dela derivam, independe da circunstância de eles serem ou não, em relação à ação proposta, também as partes legítimas.” Em arremate, assevera que se adquire a posição de parte: “a) por força da propositura da ação; b) por força de sucessão na posição da parte originária; c) por força de intervenção, voluntária ou coata, em um processo pendente.”³⁴⁹

³⁴⁶ O juiz, apesar de sujeito da relação processual, é e deve ser imparcial, alheio ao conflito de interesses que a ele é levado para resolução e perante ele se delinea. Ser imparcial significa julgar de modo desinteressado, não no sentido de estar o magistrado descomprometido com os ideais publicistas infiltrados ao processo, máxime o de julgar com justiça, mas sim sem que tenha o juiz qualquer interesse pessoal em que a causa seja decidida favoravelmente a uma parte ou outra. O compromisso do magistrado deve ser o de atuar a vontade concreta do direito objetivo.

³⁴⁷ O que ocorre precisamente nos casos de legitimação extraordinária por substituição processual, quando o legitimado para agir não é também cotitular do direito material que busca defender com sua atuação em juízo. É que há casos, especialmente de litisconsórcio facultativo unitário, em que, presente no processo apenas um dos possíveis colegitimados para agir, aquele que lá se situa postula, ao mesmo tempo, em nome próprio, na defesa de direito que é seu, mas que é também de outras pessoas, estranhas ao processo. Ocupa, pois, simultaneamente, as posições de legitimado ordinário e extraordinário.

³⁴⁸ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.* p. 380.

³⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual civil*. vol. I. p. 90.

Acresça-se que o demandado, a pessoa indicada pelo autor como réu, apenas adquire o posto de parte do processo através da citação, ato de comunicação que viabiliza sua entrada na relação processual e o transmuda em sujeito do contraditório, sujeitando-lhe conseqüentemente aos efeitos diretos da sentença.

Resumidamente, pode-se dizer que a aquisição da qualidade de parte no processo dá-se (i) pela propositura da demanda, (ii) pela citação, (iii) pela sucessão processual ou (iv) pela iniciativa de intervir, subsumindo-se nesta última hipótese a prescrição do artigo 94 do CDC. Logo, o interveniente individual em feito coletivo assumirá a condição de parte. Pode até não adentrar ao processo na qualidade de litisconsorte, mas parte será³⁵⁰. Afinal, como afirmado anteriormente, todo aquele que intervém em processo já pendente entre outros de terceiro transforma-se em parte³⁵¹.

No que toca especificamente ao tema da admissão de terceiros ao processo coletivo, as possibilidades interventivas variarão consoante a natureza do direito objeto do pedido de tutela jurisdicional. Ademais, modifica-se o cenário se o aspirante a interveniente for cotitular da pretensão de direito material deduzida ou colegitimado extraordinário distinto do(s) promotor(es) da ação. Uma vez admitida a penetração de novos partícipes na relação processual coletiva, será preciso analisar, ademais, a natureza de tais ingressos e as repercussões processuais da ampliação de sujeitos. É o que se passa a fazer, iniciando-se pela averiguação do cabimento da intromissão de terceiros interessados nas ações que tenham por fim a tutela de direitos essencialmente coletivos.

6.4 Ampliação subjetiva do processo em se tratando de ações que buscam tutelar direitos difusos e coletivos em sentido estrito

³⁵⁰ Dinamarco, também com supedâneo nas lições de Liebman, compartilha do nosso entendimento quanto a quem seja parte e quem seja terceiro quando se toma por referencial o processo. Vale a pena a transcrição de seus ensinamentos: “Terceiro é rigorosamente toda pessoa que não seja parte no processo. Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros (Liebman). Eles não são titulares das situações jurídicas ativas e passivas que na relação processual interligam os sujeitos parciais e o juiz e, enquanto terceiros, não são admitidos a realizar os atos do processo. Considerando um certo processo que se tenha em mente, são terceiros em relação a ele todos os seres humanos e todas as pessoas jurídicas existentes no planeta, menos aqueles que estejam nele como partes. (...) Essas idéias legitimam a afirmação de que o terceiro só o é até que intervenha: ao intervir converte-se em parte.” DINAMARCO, C. R. *Op. cit.* p. 380.

³⁵¹ “Embora variem assim as posições assumidas na relação jurídica processual, o que há de comum nas intervenções de terceiro é a aquisição da qualidade de parte – parte principal na maioria dos casos, parte meramente auxiliar na assistência.” DINAMARCO, C. R. *Op. cit.* p. 377.

Afirma-se majoritariamente não ser possível que particulares se enfrontem no processo instaurado em razão da propositura de ações voltadas à proteção de direitos de alma coletiva, transindividuais e indivisíveis por excelência.³⁵²

Discorrendo especificamente sobre o ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que, para além da ameaça que o livre acesso de terceiros às ações coletivas poderia acarretar para a efetividade da tutela jurisdicional coletiva, posto prejudicial intuitivamente o enorme afluxo de pessoas à marcha do processo em tempo razoável, considerando-se a especificidade do objeto das ações de tutela de direitos difusos e coletivos, faltaria aos particulares interesse jurídico que os legitimasse a intervir, uma vez que a pretensão deduzida por intermédio de tais ações não lhes concerne exclusivamente³⁵³. O direito subjetivo candidato à tutela jurisdicional não pertence ao indivíduo enquanto tal, mas à comunidade ou coletividade indivisivelmente consideradas, da qual é o indivíduo apenas um integrante.

Acompanhando o pensamento do processualista paulista acima reproduzido, para a maioria dos doutrinadores que se debruçam sobre o tema, a ausência de vedação legal ao ingresso de terceiros no feito coletivo não deve ser reputada como licença tácita a tais intervenções, mas como verdadeira hipótese em que silenciou eloqüentemente o legislador. Pois, além do estorvo que uma enorme quantidade de pessoas alojadas em um mesmo pólo do processo representa para o saudável devir processual, a projeção *erga omnes/ultra partes* dos efeitos da sentença só se opera mesmo *in utilibus*, nenhum prejuízo sofrendo os particulares em suas esferas jurídicas pessoais, em razão da má atuação do legitimado autônomo à frente do processo³⁵⁴. É como pensa Antonio Gidi:

“(...) Enfim, tanto razões de caráter dogmático como de caráter pragmático convergem para a vedação à possibilidade de um particular intervir numa ação coletiva como assistente. O primeiro argumento é de ordem pragmática. Ao feito, poderiam acorrer tantos particulares como assistentes que inviabilizaria completamente a condução regular do processo, comprometendo o pleno exercício da jurisdição, da ação e da defesa. (...) Outros argumentos, estes de caráter dogmático, contrários à admissão de assistência por particulares em ação coletiva podem ser elencados. Por exemplo: a) se o indivíduo não tem legitimidade *ad causam* para propor, não a terá para intervir em ação coletiva; b) o interessado não teria interesse processual para intervir; c) não há relação do interessado com a pessoa a quem assiste etc.”³⁵⁵

³⁵² Partidários de tal corrente de pensamento são DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus Podvim, 2009. p. 239.

³⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 228.

³⁵⁴ É como pensam NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1.445-1.446: “O particular não pode ingressar na ACP como assistente simples, pois sua esfera jurídica privada individual não será atingida pela sentença. Somente nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. III; 91 a 100) é que pode haver o ingresso do particular, na qualidade de litisconsorte (CDC 94), porque o direito discutido em juízo é dele também.”

³⁵⁵ GIDI, A. Op. cit. p. 54-55.

Enton Venturi, diversamente, entende não só possível, como também desejável, a intervenção individual em ações vocacionadas a amparar direitos materialmente transindividuais. Escora seu entendimento, em primeiro lugar, no fato de que inexistente “qualquer vedação legal a respeito”. Lembra que, “quando o legislador brasileiro desejou vedar o ingresso de terceiros no curso de uma relação processual já instaurada, o fez expressamente”³⁵⁶. Defende, assim, diante da lacuna legal atinente à disciplina das intervenções individuais em ações de defesa de interesses difusos e coletivos propriamente ditos, que se aplique analogicamente, a fim de se suprir a omissão, os artigos do CDC que tratam da intervenção de terceiros em ações propostas visando à proteção de direitos individuais homogêneas. Em seguida, retruca as posições doutrinárias que insinuam inexistir interesse jurídico do indivíduo em intervir, amparando-se fundamentalmente no disposto no artigo 103, § 3º do Código de Defesa do Consumidor³⁵⁷.

Segundo sustenta o mencionado autor, como as ações coletivas propostas em defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* trazem embutida, vale dizer, carregam consigo, contêm implícita pretensão de responsabilização civil do demandado pelos danos causados a interesses individuais homogêneos, a sentença que acolher a pretensão deduzida beneficiará automaticamente os indivíduos afetados pelo mesmo dano que constitui a causa de pedir da ação coletiva proposta, servindo de possível título às liquidações e execuções individuais. É que ao pedido de condenação do réu à reparação do dano coletivamente considerado, soma-se, *ex vi legis*, o pleito de indenização de vítimas e sucessores. E arremata:

“(…) para além da condenação líquida e certa postulada pela entidade autora da ação civil pública, que visa a satisfazer a pretensão de ressarcimento/recomposição dos direitos meta-individuais lesados, indivisivelmente considerados, e que deve reverter para o fundo mencionado pelo art. 13 da LACP, a sentença de procedência fixará também, genericamente, o dever do réu de indenizar vítimas e sucessores a título individual quer porventura compareçam em juízo demonstrando o nexo causal e o prejuízo pessoal.”³⁵⁸

Assim, ainda de acordo com a linha de raciocínio traçada por Elton Venturi, como os indivíduos lesados pelo mesmo fato-base que fundamenta a ação coletiva poderão vir a ser beneficiados pela sentença a ser proferida, dela valendo-se como título às liquidações e

³⁵⁶ 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. p. 317-318.

³⁵⁷ Eis o conteúdo do dispositivo invocado por Venturi como autorizador do ingresso de particulares em feitos coletivos instaurados como decorrência do ajuizamento de ações voltadas à tutela de direitos difusos e coletivos: “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se precedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”

³⁵⁸ VENTURI, E. *Op.cit.* p. 321-322.

execuções que intencionem propor, teriam interesse jurídico em intervir no feito, a fim de auxiliar o autor da ação na demonstração da responsabilidade do réu.

De fato, a sentença de procedência nas ações propostas visando à proteção de direitos difusos e coletivos contém, por força do mencionado art. 103, § 3º, do CDC, além de capítulo decisório atinente ao dever do réu de reparar especificamente ou em pecúnia os danos causados aos direitos metaindividuais, um capítulo adicional de condenação do demandado a indenizar vítimas e sucessores que, comparecendo em juízo, demonstrem terem sido afetados pelo mesmo evento lesivo que constitui a causa de pedir da ação coletiva. São portadoras, em síntese, as sentenças de procedência, de carga condenatória genérica, à semelhança daquelas sentenças obtidas por intermédio do ajuizamento de ações voltadas originalmente à defesa de direitos individuais homogêneos.³⁵⁹

Como facilmente se constata, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados, indiferentemente, quer através de ações propostas nos termos dos artigos 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, quer por intermédio de ações ajuizadas com o intuito de se tutelar direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, ainda que, nestas últimas, não se faça pedido expresso em tal sentido. Trata-se de verdadeira hipótese de cúmulo objetivo de demandas *ex vi legis*. Consoante magistério de Ada Pellegrini Grinover (p.858-859), por força do disposto no já mencionado artigo 103, § 3º, do Código Consumerista ocorre “além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto* (...)”³⁶⁰.

Apesar, a nosso ver, de irreparáveis as considerações de Elton Venturi, no sentido de demonstrar existir interesse jurídico do particular na intervenção em ações de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a verdade é que não se sentem os indivíduos verdadeiramente estimulados a ocupar assento na relação processual coletiva.

No tocante especificamente às lides coletivas de trabalho, objeto central do presente estudo, fortes razões de ordem prática levam a crer ser infinitamente mais prejudicial ao trabalhador adentrar ao feito, do que dele permanecer afastado, ainda quando o auxílio prestado à parte autora possa reverter em seu próprio benefício. Isto porque, com a intervenção, acaba-se por anular uma das grandes vantagens, digamos, o trunfo, que o acesso

³⁵⁹ Loc. Cit.

³⁶⁰ GRINOVER, A. P. *et alli*. *Código*...p. 955-956. Explica a autora: Pelas regras clássicas sobre a coisa julgada, não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública às demandas individuais: não só por se tratar de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei. Todavia, por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda da ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do Código.”

coletivo à justiça representa para o prestador de serviços hipossuficiente: a despersonalização do litígio. Explica-se.

O trabalhador, como é intuitivo, resiste em demandar enquanto ainda em vigor o contrato de trabalho. Raramente se dispõe a enfrentar em uma ação judicial o seu patrão, a colocá-lo no banco dos réus e a brigar por seus direitos na pendência do vínculo. Tem receio de que a iniciativa seja retaliada com a despedida imotivada. E, por isso, pensa duas, três, mil vezes antes de distribuir uma reclamatória. Mesmo depois de findo o pacto, há ainda quem se sinta desencorajado a demandar, temeroso de ter o nome incluído nas abomináveis “listas negras” e, assim, encontrar dificuldades em retornar ao mercado de trabalho. Não à toa recebeu a Justiça do Trabalho a triste alcunha de “Justiça do desemprego”: dela, como regra, só se socorre o trabalhador que já está desempregado³⁶¹. O quadro, sintomático da crise de efetividade por que passa o processo individual em campo trabalhista, é ainda agravado pelo fato de irem perecendo, ao longo da relação de trabalho, as pretensões que, no curto intervalo de cinco anos, não venham a ser deduzidas, a possibilitar que lesões a direitos trabalhistas acabem sendo “convalidadas” pelo decurso do tempo, sem que o trabalhador nada possa fazer a respeito. A Justiça está e não lhe está aberta.

Eis a “sinuca de bico”, com perdão pela coloquialidade da expressão, em que se encontra “metido” o trabalhador: acionando o patrão, corre o risco de perder o emprego, decidindo não demandar, perde o direito³⁶². Resolve-se o dilema, em geral, optando o trabalhador, muito a contragosto, por “consentir” com a violação a direito seu. Em troca, cultiva a esperança de manter-se trabalhando.

Tudo isso junto dificulta a missão do Judiciário Trabalhista em proteger a sua clientela habitual. A efetividade da tutela dos direitos do trabalhador, em muitos casos, depende de intervenção judicial preventiva e prospectiva, que evite o dano. Direcionada para o futuro e não para o passado. Tal proteção, no entanto, pelo canal do processo individual, dificilmente se poderá ofertar, voltadas que estão as reclamatórias individuais trabalhistas, em quase cem por cento dos casos, à reparação de um dano pessoal já consumado.

O paradoxo pretende ser superado com o trato coletivo dos conflitos de trabalho. Talvez, aliás, a grande valia da coletivização, na seara do trabalho, esteja em permitir que seja ativada a jurisdição trabalhista enquanto ainda vigentes os pactos. Justamente quando o trabalhador, individualmente, não tem coragem de demandar. As ações coletivas fazem com

³⁶¹ Sobre a importante atuação do Ministério Público do Trabalho, inclusive mediante ações coletivas, no combate às odiosas listas negras, LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho. Doutrina, jurisprudência e prática*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 159 e segs.

³⁶² Na verdade, tecnicamente falando, o que se perde é a pretensão, extinta pelo decurso do tempo, e não o direito.

que pretensões que, individualmente, por medo, não se externariam, venham ao conhecimento do Judiciário. Fazem do *medo esperança*³⁶³.

Voltando ao ponto que nos interessa, cabe, diante de todo o exposto, indagar se efetivamente tem o trabalhador motivação pragmática para intervir nos feitos coletivos que lhe digam respeito. Ora, parece-nos que não. Pelo menos, não como regra. Afinal, se a sua pretensão, compartilhada com uma constelação de outros trabalhadores, pode ser externalizada eficientemente por intermédio de alguém que não é ele, se os seus interesses serão defendidos no processo por sujeito que a lei reputa capacitado a tanto e que se posicionará na “linha de frente” da contenda, por que haveria o trabalhador de querer imiscuir-se no feito, de se expor, correndo o risco, a partir daí, de sofrer represálias por parte do patrão-demandado? E mais. Arriscando sacrificar a própria pretensão individual, uma vez refutada, no mérito, a demanda coletiva?! O ato de intervir, para além de simplesmente altruísta, poderia se revelar suicida.

Por tudo isso, é no mínimo ingênuo supor que o trabalhador terá interesse prático em adentrar no feito, se, ficando do lado de fora, será igualmente beneficiado com o julgamento de mérito em sentido favorável à coletividade. Sem falar que o ingresso, uma vez consumado, como visto, abortaria uma das grandes vantagens que a coletivização representa: a preservação da pessoa do trabalhador, que as ações coletivas, ao despersonificarem as lides, propiciam.

Não há dúvidas, portanto, de que, omitindo-se tem muito mais a ganhar do que a perder.

Até mesmo porque, o suporte que o trabalhador, intervindo no processo, poderia ofertar ao demandante coletivo, também extrajudicialmente poderá ser prestado. Não é preciso que esteja formalmente atado ao feito, para que possa o interessado colaborar. Pode, por exemplo, mesmo do lado de fora do processo, soprar no ouvido do legitimado legal informações valiosas que contribuam para o êxito da postulação, sugerir a produção de certas provas, disponibilizar documentos *etc.*, sem que o saiba a outra parte. Enfim, anonimamente e sem se comprometer com a coisa julgada desfavorável que lá, porventura, possa se formar.

Resguardado o sigilo da fonte colaboradora, nada há que impeça de se ajudarem recíproca e informalmente legitimado e substituído: aquele brigando pelo direito do trabalhador, este último enriquecendo, em segredo, a postulação autoral. Em suma, a não vinculação formal ao processo de nenhum modo significa que o interessado não possa auxiliar

³⁶³ A esperança é o oposto do medo. A esperança é a expectativa de algo bom. O medo, de algo ruim. Toda pretensão deduzida exprime a expectativa, o desejo de satisfação de um interesse afirmadamente justo e, portanto, é conduta esperançosa, de alguém que espera tutela do Judiciário a melhora da sua situação pessoal ou de terceiro.

extra-autos o autor coletivo. Pode muito bem funcionar como um “amigo processual do peito” da parte autora, só que oculto.

Sem falar que, como é óbvio, a concretização de tais intervenções depende de que a propositura da ação seja ampla e eficazmente divulgada e de que os interessados, os sujeitos da lide, tenham a consciência jurídica de que podem ingressar no feito, a fim de coadjuvarem o demandante coletivo na demonstração da responsabilidade do réu. Realidade essa que, convenhamos, está bem longe de ser a nossa.

Ora, a ignorância a respeito dos direitos de que se é titular ainda é grande obstáculo ao acesso à justiça que o manejo coletivo das crises jurídicas se propõe a derrotar. Aliás, foi justamente visando a evitar que lesões a direitos de pessoas menos esclarecidas ficassem impunes, que, suprimindo ao titular do direito material a legitimação para agir, outorgou o sistema processual o direito público subjetivo de ação a órgãos e pessoas que reputa mais fortes e preparados para a “briga”³⁶⁴. E, por precaução, antevendo a possibilidade de não se sentirem os contemplados com a ação coletiva sequer estimulados a executar a sentença de condenação favorável, porque, por exemplo, individualmente irrelevante o prejuízo sofrido, determinou que os resíduos de indenização não reclamados revertessem a um fundo de recomposição de bens jurídicos coletivos lesados, de jeito nenhum ficando sem punição o causador do dano³⁶⁵. É, no Brasil³⁶⁶, ainda bastante deficiente o modo como é levado ao conhecimento do público em geral a existência dos processos coletivos. A mera divulgação editalícia deixa muito a desejar. E os meios de comunicação de massa em geral, que poderiam exercer o papel de arautos das ações coletivas, de verdadeiros mensageiros, só às vezes noticiam terem sido propostas tais ações. Aliás, a própria falta de um banco nacional de dados, completo e organizado, com o inventário de todas as ações coletivas ajuizadas e do seu

³⁶⁴ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes realça a importância das ações coletivas como fator de efetividade da garantia de acesso à Justiça, listando as inúmeras vantagens que apresentam quando cotejadas, confrontadas com as ações individuais: (i) equilibram os pólos em disputa; (ii) unificam o trato jurisdicional que é conferido à lide, evitando dispersão da demanda por entre feitos múltiplos, em preservação à unidade de convicção reputada indispensável ao julgamento da pretensão metaindividual incindível; (iii) rompem as barreiras sociais, culturais, econômicas que comumente se antepõem à dedução individualizada de pretensões (ignorância a respeito dos direitos que se tem, medo de demandar, altos custos do processo); (iv) impedem que lesões de pouca monta a direitos restem sem punição *etc.* MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 21-37.

³⁶⁵ Altera-se com o instituto da reparação fluida (*fluid recovery*), contemplado expressamente no art. 100 do CDC, o foco da responsabilização civil, que do dano *sofrido* passa a ser o do dano *causado*. A condenação, ilíquida, levará em consideração os danos causados. O pagamento a ser feito a cada credor é que corresponderá exatamente ao dano sofrido. Inspirando-se na experiência norte-americana das *class actions*, ações de responsabilidade civil propostas em favor de coletividades, o Código de Defesa do Consumidor disciplina a hipótese de a sentença de condenação genérica não ser objeto de liquidação e execução pelas vítimas e sucessores ou mesmo de o número de habilitados não condizer com a gravidade do dano. Explica Ada Pellegrini que “o dano globalmente *causado* pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo *sofrido* por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o caput do art. 100 previu a *fluid recovery*.” GRINOVER, A. P. *et. alli. Código...* p. 913-915.

³⁶⁶ Mas não só aqui. Em diversos outros países, segundo testemunho de Ada Grinover, também se queixam os doutrinadores das imperfeições e falhas nos modos de se notificar as ações coletivas, segundo testemunho de GRINOVER, A. P. *et alli. Os processos coletivos...* p. 239 e segs.

andamento, dificulta a empreitada. Em suma, a falta de formação e de informação jurídicas certamente constituem-se em entraves adicionais à realização das intervenções individuais, senão jurídico, ao menos fático.

Ainda há mais.

Como já afirmado, o indivíduo que não intervém no feito, nada de concreto tem a perder. Muito pelo contrário, só a ganhar. É que, se o autor coletivo vence a disputa, o indivíduo que não interveio se beneficia automaticamente, em razão da projeção *ultra partes/erga omnes* dos efeitos diretos da decisão. E se, por outro lado, for rechaçada a pretensão coletiva, o indivíduo ausente de modo algum será prejudicado em sua esfera jurídica, pois, já se viu, a extensão subjetiva da eficácia e autoridade da sentença coletiva só se faz *in utilibus*. Por conseguinte, aqueles que não intervieram ainda poderão batalhar em ação própria o acolhimento do pleito de condenação do réu a indenizá-los, refutado em nível coletivo. O efeito negativo da coisa julgada, que impede se volte a deduzir em juízo uma pretensão, não se produz relativamente a quem optou por permanecer afastado da relação processual coletiva. Uma vez, porém, inserido no feito, o indivíduo vincula-se *pro et contra* à coisa julgada, desperdiçando, em caso de improcedência coletiva, “a carta na manga” da ação individual, o que, por óbvio, não lhe interessa (CDC, art. 103, III, c/c seu § 2º)³⁶⁷.

É como reconhece o próprio Venturi:

“(…) em caso de improcedência da ação, o direito individual da vítima ou sucessor interveniente não ‘permanece intacto’: a coisa julgada, em caso de insucesso da demanda coletiva, incidirá diretamente sobre a entidade autora e todos os intervenientes a título individual, acarretando-lhes inexoravelmente a perda do direito de ação própria, uma vez que já tiveram *his day in court*”.³⁶⁸

De fato, não intervindo o interessado no processo coletivo e vindo a ser proferida decisão de improcedência, ainda restará aberta a via da ação individual, a fim de perseguir a tutela jurisdicional a que aspira. E se perder o autor coletivo, poderá renovar o pedido de tutela, agora por intermédio de ação particular³⁶⁹.

Além do mais, abrindo-se as portas do processo coletivo, há sempre o risco de se “inchar” demasiadamente o processo. Ainda, como afirma Elton Venturi, que a intervenção individual não amplie o objeto do processo, isto é, não agregue à pretensão deduzida pretensão nova, estando, ademais, o interveniente proibido de discutir a sua situação pessoal,

³⁶⁷ Hugo Nigro Mazzilli, que também defende a possibilidade de intervenção individual em ações coletivas de um modo geral, ao contrário de Venturi, afirma que jamais o resultado desfavorável nas ações coletivas prejudicará as pretensões individuais, mesmo daqueles que hajam intervindo no feito. A tese, a nosso ver, não merece prosperar, pois choca-se de frente com o disposto nos artigos 94, 103 e 104 do CDC, fazendo destes letra morta. MAZZILLI, H. N. *Op. Cit.* p. 703.

³⁶⁸ VENTURI, E. *Op. Cit.*, p. 324.

³⁶⁹ PELLEGRINI, Ada *et alli. Código...* p. 903.

fato é que o juiz terá, no mínimo, de analisar se o aspirante a ingressar no processo, o candidato à intervenção, tem efetivo interesse jurídico que o legitime a intervir, deferindo prazo para que as partes se manifestem a respeito do requerimento do terceiro, incidente que sempre gera algum tumulto, atrasando conseqüentemente a entrega da prestação jurisdicional.

E com um complicador adicional: sem que possa o juiz, à semelhança do que ocorre com processos onde se formam litisconsórcios multitudinários, dissolver o vínculo, desdobrando a relação jurídica processual. Tal solução não poderia ser mesmo adotada com relação a processos coletivos, por não condizer com a indivisibilidade material da pretensão deduzida.

Por tudo isso, a nosso ver, mais acertado o entendimento segundo o qual se encontra por lei obstruída a entrada de terceiros interessados no feito coletivo trabalhista, revelando o silêncio do legislador verdadeira negativa eloqüente.

6.5 Ampliação subjetiva do processo em se tratando de ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos

A permissão dada aos titulares dos direitos individuais homogêneos de participarem do processo coletivo, ainda na etapa em que se busca fixar a responsabilidade civil genérica do réu, vem prevista no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Relativamente a tais direitos, derivados de uma origem comum, por dois modos distintos pode-se postular a prestação da tutela jurisdicional: pela via individual e coletiva. É que, como já se analisou, os direitos individuais homogêneos, apesar de coletizáveis para fins de sua tutela jurisdicional, são materialmente individuais. Daí os distintos caminhos possíveis de serem percorridos em busca de sua tutela.

Inobstante autônomas ambas as frentes de provocação da prestação estatal jurisdicional (a ação coletiva de responsabilidade civil e as ações reparatorias individuais), há entre elas ao menos identidade no que diz respeito à pretensão de condenação do réu comum à reparação dos danos causados, a partir da afirmação de sua responsabilidade. Tal identidade de escopos, contudo, não inibe ou tolhe a iniciativa de cada prejudicado de buscar recompor, individualmente, a sua própria esfera jurídica, ainda quando instaurada ação coletiva de propósito em parte coincidente, à vista da garantia da inafastabilidade do controle

jurisdicional. Há, por conseguinte, possibilidade de que coexistam ou mesmo sejam intentadas sequencialmente ação coletiva e individual com objetos parcialmente iguais³⁷⁰.

Instaurado o processo coletivo posteriormente ao ajuizamento da ação singular e desde que não haja ainda transitado em julgado a sentença individual, faculta-se ao proponente da ação individual requerer, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência da propositura da ação coletiva, a suspensão de seu processo, a fim de aproveitar-se *in utilibus*, se for o caso, da eficácia da decisão coletiva de procedência do pedido. Não requerendo a suspensão, apesar de ciente da existência do feito coletivo, se autoexclui o litigante individual da zona de irradiação eficaz da sentença, não podendo utilizá-la como título, nem mesmo se benéfico o julgamento de mérito à coletividade. Desfavorável o resultado do processo coletivo, os titulares dos direitos individuais homogêneos que hajam solicitado a suspensão de seus processos de modo algum terão as suas esferas jurídicas prejudicadas, pois só *para beneficiar* é que se lançam *ultra partes* os efeitos diretos das sentenças coletivas. Em outras palavras, o transporte da coisa julgada coletiva do plano coletivo para o individual só se faz *secundum eventum litis e in utilibus*.

Pois bem. Ciente da parcial coincidência de propósitos entre ações individuais e coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos, autorizou o legislador que vítimas e sucessores comparecessem em juízo não apenas por ocasião da intimação da sentença coletiva de condenação, mas, antes disso, ainda durante a fase do processo coletivo voltada à afirmação da responsabilidade do réu e à imposição, em tom genérico, do seu dever de indenizar. A convocação é feita, conforme disposto no artigo 94 do CDC, através da publicação de edital na imprensa oficial, sem prejuízo da divulgação da propositura da ação coletiva por outros meios de comunicação.

Como se vê, enquanto no tocante às ações referentes a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* inexistente disposição legal que explicitamente admita o ingresso de terceiro particular no feito, diversamente, permite o legislador o incremento subjetivo da relação processual se disser a ação respeito a direitos individuais homogêneos. Tal intervenção, a nosso ver, se dará a título de assistência, uma vez que não se admite a suscitação, pelo potencial interveniente, de questões particulares, que digam respeito à sua situação pessoal

³⁷⁰ Nunca haverá identidade total de objetos, a nosso ver, entre ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos e ações individuais. É que nas ações coletivas, o que se objetiva é a condenação genérica do réu a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados, suscetível a decisão de favorecer a uma constelação indeterminada de pessoas. Nas individuais, o que se persegue é a proteção a direito próprio, a indenização pelos danos pessoalmente sofridos.

face ao conflito globalmente considerado³⁷¹, tampouco a alteração do pedido formulado ou da causa de pedir posta pela parte ideológica como fundamento da pretensão coletiva.

Entretanto, a despeito da existência de expressa permissão legal, questiona a doutrina se, de fato, ostentariam os particulares interesse jurídico ou mesmo prático em se imiscuírem em processos coletivos, pela mesma óbvia razão já antes aventada quando da análise da possibilidade interventiva em feitos atinentes a direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Ora, se vítimas e sucessores serão beneficiados pela sentença de procedência, participem ou não do processo, em razão da extensão *in utilibus* de efeitos diretos, por que, afinal de contas, haveriam de nele intervir, se o fazendo, ainda por cima, correm o risco de serem apanhados pela coisa julgada prejudicial, sem que se possa objetar contra este alargamento subjetivo do julgamento, esta ampliação, qualquer argumento de índole garantística?! Uma vez no processo, tornam-se dele partes, sujeitando-se à coisa julgada *inter partes*, boa ou má. Submetem-se ao que tenha sido decidido, não mais podendo ingressar com suas ações individuais, em caso de improcedência do pedido.

Assim, se é verdade, como diz Elton Venturi, que têm os titulares de direitos individuais homogêneos interesse jurídico em ingressar em processos coletivos, pois “a lide deduzida também lhes diz respeito”³⁷², o fato é que, ponderando-se o que se ganha e o que se perde, revela-se, no mínimo, desinteressante a intervenção. Nem mesmo o fato de o possível interveniente poder contribuir para a formação de precedente favorável em âmbito coletivo parece constituir-se em estímulo forte o bastante à sua infiltração no processo.

Entusiasta defensor da ampla possibilidade de participação individual em feitos coletivos, Elton Venturi argumenta, em prol de sua posição, que um resultado desfavorável em âmbito coletivo, mesmo para aqueles que não intervieram e não são, assim, alcançáveis pela coisa julgada, dificultaria sobremodo o acolhimento das pretensões individuais, por estarem elas fundamentadas, senão total, ao menos parcialmente, nas mesmas questões de fato e de direito que embasaram o pleito coletivo rechaçado. Assim, o sentido em que tais questões são resolvidas na ação coletiva poderá influir negativamente no destino das ações individuais já propostas ou a serem intentadas no futuro.

Apesar de perfeito o raciocínio do doutrinador, a verdade é que, entre o risco de se ver vinculado a uma coisa julgada coletiva prejudicial e o de ver formar-se precedente

³⁷¹ As ações coletivas que visam à tutela de direitos individuais homogêneos extraem de todas as potenciais lides, derivadas de um mesmo contexto litigioso, aquilo que de comum há entre todas, as questões de fato e de direito que seriam postas como causa de pedir em todas as ações individuais que viessem a ser intentadas, a fim de propiciar a uma massa de pessoas solução genérica a seu respeito, que favoreça a todos indistinta e uniformemente, sem qualquer consideração de ordem particular. A tarefa sintetizadora, contudo, preserva a heterogeneidade, que, no entanto, não transparece durante o decurso do feito coletivo.

³⁷² VENTURI, E. *Op. cit.* p. 310.

desfavorável na ação coletiva, prefere o indivíduo manter-se alheio ao processo e, assim, conservar ainda a chance de instar o Judiciário a apreciar a sua pretensão individual de indenização pelos danos que sofreu.

A opção por ficar “de fora”, além de válida, é perfeitamente compreensível, especialmente porque, no Brasil, salvo pontuais exceções, os precedentes não possuem força vinculante, apenas, no máximo, persuasiva. E, por conseguinte, aquilo que em certo processo se considerou verdadeiro ou falso pode ser compreendido de modo diverso por outro juiz. Não é incomum que indivíduos em situações jurídicas similares e até idênticas recebam tratamento dissonante por parte dos órgãos jurisdicionais. A Justiça ainda convive e se conforma com esta grave disfuncionalidade³⁷³.

Ademais, há sempre o risco de que com a afluência ao processo de uma multiplicidade de pessoas, reste comprometido o normal transcurso processual e, em consequência, a solução do litígio em tempo razoável como promete e pretende assegurar a Constituição Federal (CF, artigo 5º inciso LXXVIII). Se, por um lado, a intervenção do terceiro em nada altera a feição da demanda tal qual proposta, restrita que está sua atuação a auxiliar a parte cuja vitória lhe é conveniente, toda intervenção de terceiro dá origem a incidente, que, em algum grau, tumultua o processo, desviando-o de sua caminhada retilínea em direção à prolação da sentença que solucione definitivamente a lide. Antes de admitir o ingresso do terceiro no processo, deverá o juiz ouvir as partes integrantes da relação processual. Ainda que não haja manifestação contrária por parte delas, o próprio juiz poderá indeferir o requerimento, se entender faltar ao terceiro interesse jurídico que justifique a sua entrada no feito. O juiz, então, deve averiguar se está, de fato, o terceiro de algum modo relacionado com a lide coletiva, se compartilha da pretensão coletiva externada. Sua decisão, se denegatória, poderá ser contestada pelo próprio candidato à intervenção, e se permissiva, por qualquer das partes do processo, que podem não concordar com a penetração do estranho. Tudo, enfim, a demandar tempo e a desviar a atenção do juiz daquilo que é o foco da ação proposta, a tutela coletiva dos direitos.

Mesmo para quem enxerga na modalidade interventiva franqueada pelo art. 94 do CDC verdadeira hipótese de ingresso ulterior de litisconsorte, o risco de se atrapalhar o ordinário devir processual é o mesmo. Segundo Dinamarco, os “litisconsórcios multitudinários, compostos de um número insuportavelmente grande de colitigantes, constituem fator de tumulto processual e por isso prejudicam a qualidade do serviço

³⁷³ Mal, aliás, que o Projeto de novo CPC pretende liquidar, adotando-se mecanismos de reforço da força vinculante dos precedentes judiciais. Dentre os quais, pode-se mencionar, *en passant*, o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas.

jurisdicional, sua celeridade e a defesa do adversário (...).” Daí, como se sabe, determinar o CPC que o juiz limite a liberdade litisconsorcial, sempre que, quantitativamente, se torne o litisconsórcio um empecilho à efetividade da prestação jurisdicional.

Diverge a doutrina a respeito do modo como deve proceder o magistrado diante de litisconsórcios numerosos, isto é, quanto ao modo de limitá-los. A exclusão pura e simples de alguns litisconsortes do processo, para que nele permaneçam outros, constitui, com relação àqueles que foram compulsoriamente “despejados”, arbitrária denegação de justiça e por isso não parece ser o melhor critério a ser utilizado no processo de eliminação do excesso. Melhor, como sugere Cândido Dinamarco, que se limite o litisconsórcio, desmembrando-se “o grupo inicialmente formado, para que se formem grupos menores, cada um destes prosseguindo em um processo.”³⁷⁴

Mas esta solução, especialmente formulada para os processos litisconsorciais individuais, não “serve” para os feitos coletivos, como, ingenuamente, pensamos nós, sugere Elton Venturi. Aponta o referido autor, como saída ao tumulto que pode vir a ser ocasionado em razão da ampla possibilidade interventiva em ações coletivas, que se proceda, se preciso for, à dissolução, ao desmonte do vínculo por entre diversos feitos coletivos menores. É dizer, à sua cisão³⁷⁵.

Esbarra, contudo, a solução proposta na indivisibilidade processual da pretensão deduzida. Afinal, como dividir-se o indivisível?!

Eventual desmembramento, além de supérfluo, tendo em vista que um só pronunciamento judicial de acolhimento da pretensão é o suficiente a que a decisão projete seus efeitos sobre todos os envolvidos na lide, faz “rachar” a unidade de convicção indispensável ao julgamento da pretensão indivisível por uma única sentença, gerando o risco intolerável de desarmonia entre julgados e conseqüente oferta de soluções judiciais discrepantes para jurisdicionados em similar posição jurídica.

Daí criticar Antonio Gidi a opção do legislador expressa no artigo 94 do CDC, afirmando ser

“insatisfatório e injustificado o tratamento diferenciado que o Código de Defesa do Consumidor deu à matéria. Muito mais adequado seria se adotasse

³⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II, p. 348-349.

³⁷⁵ “Cumprir lembrar, por outro lado, que não atemorizou ao legislador a possível intervenção litisconsorcial multitudinária na ação coletiva de indivíduos interessados na obtenção de indenização pessoal, tanto assim que a incentivou mediante a publicação de editais judiciais e a ampla divulgação pelas entidades de proteção aos direitos metaindividuais (art. 94 do CDC). Não se devem desconsiderar, obviamente, os eventuais transtornos que a múltipla intervenção litisconsorcial poderia vir a acarretar ao procedimento judicial, seja prejudicando o exercício do direito de defesa por parte do réu, seja inviabilizando a pronta solução do litígio – hipóteses em que o magistrado deve limitá-la, inclusive mediante desmembramento do feito, de acordo com o número de intervenientes.” VENTURI, E. *Op. cit.* p. 312.

o mesmo tratamento que dispensou para os casos de defesa coletiva de direitos superindividuais (difuso e coletivo), em que vedou a intervenção do particular na ação coletiva, mas impediu a formação da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* nos casos de improcedência por insuficiência de provas.”³⁷⁶

Em igual sentido, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti reputam ser necessária reforma legislativa, a fim de que se interdite a participação individual em feitos coletivos, vedação essa “compensada com a não extensão dos efeitos da coisa julgada”³⁷⁷ de improcedência que lhe prejudicar.

Como, porém, autoriza a lei processual o ingresso do terceiro, é preciso analisar a que título se dará a intervenção e as conseqüências, para o funcionamento do processo, do cúmulo subjetivo.

6.6 A natureza da posição ocupada pelo interveniente individual em ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos

Apesar da menção feita no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor aos intervenientes em ações coletivas como *litisconsortes* da parte autora, inexistente consenso na doutrina a respeito da real natureza da posição assumida pelo sujeito que vem a se instalar na relação processual.

Dividem-se os doutrinadores entre aqueles que defendem a natureza litisconsorcial da intervenção levada a cabo com base no mencionado artigo 94 e aqueles que vislumbram na hipótese legal verdadeiro caso de assistência litisconsorcial.

Ada Pellegrini Grinover e Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷⁸, por exemplo, comungam o mesmo pensamento, ao sustentarem tratar o dispositivo em foco de espécie de litisconsórcio unitário. Justifica Ada Pellegrini seu posicionamento no fato de que, ao menos no que toca ao dever de indenizar, será a lide decidida de modo necessariamente uniforme com relação a todos os colitigantes.³⁷⁹ Sem adentrar a fundo na discussão envolvendo a real natureza da intervenção, se litisconsorcial voluntária ou assistência, e apesar de reconhecer ser vedado ao interveniente alterar o pedido ou a causa de pedir da ação proposta, em reforço de sua posição aduz a autora que a operação de transposição de institutos processuais do plano individual

³⁷⁶ GIDI, Antonio. *Op. cit.* p. 56.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 243.

³⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil Pública*...p. 326-330.

³⁷⁹ GRINOVER, A. P. *Código* ...p. 902.

para o coletivo implica sempre algum tipo de adaptação, desnaturando-se em certa medida o instituto em sua configuração clássica.³⁸⁰

Compreende-se a justificação teórica esboçada pela autora, pois, tecnicamente, só se configura autêntica intervenção litisconsorcial se à pretensão deduzida for acrescida uma nova, trazida ao processo pelo interveniente, em ampliação do seu objeto e, por conseguinte, dos contornos do mérito a ser julgado. Não é o que se passa quando ingressa o particular no feito coletivo, impedido que está de alterar objetivamente a demanda.

Com efeito, nem toda intromissão de novos personagens no processo redundará em cúmulo subjetivo de ações, vale dizer, na formação ulterior de litisconsórcio, pois nem todo aquele que intervém o faz na condição de autor ou de réu. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, enxerga no assistente, mesmo o litisconsorcial, mero auxiliar da parte principal, o qual não interfere, com sua entrada no feito, no objeto do processo³⁸¹.

Segundo Dinamarco, não formula o assistente pedido novo, tampouco em face dele se deduz qualquer pretensão. Simplesmente adentra na relação processual com o intuito de auxiliar a alguma das partes principais, pois deseja “evitar que o julgamento de uma causa seja tal, que crie um precedente desfavorável no tocante a uma concreta relação jurídica sua com uma das partes. Com esse objetivo ele intervirá no processo na qualidade de assistente, em ajuda àquele cuja vitória lhe interessa”³⁸².

Não assume com a intervenção a qualidade de litisconsorte, pois não está sujeito a sofrer, com o julgamento da causa, nenhuma perda ou acréscimo em sua esfera de direitos. Tem interesse em intervir simplesmente “para prevenir-se contra declarações que no futuro possam influir em sua própria esfera de direitos.” É que, “ao afirmar ou negar o direito do assistido, de algum modo o juiz colocará premissas para a afirmação ou negação do direito do terceiro, e daí seu interesse em intervir.” Intervindo, vincula-se o assistente à justiça da decisão, sendo-lhe vedado, no futuro, quando parte principal de novo processo onde se discutam os fundamentos daquela decisão, “negar o direito afirmado pelo juiz ou afirmar o que ele haja negado”³⁸³, exceto se vier a comprovar a má gestão do processo por parte do assistido.

³⁸⁰ “(...) o interveniente do art. 94, embora litisconsorte, não poderá apresentar novas demandas, ampliando o objeto litigioso da ação coletiva à consideração de seus direitos pessoais, o que contraria todo o espírito de ‘molecularização’ da causa. Assim, aqui também há uma inovação mas tradicionais regras processuais, tanto assim que alguns autores preferem considerar a intervenção do art. 94 como assistência qualificada ou litisconsorcial. Mas o certo é que o enfoque dos institutos processuais, transportados do processo individual para o coletivo, está sempre sujeito a mudanças e a novas figuras.” *Loc. cit.*

³⁸¹ DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.*, p. 394-402.

³⁸² DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.*, p.396.

³⁸³ DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.*, p. 396.

Diverso, explica, é o caso daquele que intervém voluntariamente em processo já pendente, formulando, em face do réu primitivo, novo pedido, respeitante à sua própria pessoa. Parte primitiva e interveniente, cada qual endereça ao Judiciário pretensão própria, de algum modo relacionadas. Em tais casos, o acréscimo de novo sujeito no processo gera igualmente o cúmulo objetivo de ações, pois se alarga, com a intervenção, o objeto de julgamento³⁸⁴. A pretensão nova, atinente ao litisconsorte recém chegado no feito, possui a mesma natureza daquela já deduzida. O terceiro que intervém na qualidade de litisconsorte traz ao processo já formado demanda nova, postulando para si o mesmo resultado visado por quem já figurava como autor. Por conseguinte, à pretensão já contida no processo como seu objeto acrescenta-se uma nova, a fim de que recebam julgamento conjunto. E conclui:

“o terceiro que comparece ao processo mediante a intervenção litisconsorcial voluntária torna-se parte na condição de autor ao lado dos autores iniciais, sendo portanto um litisconsorte ativo. (...). O assistente, não formulando demanda alguma, simplesmente aloja-se no mesmo pólo processual onde está o assistido, *ad coadjuvandum*.”³⁸⁵

Destarte, compreendido o instituto da intervenção litisconsorcial como fenômeno que agrega ao processo pretensão nova, não poderia a penetração de particular em processo coletivo ser identificada a tal espécie interventiva, uma vez que inabalável o objeto do processo por iniciativa do terceiro. Seu ingresso no feito não produz o acúmulo de pretensões próprio ao fenômeno litisconsorcial.

Aliás, é recorrente a repulsa doutrinária e jurisprudencial em admitir a intervenção litisconsorcial, pela preponderante e óbvia razão de deduzir o interveniente pretensão própria perante juiz já definido, sem submeter sua demanda à sorte ou azar de uma prévia e aleatória distribuição, o que representa frontal burla à garantia do juiz natural. O novo litisconsorte, intervindo em processo pendente, escolhe o juiz que irá julgar seu pleito.

Mas não é só. A admissibilidade do litisconsórcio depende de que os pretendentes a litisconsorte detenham, por si mesmos, legitimação para agir. Aquele a quem falta tal condição da ação, não podendo litigar sozinho, tampouco poderá fazê-lo em companhia de quem seja legitimado a tanto. Afinal, nos dizeres preciosos de Pontes de Miranda, “quem não pode entrar na porta, por lhe faltar ingresso, não pode entrar indo com outrem.” É, portanto, condição indispensável da formação litisconsorcial a anterior legitimação para agir por parte

³⁸⁴ “Na grande maioria dos casos, atrás de um cúmulo subjetivo reside também um objetivo, porque duas ou mais pessoas pedindo significa geralmente que cada uma delas quer para si o mesmo resultado pretendido pela outra e vice-versa (...).” *Ibid*, p. 179-180. Há intervenções que ampliam o objeto do processo e outras, que não. Alargar o objeto do processo significa colocar diante do juiz uma pretensão que ainda não estava contida no processo pendente.” *Idem*, p. 381.

³⁸⁵ *Idem*, p. 385.

de cada um dos sujeitos que pretendam se reunir para litigar.³⁸⁶ Carecedor, contudo, o indivíduo, exceção feita às ações populares, da necessária autorização legal a que proponha, por conta própria, demanda em defesa de direitos coletivos *lato sensu*, não se pode identificar como litisconsorcial a intervenção facultada pelo CDC³⁸⁷.

De todas as figuras interventivas atualmente existentes, aquela que talvez mais se aproxime da descrição legal do CDC referente às intervenções individuais em processos coletivos, com os corolários processuais daí decorrentes, seja mesmo a assistência litisconsorcial³⁸⁸.

Segundo pensamos, deve-se atribuir à modalidade de intervenção prevista no CDC natureza não de litisconsórcio, mas de assistência, pois tanto quanto o assistente em processos individuais, não formula o interveniente em processos coletivos demanda alguma. Apenas oferece ajuda, sem influir no objeto do processo, naquilo que será examinado e decidido.

Além de não dirigir ao juiz pedido algum de tutela jurisdicional, o terceiro tem enorme interesse em que o resultado do processo seja positivo àquele em cujo benefício intervém, pois, uma vez no processo, se sujeita, inclusive, a uma decisão de improcedência.³⁸⁹

³⁸⁶ Pela específica razão de carecer o indivíduo de legitimação para propor a ação coletiva, também não consegue enxergar na modalidade interventiva prevista no artigo 94 do CDC a natureza litisconsorcial LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 136: “Ora, se o indivíduo não pode ser parte ativa no processo de conhecimento, neste tipo especial de ação, parece-nos que ele também não pode nela figurar como litisconsorte. Logo, não poderá aditar a petição inicial, mas poderá sofrer os efeitos prejudiciais da *res judicata* se intervier na qualidade de assistente (...).”

³⁸⁷ Deve-se ressaltar, porém, que se o bem jurídico que se pretende defender por meio de ação civil pública puder ser tutelado também pela via da ação popular, ostentará o indivíduo legitimação para intervir.

³⁸⁸ Também percebeu a dificuldade, por razões com as quais nem sempre concordamos, de pura e simplesmente enquadrar em alguma das modalidades interventivas conhecidas a figura tratada no artigo 94 do CDC Hugo Nigro Mazzilli: “(...) Ora, o pedido nessas ações também diz respeito ao interesse direto do indivíduo (que compartilha do interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo), mas sua intervenção a título de assistência não se parece adequar perfeitamente às figuras processuais conhecidas: a) não seria caso de assistência simples, pois o lesado, em benefício do qual se move a ação coletiva, não poderia ser considerado terceiro, se tem direito próprio a ser zelado, compreendido no pedido coletivo; b) não seria a rigor nem mesmo caso de assistência litisconsorcial em sentido estrito, pois a sentença não influirá necessariamente na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, já que o indivíduo sempre conserva o direito de acionar diretamente o causador do dano, em ação individual, jamais podendo restar prejudicado pela decisão da ação coletiva; c) também em tese seria problemático admitir sua intervenção a título de assistência litisconsorcial qualificada, pois o indivíduo não poderia ter participado de um litisconsórcio ativo unitário facultativo para propor a ação coletiva. Repugnaria, porém, ao sentimento jurídico dizer que se afasta o lesado da ação em que se discute a lesão que ele também compartilha. Aceita-lo como litisconsorte simples não é a melhor solução, pois que o direito em litígio é do substituído, não do substituto. Dizê-lo litisconsorte, como o fez o art. 94 do CDC, é solução equivocada, pois nas ações civis públicas ou coletivas em que defenda direito próprio, o indivíduo não é nem litisconsorte inicial nem ulterior. Assim, a nosso ver, a forma de intervenção que, quando caiba, se expõe a menos defeitos, é a assistência litisconsorcial qualificada, conquanto peculiar, porque o indivíduo em regra não é colegitimado para a ação civil pública ou coletiva.” MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 369-370.

³⁸⁹ Não que isso seja estímulo forte o suficiente, como já sustentamos, a que o indivíduo intervenha. De todo modo, este é um dos principais argumentos de que se vale Enton Venturi em prol do fomento da ampla participação individual em feitos coletivos. Confira-se: “É bem verdade que se indaga qual seria o sentido pragmático de tal participação: por qual motivo o interessado em obter indenização por danos pessoalmente sofridos, ciente de que está sendo processada a ação coletiva, se habilitaria de imediato, ainda no processo de conhecimento, correndo o risco de não poder propor ação individual em caso de improcedência da demanda coletiva? A idéia central a autorização para a habilitação individual na ação coletiva de proteção a direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC) repousa na viabilidade de que os habilitados possam prestar auxílio significativo à entidade autora na tarefa de demonstrar e comprovar os fundamentos da responsabilização civil da parte ré, objetivo exclusivo da primeira fase do procedimento cognitivo, como esclarece o art. 95 do CDC. (...) Por outro lado, a opção da vítima e/ou sucessor pela não intervenção na ação coletiva, apesar de lhe viabilizar ainda a via da ação individual caso improcedente o pedido deduzido pela via coletiva, acarreta-lhe o risco da formação de jurisprudência contrária, que,

E mesmo que decida manter-se aliado, persiste o seu interesse na vitória do demandante, pois, perdendo o legitimado legal, forma-se precedente que poderá prejudicar, no futuro, a afirmação do seu direito.

Há, por conseguinte, maior similitude do interveniente em ação coletiva com o assistente, do que com o litisconsorte ulterior.

Não é o assistente em processos coletivos um auxiliar qualquer. É, digamos assim, um assistente especial, qualificado, já que se refere à sua pessoa a pretensão deduzida, não passando o legitimado extraordinário à ação de simples condutor do feito. Mas, o transplante do instituto da assistência qualificada do universo processual individual para o terreno coletivo não se faz sem algum tipo de ajuste.

Como advertido por Ada Pellegrini Grinover, a absorção de institutos da processualística clássica pelo novíssimo Direito Processual Coletivo não raro acarreta certa crise de identidade para os institutos trasladados. Assim, enquanto o assistente em processo individual atrela-se, com a intervenção, à chamada justiça da decisão, sem possibilidade de sofrer qualquer subtração ou acréscimo em sua esfera de direitos, no processo coletivo, mais do que à justiça, o interveniente se vincula à eficácia da coisa julgada material, sujeitando-se, inclusive, a perder um direito seu.

Ademais, a má gestão processual, que, no âmbito individual, põe o assistente a salvo da (in)justiça da decisão, no processo coletivo tem por antídoto o próprio modo de produção da coisa julgada material (*secundum eventum probationis*), que não se forma se é julgado improcedente o pedido por falta de prova, salvaguardando-se assim a esfera jurídica do interveniente.

6.6.1 Corolários processuais do ingresso do terceiro particular

O assistente não pode, sob pena de tumultuar demasiadamente a atividade cognitiva, em prejuízo da própria coletividade da qual faz parte e que é o foco do pedido de tutela jurisdicional, pretender discutir a sua situação particular. A sua pretensão não será objeto de exame e julgamento, ao menos na fase de conhecimento do processo coletivo, mas tão-somente a pretensão genérica de condenação do réu a reparar os danos causados à comunidade de vítimas ou de seus sucessores indivisivelmente considerada, com base na responsabilidade civil apurada. Estará impossibilitado, ademais, de interferir no conteúdo da

embora não vinculante, constituirá, quando menos politicamente, mais um óbice a ser superado, sobretudo quando as eventuais ações individuais propostas pelos interessados tramitem perante o mesmo órgão judicial.” VENTURI, E. *Op. cit.* p. 311 e ss.

postulação, alterando a causa de pedir ou trocando o pedido feito por outro ou, ainda, adicionando ao processo nova pretensão. Mas, como parte que é, poderá, eventualmente, suprir alguma fraqueza técnica do legitimado extraordinário. Aliás, pode e deve fazê-lo em benefício de todos. Até mesmo porque, o assistente litisconsorcial é tratado no processo como se litisconsorte fosse. Assim poderá, por exemplo, formular pedido de antecipação de tutela ou de medida cautelar incidental, propor e participar da produção de prova, recorrer etc., ainda que contra a vontade do assistido. Não poderá, contudo, praticar atos de disposição do processo ou do direito material, como desistência, transação. É que a pretensão deduzida tem caráter transindividual, revelando-se indisponível, portanto. Se quiser, que abra mão de executar individualmente a decisão que o favorece ou não recorra da sentença desfavorável.

Ademais, vindo o assistido a abandonar o processo ou desistir de seu prosseguimento, não poderá o interveniente assumir a titularidade da ação, pois lhe falta, como já se viu, legitimidade para propor autonomamente a demanda coletiva. Sendo assim não poderá “tocar” sozinho o processo, o qual será extinto, a não ser que outro legitimado legal extraordinário ocupe o posto vago, em verdadeira sucessão de parte³⁹⁰.

6.7 A intervenção de coletivos

A demanda, seja de definição ou de satisfação de um direito, dá à luz o processo. É o seu ato deflagrador. Aqueles que se agrupam para pleitear para si próprios ou para terceiros o atendimento de certa pretensão, são, além de partes do processo, partes da demanda.

Com respeito às ações coletivas, já se viu, a lei confere legitimidade ativa a mais de um ente para atuar em juízo na defesa dos interesses de uma massa de indivíduos. Viu-se, ademais, que a legitimação para tais espécies de ações é do tipo simples, pois se satisfaz a condição para que se obtenha um julgamento sobre o mérito da causa com a só presença, no processo, de um dentre todos os possíveis legitimados legais. Por tais razões, diz-se ser concorrente e disjuntiva a legitimação para agir coletivamente: há mais de um legitimado legal e a legitimação de um não se encontra chumbada a dos outros.

Portanto, cada legitimado pode, sozinho ou, facultativamente, em companhia dos demais, deflagrar o exercício da jurisdição sobre pretensões coletivas. A ida a juízo de um independe da vontade ou presença dos restantes.

³⁹⁰ Há uma exceção, porém. Quando o pedido formulado na civil pública puder ser formulado, indiferentemente, via ação popular, demanda para cuja propositura detém o cidadão legitimidade ativa.

Pode ser então que, aqueles legitimados, que, por qualquer razão, permaneceram ausentes do processo, resolvam intervir no feito posteriormente à sua instauração. Qualquer que seja o tipo de ação coletiva proposta, é sempre possível, *desde que e enquanto* existente o processo, o ingresso de novo legitimado legal, diverso daquele(s) que propôs (propuseram) originariamente a demanda.³⁹¹ É o que prevê o § 2º do art. 5º da LACP³⁹². Se a reunião subjetiva se verificar desde o início do processo, não há dúvidas da qualidade de litisconsortes dos autores agrupados no pólo ativo da demanda. Contudo, ingressando no processo apenas depois de praticado o ato inicial de impulso, isto é, após o ajuizamento da ação por um ou mais dos colegitimados, variará a natureza da intervenção consoante interfira ou não o sujeito recém chegado no feito no pedido ou na causa de pedir da demanda tal qual formulada inicialmente.

Com efeito, consoante observa Hugo Nigro Mazzilli, não há como impedir que o legitimado para a ação coletiva, ingressando em processo alheio, e desde que respeitadas as limitações decorrentes das regras processuais clássicas de estabilização da demanda (CPC, arts. 264 e 294), altere a ação em sua configuração objetiva primitiva, ou, o que é o mesmo, que venha a formar com aquele que já é parte autora no processo coletivo vínculo litisconsorcial ulterior, pois, se, *ad argumentandum tantum*, assim não se entendesse,

“bastaria que qualquer outro colegitimado propusesse em separado uma nova ação civil pública ou coletiva, com pedido mais abrangente ou ao menos conexo com o da ação anterior, e isso provocaria a reunião de processos, e então ambos os colegitimados acabariam sendo tratados como litisconsortes.”³⁹³

São variados, pois, os arranjos participativos que resultam da intervenção de novo colegitimado extraordinário em processo coletivo pendente.

Assim, se dois ou mais colegitimados propõem em conjunto a ação, o processo, por já nascer com pluralidade de partes alocadas em um mesmo pólo, apesar de ser um só, é dito litisconsorcial. Ao invés de deduzida a pretensão por *um* autor em face de *um* réu, apresenta-se a demanda com mais de um aspirante à tutela jurisdicional. Se o novo coletigitimado ingressa em feito pendente e altera objetivamente a demanda, se inaugura um vínculo litisconsorcial ou se alarga o já existente. Se, ao revés, não modifica o pedido tampouco a causa de pedir, assume o interveniente a condição de mero auxiliar da(s) parte(s) primitiva(s).

³⁹¹ “Como intervir é ingressar em um processo pendente, os limites temporais extremos da intervenção de terceiros são o momento em que esse processo se considera formado e aquele em que ele se extingue. É indispensável, como de modo conciso se expressa a doutrina alemã, um processo existente, já e ainda (...).” DINAMARCO, C.R. *Op. cit.* p. 379-380

³⁹² “Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles.”

³⁹³ MAZZILLI, H. N. *Op. Cit.*, p. 358.

Não se sujeita a assistência a qualquer limitação temporal. Até porque simplesmente adere o assistente à pretensão do autor, sem em nada afetar, com seu ingresso, o objeto de cognição e julgamento, que se manteriam os mesmos ainda que não tivesse ocorrido o acúmulo subjetivo de ações. E por isso admite-se o ingresso do assistente do início ao fim do processo e em qualquer grau de jurisdição, limites extremos de admissibilidade das intervenções de terceiros em geral.

A intervenção litisconsorcial, por sua vez, por implicar modificação no conteúdo daquilo que se discutirá e decidirá no processo, tem nas regras que regem a estabilização da demanda natural fator de limitação quanto à sua admissibilidade³⁹⁴. Mas não só.

Já foi dito que a admissibilidade da intervenção litisconsorcial voluntária esbarra na garantia constitucional do juiz natural. É que, admitido no feito sujeito novo, que submeta a juiz já conhecido pretensão nova, escolhe ele, conforme lhe seja conveniente, o juízo da sua causa. Daí que a nova demanda, introduzida ao processo pelo interveniente, além de só poder ser apresentada até a citação do réu, consoante o disposto no artigo 294 do CPC³⁹⁵, deverá revelar algum grau de conexão com aquela primeiramente formulada. É que, compondo o novo pedido feito demanda conexa à já ajuizada, seria simplesmente inútil impedir-se o aditamento da inicial, pois bastaria que o terceiro deduzisse em processo próprio a nova pretensão, para que os feitos fossem, de acordo com o prescrito no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, reunidos para julgamento conjunto, justamente em razão da conexão. Logo, por força da reunião, ao pleito do autor primitivo se somaria a pretensão do outro legitimado, deduzida em processo autônomo. Não revelando o pedido do interveniente conexão com o pedido do colegitimado autor, ao primeiro só será possível, respeitado o limite do artigo 294, *sugerir* ao proponente da ação que promova o acréscimo.

A alteração do pedido, ao revés, além de se sujeitar às regras concernentes à estabilização da demanda, só poderá ser feita com o consentimento do autor originário. Afinal, a modificação de sua postulação sem a sua anuência fecha-lhe a via de acesso à jurisdição com respeito à pretensão especificamente externada, a cujo respeito deseja obter resposta jurisdicional conclusiva. Não consentindo o colegitimado autor da ação coletiva com a alteração, só se admitirá a formulação do novo pedido pelo interveniente, diverso daquele

³⁹⁴ De acordo com o CPC, intervindo o terceiro até a citação, poderá aditar o pedido ou alterar o pedido ou causa de pedir. As modificações da demanda, uma vez citado o réu, só são admitidas com seu consentimento e, em qualquer caso, só poderão ocorrer no máximo até a decisão de saneamento. Definidos os pontos controvertidos de fato e de direitos sobre os quais debaterão as partes e a cujo respeito será produzida a prova, é dizer, depois de preparado o feito para receber a instrução e posterior sentença, de saneado o processo, não mais se admite, sequer com a concordância do réu, qualquer modificação na demanda e, portanto, o ingresso do colegitimado se fará na condição de assistente.

³⁹⁵ O artigo 294 do CPC apenas admite o aditamento da petição inicial até certo instante procedimental, mais precisamente até a citação do réu.

do autor primitivo, em qualquer hipótese observado o art. 294, se for ele conexo com o pedido apresentado em primeiro lugar. Neste caso, não haverá substituição de pedido efetivamente, mas acréscimo (isto é, aditamento da inicial): ao pleito inicialmente feito se somará o do terceiro.

Se, porém, o pedido do terceiro for incompatível com o do colegitimado-demandante, não será admissível o cúmulo objetivo de ações (CPC, art. 292). No entanto, a fim de se evitar a discórdia, posto inconciliáveis os pedidos entre si, será viabilizada a formação de uma espécie de *litisconsórcio alternativo ativo ulterior*: o mesmo juízo deve conhecer de ambos os pedidos, cada qual formulado por um litisconsorte distinto, já que apenas um deles poderá ser acatado.³⁹⁶

6.7.1 Repercussões processuais do acréscimo de colegitimado

Assistente ou litisconsorte, não importa, o colegitimado à propositura da ação coletiva que intervenha em processo patrocinado por outro legitimado legal desfruta dos mesmos poderes, faculdades, deveres e ônus do demandante originário, sendo-lhe permitido, inclusive, voltar-se contra a conduta daquele a que assiste. O assistente qualificado é equiparado pelo CPC a verdadeiro litisconsorte, isto é, atua no processo como se litisconsorte fosse. Pode produzir prova, recorrer *etc.* Qualquer que seja a posição assumida, receberá o interveniente o processo no estado em que se encontra.

A metamorfose provocada pelo acréscimo de parte, na específica qualidade de litisconsorte, posteriormente à formação da relação processual, traz algumas peculiaridades no que pertine ao modo como se desenvolve o processo litisconsorcial (aquele que abriga mais de um sujeito em um mesmo pólo da relação processual), quando confrontado com o que se desenrola entre apenas dois litigantes, um de cada lado da disputa (um autor e um réu). Modifica-se, em certa medida, a dinâmica processual, mas nem tanto.

No tocante à disciplina da prova, por exemplo, todos os litisconsortes estão igualmente encarregados de demonstrar as alegações de fato e, se for o caso, também de direito que componham a causa de pedir da ação coletiva. A influência que a prova produzida exercerá sobre a convicção do juiz será a mesma independentemente de ter sido trazida aos autos por um ou outro litisconsorte, já que o material probatório, uma vez apresentado ao órgão jurisdicional, se desprende de seu autor e passa a pertencer ao processo. Mesmo a prova

³⁹⁶ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm., 2009. p. 249.

produzida pelo adversário dos litisconsortes, o réu comum originariamente demandado, poderá aproveitar-lhes.

Os prazos para falar nos autos de modo geral duplicam-se em favor dos litisconsortes assistidos por defensores diferentes, de acordo com a regra do artigo 191 do CPC, aplicável subsidiariamente ao Processo Coletivo do Trabalho.

Nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei da Ação Civil Pública, havendo desistência por parte do autor da ação, é possível que qualquer dos demais colegitimados legais ingresse no processo, no lugar do autor desistente, em verdadeira hipótese de sucessão de parte, ocupando o posto que ficou vago. Quando há dois ou mais autores e apenas um ou alguns deles desiste(m), o(s) litigante(s) remanescente(s) assume(m) a condução do feito. Ademais, como o litisconsorte permanecerá litigando no processo, sequer haverá necessidade de que o réu anua com a desistência, tal como exige o artigo 267, § 4º, do CPC, pois o processo prossegue com duas partes em posições antagônicas, em direção ao julgamento do mérito. A desistência do recurso já interposto ou a renúncia à faculdade de recorrer independem, igualmente, da anuência quer da outra parte, quer dos demais litisconsortes, como expresso nos arts. 509 e 502 do CPC *etc.* Admite-se que cada um dos litisconsortes desista da ação, independentemente da anuência dos demais, pois cada um pode, isoladamente, seguir adiante com o processo.

6.8 A intervenção dos legitimados legais coletivos em feitos individuais: prática a ser cultivada em tributo à isonomia

Foram analisadas, até agora, as hipóteses de intervenções de particulares e de colegitimados em feitos coletivos e as implicações processuais daí decorrentes. Passa-se a estudar fenômeno oposto: o da intervenção coletiva em feitos individuais. Ver-se-á em que casos e por quais razões esta participação vem sendo autorizada.

6.8.1 As relações entre demandas e suas conseqüências processuais

É muito comum, na Justiça do Trabalho, o processamento simultâneo de uma série de reclamações fundadas em um mesmo fato-base causador de prejuízos a múltiplos trabalhadores. São ações motivadas por um mesmo evento lesivo, imputável a um mesmo tomador de serviços. Por exemplo: o trabalho em local perigoso sem a devida proteção, o não

pagamento de horas extras a trabalhadores em turnos ininterruptos de revezamento cuja jornada diária ultrapasse as 06 (seis) horas, o não recolhimento de FGTS *etc.*

A concentração de trabalhadores em torno de um contratante comum propicia a multiplicação de reclamações portadoras de pretensões de mesma natureza, baseadas, ao menos em parte, no mesmo contexto de fatos ou pelo menos em um mesmo fundamento jurídico-substancial. A prestação de serviços para uma mesma empresa ou grupo de empresas constitui-se, muitas vezes, na origem comum da violação a direitos trabalhistas de uma massa de pessoas. E daí o vínculo que comumente se estabelece entre ações laborais.

Sinteticamente, pois, pode-se dizer que a freqüente relação de conexão envolvendo reclamações trabalhistas é decorrência da vinculação que mantém uma coletividade de trabalhadores a um mesmo pólo contratante, representado, na CLT, pela figura da empresa³⁹⁷.

A medida de coincidência entre tais demandas, o seu nível de semelhança, porém, não chega ao ponto de impor a sua reunião em um mesmo processo ou perante mesmo juízo para julgamento conjunto.

Consoante explicação de Cândido Rangel Dinamarco, é muito difícil que haja identidade absoluta entre as causas de pedir das ações propostas em separado³⁹⁸. Afirma o renomado autor que, na grande maioria dos casos, “os fatos são comuns (...) até certo ponto da narrativa, diferenciando-se em seguida”³⁹⁹, já que costuma ser diverso o dano experimentado por cada indivíduo. Destarte, sendo apenas parcialmente iguais os contextos litigiosos, a relação que se estabelece entre as ações é de mera afinidade⁴⁰⁰.

A afinidade é uma conexão em grau menor⁴⁰¹. Verifica-se quando duas ou mais ações se tangenciam em apenas um ou alguns pontos controvertidos de fato ou de direito. O Código de Processo Civil lhe confere tão somente o efeito de autorizar o litisconsórcio, mas não reputa a semelhança forte o bastante para impor a reunião das causas propostas separadamente em um único feito ou perante mesmo juízo a fim de que sejam julgadas por intermédio de uma só sentença. Em outras palavras, não tem a afinidade o condão de

³⁹⁷ A legislação trabalhista despersonaliza o empregador, atribuindo à empresa, à atividade econômica desenvolvida, o eixo referencial a que podem ser reconduzidos os contratos de trabalho. Com isso, resguarda o trabalhador de rearranjos societários que intencionem, fraudulentamente, romper a continuidade da relação trabalhista, valendo-se da troca de titularidade da pessoa jurídica que explora a empresa como manobra, artifício a se piorar as condições sociais ou a “zerar” o passivo trabalhista consolidado.

³⁹⁸ DINAMARCO, Cândido. Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II, p. 155.

³⁹⁹ Loc. cit.

⁴⁰⁰ “A afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito é uma relação tênue de semelhança entre duas ou mais demandas. É uma conexão degradada, de intensidade menor, caracterizada por uma *causa petendi* parcialmente igual, mas que não chega ao ponto de ser a mesma.” DINAMARCO, C.R. Op. Cit., p. 156.

⁴⁰¹ Loc. Cit.

prorrogar, atrair para a competência do juízo prevento as causas conexas posteriormente intentadas, que, portanto, serão distribuídas livremente.

Como dito, a relação que há entre demandas cujas causas de pedir são apenas parcialmente iguais, mas não chegam a ser idênticas, é de mera afinidade, a autorizar, no máximo, a formação de litisconsórcio facultativo. É-lhes comum a alegação de um mesmo fato-base, o qual se constitui na origem da lesão sofrida por cada um dos reclamantes. No entanto, para além de tal fato comum, as narrativas se distanciam, uma vez que varia o modo como cada trabalhador é afetado concretamente em sua esfera jurídica.

O tratamento molecular da controvérsia, apesar de extremamente recomendável, tampouco é obrigatório.

Inobstante fundadas as ações em causas de pedir parcialmente coincidentes, a pretensão que cada uma delas veicula diz respeito exclusivamente à pessoa do trabalhador-reclamante, ainda quando compartilhe a pretensão externada da mesma natureza daquelas deduzidas ou dedutíveis por outros trabalhadores em ações próprias. No máximo, tais pretensões, deduzidas “atOMICAMENTE”, poderiam ser condensadas em uma só ação, coletiva, se se verificasse existir, com relação ao objeto da cognição a ser empreendida no feito metaindividual, prevalência das questões comuns sobre as individuais⁴⁰². Embora seja extremamente conveniente agrupá-las e julgá-las em conjunto, por economia e para evitar desarmonias teóricas entre julgados e injustiças, a coletivização, dado o caráter individual homogêneo das pretensões, é, repita-se, meramente facultativa.

Por conseguinte, o mais comum é que sejam propostas separadamente, com conseqüente ruptura da unidade de convicção. O “racha” cognitivo provocado pela dispersão das demandas, como é óbvio, propicia a discrepância entre os pronunciamentos judiciais, inclusive no que diz respeito às questões comuns, as quais, intuitivamente, por influência do valor igualitário sobre o processo, deveriam ser resolvidas uniformemente com relação a todos os reclamantes e não são. O julgamento de todas as pretensões perpassa pela resolução de questões repetitivas, as quais transcendem os interesses subjetivos da causa, e daí a conveniência da junção *real* - através da formação litisconsorcial - ou *fictícia* - mediante a coletivização - das demandas afins em um só feito.

⁴⁰² Como já visto no Capítulo 2 deste Trabalho, a mera origem comum do direito não é o suficiente a que o litígio seja jurisdicionalizado por intermédio de demanda coletiva. É preciso mais: que haja prevalência das questões comuns sobre as individuais. Eis aí os dois requisitos que, uma vez presentes, tornam possível a tutela coletiva de direitos individuais: (i) origem comum do direito e (ii) predominância de questões comuns sobre aquelas concernentes especificamente a cada sujeito da lide. Inexistindo a predominância das questões comuns, os direitos decorrentes de origem comum serão individuais heterogêneos, tornando inócuo ou mesmo inviável o trato conjunto da lide.

6.8.2 O mal diagnosticado como “Loteria Judiciária” e possíveis curas

Acerca do fato que atinge a uma grande quantidade de pessoas e que se constitui na origem comum das lesões a direito, espera-se, salvo quanto às peculiaridades de cada situação individual, é claro, pronunciamento judicial uniforme, igual para todos, o que nem sempre ocorre, justamente por estarem pulverizadas as demandas conexas.

A falta de gestão coordenada das causas de massa, por conseguinte, acaba por levar à emissão, pelos órgãos jurisdicionais, de pronunciamentos dissonantes e até opostos, defeito que, se ainda hoje é tolerado pelo sistema processual, fere o mais singelo sentimento de justiça e abala a confiança popular na seriedade do Judiciário como instituição. Afinal, se o sucesso ou o fracasso de uma postulação depende da sorte ou azar de cada um no momento da distribuição, do destino que é dado à demanda, fazendo da Justiça verdadeira *loteria*, como observou ironicamente Eduardo Cambi⁴⁰³, alguém sempre sairá injustiçado, seja o autor que perdeu e deveria ter vencido, seja o réu que sucumbiu, apesar de estar com a razão.

Às demandas de massa deve ser atribuído tratamento processual capaz de eliminar divergências jurisprudenciais comprometedoras da prescrição constitucional igualitária e da seriedade das instituições judiciárias, evitando-se que pessoas em mesma situação jurídica recebam tratamento diverso. É mais econômico realizar um só processo, com substituição de sujeitos em um ou em ambos os pólos da relação processual, ainda que possa ser mais complexo e demorado, do que fazer dois, com duplicação de atos e de custos. Ao mesmo tempo, é de toda conveniência evitar conflitos entre julgados, que podem ser causas de injustiças. Nos casos em que a vinculação entre as pretensões é mais frouxa, em que se tocam as situações jurídicas materiais de dois ou mais sujeitos por mera relação de afinidade de questões, cumprem-se mais adequadamente os escopos jurisdicionais se as situações de todos vierem a ser definidas em uma só sentença, sem incoerências e discrepâncias comprometedoras e com economia de atividade jurisdicional.

Causas de massa são as que gravitam em torno de uma mesma discussão de interesse de uma pluralidade de pessoas. É mister, portanto, formação de *convicção única* no atinente às questões repetitivas de fato e/ou de direito, preservando-se, assim, a justiça em nível macro, pelo tratamento coerente dispensado aos jurisdicionados.

A unidade de convicção para se julgar, no entanto, é quebrada sempre que propostas autonomamente as ações, não havendo disposição legal que determine a reunião de todas elas em um só processo ou perante o mesmo juízo. E, convenhamos, na maior parte dos casos, esta

⁴⁰³ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

reunião nem sequer seria viável do ponto de vista operacional, haja vista a grande quantidade de sujeitos implicados em lides de corte transindividual.

O art. 842 da Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, admite que, versando diversas reclamações trabalhistas sobre “uma mesma matéria”, sejam elas agrupadas em um só processo, desde que os reclamantes sejam empregados de uma mesma empresa ou estabelecimento. A doutrina trabalhista interpreta este dispositivo como permissivo de simples litisconsórcio facultativo entre trabalhadores, em virtude da afinidade entre reclamações.⁴⁰⁴

Mas, além de ser opcional, o litisconsórcio baseado na afinidade encontra limite na garantia de celeridade, na necessidade que tem o processo de se movimentar normalmente, sem atrasos, impondo o parágrafo único do art. 46 do CPC ao juiz o desfazimento do vínculo multitudinário que comprometa a razoável duração do processo ou o direito de defesa do réu. E daí a exigência de que sejam desmontados processos litisconsorciais plúrimos, o que, de um lado, prestigia a efetividade da tutela jurisdicional, não se faz sem que se sacrifique a unidade de convicção e julgamento, a “macrojustiça”, pois é bem provável que, apesar de considerados os mesmos fatos e em um mesmo momento histórico, as soluções jurisdicionais destoem.⁴⁰⁵

As causas cujo julgamento pressuponha a resolução de questões comuns, e que, decididas separadamente, possam levar a soluções anti-isonômicas, à desarmonia entre julgados, devem ser, de algum modo, geridas em conjunto. Pois, a cláusula de igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, *caput*) é anulada toda vez que o Judiciário dispensa tratamento dissonante, não uníssono, a pessoas em mesma situação. A incidência direta do princípio isonômico sobre o processo é a garantia-chave a legitimar medidas de racionalização para o contencioso de massa.

Extraí-se diretamente do princípio constitucional igualitário aplicado ao processo a necessidade de se pensar em técnicas de resolução orquestrada de demandas repetitivas. Ora, é sabido que todo dever imposto aos juízes vem acompanhado de um poder. Aliás, aos juízes só são concedidos poderes na medida do estritamente necessário ao cumprimento de deveres. Assim, se *devem* os juízes, como manda a Constituição, tratar igualmente os iguais, têm eles do mesmo modo o *poder* de adotar medidas de efetivação da igualdade. A erradicação das

⁴⁰⁴ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 769.

⁴⁰⁵ É dizer, “a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, podendo decidir com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei), em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *Repro*, São Paulo: RT, n. 86, abr./jun.1997. p. 150.

desigualdades entre brasileiros constitui-se em programa estatal, a ser operacionalizado também pelo processo, na qualidade de instrumento a serviço da jurisdição.

Então, há que se buscar modos de se cultivar e preservar a igualdade *em nível macro*, administrando-se com sensibilidade e inteligência o contencioso de massa, inspirando-se inclusive na experiência internacional.

6.8.3 Modelos inspiradores para o legislador brasileiro: a experiência internacional em gestão processual de massa. Alternativas às ações coletivas

Pelo mundo afora, a problemática da litigiosidade de massa vem sendo enfrentada com medidas bastante eficientes, que podem servir de fonte de inspiração ao legislador nacional.

Mais ousadamente, até se poderia dizer que, tendo a própria CLT, em seu art. 8º, proclamado ser fonte oficial do Direito do Trabalho no Brasil o Direito Comparado, tais medidas poderiam ser postas em prática imediatamente, independentemente de qualquer reforma processual, desde que realizada a importação com respeito às garantias do justo processo e sem surpresas para os jurisdicionados, com o aval da própria garantia constitucional de isonomia. Mesmo que não se vá tão longe, é importante que novas e boas idéias, experimentadas em sistemas jurídicos alienígenos, sejam estudadas e divulgadas internamente, na medida em que podem servir de modelo à superação de “gargalos” processuais domésticos.

6.8.3.1 O procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão

No dia primeiro de novembro de 2005, entrou em vigor na Alemanha o Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*), que não constitui, ao contrário do que se poderia imaginar, um instituto geral de direito processual, aplicável a todas as causas. Sua instituição deu-se no contexto de danos causados a milhares de investidores da bolsa de Frankfurt, e temia-se que o efeito multiplicador deste litígio abarrotasse o judiciário. Por esta razão, o legislador previu, em caráter experimental, tal procedimento, que possuía prazo certo de vigência até 1º de novembro de 2010.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DA ALEMANHA. The Capital Markets Model Case Act 2005. Disponível em: <http://www.bmj.bund.de>. Acessado em: 23 jul. 2010; CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, ano LX, p.891-914, 2006. p. 901.

No Procedimento-Modelo alemão, há uma fragmentação na cognição. A ação é proposta perante o juízo de primeiro grau e apenas após o incidente ter sido provocado pela parte (pode ser tanto o autor quanto o réu), o processo será remetido ao Tribunal. As questões apontadas pelo requerente do incidente como comuns a várias demandas, e que podem ser de fato ou de direito, atingem vários litígios individuais.⁴⁰⁷

Não se reúnem as demandas individuais, apenas se julgam as questões comuns e se impõe esse julgamento a cada um dos juízos dos processos sobrestados.

Poder-se-ia mesmo cogitar de uma inversão de instâncias: julgada primeiro pelo tribunal a questão comum e imposto o resultado do julgamento aos órgãos de primeiro grau, evita-se a necessidade de que a questão seja depois revista pelo duplo grau de jurisdição.

Como bem aponta Antonio do Passo Cabral, tal procedimento possui o mérito de “evitar uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo”. Desta maneira, evita-se a excessiva abstração das questões jurídicas, o que muitas vezes leva a um artificialismo da decisão.⁴⁰⁸ Isso porque, como veremos adiante, após a certificação pelo juiz de primeiro grau, o processo é enviado ao Tribunal, que decide as questões comuns aos litígios. Após a decisão do Tribunal, os processos cujo julgamento havia sido suspenso na primeira instância são apreciados pelo juízo de primeiro grau, que fica vinculado à decisão do tribunal.

A instauração do procedimento dá-se por iniciativa da parte, e só pode ser feita antes de a causa estar madura para o julgamento, o que é justificado por imperativos de celeridade⁴⁰⁹. O incidente pode ser provocado apenas pela parte: a instauração de ofício pelo magistrado é vedada.⁴¹⁰ Tal solução parece ter o grande mérito de impedir que uma das partes prolongue excessivamente a duração do processo, suscitando o incidente quando o processo já estiver em sua fase final, a ponto de ser resolvido.

O juiz que recebe a requisição de instauração do incidente-padrão (*Musterfeststellungsantrag*) deve suspender o processo e dar publicidade à requisição a ele dirigida, disponibilizando todas as informações relevantes no registro eletrônico da

⁴⁰⁷CABRAL, Antonio do Passo Cabral. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, ano 32, n. 147, São Paulo: RT, p. 123-146, maio de 2007.

⁴⁰⁸*Idem, ibidem.*

⁴⁰⁹CONSOLO, Cláudio. RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 901, 2006. “La legge inglese ammette che la richiesta venga effettuata addirittura prima che sia instaurata qualunque controversia sulla materia de qua (practice direction 3.1), e non pone limiti temporali di sorta. In Germania, invece, la richiesta di procedimento modello (Musterverfahren) dovrà essere rigettata ove essa intervenga quando la causa individuale è già matura per la decisione, ovvero appaia soltanto finalizzata a procrastinare la controversia (§. 1 (3) nn. 1 e 2). Il contenuto della domanda volta ad ottenere l’instaurazione della controversia collettiva è indicato rispettivamente al § 3.2 della practice direction e al § 1 (6) (2) della KapMuG.”

⁴¹⁰GEBAUER, M. Op. cit. p. 137. *Apud* CABRAL, A. P. Op. cit. p. 248.

controvérsia (*Klageregister*). Para a instauração do procedimento coletivo é preciso que, no lapso de quatro meses, a contar da divulgação, outros nove requerimentos de instauração de *Musterverfahren* sejam realizados, versando sobre as mesmas questões.⁴¹¹

De acordo com Consolo e Rizzardo, a função fundamental do provimento que autoriza a instauração do procedimento modelo é determinar com precisão quais são as questões comuns, deixando claro quais são as questões controvertidas objeto da decisão⁴¹². O objeto litigioso coletivo do incidente.

Ao contrário do que acontece nas *class actions* do direito estadunidense, não há no *Musterverfahren* alemão referência à figura do representante adequado. O autor do processo selecionado deve demonstrar que as questões por ele indicadas são relevantes. Além disso, o requerente deve indicar os meios de prova que pretende utilizar, permitindo ao juiz a possibilidade de realizar uma avaliação sumária da relevância das questões levadas a juízo.⁴¹³

As partes nas ações propostas antes ou na pendência do *Musterverfahren* ingressam automaticamente neste. Não é prevista a faculdade de *opt out* desse procedimento coletivo. A única maneira de o litigante individual deixar de participar do *Musterverfahren* é através da desistência de sua ação individual.⁴¹⁴

Uma vez instaurado o Procedimento-Modelo, o Tribunal perante o qual o processo estiver tramitando escolherá um “líder” para os vários autores e outro para os réus, que exercerão o papel de interlocutores diretos com a corte.⁴¹⁵. Esse líder (*Musterkläger*), de acordo com o relato de Consolo e Rizzardo, escolhe a estratégia a seguir e conduz o processo. Os demais litigantes, das demandas em que se discute a mesma questão, que são também sujeitos do processo, desempenham um papel secundário, mas podem interagir no desenvolvimento da controvérsia, complementando as alegações do *Musterkläger*,

⁴¹¹CONSOLO, Cláudio. RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 902, 2006. “La legge inglese ammette che la richiesta venga effettuata addirittura prima che sia instaurata qualunque controversia sulla materia de qua (practice direction 3.1), e non pone limiti temporali di sorta. In Germania, invece, la richiesta di procedimento modello (*Musterverfahren*) dovrà essere rigettata ove essa intervenga quando la causa individuale è già matura per la decisione, ovvero appaia soltanto finalizzata a procrastinare la controversia (§. 1 (3) nn. 1 e 2). Il contenuto della domanda volta ad ottenere l’instaurazione della controversia collettiva è indicato rispettivamente al § 3.2 della practice direction e al § 1 (6) (2) della KapMuG.”

⁴¹²CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 904, 2006.

⁴¹³CONSOLO, Cláudio. RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 901-902, 2006. “In Germania colui che richiede la decisione modello (*Musterfeststellung*) dovrà dimostrare che le questioni da lui indicate sono rilevanti, oltre che per la propria pretesa, per la decisione di pretese isomorfe; in particolare dovrà trattarsi di questioni relative alla sussistenza di presupposti che fondano o escludono la responsabilità, ovvero del chiarimento di una questione di diritto (§1 (1)).”

⁴¹⁴CONSOLO, Cláudio. RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 908, 2006.

⁴¹⁵LÜKE, Wolfgang. Der Musterentscheid nach neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz-Entscheidungsmuster bei gleichgerichteten Interessen? In: *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 119, Heft 2, p. 137 e 158, jun. 2006. *Apud* CABRAL, A. P. Op. cit. p. 251.

voluntariamente ou a convite do Presidente da Corte.⁴¹⁶ Esse é um dos aspectos que diferencia o *Musterverfahren* das *class actions*, pois, nestas, o legitimado coletivo assume uma proeminência absoluta, não deixando nenhum espaço de atuação aos substituídos, o que não ocorre no procedimento ora examinado.

Uma vez pendente a controvérsia, o *Musterkläger* pode ser substituído apenas na ocorrência de eventos como morte ou falência (§ 11 (2) *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*). Excepcionalmente, admite-se que o interveniente possa não ser alcançado pela coisa julgada, quando demonstrar que, em razão do momento em que ingressou no Processo-Modelo, não pôde praticar atos relevantes ou trazer argumentos necessários ao deslinde da causa.⁴¹⁷ Não pôde com a sua intervenção, influenciar eficazmente na cognição do tribunal.⁴¹⁸

A legislação alemã prevê que a decisão do *Musterverfahren* (*Musterentscheid*) vincula os juízos de primeiro grau competente para decidir o mérito das várias causas envolvidas. O efeito vinculante do *Musterentscheid* não atinge, contudo, o interveniente que tenha logrado êxito na alegação de deficiência pelo líder escolhido, pois, nestas hipóteses, o processo se desenvolve independentemente do resultado da demanda coletiva⁴¹⁹.

6.8.3.2 Portugal: o instituto da agregação⁴²⁰

Em Portugal, por força do Decreto-Lei n. 108/2006, inovador instituto processual, adotado em caráter experimental, permite que atos de massa, concernentes a diversos processos, possam ser realizados em conjunto. Trata-se do chamado instituto da agregação⁴²¹.

Atribui-se a realização do ato a juízo diverso daqueles para os quais foram as causas associáveis inicialmente distribuídas, que se torna, então, competente única e exclusivamente para a sua prática. A decisão judicial abrange, a um só tempo, uma multiplicidade de

⁴¹⁶CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 907-908, 2006.

⁴¹⁷CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 908, 2006.

⁴¹⁸É o que acontece no Brasil, com o assistente, que não fica sujeito à justiça da decisão, se comprovar que a sua atuação em determinado momento procedimental já não poderia surtir efeitos benéficos.

⁴¹⁹CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 909, 2006.

⁴²⁰ Sobre o experimento em solo português, RICARDO, Luís Carvalho. Regime processual civil experimental anotado e comentado. Braga: Cejur – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007 e JORGE, Nuno de Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁴²¹ Artigo 6.º/1: “Quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal acções que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos da secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças”.

processos, pois o ato processual praticado em conjunto tem aptidão para produzir efeitos sobre vários deles.

As causas, que mantêm, até certo ponto, sua autonomia litúrgica (apenas um trecho da caminhada processual é que é percorrido solidariamente), são reunidas simplesmente para a prática conjunta de certos atos processuais, (uma audiência, a produção de certa prova, a resolução de uma questão comum), evitando-se, assim, incompatibilidades e economizando-se atividade jurisdicional.

Quanto à gestão conjunta de processos para resolução de questões comuns, há uma partição cognitiva, mas em um mesmo plano hierárquico, ao contrário do que se verifica com o procedimento-modelo alemão, que produz uma divisão na cognição por instâncias distintas. O juízo da causa aglutinadora fica responsável pela resolução da questão repetitiva, que será decidida “em grupo”, permanecendo o restante da cognição petinente a cada causa a encargo de cada um dos juízes naturais das ações conexas. Resolvida a questão comum pelo juízo centralizador, cada uma das lides será julgada à luz do entendimento geral assentado.

Pela agregação, se afeta a um órgão jurisdicional único o julgamento de questão jurídica ou fática comum a uma série de demandas já instauradas, para que sobre ela seja veiculado pronunciamento único, com eficácia vinculante. Tem-se, aí, inegavelmente, instrumento processual polarizador, que, muito embora não possa ser confundido com as ações coletivas, é tocado pela mesma ideologia congregadora inerente a elas: tratar em conjunto questões que podem (e devem) ser resolvidas de uma só vez e com eficácia para todos.

As causas reunidas transitoriamente permanecem sobrestadas nos juízos de origem, aguardado a resolução da questão comum pelo juízo agregador. Tal suspensão, no entanto, é mais aparente que real. Na verdade, enquanto pende de solução a questão comum, os processos individuais não se suspendem, mas antes prosseguem em sua marcha. Fazem-no conjuntamente quanto à questão objeto de agregação e isoladamente quanto aos demais atos que possam ser praticados no processo e que não apresentem qualquer relação de subordinação com a questão afetada à apreciação conjunta. Com a agregação, produz-se uma espécie de coletivização incidental de demandas, mas apenas no que respeita à questão comum. As ações, de fato, não perdem sua individualidade procedimental. Sua autonomia litúrgica.

Portanto, os desenvolvimentos processuais individuais dependentes da prática do ato conjunto (ditos subordinados) e só estes é que aguardarão pela sua conclusão. Os demais podem e devem ser praticados por cada juiz em cada um dos processos.

Ao contrário do que se verifica na conexão brasileira, trata-se de uma fusão apenas transitória de causas, que perdura pelo tempo necessário à solução da questão repetitiva, desfazendo-se logo em seguida.

6.8.4 Soluções já testadas⁴²² e outras a se pensar no Brasil: propostas de *lege ferenda*

No final do mês de fevereiro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita e digna de registro⁴²³, admitiu a intervenção do Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo em processo individual, em hipótese em que o debate travado possuía repercussão extraprocessual. Discutia-se a respeito da constitucionalidade do uso de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo, como a interdição de estabelecimento.

Apesar de a decisão proferida em ação de controle difuso de constitucionalidade possuir eficácia simplesmente *inter partes*, permitiu-se, em razão do precedente que poderia vir a ser gerado, que o legitimado extraordinário coletivo interviesse na qualidade de assistente simples, a fim de assessorar a indústria de cigarro litigante no estabelecimento de orientação favorável na matéria pelo Supremo.

O que na verdade motivou a admissibilidade da atípica intervenção foi a compreensão de que a decisão que se viesse a prolatar certamente acabaria por influir decisivamente na resolução de inúmeros outros casos similares que viessem a chegar ao Judiciário. Apesar de não afetados diretamente pelos efeitos da decisão proferida *inter alios*, dificilmente os novos litigantes (então terceiros) lograriam rediscutir os efeitos da decisão judicial, isto é, obter do Judiciário a revisão da conclusão por ele própria já manifestada no caso paradigma anterior.

Reconhecendo possuírem as suas decisões notória força vinculativa e impeditiva de recursos, o Supremo consentiu com a ampliação do contraditório em momento anterior à consolidação da sua posição sobre o tema em debate.

⁴²² Há alguns mecanismos no Brasil que se prestam à gestão processual conjunta, à associação processual ou à ampliação *ex vi legis* da esfera subjetiva de abrangência das decisões judiciais, de racionalização de causas repetitivas, da litigiosidade de massa. Por exemplo: as ações coletivas e o alargamento da eficácia subjetiva da decisão para além das partes, a suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 8º e Lei n. 12.016/2009, art. 15, § 5º), afetação do julgamento de recurso a órgão indicado pelo regimento interno do tribunal (art. 555, § 1º do CPC), quando havendo relevante questão de direito, a fim de compor ou prevenir divergência a seu respeito, assumida a competência para o julgamento o órgão colegiado que o regimento indicar, uma espécie de incidente de uniformização da jurisprudência, catalisador da fixação da inclinação dos organismos jurisdicionais; o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos juizados especiais cíveis federais, quando conflitarem o julgamento de uma Turma Recursal com precedente de outra ou com súmula ou jurisprudência dominante do STJ (art. 14 da Lei n. 10.259/2001); julgamento *prima facie* de improcedência baseado no art. 285-A do CPC (precedente vinculante do próprio juízo); julgamento por amostragem de recursos extraordinário e especial (CPC, art. 543-B e 543-C); sumula vinculante *etc.*

⁴²³ STF, RE n. 550.796 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496.

Dito de modo mais direto, a transcendência do objeto do processo para além das partes processuais legitimou a intervenção⁴²⁴.

Ao invés da admissão de *cada um dos* interessados no feito, o que poderia atravancar a marcha do processo, adotou o STF a elegante solução conciliatória de permitir apenas a intervenção de legitimado legal à proteção jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, resolvendo virtuosamente o conflito entre “o direito ao contraditório desses terceiros interessados na fixação do precedente e o direito à razoável duração do processo”⁴²⁵.

Por intermédio do legitimado à defesa em juízo dos interesses transindividuais, a quem foi deferida ampla possibilidade de manifestação e, assim, de contribuir decisivamente para a definição da jurisprudência em torno do tema, todos os terceiros interessados estiveram adequadamente representados na causa⁴²⁶.

A prática é boa e deve ser copiada pelos sindicatos de trabalhadores, por traduzir verdadeira atitude nomofilática⁴²⁷.

Intervindo em feitos individuais trabalhistas com potencial repercussão social, poderão (i) expressar sua opinião sobre a matéria em debate na causa; (ii) sugerir desfechos já

⁴²⁴ A respeito da necessidade de se repensar o conceito clássico de interesse legitimador da intervenção de terceiros, à vista da força vinculante crescentemente atribuída aos precedentes judiciais, o interessantíssimo artigo de ARENHART, Sérgio Cruz. O interesse de intervenção e as novas reformas do processo civil. In DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. *Processo civil – aspectos revelantes*. V. 2. São Paulo: Método, 2007. 489-505: “(...) Na verdade, diante das modificações apontadas, o processo individual tem, paulatinamente, buscado a aproximação com o processo coletivo, na medida em que, cada vez mais, tem-se a ampliação dos limites da decisão para além da órbita exclusiva das partes. Impõe-se, talvez, portanto, autorizar – usando como paradigma o processo coletivo – a participação plena dos atingidos no preparo da decisão judicial que os afetará. Realmente, se o processo individual, agora, é capaz de gerar decisão que atinge (direta ou indiretamente) todos aqueles que sejam titulares de um mesmo tipo de interesse, ou cujo interesse se lastreia em uma única questão de direito, parece ser razoável admitir que seu tratamento (porque feito de forma única) admita a participação de todos aqueles que se sujeitarão aos efeitos daquela decisão. (...) Em razão dos mecanismos vinculantes aqui estudados, parece que, embora possível, pouco frutífera será a possibilidade de o terceiro discutir os efeitos da decisão judicial. De fato, embora o direito processual atual não vede a este terceiro propor sua ação para rediscutir os efeitos que a sentença anterior tenha causado sobre sua esfera jurídica, o fato é que com os efeitos vinculantes e impeditivos de recursos das decisões judiciais dificilmente terá esse terceiro (agora parte) condições de apresentar adequadamente sua pretensão. Realmente, por mais que ele possa buscar proteção jurisdicional, em razão dos efeitos vinculantes e impeditivos de recursos das decisões judiciais, será praticamente impossível ao terceiro ter revisada, pelo Poder Judiciário, a conclusão por este já manifestada no caso paradigma anterior.”

⁴²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. V. I. 12. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010. p. 357-359.

⁴²⁶ É, com o devido respeito, solução melhor do que a proposta por Sérgio Cruz Arenhart, para quem todos os próprios interessados, individualmente, poderiam entrar no feito: “É certo que a ampliação desavisada do conceito de interesse de intervenção pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, é preciso pensar também no outro lado do problema: a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes terceiros, que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, efetivamente, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, de fato e de maneira concreta, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de influir efetivamente na decisão judicial. Não há dúvida de que esse direito é violado se a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar seus argumentos.” p. 502-504.

⁴²⁷ Nomofilaquia, expressão cunhada por Piero Calamandrei, em 1920, no âmbito de sua obra clássica *La Cassazione civile*, é a designação conferida à função desempenhada pelas Cortes Superiores, no sentido de se garantir a higidez e a uniformidade na aplicação da lei, como forma de preservação dos valores de segurança jurídica e da igualdade dos cidadãos na aplicação da lei. Função que também os sindicatos devem exercer. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. v. 2, p. 104.

experimentados; (iii) propor a reunião de demandas conexas ou afins etc. Assim fazendo, funcionam como caixas de ressonância das pretensões obreiras em juízo, contribuem para a padronização do entendimento jurisprudencial, realizam concretamente o princípio da isonomia, enfim, promovem, indiretamente, uma espécie de coletivização de demandas, de *link* entre ações.

A medida é fácil de ser posta em prática e os resultados podem ser formidáveis.

Mas não apenas ela.

Pode-se pensar, também, na transformação de uma sentença individual em coletiva pela presença coletivizante sindical no processo de estrutura intersubjetiva ou simplesmente em função da adesão do ente credenciado a demandar em proveito de direitos transindividuais à sentença de procedência do pedido obtida mediante exercício individual da ação.

A intervenção do legitimado extraordinário no feito produziria sobre a sentença individual de procedência o efeito irradiante. A solução em princípio direcionada aos sujeitos do processo se coletivizaria em razão da atuação do sindicato no feito como assistente da parte ou até mesmo pela certificação *a posteriori* daquela sentença como de interesse geral. A presença sindical ou a simples adesão ao resultado do processo poderia elasticar o espectro eficaz da sentença de procedência, alargando o seu âmbito subjetivo de incidência, que de *inter partes* passaria a *ultra partes*.

Afinal, se já há uma sentença de procedência sobre matéria de interesse geral proferida no bojo de processo instaurado pelo ajuizamento de ação individual, por que afinal de contas intentar-se nova ação, desta feita coletiva, simplesmente para obter-se do Judiciário pronunciamento que já se sabe qual é? Aderindo o sindicato à sentença de procedência, por que não conferir-se a ela dimensão coletiva, exatamente do mesmo modo como ocorreria se a ação tivesse sido proposta originariamente pelo ente legitimado a postular?

Trata-se de metamorfose não na forma de funcionamento do processo, que mantém sua estrutura individual, mas na eficácia da sentença, de modo que não se prejudica a postulação do autor, não se atrapalha o andamento do processo. Muito ao contrário. O interveniente recebe o processo no estado em que se encontra, sem que sua intervenção provoque quaisquer retrocessos ou devoluções de prazo. Ademais, na posição de assistente simples, não pode o sindicato ir contra a vontade do autor individual, afrontá-lo. Apesar de razoavelmente amplas as situações jurídicas ativas postas à disposição do assistente, mesmo do simples (pode requerer e produzir provas, participar do procedimento a elas relativo, pode recorrer, ainda quando deixe de fazê-lo a parte principal), a ele só é permitido atuar em benefício do pleito autoral. Não terá eficácia o que fizer em contrariedade à vontade expressa

do assistido. Também por isto, em razão de figurar no processo na qualidade de mero coadjuvante subordinado, o sindicato interveniente apenas poderá coletivizar o resultado do processo que seja favorável à massa de sujeitos que tinha em mira tutelar. Eventual resultado de improcedência, ainda quando por suficiência de provas, não impedirá a propositura, no futuro, de ação estruturalmente coletiva, voltada à tutela daquele mesmo interesse.

Segundo imaginamos, o toque coletivizante sindical no feito simplesmente conferiria transcendência à sentença, lhe imprimiria eficácia genérica, tornando-a capaz de aparelhar liquidações e execuções de outros trabalhadores que se encontram na mesma situação jurídica do litigante individual, mas que não participaram do processo.

7 TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR EM AÇÕES COLETIVAS: NOÇÕES GERAIS

O homem que tem coragem de desperdiçar uma hora do seu tempo não descobriu o valor da vida.
Charles Darwin

7.1. O tempo e o processo

Sentença. Do latim, sentir. A etimologia do termo é indicativo bastante do compromisso jurisdicional com o valor justiça. A sentença sintetiza o sentimento de justiça do julgador, após confronto, em contexto processual igualitário, entre a pretensão externada e a resistência a ela oferecida.

Ao tomar contato com uma demanda, não sabe o juiz, de antemão, quem tem razão, isto é, qual dos lados da disputa encontra-se amparado pelo direito material. A tutela jurisdicional será concedida àquele que a ela tiver direito, segundo o julgamento que o juiz fará, e negada ao adversário. Julgar é optar. O juiz optará pela pretensão que afinal venha a revelar-se apoiada pelo direito material, que se harmonize com a concreta vontade do direito substantivo. No processo de conhecimento, tal opção só será feita depois da instrução e ao cabo do procedimento.

Como sujeito imparcial do processo, o juiz necessita, para decidir com justiça, reconstituir o cenário fático-jurídico litigioso subjacente ao pedaço do conflito jurisdicionalizado pela demanda, isto é, a lide, da maneira mais fiel possível à realidade dos acontecimentos. A atividade judicante, como meio de resolução de conflitos, só se legitima perante a sociedade na medida em que assegure ao titular de uma justa pretensão tudo aquilo e efetivamente aquilo que tenha o direito de receber. Em que outorgue tutela a quem seja dela merecedor, segundo sensível compreensão do direito objetivo. Enfim, legitima-se na medida em que produza decisão justa.

Evidentemente, tanto mais justa será a decisão quanto mais próxima da realidade. A verdade da sentença deve, tanto quanto possível, exprimir a verdade dos acontecimentos. Para isso, imprescindível que o juiz se instrua a respeito do conflito, buscando descobrir, com auxílio das partes e de terceiros, o que, de fato, ocorreu, para, na seqüência, proferir sentença com maior probabilidade de acerto. O maior ou menor conhecimento do juiz a respeito do caso concreto influi nos níveis de justiça das decisões. A essa atividade investigativa, de

descoberta, que prepara o julgamento, dá-se o nome de cognição. Verdadeira atividade de conscientização do julgador.

Como dito, o magistrado não sabe de início, quando a ele é apresentada uma pretensão, qual dos pólos da disputa encontra-se amparado pelo direito material. Ou seja, quem tem razão e, por isso, merece ser tutelado. Assim, no justo caminho do processo até a tutela jurisdicional, o juiz ouve ambas as partes da demanda, inquire terceiros que possam ajudar a elucidar os pontos controvertidos de fato e de direito, propõe e preside a produção das provas, coteja as alegações de fato com as provas colhidas, avalia a maior ou menor consistência de cada meio de prova introduzido ao processo, procede à qualificação jurídica dos fatos narrados como fundamento da demanda e da defesa, interpreta o direito objetivo, resolve incidentes, os percalços que surgem na caminhada processual etc. Tudo a demandar tempo.

O ideal seria que as lesões e ameaças a direito fossem de pronto remediadas e contidas, tão logo denunciadas ao Estado-juiz. Mas, tão ou mais imperfeita e problemática que a Justiça tardia, é a Justiça instantânea⁴²⁸. E daí a inevitável e salutar descoincidência temporal entre os instantes em que é exposta a pretensão⁴²⁹, e aquele em que é ofertada a resposta jurisdicional definitiva. Para que possa atender às imposições de justiça, o juiz necessita certificar-se de quem tem razão, instruir-se sobre o conflito deduzido de interesses, o que leva um mínimo de tempo.

Em primeiro lugar, algum tempo é preciso para que o conflito de interesses se delineie perante o Estado-juiz, com a apresentação da demanda pelo autor⁴³⁰ e de defesa pelo réu. Ademais, havendo controvérsia sobre fato relevante para a solução do litígio, é preciso que a seu respeito sejam produzidas provas. O juiz precisa apurar a verdade dos fatos invocados. Proferida decisão no curso do processo, vale dizer, incidentemente, mais algum tempo será necessário até que a parte manifeste sua irrisignação e o órgão jurisdicional competente para apreciar o recurso se pronuncie. Finalmente, prolatada a sentença e resistindo o réu a se curvar ao comando nela embutido, se fará necessária atividade executiva, até que finalmente seja satisfeito o litigante vencedor etc.

O tempo é, assim, inerente à fenomenologia processual. É preciso abandonar-se a idéia errônea que se vem difundindo de que o tempo é inimigo “número um” do processo. O vilão da estória. Não. O tempo faz parte da vida de todo processo dito justo. Um processo

⁴²⁸ “(...) se uma justiça lenta demais é decerta uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Não, contudo, a qualquer preço”. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, trad. Cândido Dinamarco. Forense: Rio de Janeiro, 1984. V. I, p. 35 e ss.

⁴²⁹ Deduzir uma pretensão é trazê-la a juízo; levá-la ao conhecimento do Estado-juiz. A tutela antecipada, por satisfazer a parte antecipadamente, encurta o tempo até a pretendida tutela jurisdicional.

⁴³⁰ É através da demanda, do ato de provocação jurisdicional, que o autor externa em juízo a sua pretensão.

minimamente garantístico sempre dependerá de certo tempo para desenvolver-se. O que corrói a efetividade do processo, e aí, sim, precisa ser combatida, é a sua demora injustificada. A sua pendência por tempo excessivo. Em suma, a tão falada morosidade da Justiça, máxime quando alocados em pólos opostos da relação processual sujeitos em situação de nítido desequilíbrio de forças, como sói ocorrer na Justiça do Trabalho⁴³¹.

Por evidente, quanto mais meticulosa a atividade cognitiva empreendida, quanto maiores forem as possibilidades de atuação dos sujeitos parciais no processo, fornecendo os elementos necessários à busca da verdade pelo juiz, maior a chance de que seja justa a decisão, porém, maior o tempo até a prestação da tutela jurisdicional.

O oferecimento das mais amplas possibilidades de participação às partes, sob pretexto de se descobrir a verdade, acabou por tornar lerdo o processo, que em seu modo de ser ordinário, antes ainda que se generalizassem as antecipações, frustrava as expectativas dos jurisdicionados, expondo os direitos ao risco de perecimento⁴³².

7.2 A ordinarização do conhecimento e a crise de efetividade do processo

De acordo com o propalado pela doutrina liberal do século XIX, não se admitia que o Estado-juiz interferisse nas esferas de direitos e obrigações dos particulares, a menos que obtida certeza absoluta a respeito da solução a ser tomada. Esse grau máximo de convencimento judicial, supunha-se, somente poderia ser alcançado após oferta de amplas oportunidades de participação aos sujeitos do processo. O juiz então não poderia julgar/decidir antes de plenamente instruído a respeito das circunstâncias da causa, proibição essa traduzida em termos processuais na ordinarização ritual⁴³³, na exaustividade cognitiva e no binômio cognição-execução⁴³⁴.

⁴³¹ Sobre os males da demora para os economicamente desvalidos, confira-se o próximo item.

⁴³² PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 95.

⁴³³ O procedimento é o aspecto formal do processo, o complexo de atos integrantes da relação processual. É, em suma, o modo como se desenrola, desenvolve o processo. A maneira pela qual se imbricam os atos processuais (mais ou menos condensados), a extensão e profundidade da atividade cognitiva, as especificidades do direito material etc. originam os diversos tipos litúrgicos (uns mais sintéticos, outros mais analíticos) e, por conseguinte, os diversos modos pelos quais é exercida a jurisdição. O procedimento é o roteiro que disciplina o atuar judicante.

⁴³⁴ Símbolo do culto ao valor segurança jurídica, a dicotomia “cognição-execução”, que por muito tempo prevaleceu até que finalmente triunfasse o sincretismo processual, não permitia que os efeitos esperados com a atividade jurisdicional extrapolassem da realidade formal do processo senão depois de certificada, em caráter definitivo, a existência do direito e de sua titularidade por intermédio de vagaroso e pesado procedimento ordinário e, em caso de não atendimento espontâneo da decisão pelo vencido, de não observada a condenação pelo obrigado, de novamente ativada a máquina judiciária, com instauração de novo processo, desta vez, executivo, voltado a vencer a injusta resistência do devedor, ou sejam o inadimplemento. A tutela sumária satisfativa injeta no processo de conhecimento considerável dose de executividade, constituindo-se em passo importante rumo à fusão, à condensação de atividades jurisdicionais em uma única relação jurídica processual. Sobre o tema, PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 74 e ss.

A exaustividade da cognição era condição necessária à outorga da tutela jurisdicional.

A ordinarização dos procedimentos e da cognição e a forma como ocorria a efetivação das sentenças condenatórias — mediante processo executivo autônomo, diverso daquele em que certificado o direito —, simbolizavam a opção do sistema processual pela primazia de amplas garantias de defesa em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional: como regra, apenas após exaurido o contraditório, isto é, depois de consolidado o juízo de certeza a respeito da adequada solução para a lide, é que poderia a sentença surtir efeitos práticos. E na hipótese de a sentença que impunha prestação (sentença condenatória, portanto) não ser cumprida espontaneamente pelo réu, o autor deveria iniciar novo processo (o de execução), exercitando novamente o direito de ação (demanda executiva), para que, então, finalmente, pudesse satisfazer-se. A tutela executiva obtinha-se, por conseguinte, a partir de processo autônomo, precedido, na maioria dos casos, de um outro, voltado à formação da sentença condenatória, título judicial necessário à instauração daquele que seria o processo executivo (efetivação *ex intervallo* da decisão judicial).

Repleto de formalismos e solenidades, o processo de conhecimento, voltado precipuamente a definir direitos, revelou-se logo insatisfatório, pois capaz de retardar, acima do tolerável, o momento da resposta judicial. Nem todos os direitos podiam aguardar, com segurança, por todo o tempo necessário à realização dos atos inerentes ao procedimento ordinário. Esta, por sua vez, a sentença de mérito, a condenação não passava de nada mais que mera exortação a que o condenado cumprisse a decisão. Pois, em caso de inadimplemento, ainda se faria necessária instalação de nova relação processual, estruturada a, enfim, efetivar a condenação. A pretexto de se garantir o réu contra a tirania da magistratura, vetou-se que o juízo da cognição pudesse na mesma relação jurídica processual satisfazer o justo direito do autor.

Inegavelmente, tanto quanto possível, quer-se que as decisões estatais sejam proferidas com base em convicção firme do julgador, minimizando-se, assim, o risco de injustiça e erro, mas a busca descomedida por tal grau máximo de convencimento, a certeza, marca do modelo processual estatal do século XIX, acabou por tornar o processo impotente para atender às novas demandas.

7.3 A morosidade sobre os economicamente mais debilitados

A morosidade é sempre muito ruim. Porém, ainda mais perversa para aqueles que, já fragilizados emocional e economicamente, não podem esperar por demasiado tempo até que seja finalmente atendida sua pretensão.

Se para os cidadãos em geral é sempre perversa a demora da Justiça, mais ainda para quem é debilitado economicamente e não pode resistir por muito tempo, financeira e emocionalmente, a uma peleja judicial. Precisamente o caso da esmagadora maioria da classe trabalhadora no Brasil, que, por viver do salário que recebe com a venda da sua força de trabalho, necessita quotidianamente do que ganha para viver com o mínimo de dignidade⁴³⁵.

Como bem sintetiza Leonardo Greco, a morosidade da Justiça torna inócua a proclamada eficácia concreta (a chamada efetividade) dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º) e hipócrita a afirmada prevalência dos direitos humanos (CF, art. 1º)⁴³⁶. Justiça que tarda falha, sim, ao contrário do que faz supor a sabedoria popular. As razões são muitas e praticamente intuitivas.

A lentidão da Justiça constitui, em primeiro lugar, um grave problema social, pois “provoca danos econômicos, imobilizando bens e capitais, favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder”⁴³⁷. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se, além do mais, em cômodo instrumento de ameaça, em uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar as condições da rendição da parte débil⁴³⁸. Em suma, processo demorado pode ser fonte de injustiça social, especialmente quando estão no processo sujeitos de distintas forças econômicas, “*porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta*”⁴³⁹.

Muitas vezes, em razão da disparidade brutal de forças entre os sujeitos envolvidos no conflito, o tempo de demora do processo para além do razoável prejudica a efetiva igualdade entre as partes processuais. Não há dúvidas de que a real isonomia processual fica seriamente comprometida com os processos excessivamente demorados, com a lerdeza da Justiça. A mora na resolução das lides inflaciona o processo e despeja da relação processual, “por falta de condições de pagamento”, os sujeitos economicamente fracos, forçando-os a abandonar

⁴³⁵ SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 83.

⁴³⁶ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, p. 127.

⁴³⁷ TROCKER, Nicolò. Processo civile e Costituzione. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

⁴³⁸ *Idem, ibidem.*

⁴³⁹ CAPPELLTTI, Mauro. Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133.

suas causas ou a aceitar acordos por valores muito menores do que aqueles que teriam direito de receber.

A necessidade que tem o trabalhador de receber logo aliada à perspectiva da lerdeza da Justiça acabam por induzi-lo a aceitar um mau acordo. É, no entanto, artificial e dolorido o acordo lavrado às custas do desespero alheio. Um acordo injusto frustra as expectativas legítimas depositadas na Justiça e no sistema processual. A morosidade é grave empecilho ao acesso à justiça, pois influi perversamente, em favor daquele que pode esperar e contra o que não pode, no equilíbrio das forças em combate. Pressiona o trabalhador a aderir a um acordo por valores muito inferiores aos que poderia conseguir, simplesmente por não poder aguardar cômoda e infinitamente na sala de espera do Judiciário pela conclusão do processo, isto é, por não ter condições de resistir econômica e até emocionalmente a uma interminável e desgastante batalha judicial. A demora faz com que o trabalhador renuncie ao que legitimamente aspira, o obriga a sabotar sua pretensão. Entre receber tudo, porém tardiamente, opta quase sempre o reclamante hipossuficiente por receber menos, porém logo. A morosidade do Judiciário, em suma, desnatura a conciliação, transformando-a em verdadeira ditadura do mais forte sobre o mais fraco.

O acordo não pode servir de válvula de escape a um processo demorado, uma saída estratégica para uma Justiça ruim, sob pena de falhar em sua missão apaziguadora. Não podem as pessoas ser coagidas a acordar, em razão da impotência do sistema processual em cumprir a promessa de acesso à justiça ou porque estão os juízes trabalhando demais (!). O acordo deve caminhar lado a lado com o processo efetivo, jamais servir de rota de fuga à inefetividade.

E por isso a importância da adoção e aperfeiçoamento de medidas que incrementem a efetividade do processo, que encurtem o caminho até a tutela jurisdicional visada, como as tutelas sumárias de urgência, a execução provisória completa etc.

7.4 Em busca de solução para a crise: a sumarização cognitiva

Para os que não podem ou não devem aguardar o cumprimento das solenidades procedimentais, isto é, para os que necessitam de tutela destinada a conjurar as situações de perigo à “vida” ou à “integridade” dos direitos, aquelas situações de periclitamento, a cognição ordinária representa sério fator de risco.

Mesmo a sentença proferida após exaustiva atividade de conhecimento não necessariamente espelha a verdade, mas tão somente uma maior probabilidade de que a

solução dada ao caso esteja correta, pois a falibilidade é algo inerente a todo juízo histórico, retrospectivo, que se faça, sempre sujeito a algum tipo de deformidade⁴⁴⁰.

A “certeza” obtida com a prolação da sentença é apenas aquela que o juiz forma a partir da sua própria convicção quanto aos fatos e ao direito. Convicção essa fruto do contraditório e sempre passível de ser abalada por algum resíduo de injustiça, de erro. A maior intensidade cognitiva, portanto, traduz tão somente um maior grau de probabilidade de acerto na decisão.

De nada ou muito pouco adianta a mais justa e tecnicamente perfeita das decisões se, ao tempo em que proferida, o direito que aguardava por satisfação já houver desaparecido, tão longo e dolorido o caminho percorrido até sua tutela. É pleno em efetividade o processo que logra tutelar direitos lesados ou ameaçados de lesão antes que se consuma a lesão temida ou se agrave irremediavelmente aquela que já ocorreu. Que logra evitar que o sujeito injustiçado com uma transgressão sinta ainda mais profundamente seus efeitos ou que previne a lesão ao invés de simplesmente consertar o estrago.

A demora excessiva do processo pressiona para baixo a escala de efetividade processual, pois o que era simples ameaça pode se converter em efetiva e grave lesão, e a lesão já consumada pode se agravar a ponto de se tornar irreparável ou dificilmente remediável faticamente.

Naturalmente, a adequação da tutela a cada necessidade do direito material perpassa pela adequação também da atividade cognitiva que se deve empreender em cada processo.

Não havendo urgência, deve-se priorizar o contraditório. Ao revés, em risco o direito, comprime-se a atividade cognitiva do juiz. Nesses casos, admite-se tutela de direito que apenas aparenta existir, do direito provável.

Em nome da efetividade da tutela jurisdicional, permitiu-se que a segurança jurídica estruturante do próprio Estado Liberal, representada, no processo, pela atividade cognitiva exauriente do magistrado, fosse, ainda que momentaneamente, sacrificada. O juiz passou a poder-dever decidir e prestar tutela com base em conhecimento incompleto, com base em cognição não exauriente. Passou-se a admitir a tutela do direito de existência apenas provável. Finalmente, introjetou-se a ideia de que, pelo processo, o que se obtém é uma certeza apenas possível. E assim, nos casos de demandas urgentes, incompatíveis com a ordinaryidade do

⁴⁴⁰ Na verdade, a certeza é um estado ideal. Aquilo a que se aspira no processo de conhecimento. É, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, a “manifestação subjetiva da verdade”⁴⁴⁰. Mesmo as decisões judiciais resultantes de cognição exaustiva, fruto de um devido processo acabado, não espelham necessariamente a verdade. O que há é, tão somente, um maior grau de probabilidade de que o pronunciamento nelas inserido esteja correto. Pois, ainda de acordo com Dinamarco, a falibilidade é algo inerente a todo juízo histórico que se faça. Realmente. Ao decidir, o juiz inventaria, reconstitui fatos e tal juízo retrospectivo está sempre sujeito a alguma deformação. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288 e ss.

processo, isto é, em situações de risco, deve-se conviver com uma incerteza tolerada, no lugar da uma certeza utópica.

Com a antecipação de tutela, se “desordinarizou” o processo de conhecimento, a fim de se permitir que a atividade executiva ocorresse no âmbito interno do próprio processo de definição de direitos. Rompimento da segmentação das atividades jurisdicionais. A tutela de urgência satisfativa interinal funde cognição e execução em uma mesma unidade procedimental.

A sumarização da cognição, como se sabe, pode verificar-se nos planos vertical e horizontal⁴⁴¹. A sumarização cognitiva, quando considerada em perspectiva horizontal, impõe restrição ao rol de questões de fato e de direitos suscetíveis de serem suscitadas no processo ou às pretensões passíveis de serem deduzidas e submetidas a julgamento. É, dita, pois, plena ou limitada a cognição consoante se coloquem ou não limites à extensão cognitiva passível de ser empreendida pelo juiz. Já a cognição sumária, quando considerada em perspectiva vertical, implica análise menos densa, menos aprofundada dos fatos e direito postos como causa de pedir da demanda. A limitação aqui diz respeito à profundidade com que serão analisados os pontos controvertidos de fato e de direito pertinentes ao trecho do litígio submetido à apreciação judicial. Elevada a níveis máximos a profundidade da cognição, é ela dita exaustiva; ascendendo na escala cognitiva, tem-se cognição cada vez mais superficial, rarefeita, perfunctória, rasa. A gradação ou variação cognitiva considerada em perspectiva vertical tem na cognição exauriente e rarefeita seus dois pontos extremos e, no espaço entre eles, no trecho entre os graus máximo e mínimo de convencimento do juiz, a chamada cognição sumária.

7.5 As tutelas sumárias urgentes como mecanismos de equilíbrio para o processo: efetividade sem abrir mão da justiça

Já se disse ser a atividade de sopesamento, aquilatação ou de ponderação ínsita ao exercício da jurisdição, especialmente na era das constitucionalizações de Direitos. A referência que já se fez neste trabalho à “atração do processo para a zona de influência constitucional” é clara alusão ao fenômeno da constitucionalização do processo e dos influxos recíprocos entre processo e constituição, em ambas as mãos. O processo alavanca a efetividade do texto constitucional que, em sentido oposto, retribuiu a ajuda, dotando o

⁴⁴¹ Sobre as variadas técnicas de sumarização da atividade cognitiva judicial e a correlação com a necessidade de prestação jurisdicional mais célere, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89-105.

processo principiologicamente da possibilidade de confeccionar decisão justa, de ser instrumento poderoso de pacificação do corpo social⁴⁴².

O juiz ganha papel de destaque, como principal agente propulsor do processo. Da constelação de princípios do devido processo, deriva um grupo de subprincípios processuais condensadores do valor segurança, em contraposição a outro grupo, portador do valor efetividade. Tais vetores valorativos (ou complexos valorativos, nos dizeres de Guilherme Rizzo Amaral⁴⁴³) apontam para direções distintas e a preponderância de uns sobre outros dependerá das escolhas feitas pelo magistrado à luz das especificidades de cada caso concreto. O conflito pós-positivista, expresso no antagonismo efetividade X segurança jurídica ou celeridade X justiça das decisões, coloca em posição de destaque o magistrado, a quem competirá resolver, a partir da confecção de juízos de proporcionalidade, a tensão, os choques valorativos, os denominados conflitos axiológicos. Por detrás de cada escolha principiológica do juiz, há sempre uma opção valorativa⁴⁴⁴. Em cada escolha que se faça, privilegia-se um valor em detrimento de outro. A compressão, o sacrifício infligido à garantia preterida deve ser o menor possível.

Os provimentos cautelares e os antecipatórios dos efeitos da tutela final representam, no contexto processual, valiosíssimos mecanismos conciliadores de exigências geralmente contrastantes, contrapostas: a de segurança e a de efetividade. O próprio sistema processual facilita a conciliação valorativa. Admite seja tutelado o direito antes ainda da prolação da sentença ou do seu trânsito em julgado, isto é, antes de encerrado o contraditório, mas não confere à decisão urgente estabilidade suficiente a reger definitivamente o impasse⁴⁴⁵.

Tanto melhor que apoiado no *fumus*, o juiz conceda medida que se harmonize, coincida afinal com a vontade concreta do direito substancial. Pode ser, no entanto, que não se verifique essa correspondência e o beneficiado com a atividade jurisdicional de urgência (cautelar ou antecipatória), não seja titular de pretensão legítima alguma a ser atendida.

Para estas hipóteses, são previstas medidas que neutralizam os riscos ou, pelo menos, compensam os males impostos com a efetivação das antecipações e cautelares.

⁴⁴² A esse respeito, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁴³ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 196, 2011, p. 237-275: “Como já afirmamos noutra oportunidade, efetividade e segurança jurídica são, na verdade, complexos valorativos, pois abrigam elementos que também podem ser designados de valores em suas esferas de atuação. Assim, por exemplo, o complexo valorativo da efetividade abriga valores como economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais. Já o complexo valorativo da segurança engloba a previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo, a dignidade da legislação e a estabilidade das relações jurídicas.”

⁴⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. V. I, p. 75-76.

⁴⁴⁵ Mesmo a sentença cautelar não traduz resolução definitiva para a lide principal. Ela simplesmente torna possível que o processo mache, com tranquilidade, sem sobressaltos ou riscos, em direção à decisão que irá debelar, em definitivo, o conflito de interesses propriamente dito.

Em primeiro lugar, entre conceder ou não certa medida urgente, o juiz deverá avaliar se o dano a ser suportado pelo requerente em caso de negativa será maior ou menor do que aquele que sofrerá o requerido em caso de concessão e, assim, concedê-la, negá-la ou condicioná-la à prestação de caução. O juiz não deve conceder a tutela urgente ou concedê-la mediante exigência de prestação de garantia quando o dano que ela possa causar ao requerido for maior do que aquele que sofrerá o requerente em caso de não concessão.

Ao mesmo tempo não se pode abrir mão por completo da justiça nas decisões⁴⁴⁶. E daí porque não representem as decisões sumárias a decisão final a respeito da lide, precárias e instáveis que são por essência. A revocabilidade que caracteriza os provimentos urgentes, sejam antecipatórias de tutela ou acautelatórios do processo, é decorrência da própria sumariedade da cognição que prepara as decisões portadoras de tais formas de tutela jurisdicional. Podem assim ser revistas ou modificadas a qualquer tempo, e não devem gerar, *em princípio*, situações irreversíveis. As cautelares e antecipações ficam sujeitas à revogação e modificação a qualquer tempo, com restituição das partes ao *status quo ante* e sua concessão torna o beneficiado com a medida objetivamente responsável pelos danos causados. As cautelares são a segurança para a parte contrária de que haverá ao menos a reparação dos males causados.

Reflexo do menor nível cognitivo a que se subordina sua concessão, os provimentos urgentes apresentam menor resistência a revisões e revogação. São medidas por essência precárias (revogáveis e modificáveis a qualquer tempo, nos termos do art. 273, § 2º do CPC), de vulnerabilidade muito mais acentuada que a das sentenças de mérito, resultantes de cognição mais intensa.

A eventual irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento urgente, contudo, não pode se constituir em obstáculo intransponível para a concessão da tutela antecipatória, sempre que, após realizado o juízo do mal maior, convencer-se o juiz de que pior do que conceder é denegar a medida. Na pior das hipóteses, os danos irreversíveis porventura causados poderão ser reparados através do pagamento de indenização. Segundo Marinoni, legitima-se o sacrifício do direito menos provável (improvável) em prol do exercício imediato daquele que aparenta existir⁴⁴⁷.

A típica instabilidade e precariedade das tutelas urgentes constituem um reflexo da menor carga cognitiva que precede a sua concessão, além de ensejarem responsabilização

⁴⁴⁶ Daí a observação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no sentido de que “a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça (...)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. Revista da Ajuris, vol. 26, n. 75, p. 120-135.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 198.

objetiva do beneficiário da medida pelos danos eventualmente causados. A contracautela, a cautela contra a cautela, visa justamente a assegurar o retorno das partes ao *statu quo ante*, em caso de ser a medida cassada, por não se coadunar com a vontade do direito objetivo, descoberta pelo juiz após desenvolvimento procedimental estruturado na constelação principiológica do processo justo. Isto é, após o encerramento do contraditório travado em primeiro grau.

A fumaça pode ou não corresponder a final com a vontade concreta do direito substancial e aí reside o risco que o sistema processual corre sempre que admite concessão de medidas jurisdicionais de urgência. Pode ser que o beneficiário da cautela concedida não seja titular de direito algum a preservar. Mas, segundo Chiovenda: “Entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente”, os provimentos de urgência de um modo geral, “visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário”.⁴⁴⁸⁴⁴⁹

Destarte, mesmo quando os resultados propiciados com a concessão de medidas de urgência não correspondam rigorosamente aos desígnios do direito material, com aquilo que tinha sido previsto pelo juiz, certo é que os prejuízos advindos com tal descoincidência foram vislumbrados e aceitos pelo legislador, que optou legitimamente por admitir que o juiz errasse, tutelando o direito, a acertar, deixando de tutelá-lo, o que deixa entrever postura nitidamente favorável à efetividade processual, sem descurar, por outro lado, do desiderato de

⁴⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. v. IX. In: Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1983. p. 20.

⁴⁴⁹ Especificamente no que toca à concessão de medidas urgentes, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco: “(...) Pode ser que, ao apoiar-se no mero *fumus*, o juiz conceda medida que corresponda afinal e se harmonize com a vontade concreta do direito substancial (v.g., quando concede um arresto ou uma antecipação de tutela a quem é realmente credor); mas pode ser também que a cautela concedida não guarde essa correspondência e o seu beneficiário não seja titular de direito algum a preservar. Eis o risco. (...) Evitará quanto possível as cautelares constrictivas que discrepem do direito substancial, mas preferirá errar concedendo as cautelares, a errar negando-as; em situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito a sacrifício. (...) as técnicas processuais da cautelaridade e da antecipação da tutela incluem um bom sistema de freios e contrapesos dos riscos, capaz de minimizá-los em nível mais do que aceitável e de oferecer compensação pelos males eventualmente impostos em razão da efetivação das medidas cautelares. Tem-se, em primeiro lugar, e acima de tudo, a regra do equilíbrio que deve estar presente no espírito de todo juiz quando chamado a decidir sobre uma demanda cautelar: é preciso sopesar os males que o demandante poderá razoavelmente sofrer em caso de denegação da medida, em confronto com os que a concessão desta poderá causar ao demandando (e conceder energeticamente a medida, ou negá-la ou condicioná-la a contracautela, sempre com vista a esse indispensável equilíbrio). (...) Fica atenuado o risco, ainda, mediante a menor imunidade das medidas cautelares a revisões e possível revogação. (...) A relativa vulnerabilidade das tutelas jurisdicionais urgentes (...) constitui reflexo do menor nível de cognição a que é condicionada a concessão das medidas cautelares: corre-se o risco de conceder-las sobre bases mais frágeis, mas sabe-se que poderão ser revogadas se e quando estas ruírem diante de bases mais sólidas. Como é natural nas medidas concedidas angustiosamente na luta contra o tempo e, portanto, sem a preocupação pela rigorosa compatibilidade com a vontade do direito material, as cautelares não só ficam sujeitas à revogação, com restituição das partes e coisas ao *status quo ante*, como também põem o beneficiário em situação de responsabilidade pelos danos eventualmente causados (...). É dever do juiz, nas situações mais angustiosas para se decidir por conceder ou negar uma tutela de urgência, fazer mentalmente um juízo do mal maior, ponderando os males que o autor suportará em caso de negativa e também os que recairão sobre o réu, se a medida for dada. Essa é a linha de equilíbrio capaz de legitimar as tutelas urgentes e conciliá-las com o desiderato de justiça nas decisões.” *Idem*. p. 318 e ss.

justiça nas decisões⁴⁵⁰. Pois, como se disse, se é verdade que produzem efeitos imediatamente, em compensação, as medidas deferidas com base em cognição inacabada não tem o condão de se eternizarem, de se estabilizarem. O devido processo deve prosseguir, até que a fumaça do direito se converta em certeza possível.

Assim é que, ao conceder-se tutela urgente, não se elimina o contraditório evidentemente; o processo há de prosseguir até que o juiz, dando continuidade à sua tarefa cognitiva, possa, com calma, decidir.

7.6 Cautelares de satisfação e de conservação: “farinhas do mesmo saco”

Em alguns casos, a situação de risco vislumbrada não ameaça o direito material imediatamente, mas, antes dele, o próprio processo. Ou melhor, o desempenho frutuoso da jurisdição e, conseqüentemente, a utilidade das decisões judiciais. Faz-se necessária, destarte, tutela assecuratória do próprio processo, conservativa de sua efetividade⁴⁵¹.

Prestando-se a proteger o instrumento de proteção do direito material, que é o processo, qualifica-se a cautelar como instrumento do instrumento. A tutela da tutela. Ou, com inspiração nas lições de Piero Calamandrei, instrumento ao quadrado⁴⁵². O que é importante perceber é que há sempre referibilidade, *link* ou imbricação instrumental, entre a providência cautelar e outro provimento jurisdicional, dito principal, cuja utilidade a cautelar propõe-se a preservar. Mantém a atividade cautelar interligação funcional com as demais atividades jurisdicionais. É ela servil à efetividade da atividade jurisdicional de certificação e/ou de satisfação. Acautela-se a execução futura ou a própria atividade cognitiva, de definição dos direitos, do risco de malogro, de ineficácia. A cautelar propriamente dita não satisfaz. Antes, assegura as condições ideais para que, no futuro, quando o provimento principal finalmente estiver pronto para ser emitido, possa ainda revelar alguma utilidade. Conserva ela o *status quo*, imunizando o processo contra os perigos das delongas processuais.

Na verdade, as medidas acautelatórias, em ascendente escalada instrumentalista, tutelam o processo, para que o processo possa bem tutelar os direitos⁴⁵³. Por seu intermédio,

⁴⁵⁰ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade...* p. 318 e segs.

⁴⁵¹ Efetividade deve ser compreendida como a aptidão do processo em produzir resultados úteis na vida das pessoas. Um justo processo não se contenta com uma decisão qualquer. A efetividade processual virtuosa é aquela capaz de semear a paz com justiça. Neste sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo do. *Op. Cit.*, p. 242.

⁴⁵² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1983. v. IX.

⁴⁵³ Rechaçando o entendimento de ser a cautelar instrumento qualificado ou simples tutela mediata do direito material, Ovídio Baptista da Silva refere-se à referibilidade e não à instrumentalidade como sendo característica própria às medidas de cautela. Para o autor, o objeto de proteção da cautelar é sempre o direito material cuja existência se tem por suficiente e momentaneamente provada no âmbito cautelar e que será objeto de tutela definitiva mais tarde, através de renovada

resguardam-se coisas, pessoas e fatos do risco de desaparecimento, a fim de que a jurisdição possa com segurança desempenhar a sua missão. Pela cautelar, em suma, preserva-se o êxito de uma futura atuação jurisdicional, resguarda-se uma futura atuação judicial.

As cautelares, enfim, prestam apoio operacional à eficácia do provimento jurisdicional principal, o qual, por sua vez, serve ao direito material⁴⁵⁴. E daí o seu caráter ancilar. Verdadeira medida a serviço da futura certificação e/ou satisfação do direito substantivo.

Há casos, no entanto, em que o direito só é efetivamente protegido se for satisfeito imediatamente. Não é suficiente assegurar as condições para a sua realização futura. A técnica antecipatória precisamente permite ao demandante obter antes do fim do processo, na íntegra ou em parte, os resultados substanciais visados com a postulação. Como o próprio nome sugere, trata-se de medida que adianta no tempo a satisfação da pretensão de direito material. E daí a referência à antecipação de tutela como medida atributiva. Através da tutela antecipada, adiantam-se os efeitos práticos da decisão final, protegendo-se o direito material contra lesões impossíveis de serem desfeitas ou dificilmente reversíveis. Enquanto a cautelar preserva as condições ideais para a realização futura do direito, a tutela antecipada permite a fruição imediata do bem ou situação pelo(a) qual se litiga. Ela agiliza a efetivação dos direitos por via jurisdicional, mesclando execução e cognição em um mesmo feito. A técnica antecipatória, enfim, encurta o tempo até a pretendida tutela jurisdicional e, assim, resguarda a esfera jurídica do beneficiado com a medida contra um dano irreversível ou de difícil desfazimento.

Diferentemente da tutela antecipatória, a cautelar não realiza direitos, apenas assegura sua realização. No entanto, ao resguardar a eficácia futura do provimento principal, a cautelar, mediamente, tutela o próprio direito substancial e daí sua instrumentalidade qualificada. A proteção cautelar acaba resvalando sobre o próprio plano material, beneficiando, por via indireta ou reflexa, o direito substantivo, escopo a que dedicado o processo como um todo.

Razão de ser de todas as medidas urgentes é o perigo que a demora na prestação jurisdicional representa para o direito e conseqüentemente para a efetividade do processo. O

intervenção jurisdicional. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 83. Cássio Scarpinella, por sua vez, afirma que a finalidade da atuação jurisdicional é sempre uma só, a de tutelar o plano exterior ao processo, o plano material, ainda que de maneira mais ou menos mediata e daí a recusa em identificar a cautelar como simples medida de proteção ao processo. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. V. IV, p. 161.

⁴⁵⁴ Nas palavras sempre muito precisas do Professor Dinamarco: “A instrumentalidade das medidas cautelares às principais (cognitivas, executivas) é instrumentalidade eventual e de segundo grau. É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade. O processo cautelar, dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal; e o sistema processual, visto como um todo e pelo ângulo exterior, legitima-se pelos conhecidos escopos que o animam.” DINAMARCO, C. R. Op. Cit., p. 319.

intuito das medidas urgentes é o de combater os males do tempo. Evitar que a passagem do tempo retire à tutela jurisdicional final toda a sua utilidade ou boa parte dela, que a esvazie instrumentalmente, em prejuízo do direito das pessoas. E de tal propósito estão imbuídas, cada qual a seu modo, tanto as cautelares quantas as antecipações de tutela. Daí a ampla fungibilidade que deve haver entre elas: cautelares e antecipatórias devem ser intercambiáveis entre si, em virtude de comungarem mesmas aspirações e funcionalidade no contexto processual constitucional⁴⁵⁵.

Afinal, também não se acautela a efetividade do processo, antecipando-se no tempo a satisfação do direito? Se o direito vier a perecer, inobstante já estabelecido o processo, não terá ele, processo, falhado como instrumento? Não é justamente a sua capacidade em bem tutelar os direitos que faz do processo mais ou menos efetivo? Pois então... Comprovado que também a técnica antecipatória é instrumental à efetividade processual. Ademais, considerada a cautelar em si mesma, não deixa ela de ser provimento satisfativo, na medida em que atenda à pretensão de segurança daquele que a pleiteia.

Daí a afirmação de Leonardo Greco no sentido de ser a tutela antecipatória espécie do gênero cautelar. Para ele, haveria dois tipos de medidas cautelares: as conservativas e as de atribuição. Segundo o autor, também pela realização imediata e provisória do direito se assegura a efetividade do processo, função que se entende como tipicamente cautelar, mas que é também compartilhada pelas medidas de aceleração da prestação jurisdicional. Conclui, afirmando que, em última análise, ambas, cautelar e antecipatória, desempenhariam função protetiva do direito material e assim da efetividade do processo. A cautelar, então, em última análise, estaria sempre a serviço do direito material, como todo o processo⁴⁵⁶.

7.7 O tratamento dado às medidas de urgência na legislação sobre processos coletivos

Os artigos 4º e 12 da Lei da Ação Civil Pública tratam, de maneira muito superficial, da possibilidade de concessão de medidas sumárias urgentes em demandas coletivas. Os mencionados dispositivos não têm lá redação muito primorosa, e, cremos, não esgotam o assunto das tutelas de urgência em âmbito coletivo. O centro sistemático das antecipações e cautelares coletivas é o CPC, cujas regras gerais se propagam a todas as antecipações e

⁴⁵⁵ Hugo Nigro Mazzilli, a nosso ver, erroneamente, afirma depender a concessão de tutela cautelar de processo com propósito acautelatório específico. Op. cit. p. 530.

⁴⁵⁶“(...) não há qualquer impedimento de caráter conceitual que obste a que a tutela cautelar seja satisfativa, porque, muitas vezes, para proteger a eficácia da decisão final do processo, será necessário proteger o próprio direito material, além de existirem, conforme já assinalado, medidas cautelares tipicamente satisfativas, como os alimentos provisionais.” GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. II, p. 405.

cauteladas, mesmo que se trate de ramo do processo não diretamente regido por ele próprio, como o Processo Laboral.

Dados os vácuos de regulamentação da matéria na legislação processual coletiva e sendo a CLT completamente omissa quanto ao tema, a não ser por duas disposições bem específicas, uma concernente à transferência ilícita de empregados, a outra à reintegração de dirigente sindical (CLT, art. 659, incisos IX e X), o núcleo da disciplina legal das medidas de urgência em campo coletivo, sem dúvida alguma, ainda é o CPC.

De acordo com o artigo 12 acima mencionado, a tutela sumária de urgência coletiva poderá ser deferida liminarmente ou mediante justificação prévia.

A redação peca por ser demasiadamente sintética.

Tecnicamente, liminar é gênero que engloba qualquer decisão que venha a ser proferida no limiar, no início do processo, antes ainda de integrado o réu ao contraditório. Liminar, a rigor, é decisão adotada antes da audiência do réu e de qualquer outra cognição, a não ser a que resulta da petição inicial⁴⁵⁷⁴⁵⁸.

Por conseqüência, há sentenças liminares de improcedência, há decisões antecipatórias liminares, bem como cautelares liminares, as duas últimas verdadeiras decisões interlocutórias, posto proferidas incidentemente, no curso do processo, sem finalizarem a atividade cognitiva em primeiro grau de jurisdição.

A concessão de decisões urgentes no limiar do processo, aí sim autênticas liminares, com conseqüente postergação do contraditório, só se justifica quando a demora no deferimento da tutela trazer ao direito risco de lesão dificilmente reversível ou de desfazimento impossível. Se a urgência, com perdão pelo trocadilho, “não for tão urgente assim”, a ponto de ser possível ouvir-se o demandado antes da tomada da decisão, *deve-se*, então, completar o contraditório e, apenas depois de ofertada ao réu oportunidade de se defender, proferir decisão. O contraditório só será diferido quando não houver outra forma de se proteger o direito em perigo. Há, em verdade, dois princípios em jogo (a efetividade do processo e o contraditório). Ameaçada a vida do direito, deve-se optar pela derrogação temporária do último dos princípios, pois, perecendo o direito, o processo se esvazia instrumentalmente.

De certa forma, sempre macula a garantia constitucional do contraditório a produção de efeitos sobre a esfera jurídica de alguém, sem que haja sido parte no processo. A concessão

⁴⁵⁷ No mesmo sentido, MAZZILLI, H. N. Op. cit. p. 530.

⁴⁵⁸ É verdade que inúmeras leis subordinam a concessão de liminar à prévia audiência das pessoas jurídicas de Direito Público ou de “A”, “B” ou “C”. E os autores continuam a falar de liminar, embora com outro sentido, o de decisão antecipatória ou cautelar, anterior ao exercício da mais ampla defesa pelo réu. Optaremos por usar a palavra em seu significado original.

de medidas urgentes *inaudita altera parte* é uma legítima exceção a essa regra, permitida para a efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva. O contraditório sempre virá depois e a medida poderá ser revogada.

É que o contraditório, como a garantia de influência eficaz no conteúdo da decisão, é por essência garantia que se exerce a priori, pois deve conferir a ambos os lados da disputa iguais chances de influírem no conteúdo da decisão que ainda será proferida. Por isso, a decisão que se prolata sem que tenham sido asseguradas às partes as prerrogativas inerentes ao processo equo, só pode ser precária, suscetível de ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Às vezes, no entanto, quando há iminente risco para a vida do direito, legitimam-se as liminares. São maus necessários.

Não estando o juiz suficientemente convencido da existência de um provável direito a tutelar, das duas uma: ou indefere desde logo o pleito urgente ou designa audiência de justificação, como, aliás, prevê a parte final do art. 12 da LACP, a fim de que sejam colhidas outras provas, capazes de convencê-lo da necessidade da medida. Nada impede, aliás, tudo recomenda, que também o réu seja convidado a participar desta audiência, a não ser que a sua ciência coloque em risco a eficácia da própria providência urgente.

Anote-se, ainda, que o emprego, no dispositivo supracitado, do verbo “poderá” deve ser compreendido como “deverá”. Não há discricionariedade no uso, pelo juiz, do seu dever-poder de efetividade. Satisfeitos os pressupostos legais, é obrigatória a concessão da medida urgente, não podendo o juiz deixar desamparado o direito de existência provável ameaçado pelos males das delongas excessivas. É dever do juiz velar pela utilidade da sua própria atuação.

O artigo 4º da Lei da Ação Civil Pública dispõe ser possível ajuizamento de ação cautelar com o propósito de se evitar a consumação de dano a direito que será objeto de proteção definitiva em outro processo – de conhecimento ou execução. Ao contrário do que sugere a redação do dispositivo em análise, não nos parece necessária a propositura de ação autônoma, para fins de obtenção de proteção cautelar, da tutela de segurança. Se ainda não foi instaurado o processo coletivo, com o qual mantém o cautelar nexos funcional, só mesmo pelo ajuizamento de demanda autônoma é que se poderá obter a providência assecuratória. Mas, já em curso o processo coletivo, nada há que justifique a instauração de novo processo, desta feita cautelar, para se perseguir, em juízo, providência instrumental. Trata-se, sem dúvida alguma, de técnica anacrônica, burocrática e já ultrapassada.

Pelo exercício do direito constitucional de ação provoca-se a jurisdição a prestar, através de um justo processo, tutela jurisdicional de um direito. A ação é uma só, assim como

o processo. Não tem nome, nem sobrenome. Na verdade, o que variam são as tutelas, justamente porque diversas são as necessidades de proteção dos direitos. Há direitos que necessitam ser reconhecidos, outros realizados e outros ainda que precisam de proteção preventiva, até que possam ser certificados e/ou satisfeitos. Compreendida a ação como a garantia ampla de tutela, o processo que dela se origina deve bastar a saciar todas as necessidades manifestadas pelo direito material, isto é, deve bastar à proteção integral do direito. O que significa dizer que um só processo deve ser capaz de certificar, satisfazer e acautelar. À luz de tal concepção multifuncional de ação e processo, todas as formas de prestação de justiça – de conhecimento, executiva e cautelar, devem poder ser obtidas pela instauração de uma só relação processual sincrética.

Corroborar o quanto dito o disposto no § 7º do art. 273 do CPC, de acordo com o qual postulada concessão de antecipação de tutela em sendo o caso de medida conservativa, defere-se esta no lugar daquela e, cremos nós, vice-versa. A fungibilidade deve se operar em duplo sentido, mormente face à compreensão unificada das tutelas urgentes como medidas de efetividade processual, como medidas voltadas, embora com diferentes graus de intensidade, à proteção do direito material. Logo, da leitura do referido dispositivo, é possível obtenção de medida cautelar, incidentalmente, no organismo do próprio processo cognitivo, sem necessidade de ajuizamento de ação cautelar autônoma e conseqüente instauração de processo específico voltado à concessão de medida instrumental.

A inovação, como dito, denota tendência instrumentalista de se extrair do processo o máximo de efetividade que ele seja capaz de propiciar. Logo, é perfeitamente aplicável no âmbito coletivo de tutela, até porque a transposição da atividade acautelatória para o interior do processo sincrético, em nada afeta o direito de ampla defesa do réu.

A propósito, já há quem sustente, ante a condensação de funções jurisdicionais consagrada pelo art. 273, § 7º do CPC, que se encontra ameaçada a própria sobrevivência do processo cautelar. Afinal, se é possível concessão de cautelar já no bojo do processo principal, por que não ajuizar-se uma única ação, por intermédio da qual se postule, de uma só vez, o reconhecimento/satisfação do direito, bem como sua proteção preventiva? Em outras palavras, qual o sentido em se propor uma ação cautelar antecedente, a fim de obter-se providência assecuratória do direito, se, de qualquer modo, a ação principal deverá ser ajuizada? De fato. Parece-nos que, diante da inovação legal, apenas em alguns casos específicos ainda se fará necessária ou possível instauração de processo cautelar diferenciado. Por exemplo: quando a providência cautelar for do tipo que dispensa a propositura de ação principal (ex. exibição) ou, quando não se trate de medida cautelar do tipo constritiva, que não prejudica a esfera

jurídica do requerido (ex. produção antecipada de prova), pois, nestes casos, a depender do resultado do processo cautelar, é possível que o requerente da medida venha a perder o interesse na formulação de pedido de medida principal, por ter se convencido do descabimento de sua pretensão. Ainda poderá se fazer útil a cautelar autônoma naqueles casos em que a parte objetive agregar efeito suspensivo a recurso dele desprovido, no ínterim entre a sua interposição e a remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente para julgá-lo.

7.8 Pressupostos de concessão das medidas coletivas urgentes: unificação sistemática

À luz do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, são dois os pressupostos que autorizam a concessão da chamada tutela antecipada de urgência⁴⁵⁹, quais sejam, (i) demonstração, através de prova convincente, de prova com boa dose de credibilidade, da verossimilhança das alegações do autor, da provável existência do direito alegado (CPC, art. 273, caput) e (ii) demonstração de que o direito corre sério risco de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação acaso não seja tutelado imediatamente (CPC, art. 273, inc. I). Em termos mais diretos, prova capaz de convencer o juiz de que o direito provável da parte não pode esperar pelo término do processo para receber tutela.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, há irreparabilidade quando o dano for irreversível. A irreversibilidade caracteriza-se pela impossibilidade de que o direito, uma vez lesado, seja restaurado na forma específica, isto é, volte a ser como era, já que, do ponto de vista jurídico, há sempre a possibilidade de se ressarcir um dano, através do pagamento de indenização, por mais frustrante que se mostre tal forma de compensação⁴⁶⁰. Por outro lado, considera-se de difícil reparação um dano, ainda de acordo com Marinoni, “quando as condições econômicas do réu não autorizam supor que ele terá condições de reparar efetivamente o dano” ou quando difícil sua exata quantificação⁴⁶¹.

Pressupostos da cautelar são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (CPC, art. 798). A plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido e o perigo decorrente da demora na prestação da tutela jurisdicional final (cognitiva ou executória).

Para alguns autores, a fumaça do bom direito é menos que a verossimilhança da alegação, não havendo correspondência exata entre os pressupostos autorizadores da

⁴⁵⁹ Nosso foco é a tutela antecipada de urgência (CPC, art. 273, I). Não estamos a tratar da tutela antecipada repressiva da litigância de má-fé, modalidade de antecipação que dispensa o pressuposto da urgência.

⁴⁶⁰ O direito em si mesmo não é restaurado, mas apenas o patrimônio do credor, mediante pagamento de indenização.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 156-157.

concessão da cautelar e da antecipação de tutela⁴⁶². O nível cognitivo exigido para a concessão da cautelar seria, digamos, menos intenso do que aquele exigido para a antecipação de tutela, em virtude da distinta natureza de ambas as medidas, aquela mais branda (meramente conservativa), esta última mais agressiva (satisfativa). Por conseguinte, a concessão de cautelar dependeria tão somente da verossimilhança⁴⁶³ das alegações do autor, ainda que não lastreadas em prova, ao passo que, para a obtenção de antecipação de tutela, necessário se faria que o postulante instrísse o pedido com mínimos elementos probatórios, capazes de induzir o juiz a crer na probabilidade do direito afirmado⁴⁶⁴.

Cássio Scarpinella Bueno afirma serem realmente diversos os pressupostos. Porém, segundo ele, não havendo como se aferir matematicamente qual o nível cognitivo que foi alcançado pelo juiz em cada caso concreto, isto é, “o quanto está o juiz convencido”, perde a distinção muito de sua relevância. O importante, complementa, é que o juiz defira a medida que se afigure mais adequada à necessidade do direito material, cautelar se for o caso simplesmente de se precaver a jurisdição contra a ameaça que o tempo representa para a utilidade das suas decisões, para a eficiência de um provimento futuro, ou antecipatória, se for o caso de se atender em caráter emergencial e provisório à pretensão autoral. Em suma, que o juiz se convença *suficientemente* de que o requerente da medida tem algum direito já demonstrado digno de tutela urgente⁴⁶⁵.

Em suma, pressupostos de ambas as medidas de urgência são a necessidade de se tutelar de pronto em razão do perigo que ronda o direito provável.

7.9 A natureza da decisão antecipatória da tutela

Justamente por derivar de cognição menos aprofundada, a decisão concessiva de tutela antecipada urgente não tem aptidão para se estabilizar. É dizer, seu conteúdo não se torna imutável, não se constitui na solução final da demanda. Apenas a sentença de mérito compõe a lide definitivamente. Justamente por isso, o processo deve prosseguir, a fim de que, com o aprofundamento da cognição, o juiz possa proferir sentença que regule definitivamente o

⁴⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 336.

⁴⁶³ Verossímil é o que parece verdadeiro.

⁴⁶⁴ Leonardo Greco discorda, afirmando que o pressuposto da prova inequívoca da verossimilhança da alegação equivale ao *fumus boni iuris* da cautelar: “A verossimilhança da alegação, fundada em prova inequívoca, nada mais significa, em linguagem exótica, do que o mesmo juízo de probabilidade da existência do direito (*fumus boni iuris*), que é pressuposto das medidas cautelares. (...) Na verdade, é indispensável que o juiz se convença de que o autor ou recorrente tem razão, ou seja, que ele formule um juízo positivo acerca de sua pretensão.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 402.

⁴⁶⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 4, p. 15.

litígio a ele apresentado, que defina a situação jurídica das partes, seus direitos e obrigações. Evidentemente, não se pode confundir satisfatividade com definitividade. A tutela satisfativa, quando deferida antes de findo o contraditório, não representa a solução final para o conflito, ainda dependente de análise mais profunda do direito, dos fatos e provas.

Por isso, a decisão que defere o pleito de antecipação dos efeitos da tutela final é interlocutória de mérito, já que incapaz de finalizar a atividade cognitiva em primeiro grau de jurisdição. Como regula apenas provisoriamente a situação litigiosa, é dita interina. Está fadada a ser “deposta” tão logo seja proferida a sentença de mérito. Isto é, a ser trocada, substituída no processo por outra decisão também pertinente ao mérito da causa. A sentença, qualquer que seja o seu teor, substitui a decisão antecipatória outrora prolatada.

A provisoriedade da tutela antecipatória, que nada tem a ver com a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, deve ser compreendida como a sua incapacidade para definir a controvérsia. Vale dizer, nada impede que uma decisão produza efeitos, no plano do direito substancial, irreversíveis, e que seja ao mesmo tempo provisória, incapaz de conferir solução definitiva à lide, ao mérito da causa⁴⁶⁶.

7.10 Legitimidade para o pleito de antecipação na seara coletiva

Analisa-se, em seguida, quem poderá requerer antecipação de tutela em ações coletivas.

7.10.1 Das partes principais do processo

Sendo concorrente e disjuntiva a legitimação para agir coletivamente, é possível formação de litisconsórcio, no pólo ativo do processo, desde a sua instauração. Nestes casos, qualquer um dos litisconsortes iniciais poderá pleitear a antecipação dos efeitos da tutela. Os colegitimados ativos que ingressem no feito coletivo posteriormente ao seu estabelecimento também estão legitimados ao pleito antecipatório, já que ou serão considerados litisconsortes ulteriores e, portanto, partes principais tanto quanto os autores originários, ou assistentes litisconsorciais, figura que o Código de Processo Civil equipara a do litisconsorte, estendendo-lhe os mesmos poderes, faculdades, deveres e ônus da parte principal.

O réu, como regra, não formula pedido. Simplesmente resiste à pretensão do autor. Ainda quando a rejeição do pedido feito na inicial implique prestação de tutela jurisdicional

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 194.

em seu favor, via de regra, não há produção de efeitos de direito material concretos que possam ser adiantados no tempo em seu benefício. Logo, nessa posição, não teria o demandado legitimação para o pleito de antecipação⁴⁶⁷.

A ele, no entanto, é reconhecida a possibilidade de formular o pedido de adiantamento dos efeitos da tutela naqueles casos em que exerce o direito de ação incidentemente, isto é, no corpo do mesmo processo surgido em razão da demanda do autor. Mas, nesses casos, ele já não é réu. Assume a posição de demandante e, como tal, detém legitimidade para o pedido. É o que ocorre nos casos de ajuizamento de ação reconvenicional ou de ação declaratória incidental (espécie de reconvenicional ajuizada pelo réu, com conteúdo declaratório) ou, ainda, de ações dúplices, em que ambos os sujeitos do processo ocupam, ao mesmo tempo, as posições de demandante e demandado. Tais demandas, embutidas em processo já formado, fazem com que o réu primitivo assumam a posição de autor e o autor originário a posição de réu. A troca de posição processual faz do réu demandante e nessa condição é a ele conferida legitimidade para formular o pedido de antecipação de tutela.

Nas ações coletivas, contudo, a admissibilidade da reconvenção é restrita aos casos em que o réu deduz pretensão em face do substituído processual, isto é, da coletividade, e não do substituto e depende ainda de que o substituto processual detenha legitimação extraordinária passiva também para a ação incidente, haja vista a inversão de pólos que a reconvenção opera. Enfim, não se admite reconvenção que veicule pretensão material do réu primitivo em face do legitimado extraordinário.

Os dispositivos da LACP sobre medidas urgentes silenciam quanto à necessidade de pedido da parte para que a tutela coletiva seja antecipada, porém, o art. 273, caput, do CPC, que é, como dito, o núcleo sistemático da disciplina das antecipações de tutela no sistema processual, exclui por completo a possibilidade de concessão *ex officio*, ao afirmar que tais medidas serão concedidas a requerimento da parte⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Ressalve-se a posição de alguns doutrinadores que sustentam ser possível ao réu postular, em seu favor, o adiantamento, ainda que parcial, dos efeitos que decorrerão de uma provável rejeição do pedido do autor. Exemplo corriqueiro é o do réu que, demandado em ação de cobrança, postula antecipadamente exclusão do seu nome dos registros de proteção ao crédito.

⁴⁶⁸ O Projeto de novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, admite que o juiz defira sem provocação medida urgente antecipatória. Coloca assim pá de cal sobre a celeuma, pois já hoje, como cediço, a despeito da previsão do art. 273, caput, existem autores que sustentam ser possível concessão oficiosa da antecipação. Problema que o texto de novo Código de Processo Civil não resolve é o de a quem será imputada a responsabilidade nos casos de ser concedida de ofício a antecipação de tutela. É que, deferiria a medida antecipatória sem que tenha sido pedida pela parte e havendo reviravolta nos rumos do processo, em razão de ter-se acolhido no todo ou em parte o recurso interposto, o até então beneficiado com a tutela urgente deverá arcar com os prejuízos suportados pelo seu adversário. Ora, pode ser que a parte não esteja disposta a correr tal risco e prefira aguardar o final do processo, para, só então, usufruir com segurança do direito, agora sim definitivamente reconhecido como seu. Se o juiz antecipa os efeitos da tutela independentemente de pedido, quem arcará com os prejuízos causados? A parte que não pediu a medida urgente? O juiz? Quem?! Sugerimos que, nos casos de antecipações produzidas em feitos coletivos do trabalho, seja o FAT o responsável por indenizar o requerido dos danos que sofreu.

Concluindo, em âmbito coletivo, poderão requerê-la os autores iniciais e os demais colegitimados legais que se enfrontem no processo posteriormente à sua instalação. O réu, em princípio, só nos casos em que formule pedido de tutela jurisdicional em face da constelação de substituídos processuais, e, mesmo assim, desde que possua o autor primitivo legitimação extraordinária para figurar no pólo passivo da demanda incidental.

7.10.2 Dos terceiros intervenientes em processos relacionados com direitos individuais homogêneos

A intervenção de terceiros interessados em processos coletivos, já se viu, apenas admite-se em se tratando de ações cujo propósito seja a tutela de direitos individuais homogêneos (CDC, art. 94). O indivíduo que opta por entrar no feito se transmuda em parte do contraditório, sendo, por isso, afetado normalmente pelos efeitos da sentença e pela autoridade da coisa julgada material.

O que por ora cumpra analisar é se teria o terceiro interveniente, titular do direito material, legitimidade para o pleito de antecipação de tutela.

Cassio Scarpinella Bueno entende que não, justamente por faltar ao indivíduo legitimação para a causa coletiva. Segundo ele, não tendo o assistente, ele próprio, legitimidade para a ação, não poderia formular pedido de antecipação de tutela. Assim não pensamos, todavia⁴⁶⁹.

Com efeito, o terceiro que ingressa no processo não pode ser considerado litisconsorte ulterior do legitimado extraordinário proponente da ação. É que a ele não é atribuída legitimidade para ajuizar, por conta própria, a demanda coletiva. No entanto, ao intervir, assume a qualidade de assistente litisconsorcial, a quem, como se sabe, é dispensado o mesmo tratamento conferido ao litisconsorte. Apesar de não ser genuíno litisconsorte, é tratado no processo como se litisconsorte fosse, sendo-lhe assegurados os mesmos poderes, faculdades, deveres e ônus próprios à condição de parte principal, o que certamente inclui a possibilidade de requerer antecipação de tutela. Até mesmo porque, vindo a ser indeferida a antecipação de tutela pleiteada pelo autor coletivo assistido, poderá o terceiro interveniente recorrer da decisão denegatória. Afinal, se o terceiro estará sujeito à eficácia da sentença e, mais grave ainda, à autoridade da coisa julgada material, nos parece que a ele não pode ser negada a possibilidade de impugnar as decisões contrárias à pretensão coletiva. Ora, ao recorrer da decisão denegatória do pleito antecipatório, não estará o assistente justamente postulando a

⁴⁶⁹ BUENO, C. S. *Op. cit.* p. 29.

antecipação de tutela pedida pelo legitimado coletivo e denegada em primeiro grau de jurisdição, agora para novo órgão jurisdicional? Como, então, lhe negar legitimidade para o pedido antecipatório em primeira instância? Definitivamente, não faz sentido que possa ele postular através de recuso a antecipação de tutela, mas que não possa formular o mesmo pedido ao órgão jurisdicional competente para conhecer da ação coletiva em primeiro lugar.

7.11 O meio de impugnação cabível contra as decisões concessivas e denegatórias de antecipação de tutela coletiva

As decisões proferidas interlocutoriamente, isto é, em meio ao andamento processual, por magistrados de primeira instância, que concedam ou deneguem pedido de antecipação tutelar ostentam, como o próprio nome revela, natureza interlocutória, pois resolvem questão incidente sem finalizarem o procedimento em primeiro grau de jurisdição.

A LACP, ao tratar das tutelas de urgência em sede de processos coletivos, dispõe expressamente ser cabível o recurso de agravo (acrescentamos, de instrumento), contra as decisões interlocutórias que examinem os pedidos de antecipações.

O Processo Laboral consagrou a regra, salvo algumas exceções (Enunciado nº 214 do TST⁴⁷⁰), da irrecorribilidade em separado das decisões incidentais (CLT, art. 893, § 1º), devendo o inconformismo a respeito do modo como foi decidida a questão objeto da interlocutória aguardar a superveniência da sentença, para então ser verbalizado no recurso ou na resposta ao recurso que contra a sentença se venha a interpor. Para que não preclua a questão, a parte deverá consignar, em ata, seu inconformismo.

A regra da irrecorribilidade imediata das interlocutórias conflita, pois, com a previsão da Lei da Ação Civil Pública (LAC, art. 12), segundo a qual das interlocutórias que tratem de pedidos de antecipação de tutela cabe recurso de agravo. O agravo, no contexto recursal trabalhista, fica reservado, simplesmente e como regra, para destrancar recursos que tenham tido seu trânsito obstado. Daí haver o TST, por meio da ex-OJ n. 58 da SDI-II, posteriormente convertida no Enunciado de Súmula 414, consolidado o entendimento de ser cabível, na falta de outro remédio específico, o heróico mandado de segurança⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ “SÚMULA 214 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.”

⁴⁷¹ “SÚMULA 414 MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do

Em sede de Processo Coletivo Laboral, porém, entendemos que das decisões de índole interlocutória que analisem pedidos de tutela de urgência, será cabível, sim, o recurso de agravo na modalidade de instrumento.

Em primeiro lugar, o fato de a interlocutória desafiar o recurso de agravo em nada tumultuará o desenvolvimento do processo em primeiro grau de jurisdição. O recurso de agravo, como cedoço, é interposto diretamente no Tribunal. Justamente porque há formação de novos autos (o chamado instrumento), o agravo é processado, em segunda instância, paralelamente à tramitação do procedimento principal cá embaixo, no primeiro grau de jurisdição, o qual, de nenhum modo tem a sua marcha interrompida em razão da admissibilidade do recurso. O que há é tão só uma bifurcação ritual, gerada pela interposição do apelo.

Ademais, o não cabimento de agravo nesses casos cria mais problemas do que resolve, ao levar ao manejo do mandado de segurança em 120 dias, quando hoje o AI tem prazo de dez dias. Ora, se são ambos, mandado de segurança e agravo de instrumento, meios de se impugnar as decisões judiciais (um autônomo, o outro interino, manipulável no mesmo processo onde foi prolatada a decisão), se são ambos processados originariamente pelo Tribunal, por que se admitir um e não o outro? Não é melhor que a decisão seja logo impugnada? Ademais, se o intuito da sistemática laboral de irrecorribilidade imediata, como faz crer a doutrina trabalhista especializada, é o de proteger a celeridade, qual o sentido em se dilatar os prazos de preclusão, concedendo às partes ainda mais tempo para impugnar a decisão, ao invés de singelos 10 (dez) dias, 120? Afinal, se a matéria que se pretende seja revista pelo órgão *ad quem* é urgente, porque a parte levaria 120 dias para provocar a reação do Tribunal?⁴⁷²

Em sentido diametralmente oposto ao aqui defendido, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que a norma da LACP que dispõe ser cabível o recurso de agravo contra as decisões “liminares” proferidas em ações coletivas não se aplica ao Processo Laboral, haja vista a regra específica de tal setor da processualística que interdita a possibilidade de impugnação imediata das interlocutórias. Para o autor, vedada a interposição do agravo, restaria aberta a via da ação mandamental, seja no caso de decisão concessiva ou denegatória da tutela⁴⁷³. O

mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. II - No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso.”

⁴⁷² Poder-se-ia argumentar, ainda, ser possível à parte, por meio de petição simples, formular pedido de reconsideração ao juiz, tendo em vista o caráter precário da decisão antecipatória, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo. O direito de petição encontra-se assegurando constitucionalmente no artigo 5º inc. XXXIV, ‘a’, da CF e traduz-se no direito de dirigir-se a qualquer autoridade estatal e endereçar-lhe um pleito, denunciar uma prática ilegal ou abusiva etc.

⁴⁷³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

posicionamento encontra-se em consonância com os Enunciados 214 e 414 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, bem como com o disposto no já mencionado artigo 893, § 1º, da CLT.⁴⁷⁴ Apesar disso, não é esse o posicionamento que aqui se defende.

É verdade que algumas matérias, objeto de decisão interlocutória, não carecem de reexame imediato, podendo a discussão a seu respeito permanecer adormecida, até eventual manifestação futura de irresignação da parte, por ocasião da prolação de sentença resolutória da lide. A idéia é a seguinte: se o tribunal tem de ser incomodado com o reexame de questões afetas à lide, que o seja de uma só vez, e não “parceladamente”. Mas se há urgência no reexame da decisão, nada justifica a retenção da irresignação, que, analisada tardiamente, poderá gerar à parte dano grave, tornando destituída de qualquer eficácia prática a garantia do duplo grau de jurisdição. Se há urgência, a matéria necessita ser devolvida imediatamente ao conhecimento do órgão jurisdicional ad quem e não ficar aguardando o julgamento final, quando então pode ser tarde demais⁴⁷⁵. Aliás, o Projeto de novo CPC, inspirado talvez no modelo celetista, que, salvo exceções, inadmite recurso de imediato das interlocutórias proferidas em primeiro grau, dispõe, coerentemente, que as questões resolvidas incidentalmente não precluem e que, portanto, podem ser devolvidas amplamente ao conhecimento do tribunal por ocasião da interposição da apelação. Apesar de haver perfilhado a mesma sistemática da irrecorribilidade imediata das interlocutórias, excepciona e permite o recurso imediato em casos de urgência⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ A jurisprudência também repudia o cabimento do agravo: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – ARTIGO DOZE DA LEI SETE MIL TREZENTOS E QUARENTA E SETE DE OITENTA E CINCO. A modalidade recursal prevista no artigo doze da lei sete mil trezentos e quarenta e sete de oitenta e cinco, reconhecida como óbice à ação mandamental, não se enquadra dentre aquelas previstas no ordenamento processual trabalhista, isto porque a ação civil pública é regida pelos termos do CPC, que na Justiça do Trabalho só é aplicável na lacuna, subsidiariamente naquilo em que inexistente incompatibilidade. No caso vertente, verifica-se ser imprópria a interposição de agravo de instrumento (artigo doze da lei sete mil trezentos e quarenta e sete de oitenta e cinco), eis que este, na sistemática dos recursos trabalhistas, só é cabível diante da denegação de recurso, o que incoorre. (...)” (TST, ROMS 356386 – j. 20.10.1998 – origem 4ª R. – Rel. Min. Regina Fátima Abrantes Rezende Ezequiel – DJ 27.11.1998.)

⁴⁷⁵ Há, como dito, no próprio Enunciado de Súmula 114 do Tribunal Superior do Trabalho algumas exceções à irrecorribilidade imediata das decisões de índole interlocutória proferidas no processo laboral. Nenhuma delas, contudo, diz respeito às decisões de urgência, as quais, a nosso ver, devem também poder ser revistas imediatamente. Ademais, apesar de inexistir qualquer previsão legal expressa que determine manifeste a parte interessada seu inconformismo para com a interlocutória proferida, por intermédio de protesto nos autos, é entendimento consolidado junto aos tribunais trabalhistas que a parte expresse sua insatisfação como condição procedimental indispensável à futura interposição do recurso. O silêncio da parte é compreendido como anuência tácita relativamente à decisão prolatada, sinal de resignação.

⁴⁷⁶ Há, além desta exceção à irrecorribilidade imediata das interlocutórias outras, como nos casos de julgamento fracionado do mérito da causa e ainda em se tratando de decisões proferidas em sede de cumprimento de sentença ou mesmo no processo de execução.

8 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS

Não basta apenas soerguer os fracos; devemos ampará-los depois.

William Shakespeare

8.1 A importância da execução para a efetividade dos direitos coletivos do trabalho

Conseqüência do acesso à justiça é a efetivação das decisões emanadas do Judiciário em caso de resistência do vencido em cumprir o pronunciamento judicial condenatório. Pouco útil é a decisão judicial, por mais perfeita que seja do ponto de vista técnico e por mais justa que seja, ou por menor que tenha sido o tempo transcorrido até sua emissão, se não logra extrapolar a realidade formal do processo, eliminando as insatisfações que motivam e impulsionam as pessoas a demandar.

Quando a tutela jurisdicional formulada no processo assume a forma de um provimento condenatório, não se pode dizer que seja efetiva, se, à falta do adimplemento espontâneo do obrigado, aquele a quem beneficia não dispuser de instrumentos adequados e eficazes capazes de dar atuação concreta àquela condenação⁴⁷⁷. Por conseguinte, a própria efetividade da tutela executiva revela-se instrumental à efetividade do processo como um todo⁴⁷⁸. Em outras palavras, da efetividade da execução depende a efetividade de todo o processo.

A decisão que certifica a existência de um direito à prestação, ao contrário do que ocorre com as sentenças declaratórias e constitutivas, não se efetiva automaticamente, sendo indispensável, portanto, algum comportamento ou atividade por parte do réu ou ainda uma abstenção.

Como é cediço, toda sentença condenatória é dotada de comando dirigido ao vencido, para que cumpra certa prestação (de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia). Portanto, além da carga declaratória, o provimento que atesta a existência de um direito a prestação impõe ao réu o dever de prestar, o condena ao cumprimento de uma obrigação. É justamente com respeito à tutela destinada a eliminar a crise de inadimplemento que se verifica, comumente, a necessidade de atividade posterior à cognitiva, voltada a fazer com que a decisão judicial desencadeie os seus efeitos. A execução permite que os efeitos da sentença se irradiem para além do organismo processual. A atividade que visa a concretizar a

⁴⁷⁷ GRECO, Leonardo. "Execução nas ações civis públicas". *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, 2003, p. 55-76.

⁴⁷⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes, 2005. p. 225-286

norma jurídica concreta inserida em decisão condenatória denomina-se execução. Executar é efetivar, realizar, concretizar. Fazer acontecer. É fazer das palavras do juiz, depositadas na sentença, uma realidade. Implementá-las na vida real. A execução é a atividade jurisdicional realizadora dos direitos. Logo, a garantia da efetivação das decisões é a própria garantia dos direitos.

A decisão que não logra jamais se realizar trai a promessa constitucional de acesso à justiça, porque não tutela de verdade. O direito à prolação e execução de uma decisão dentro de um prazo razoável é garantia que concorre para a implementação da promessa de inafastabilidade do controle judicial.

No caso de resistência do réu ao cumprimento da decisão judicial condenatória, torna-se, por conseguinte, indispensável o emprego das medidas destinadas a realizar concretamente o comando judicial⁴⁷⁹. São necessários atos materiais - do próprio réu ou do Estado, em substituição - para efetivá-la. A mera decisão condenatória, se não adimplida voluntariamente, não satisfaz o direito do credor. Havendo o reconhecimento, na sentença, de um direito a prestação, a atividade estatal deverá providenciar a sua realização prática, sem o que não se pode afirmar tenha o Estado-juiz cumprido a promessa de prestar jurisdição, o dever inafastável de prestar justiça. O não cumprimento espontâneo da decisão pelo devedor justifica a atuação estatal jurisdicional executiva.

Daí constituir a execução, como o conjunto de atividades estatais voltadas à realização do comando contido em uma decisão judicial, de coerção e sub-rogação, componente fundamental da garantia de efetividade processual. É a execução que permitirá que as decisões judiciais se concretizem, produzindo resultados úteis na vida das pessoas.

Além de se fazer sentir, a tutela deve ser específica, ou seja, deve ofertar a quem tem um direito exatamente aquilo a que tem direito.

O resultado propiciado pela atividade executiva deve equivaler àquele preconizado pelo direito material. O processo deve ofertar ao destinatário da tutela jurisdicional o mesmíssimo resultado que seria obtido acaso jamais tivesse sido violado ou ameaçado o direito e, por conseguinte, não fossem necessários a ação, o processo e a jurisdição.

⁴⁷⁹ A atividade executiva pode implementar-se através de duas medidas, como será explorado: coercitivas e sub-rogorias. A depender do tipo de prestação carente de implementação variará a medida executiva a ser empregada. Assim, em sendo o caso de obrigação cuja prestação deva ser realizada com exclusividade pelo devedor, deve-se procurar induzir o próprio obrigado ao cumprimento da prestação, do mesmo modo como pactuado. A entrega de uma quantia em dinheiro no lugar da prestação devida não atende às expectativas com o processo. Devem ser utilizadas medidas executivas que inculquem no devedor o ânimo de adimplir a obrigação assumida. Só no caso de falharem em seu intento ou de não ser mais possível ou do interesse do credor o cumprimento específico, é que, então, substitui-se a prestação primitiva devida por uma indenização. Apropriadas, então, passam a ser as medidas sub-rogorias. O Estado-juiz atua fazendo aquilo que o devedor deveria ter realizado espontaneamente, mas não fez, melhor, não quis fazer.

O processo verdadeiramente efetivo deve ser capaz de produzir tutela específica dos direitos, máxime nos casos de direitos de tipo extrapatrimonial, que não se comprazem com a reparação em pecúnia.

O dogma da intangibilidade da vontade humana durante muito tempo, no entanto, representou óbice intransponível à injusta resistência do devedor em cumprir a obrigação assumida, tal qual assumida.

O liberalismo combinava com a tutela ressarcitória, retrospectiva por essência, incapaz de prevenir, só de remediar, e com juízes inertes, lenientes com o inadimplemento, pouco empenhados na efetividade da tutela jurisdiccional. Simplesmente não havia mecanismos de persuadir, coagir, enfim, pressionar o dever a adimplir. A tutela reparatória em pecúnia substituía o direito por dinheiro. Tolerava-se o desrespeito aos pactos, desde que a parte mais forte da relação material estivesse disposta a pagar pelo descumprimento. Ao invés da prestação específica a que o devedor havia se obrigado, o sistema processual só era capaz de ofertar ao sujeito que havia sofrido um “calote” indenização compensatória, isto é, tutela de ressarcimento, de restauração do patrimônio desfalcado mediante pagamento de dinheiro.

Sob influxo instrumentalista, renovada a compreensão de acesso à justiça, superou-se o mito de não poder ser a vontade humana de qualquer modo constrangida. Municiou-se, destarte, o juiz de pesado armamento na luta contra o inadimplemento injustificado, em prol da oferta de tutela jurisdiccional específica. Injetou-se no sistema processual considerável dose de efetividade, pela outorga ao juiz de (super)poderes de dar concreção a seus comandos, quer pela adoção de medidas de pressão sobre a vontade do devedor, as quais cultivam a esperança de convencê-lo em algum momento de que é menos custoso o adimplemento que a desobediência, quer pela possibilidade conferida aos juízes de atuarem sobre o patrimônio do devedor renitente, produzindo, por sub-rogação, os mesmos resultados que este insiste em não querer produzir, privilegiando-se a tutela específica em detrimento da tutela ressarcitória.

8.2 Um adendo: delineamento de um novo marco regulatório para a execução laboral. Proposta de *lege ferenda* em prol do incremento da efetividade dos direitos trabalhistas, coletivos inclusive

Na dianteira do movimento de Acesso à Justiça, apesar do total desprestígio perante a comunidade jurídica, o Processo Laboral sempre se mostrou fonte inspiradora para o Processo Comum. Tocado por uma dimensão social e coletiva então estranha ao terreno civilista - liberal e individualista, por excelência, o Processo do Trabalho transcende o seu próprio

universo de incidência, circunscrito às relações trabalhistas, para projetar suas luzes inspiradoras sobre outros espaços. Convola-se em verdadeiro modelo para o Processo Comum, ícone difusor de tendências processuais de vanguarda. Daí se poder falar em uma certa “vocalização irradiante”⁴⁸⁰ própria à processualística laboral.

Por exemplo. Foi o campo do trabalho o primeiro a pensar o processo a partir de uma perspectiva desigual, renegando a farsa da igualdade absoluta entre todos os homens, em prol do reequilíbrio de forças no contexto processual. Ademais, é no ambiente conflitivo do trabalho que se desenvolve e exprime o valor solidariedade mais acentuadamente, principalmente em virtude da noção clara de disparidade presente desde sempre no mundo do trabalho. A consciência da fraqueza do homem singular e da existência de interesses comuns fizeram aflorar mais precocemente e com muito mais força na seara do trabalho o instinto coletivo. A idéia de que “a união faz a força” e torna mais justo o embate capital *versus* trabalho.

O evoluir histórico e incremento do arcabouço jurídico humanitário, das dimensões de direitos humanos, aproximariam Processo do Trabalho e Processo Civil, originando tendência processual evolutiva unificada, convergente para os propósitos de incremento de acesso à justiça.

A difusão celetista para outros setores do Processo, contudo, só se faria sentir mais explicitamente, em 1988, com o triunfo do constitucionalismo e a atração do Direito de uma forma geral, em especial o processo, para a zona de influência constitucional. Enquanto assentado na premissa liberal-individualista, o Processo Comum muito pouca afinidade demonstrava com o Processo Trabalhista.

Ao se deparar com os novos direitos (sociais e coletivos) a efetivar, o Processo Comum apropriou-se de algumas das idéias celetistas. Os novos ventos do constitucionalismo, em conjunto com as ondas renovatórias de acesso à justiça, sopraram para outros cantos do Direito práticas tipicamente trabalhistas. Métodos, técnicas e princípios então próprios ao universo laboral se espalharam por todo o processo. Disposições inseridas na legislação do trabalho tiveram sua eficácia normativa dilatada, pois afinadas perfeitamente à plataforma de valores constitucionais. A sintonia axiológica existente entre a Constituição Federal e a CLT produziu, sobre suas disposições, o efeito irradiante. Normas alocadas na

⁴⁸⁰ A expressão não é minha mas é perfeita a transmitir a ideia que se quer passar. Utilizada não com relação ao Direito do Trabalho, mas do Consumidor, é de José Augusto Garcia de Sousa, “Tutela da informação e vocalização irradiante do Código de Defesa do Consumidor”, Revista da EMERJ, n° 35, 2006, p. 232-280. No excelente texto, assim como nós com relação à CLT, ao menos, ressalve-se, até certo ponto de sua história, o referido autor vê no CDC força transcendente apta a empolgar demais segmentos do Direito, assumindo, destarte, papel central no cenário processual, por constituir-se em fio condutor, de propagação de valores depositados e extraídos diretamente do texto constitucional. Vale dizer, verdadeiro diploma difusor e concretizador da nova ordem jurídico-constitucional, baseada no valor solidariedade.

CLT ganharam dimensão universalista, porque condensadoras da própria principiologia processual constitucional. E daí o reforço de sua vitalidade normativa, de sua transcendência como sistema de normas.

A Lei dos Juizados Especiais, o Código de Defesa do Consumidor, sem falar no próprio Processo Civil, objeto de constantes alterações, são frutos, em parte, deste movimento eficaz de alargamento das disposições celetistas. Da polinização de sua vivência social e coletivista. Direito do Consumidor e do Trabalho baseiam-se na mesma idéia motriz protetiva do presumivelmente fraco. Daí a preferência consumerista em se tutelar o consumidor coletivamente, à semelhança do paradigma trabalhista, por essência agregador. Ademais, notórias são as similitudes entre o procedimento dos Juizados Especiais⁴⁸¹ e o procedimento padrão celetista, ambos informais, descomplicados, orais, compactos, gratuitos e amantes da conciliação.

Ocorre que o Processo Comum foi muito além de simplesmente reproduzir o modelo celetista. Inspirando-se em muitas das idéias trabalhistas, outras vezes apropriando-se da rica experiência de Direito Comparado, mas, sobretudo, sob influxo das ondas renovatórias e da concepção instrumentalista que se ia difundindo crescentemente entre os estudiosos do processo, o Processo Civil em especial reformulou-se intensamente, sobretudo em prol do aprimoramento do acesso à justiça. Um conjunto expressivo de reformas homeopáticas. O Processo do Trabalho, por sua vez, permaneceu praticamente intocado. O descompasso reformista, não tardaria, acabaria por desnivelar instrumentalmente ambos os processos.

Assim, o protagonismo inicial desfrutado pela CLT sofreu certo refluxo, em razão, sobretudo, da série de minirreformas sofridas pelo Processo Comum, todas embaladas pela concepção instrumentalista de processo⁴⁸². Ao CPC foram sendo injetadas grandes doses de instrumentalidade, ao passo que a CLT muito pouco se alterou desde 1943, ano de sua edição, mantendo-se praticamente intacto seu texto original.

Na verdade, a defasagem instrumentalista laboral frente ao Processo Civil só não foi maior por duas razões. Primeira, em certos aspectos a CLT estava muito à frente do Processo

⁴⁸¹ As semelhanças que aproximam o procedimento trabalhista ordinário da liturgia própria aos Juizados Especiais deixam entrever os influxos recíprocos de um ramo do processo sobre outro. São indícios fortes da existência de uma zona processual comum, de uma Teoria Geral Processual, que é o ponto de vista que pretendemos demonstrar neste ítem. Tais similitudes evidenciam-se no brilhante artigo de FUX, Luiz. *Juizados especiais – um sonho de justiça*. Revista de Processo, n. 90, abr./jun. 1990, p. 151-158.

⁴⁸² O processo, de uma forma geral, e o Processo do Trabalho não é exceção, vive hoje a fase denominada instrumentalista. Trata-se de um novo modo de se compreender o processo, não a partir de si mesmo, mas a partir das necessidades, demandas e expectativas dos consumidores de justiça, os jurisdicionados. O instrumentalismo é a síntese dos propósitos de todos os braços processuais e fator de proximidade entre eles, a possibilitar valiosa permuta de experiências. Trata-se de verdadeira nova postura, mais preocupada com a substância do que com formalidades frívolas. Autor nacional que se debruçou "lindamente" sobre o tema é DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Civil em termos instrumentais. Logo, até que o CPC a ultrapassasse na escalada instrumentalista, algum tempo foi preciso. E, segundo e mais importante, sempre que se incorporava ao Processo Comum alguma novidade ausente da CLT, era ela introduzida ao Direito Processual do Trabalho, sem maiores problemas, pela fresta do art. 769. Por ser diploma propositalmente sintético, a própria CLT, faz menção ao Processo Comum como fonte supletiva do Processo Laboral. O que falta cá, no Direito Processual Trabalhista, é suprido pelas disposições de lá, do Direito Processual Comum.

Por conseguinte, sempre que o Processo Civil refinava o seu sistema de normas a fim de ofertar tutela mais efetiva, o Processo do Trabalho, por ser omissivo, se aproveitava das mudanças naquilo que fosse compatível e conveniente. E, assim, “alimentada” todo o tempo pelo Processo Comum, nunca sentiu o legislador necessidade de promover alteração de peso no conjunto das disposições instrumentais celetistas. E nem havia mesmo necessidade, pois é também o Processo Comum fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho.

E, assim, após a posição inicial de vanguarda ocupada pelo Processo Trabalhista, precisou a CLT, cada vez mais, pegar “carona” no comboio reformista do CPC, a fim de atender às novas exigências de acesso à justiça impostas pela compreensão instrumentalista de processo. O paradigma, então, inverteu-se. Em movimento oposto ao historicamente vivenciado, foi o Processo Comum que passou a influenciar o Trabalhista, muito mais que o contrário. Em certa altura de sua trajetória, o Processo do Trabalho passou a depender enormemente do Processo Civil, para seguir acompanhando as tendências modernizadoras da ciência do processo comum um todo⁴⁸³.

Mas, até aí, nada demais. A própria CLT reconhece sua insuficiência normativa e faz remissão ao Processo Comum como fonte supletiva do Processo do Trabalho. Aliás, esta “incompletude”, longe de ser um defeito, revelou-se a grande virtude celetista. A falta de um roteiro processual mais detalhado na Consolidação das Leis do Trabalho é que permite ao juiz do trabalho maior desenvoltura na condução dos feitos, fazendo muitas vezes da Justiça Laboral um palco para o improviso, para a experimentação de novas tendências processuais, para o exercício criativo de práticas que melhor floresçam os direitos fundamentais. A

⁴⁸³ CHAVES, Luciano Athayde Chaves. *A recente reforma no processo comum: reflexos no Direito Judiciário do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 27 e segs: “(...) precisamos reconhecer que, de forma cada dia mais contundente, o Direito Judiciário do Trabalho vem apresentando problemas, retratados justamente na ausência de modernização de seu principal substrato de regramentos, que é a Consolidação das Leis do Trabalho. (...) No mínimo, seria necessária uma reforma processual que proporcionasse a sua adequação ao exercício do Juízo monocrático em Primeiro Grau e incorporasse, com as peculiaridades necessárias, os eficazes institutos para a prestação das chamadas ‘tutelas de urgência’, dentre outras ferramentas processuais indispensáveis ao desenho de um sistema processual minimamente sintonizado com o atual cenário do universo processual. Enquanto isso não ocorre, continuamos a conviver com a perene necessidade de colmatar a incompletude do Direito Processual do Trabalho com regras procedimentais pertencentes a outras dimensões da Ciência Processual, num autêntico exercício de heterointegração do direito.”

distribuição dinâmica da carga probatória, por exemplo, foi testada em solo brasileiro primeiro na Justiça Obreira, a despeito de qualquer norma processual explícita autorizadora. Fiados diretamente no princípio isonômico, os juízes do trabalho experimentaram e incorporaram a prática que há de ser positivada (se já não está) no Código de Processo Civil vindouro. A necessidade é mesmo a mãe da invenção... Não apenas isso.

Ter-se delineado como sistema repleto de transitividade, dependente, pois, da conjugação de outros diplomas legais trouxe longevidade ao Processo Laboral. Ao avançar o Processo Civil, avançava *pari passu* o Processo do Trabalho, receptivo aos ares renovadores dele provenientes.

O grande problema é que, em alguns aspectos, o Processo Comum avançou tanto que deixou para trás o Processo do Trabalho. “E é aí que está.” Há casos em que a CLT legisla, só que não tão bem quanto o Processo Comum ao propósito de ofertar a sonhada tutela jurisdicional efetiva. Como a regra da subsidiariedade só admite aplicação das normas processuais comuns ao Processo Laboral na omissão da CLT, o que fazer? Como transpô-las ao Processo do Trabalho? É o que se passa a examinar.

8.3 As mudanças operadas na execução cível e seu impactar no processo do trabalho. O aparecimento de lacunas “axiológicas”

Não se pode dizer ser a CLT omissa no concernente ao procedimento executivo de obrigação de pagar. Há regulamentação própria no seu corpo normativo quanto à matéria. No entanto, em alguns aspectos, mais precária do que aquela prevista no CPC.

A multa do art. 475-J do CPC é exemplo emblemático. Incide ela nas hipóteses de não cumprimento voluntário das sentenças condenatórias de pagar quantia. O que se espera é que surta o efeito de compelir o devedor ao pagamento, tornando prescindível, pois, a atividade executiva. Trata-se de poderosa medida de coerção dotada do propósito de acelerar a satisfação de pretensão já acolhida em sentença. No entanto, para tais hipóteses, a CLT (art. 883) possui regramento específico: prevê, em caso de resistência do vencido em se submeter à decisão condenatória, a expedição de mandado de penhora e avaliação. Não é omissa, portanto. Não pelo menos no sentido da falta de regulamentação normativa. Trata-se, em verdade, do que a doutrina mais moderna vem denominando lacuna axiológica.

Constitucionalmente propugna-se pela duração razoável do processo (fim) através da adoção de medidas que garantam a celeridade da sua tramitação (meio) (CF, art. 5º, inc. LXXVIII). Ora, não é a multa meio predisposto ao alcance do desiderato constitucional de se

outorgar tutela tempestiva ao cidadão? Pois então... Não é ela a projeção infraconstitucional de uma aspiração compartilhada por todo o processo? Por que não aplicá-la ao Processo do Trabalho, inobstante a ausência de omissão propriamente dita na CLT⁴⁸⁴? A prática cível tem demonstrado que a multa vem estimulando o adimplemento, que tem, de fato, o poder de apressar a satisfação do direito do credor já reconhecido em título judicial. Por que furtar o trabalhador, justamente aquele que litiga por verbas alimentares, que costuma ser hipossuficiente, que já teve irreversivelmente explorada sua força de trabalho em proveito do tomador, de tão poderosa medida?

São recorrentes as decisões do mais alto Tribunal Trabalhista do país refutando a aplicação da multa à execução trabalhista, ao argumento cômodo da existência de disciplina específica no interior da CLT.

A nosso ver, porém, é preciso ir além da compreensão simplória de lacuna que a identifica tão só como a ausência de regulamentação a respeito de certo assunto. Surgirão lacunas também nos casos em que a disciplina da CLT mostrar-se anacrônica, ultrapassada quando comparada com aquela similar de outros ramos do processo, mais eficazes.

O delinear dos procedimentos pelo legislador nem sempre se afina à constelação de princípios do devido processo. Outras vezes, as leis postas já não refletem os novos valores sociais, por essência cambiantes. Em outros casos, simplesmente avança um processo mais que outro, por força de reformas legislativas, tornando-se mais equipado que os demais. Surgem daí lacunas ditas axiológicas, mais do que simplesmente normativas. Verdadeiros empecilhos à máxima efetividade processual.

O Processo Laboral, em muitos aspectos, envelheceu. No campo executivo, nem se fala. Foi superado em inventividade pelo Processo Comum.

Compreendida literalmente a regra da supletividade trabalhista, a inovação ficaria barrada, ante a existência de norma específica a reger a hipótese fática de inadimplemento no *habitat* laboral. Paradoxalmente, pois, a mesma regra que, até hoje, permitiu ao Processo do Trabalho manter-se jovem, se inteligida com abstração dos propósitos que inspiraram sua positivação, produziria o resultado indesejável de tornar o Direito Processual Trabalhista menos efetivo que o Processo Civil⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ A multa do art. 475-J é só um exemplo. Há outros que dão mostras do envelhecimento celetista: a suspensividade *ope legis* da execução, a execução provisória necessariamente incompleta etc. Sobre estas lacunas e outras, CHAVES, Luciano Athayde. 3. ed. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

⁴⁸⁵ Segundo Luciano Athayde Chaves, havendo ancilose celetista face à disciplina de outros braços do processo surgem lacunas não no sentido normativo: "(...) o fato é que as alterações no processo comum, ao que se observa, estão emergindo primeiro no panorama da positivação do regramento processual, trazendo, por isso mesmo, reflexos em todo o ambiente do processo de natureza cível, inclusive no Processo do Trabalho. (...) não estou limitando a abordagem da heterointegração apenas quando existente a lacuna em seu sentido normativo, mas também nas freqüentes hipóteses em que a norma

Interpretação gramatical da regra, em suma, conspiraria contra a efetividade trabalhista, quando justamente foi positivada com o intuito de permitir ao Processo Laboral absorver as grandes inovações vivenciadas pelo processo de uma forma geral. Produziria verdadeiro refluxo, marcha à ré instrumental.

Logo, em sentido oposto ao que até então se testemunhou, será preciso, por vezes, a fim de se suplantar o desnível de efetividade, trazer de fora para dentro do processo laboral disciplinamento mais arrojado, mais eficiente, mais moderno, enfim, que no dia-a-dia do foro venha a se revelar melhor, mesmo à custa da derrogação de normas trabalhistas. Não será só na falta de disposição específica que as inovações serão admitidas. Também quando houver descompasso instrumental se admitirá, feitos os devidos reparos e adaptações e sem surpresas para os jurisdicionados, claro, o ingresso de normas provenientes de outros “nichos” do processo.

Assim, se outrora foi a CLT a responsável por alavancar a própria efetividade de outros ramos processuais, é preciso, agora, que os outros setores do processo – CDC, CPC etc. – retribuam a ajuda e incrementem a efetividade da própria CLT. É preciso que, hoje, os demais ramos do processo façam a ponte entre a CLT e a Constituição, pinçando-se de outros processos instrumentos valiosos contributivos à efetivação dos direitos trabalhistas, através da promoção da intertextualidade processual.

A norma juslaboral da subsidiariedade (CLT, art. 769⁴⁸⁶) deve receber leitura consonante com os novos tempos e funcionar como poderoso fator de abertura do Processo do Trabalho às imposições instrumentalistas. É preciso enxergá-lo como uma grande antena captadora das ondas renovatórias de fomento ao Acesso à Justiça provenientes de todos os lados. Como um mecanismo de permanente de ligação da CLT com o presente, jamais como um fator de involução, de retrocesso social.

8.4 Identificação e superação do dilema: o preenchimento de “lacunas axiológicas” com supedâneo na Teoria Geral Processual

Todo e qualquer ramo do processo é instrumento e, portanto, vazio de conteúdo material. O Direito Processual é eminentemente metodológico, pois se dedica a disciplinar (i) o modo como deve ser exercido o poder estatal; (ii) a ação e seus pressupostos, isto é, o jeito

processual trabalhista sofre de manifesto e indiscutível ancilose em face de institutos processuais semelhantes adotados em outras esferas da ciência processual, inequívocamente mais modernos e eficazes.” CHAVES, L. A. Op. Cit., p. 31-33.

⁴⁸⁶ 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.

de se cobrar em juízo a realização de um direito e (iii) o modo de ser do processo, a caminhada até a tutela jurisdicional, pela previsão de seqüência encadeada de atos, todos imbricados teleologicamente, capaz de conferir ao jurisdicionado algum grau de certeza quanto ao que esperar do devir processual. As distinções que se verificam entre os diversos ramos (cível, trabalhista, penal) devem-se à natureza do direito material em função do qual cada um existe. A serviço do qual cada um deles está, isto é, em razão do tipo de direito material que cada um se dedica a efetivar. Daí as subdivisões.

Apesar das distinções, todos os ramos da processualística regem-se pelos mesmos princípios de participação, igualdade, publicidade, imparcialidade, independência, motivação, efetividade etc., estruturam-se a partir dos mesmos quatro institutos fundamentais já identificados (jurisdição, ação, defesa e processo) e são movidos pelos mesmos escopos instrumentalistas de pacificação e realização dos direitos com justiça. Daí o descortinar de uma Teoria Geral Processual.

Os pontos de contato formativos desta Teoria Geral revelam-se a partir de verdadeiro movimento indutivo sintetizador, isto é, à luz das experiências positivas de cada ramo do Processo, que possam ser descontextualizadas e por todos aproveitadas, ou, nas palavras irretocáveis de Dinamarco, que possam ser elevadas “ao grau máximo de generalização útil”⁴⁸⁷ a partir de um cotejo, de um paralelo, entre cada um dos ramos do processo. De uma visão empírica sensível do conjunto. A tarefa generalizante própria à Teoria Geral extrai, do particular para o geral, idéias, técnicas, princípios, conceitos, institutos de caráter e propensão universalista.

O mais importante de tudo. Tal compreensão unificada do Processo gera o fenômeno da transitividade, a ponto de ser permitido a certas disposições se projetarem sobre cada um dos ramos do processo, extravasarem do lócus normativo onde repousam, para se irradiarem por todo o sistema processual **como elementos da Teoria Geral**.

Compreendido o processo unitariamente, como unidade, torna-se possível a delicada operação de transposição de disposições do CPC, CDC, LACP etc. que com o Processo Laboral revelem compatibilidade, empatia axiológica, identidade de propósitos, enfim, alma instrumentalista. O que não deixa de corresponder a uma verdadeira permuta, intercâmbio, “troca de figurinhas” entre os vários segmentos do processo.

A verdade é que o legislador simplesmente não consegue ou não vê necessidade de reproduzir em cada texto que edita todas as disposições que possuem aplicabilidade processual múltipla, cabendo ao intérprete fazê-lo, a partir de uma perspectiva

⁴⁸⁷ DINAMARCO, C.R. *Op. Cit.*, p. 69 e segs.

constitucionalizada e unificada de processo. Alguns dispositivos, independentemente do lócus em que inseridos, por condensarem valores constitucionais os mais relevantes, porque aumentam a efetividade do processo, meta comum a todos os ramos, têm dilatada sua força normativa, desenvolvem uma espécie de vocação irradiante. Assim, a despeito de domiciliados em local específico do ordenamento jurídico, porque afinados com a Constituição, porque encarnam a própria pretensão processual instrumentalista, podem ser integrados à zona comum processual, reverberando posteriormente, em todos os ramos do Processo.

Assim, qualquer norma que possua o intuito de concretizar o direito material integra o direito processual como um todo. Mesmo quando topologicamente agrupadas em um “Código”, isto não significa dizer que não possam ser reciprocamente aproveitadas.

A premissa da unidade fundamental do Direito Processual produz, segundo Salvador Franco de Lima Laurino, duas conseqüências, uma teórica e outra prática: “A conseqüência teórica, concebido o direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica, é a possibilidade de elaboração de uma teoria geral do direito processual, cujo objeto é o corpo de conhecimentos comuns a todos os ramos do direito processual, o que abrange os métodos, os princípios, os institutos e as funções sociais, políticas e jurídicas do sistema processual. A conseqüência prática, concebido o direito processual como norma jurídica, é a possibilidade de aplicação subsidiária de regras de processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais.”⁴⁸⁸

Por sua vez, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, o esforço indutivo sintetizador, próprio à Teoria Geral, esta sua tarefa generalizante, não pode conduzir a níveis exagerados de abstração, sob pena de se revelar inútil. Os elementos colhidos de cada “nicho” do processo e reconduzidos à zona de confluência processual devem poder ser aproveitados indistintamente por todos os ramos, fornecendo-lhes subsídios para a resolução de seus problemas internos de efetividade. Vale dizer, devem mostrar-se contributivos ao aperfeiçoamento de cada um dos minissistemas como instrumentos a serviço do direito material⁴⁸⁹.

Logo, a partir de controle procedimental celetista realizado à luz da constelação de princípios da Constituição e do cotejo entre a carga de efetividade de cada um dos “processos” - civil e do trabalho, verificando-se déficit de efetividade, descompasso

⁴⁸⁸ LAURINO, Salvador Franco de Lima. Os reflexos das inovações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 79-89, jul./dez.2005.

⁴⁸⁹ DINAMARCO, C. R. Op. Cit., p. 79.

instrumental entre ambos, aquele mais efetivo que este, pode e deve a CLT utilizar-se do Processo Civil como forma de eliminá-lo.

É dizer, desequilíbrios instrumentais entre os processos podem e devem ser corrigidos pela importação de técnicas, métodos, boas idéias, instrumentos exteriores mais condizentes com a nova realidade valorativa da sociedade brasileira e com os imperativos instrumentalistas de acesso à justiça.

A constelação de princípios processuais irradiada da própria Constituição formativa de verdadeira teoria geral do processo é referencial ao controle procedimental da CLT. O paradigma, então, inverte-se: é a própria CLT que deve se aplicar subsidiariamente à execução laboral, não mais o CPC. O Processo Cível torna-se, enfim, fonte normativa principal, ao menos no tangente à execução.

A única ressalva é que a idéia “forasteira” tem que estar normatizada previamente. Pode estar no código de defesa do consumidor ou no código de processo civil, por exemplo, não importa. A instrumentalização não repudia a criatividade, a iniciativa, nem a eficiência. Sempre será possível fazer melhor, evoluir, progredir⁴⁹⁰. Só não será possível a surpresa, ou seja, a criação de regras de efetivação do processo do “nada”. Também não é possível violar a garantia de um processo justo, direito fundamental da pessoa humana consagrado na Constituição e na ordem internacional.

8.5 Preparando o terreno para a execução: a liquidação da sentença coletiva

Reconhecida, pela sentença, a existência da obrigação (*an debeat*) e definida a natureza da prestação devida — de fazer, não fazer, entregar coisa, pagar quantia etc. (*quid debeat*) — ainda será preciso, para que o título judicial (ou melhor, a obrigação nele contida) se torne exigível, definir a extensão da obrigação, ou seja, o quanto é devido de prestação (*quantum debeat*). O título executivo deve conter um direito certo e líquido. Não constando do título o valor devido, deve-se proceder à denominada liquidação de “sentença”. A liquidação aparece, portanto, como condição necessária da própria execução.

A liquidação de uma sentença coletiva poderá ocorrer (i) entre as etapas de conhecimento e executiva do processo sincrético e daí falar-se em *liquidação-fase*, a liquidação-fase é procedimento que se realiza sem que haja sido extinto o processo que se

⁴⁹⁰ “Não é demais destacar que o Processo do Trabalho tornou-se, ao longo do tempo, emblema de simplicidade e eficiência, verdadeiro manancial de referência para a instituição do procedimento dos juizados especiais cíveis, assim como para muitas das alterações aplicadas ao Código de Processo Civil. Porém, isso não pode significar isolamento, tampouco reconhecimento de sua forma como perfeita ou imune a atualizações e modernização. Pelo contrário, nossos dias são bem diferentes, as demandas no Poder Judiciário também.” CHAVES, L. A. Op. Cit., p. 33-34.

iniciou com o pedido de condenação; ou, (ii) em hipóteses específicas, já no curso do próprio processo ou fase de execução (são os casos de *liquidações-incidentes*) ou ainda (iii) mediante o exercício de direito de ação que faça surgir nova relação jurídico-processual (fala-se em *liquidação-processo*). Então, o conjunto de atividades direcionadas à revelação do valor de uma obrigação poderá realizar-se como processo, fase ou incidente.

Nas hipóteses de ações voltadas à tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, se fará necessária liquidação sempre que a sentença condenatória de obrigação de pagar quantia não explicitar o valor do crédito. Isto é, quando a sentença exequenda não trazer a precisa indicação do numerário, da soma devida. A liquidação, nestas hipóteses, realiza-se como mera etapa do processo único, após certificada na sentença a obrigação, após o fim da etapa cognitiva, bastando um requerimento do legitimado ativo, com vistas à revelação do *quantum debeatur*, sem necessidade de instauração de novo processo apenas com este objetivo. A sentença condenatória não põe termo ao processo, mas à fase de conhecimento e abre caminho a que o processo avance de uma fase (a cognitiva) a outra (a liquidatória).

Ademais, ainda nos casos de ações envolvendo direitos essencialmente transindividuais, a liquidação não necessariamente precederá a etapa executiva. Pode ocorrer incidentalmente, isto é, no curso de uma execução já instaurada, quando houver desvio de rota, isto é, em casos em que, frustrada a execução específica, não restar alternativa senão a conversão da primitiva condenação de fazer ou não fazer em perdas e danos⁴⁹¹. Imposta ou consentida pelo sistema processual a conversão da obrigação específica em pecúnia, será necessário apurar o quanto de dinheiro é devido no lugar do cumprimento *in natura*. Esta conversão pode dar-se no curso de uma execução imediata ou no curso de um processo autônomo de execução.

Nos casos de ações que digam respeito a direitos individuais homogêneos, o juiz não é capaz de especificar na sentença a quantidade de prestação devida a cada vítima ou sucessor, até porque os integrantes da comunidade são tratados no processo em bloco, com abstração de qualquer consideração a respeito da situação pessoal de cada um. A sentença genérica declara, assenta que houve, da parte do réu, violação a direitos individuais homogêneos, porém, não individualiza os sujeitos lesados. Disto resulta necessariamente a prolação de sentença condenatória genérica, que imporá ao demandado o cumprimento de uma prestação de pagar quantia, sem especificar, no entanto, quanto deverá ser pago a cada um ou mesmo quem são os titulares do direito ao recebimento de alguma indenização.

⁴⁹¹ Loc. Cit.

Cada indivíduo, então, será parte legítima à execução forçada, que deverá, contudo, ser precedida da devida liquidação. A liquidação será realizada mediante processo novo, distinto daquele no qual o título executivo foi produzido, não sendo possível que se faça em continuação à fase cognitiva do processo coletivo.

A ação individual dará origem a um novo processo, em cujo bojo serão realizadas não apenas as atividades de liquidação, mas também, imediatamente após seu término, aquelas pertinentes à execução, que insere-se como mera fase deste processo único, iniciado pelo exercício da demanda de liquidação. Então, esse novo processo irá se desenvolver em duas etapas: uma primeira, de liquidação, e uma outra, subsequente a esta inicial, que é a de execução. A liquidação é, portanto, preparatória da execução vindoura, a ela instrumental, visa a aparelhá-la, complementando a cognição, a própria certeza a respeito do direito à indenização⁴⁹², a fim de possa ser concretizando o comando da sentença de condenação.

A decisão coletiva genérica que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos individuais homogêneos é certa quanto à obrigação de indenizar, porém ilíquida, isto é, não especifica o quanto de prestação cada vítima ou sucessor tem o direito de receber. A condenação faz-se pelos danos causados, mas o pagamento a cada credor deverá corresponder exatamente aos danos sofridos. Por isso, sua execução deverá ser precedida de necessária liquidação. A liquidação da sentença condenatória, no entanto, destina-se mais do que a simplesmente fixar o quanto de prestação é devida a cada vítima ou sucessor, a especificar a fatia de indenização que cada um tem o direito de receber, a determinar o valor do crédito. É, na verdade, ação com alta carga cognitiva, que antecede a atividade executória, pela qual o interessado buscará comprovar o dano pessoal suportado, isto é, o reconhecimento judicial de sua própria condição de lesado, e o nexa causal com o dano geral que embasou a condenação genérica. A própria condição de titular do direito a alguma indenização será objeto de prova no processo liquidatório.

Decorrido um ano da divulgação do trânsito em julgado da sentença de condenação proferida em processo relacionado a direitos individuais homogêneos, havendo ainda condenação por realizar, qualquer um dos entes coletivos extraordinariamente legitimados à ação de conhecimento condenatória poderá iniciar a cobrança dos resíduos de indenização em benefício do FAT (a execução da chamada *fluid recovery*). Será, pois, necessária a apuração

⁴⁹² Geralmente, lembra Leonardo Greco, a condenação ilíquida acerta o *an debeatur*, isto é, aquilo que é devido, restando para a etapa liquidatória apenas a especificação do *quantum debeatur*, do quanto é devido. Mas, nos casos de danos a direitos individuais homogêneos, a sentença coletiva nada acertará quanto aos prejuízos que cada um experimentou concretamente, até porque quem funciona no processo é o legitimado extraordinário, não o interessado. Ademais, a cognição do processo de conhecimento não comporta análise de questões particulares, apenas das questões a todos comuns. GRECO, L. Op. Cit., p. 60.

(liquidação) da diferença entre o que resta cobrar (o montante do crédito a ser satisfeito) e aquilo que já foi reclamado e pago a título individual. Tratando-se de liquidação tipicamente transindividual, será feita em continuidade ao mesmo processo coletivo em que houver sido produzido o título executivo, como etapa intermediária de um processo só, sincrético, realizada mais especificamente entre a fase de cognição e a de execução. Isto é, depois de proferida a sentença genérica e antes de ser instaurada a execução da *fluid recovery*. Em suma, após aquele hiato de um ano referido no art. 100 do CDC.

Costuma-se dizer que a liquidação é fase procedimental complementar à fase cognitiva, de accertamento do direito, e preparatória da fase de execução, destinada a revelar a quantidade de prestação devida. Isto é, o valor da obrigação não especificado na decisão judicial. A liquidação, porém, não se presta só a complementar uma condenação constante de sentença. Também poderá haver instauração de processo liquidatório para a mensuração dos prejuízos decorrentes do não cumprimento de obrigação fixada em termo de ajustamento de conduta, que é título executivo extrajudicial⁴⁹³. Nestes casos, pela simples razão de que inexistente um processo em curso que possa ser continuado, forjado o título às margens do Judiciário, a liquidação far-se-á mediante processo autônomo. A demanda liquidatória dará origem a uma nova relação jurídico-processual e o devedor, por óbvio, será citado e não simplesmente intimado para se defender, já que não é o caso de prosseguir demandando em processo já existente, mas de ser integrado a uma nova relação processual.

A liquidação *coletiva* da sentença coletiva será processada perante o juízo da ação de condenação ou, tratando-se de título executivo extrajudicial, no foro do local do dano⁴⁹⁴.

8.6 A execução coletiva trabalhista: referenciais normativos

Quaisquer procedimentos executórios disponíveis no sistema processual brasileiro são servis à efetivação de quaisquer decisões coletivas, variando o modo de ser da execução consoante o tipo de obrigação cujo cumprimento tenha sido imposto na sentença final ou provisória ou na decisão antecipatória dos efeitos da tutela. É o que se depreende da leitura do art. 83 do CDC, que consagra expressamente o princípio da atipicidade da tutela jurisdicional⁴⁹⁵.

⁴⁹³ GRECO, Leonardo. “Execução nas ações civis públicas”, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 2, 2003, p. 60.

⁴⁹⁴ Sobre a competência para a liquidação individual da sentença coletiva, confira-se o Capítulo 3 da Dissertação.

⁴⁹⁵ O princípio, já tratado em Capítulo próprio, merece uma nota explicativa adicional. Não é preciso que haja previsão legal explícita a respeito de certa forma de tutela jurisdicional para que possa ela ser prestada. É dever do juiz prover de acordo com as necessidades específicas do direito afirmado como violado ou ameaçado, independentemente da existência, no sistema processual, de uma ação típica predisposta à sua tutela. É preciso que haja instrumentos, técnicas processuais

A execução das sentenças coletivas que imponham prestação de fazer e não fazer segue o procedimento padrão delineado nos arts. 84 do CDC⁴⁹⁶ e 461 e parágrafos do CPC⁴⁹⁷, ante a falta de disciplina específica na CLT. As normas do Livro II do CPC, que tratam da execução fundada em título executivo extrajudicial, só se aplicam em caráter supletivo.

A efetivação das sentenças pecuniárias, por sua vez, seguirá prioritariamente o modelo litúrgico celetista, exceto eventual desnível instrumental entre o Processo Laboral e Cível que faça brotar no Processo do Trabalho lacuna axiológica, hipótese em que será possível, justificadamente, com espeque na constelação de princípios processuais constitucionais, afastar-se a disciplina celetista, como visto acima, e se importar o regramento do CPC a respeito do cumprimento de sentença (arts. 475-J e segs.), para o fim de se equiparar em efetividade ambos os processos.

Vale salientar que, no que toca ao cumprimento de sentenças produzidas em processos coletivos, mesmo antes das reformas engendradas na legislação processual civil, as quais paulatinamente inauguraram um modelo de sincretismo, nem toda sentença condenatória dependia de processo de execução para se efetivar, à vista da disposição pioneira do artigo 84 do CDC, só mais tarde assimilada pelo Processo Civil. À medida que o juiz desenvolvia a atividade cognitiva, ia também executando as próprias decisões (antecipatórias ou finais),

disponíveis a ofertar-lhe adequada proteção. A ação não tem nome nem sobrenome. É a garantia genérica de proteção dos direitos. O que se tem hoje é uma constelação viva de direitos, em permanente crescimento, a qual deve encontrar meios, modos, caminhos de serem efetivados. A ação assim passa a ser compreendida como o direito a um processo que desemboque na confecção de tutela efetiva do direito substancial lamentado e que transcorra sem sustos ou surpresas para as partes, com observância das garantias mínimas fincadas na ordem constitucional interna e na ordem internacional, em tratados, por exemplo.

⁴⁹⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

⁴⁹⁷ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verificar que se tornou insuficiente ou excessiva.

plenas em executividade que eram (e são!), sem necessidade de um subsequente processo de execução. A tutela antecipada era efetivada e a sentença cumprida no mesmo processo, isto é, em continuação ao processo de conhecimento em que havia sido produzido o título. As decisões coletivas condenatórias de obrigações de fazer e não fazer sempre foram dotadas de executividade intrínseca.

Com a Lei n. 11.232/2005, também para as obrigações de pagar quantia foi inaugurado o modelo sincrético, deixando de ser necessária instauração de novo processo, dedicado exclusivamente à efetivação da sentença condenatória. O cumprimento das sentenças passou a ser prolongamento, fase do processo único. O sincretismo, por tornar mais simples o modo de se efetivar as decisões judiciais de condenação, aplica-se também ao cumprimento das sentenças coletivas laborais, sempre que não se exija instauração de processo autônomo, à parte. A executividade sem intervalo ou imediata, independente da instauração de processo autônomo, agiliza a prestação da tutela jurisdicional em prol da efetividade dos direitos. Ao invés de dois processos, duas citações, um só processo é capaz de certificar e satisfazer.

Apresentado o quadro normativo básico concernente à execução coletiva laboral na atualidade, podemos nos dedicar ao exame dos procedimentos a serem observados nas execuções de sentenças referentes a obrigações de fazer, não fazer e de pagar quantia. Isto é, como cada uma delas se processa, se materializa. Enfim, o seu *modus operandi*.

8.7 Execução das decisões coletivas que impõem prestação de fazer e não fazer: primazia da tutela específica

O modo natural e mais simples de satisfação de uma obrigação de fazer ou não fazer é o seu cumprimento espontâneo, independentemente do processo e de atos de força do Estado-juiz, que pressionem o devedor ao cumprimento específico ou que, em substituição à sua atuação, produzam o mesmo resultado a que se chegaria tivesse sido a obrigação cumprida espontaneamente. Inadimplido o dever, surge a necessidade da atuação jurisdicional. As obrigações de fazer se traduzem em deveres de se imprimir no mundo exterior alguma modificação e dividem-se entre aquelas que só podem ser cumpridas pelo próprio obrigado, porque constituídas em atenção a um atributo especial do sujeito devedor, ditas personalíssimas ou infungíveis, e aquelas que podem ser realizadas indiferentemente por aquele que assume o compromisso ou por terceiro, por importar menos a autoria do ato que o resultado da conduta, chamadas por isso fungíveis.

Relativamente a ambas, dispõe o juiz de amplos poderes de induzir o obrigado ao cumprimento. No entanto, no que se refere às de fazer fungíveis, irredutível o devedor, obstinado em não honrar seu compromisso, a despeito de pressionado a tanto, o mesmo resultado que se obteria com o cumprimento voluntário da obrigação de fazer fungível também, por vezes, poderá ser alcançado através da imposição de medidas de sub-rogação, ao passo que, irremediavelmente descumprida uma obrigação de fazer personalíssima, haverá inevitável conversão da prestação primitiva em pecúnia. Firme o obrigado em seu intento de não fazer pessoalmente aquilo a que se propôs, apesar da incidência das medidas de coerção, não há mais nada que o sistema possa fazer a fim de persuadi-lo a adimplir, de vencer a sua teimosia, a fim de induzi-lo a adimplir, somente restando o caminho da conversão da prestação primitiva em indenização.

O ordenamento jurídico não pode constranger ninguém a prestar um fato contra a sua vontade, no máximo, pressionar a tanto. A incoercibilidade do fazer humano ainda é um limitativo à execução específica. Falhas todas as tentativas de se persuadir o executado a cumprir a prestação exatamente como se obrigara, e sendo impossível se obter um resultado que surta o mesmo efeito prático do adimplemento, isto é, não sendo possível a oferta de providência de efeito equivalente ao do adimplemento, a chamada tutela substitutiva da vontade do devedor recalcitrante, capaz de produzir, na prática, o mesmo resultado esperado da conduta omitida, ainda que com atraso, como a realização da prestação fungível por terceiro, nada mais pode ser feito pelo Estado no sentido de obter a tutela específica. O Judiciário, então, dirigirá a execução contra o patrimônio do executado, e não mais contra a sua pessoa, o que, evidentemente, não exclui a possibilidade de se executar a multa que já tenha sido imposta ao condenado na tentativa de constrangê-lo a realizar pessoalmente a obrigação.

Entre a realização da obrigação pelo próprio executado e a conversão em dinheiro, há situação intermediária consistente na possibilidade de o Estado-juiz, em substituição ao devedor, proporcionar ao jurisdicionado o mesmo resultado que a conduta devida deveria ter proporcionado, em casos em que o condenado, a despeito de coagido pelos meios de pressão psicológica, insiste em não querer fazer o que deve.

As conversões de obrigações de conduta em dinheiro tornam-se excepcionais, admissíveis apenas (i) quando não mais for possível restaurar-se o próprio direito transgredido ou sacrificado, isto é, quando se inviabilizar a oferta da exata situação jurídica que o adimplemento deveria ter gerado ou (ii) quando assim preferir o próprio credor, o requerendo

desde logo ao juiz. A tutela jurisdicional inespecífica consiste em oferecer ao credor, no lugar da prestação devida, uma quantidade de dinheiro.

Por fim, em se tratando de obrigações de não fazer, isto é, obrigações que impliquem um dever de abstenção, varia o procedimento executivo dependendo da natureza permanente ou instantânea da obrigação, isto é, conforme admitam ou não desfazimento, acaso violadas. Destarte, tratando-se de obrigações de não fazer permanentes, praticando o devedor o ato a cuja abstenção estava obrigado, o exequente poderá requerer ao juízo seja fixado prazo para desfazimento do que se fez. Recusando-se o devedor a desfazer o que fez indevidamente, ou havendo mora, o credor poderá (i) requerer ao juiz que mande desfazer o ato à custa do executado, adiantando os valores e os recobrando posteriormente do devedor através do procedimento executivo por quantia certa; (ii) aguardar até que a pressão exercida pela multa periódica leve ao efetivo desfazimento; (iii) requerer a conversão da obrigação de não fazer em perdas e danos.

Se for instantânea, havendo o descumprimento da obrigação, só resta ao credor postular perdas e danos junto ao Judiciário, já que impossível o retorno ao *status quo ante*, com desfazimento daquilo que não deveria ter sido feito.

8.8 O modo de ser da execução coletiva das sentenças que versam sobre obrigações de fazer e de não fazer: aspectos procedimentais relevantes

No Processo Laboral, dado o sincretismo que desde há muito o habita, é possível que a execução seja deflagrada pelo próprio juiz. Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, não se vislumbra em tal iniciativa qualquer ultraje ao princípio da demanda consagrado no art. 2º do CPC, posto ser a execução mero capítulo de um processo único⁴⁹⁸. Nos termos do art. 878, caput, da CLT, os juízes inserem-se no rol de possíveis legitimados ativos à execução das sentenças. Logo, transitada em julgado a decisão condenatória, por iniciativa própria ou de algum interessado, o juiz mandará intimar o executado para que cumpra em certo prazo a obrigação. Tratando-se de condenação imposta em decisão de antecipação de tutela ou em sentença sujeita a recurso desprovido do efeito suspensivo, tendo em vista os riscos envolvidos, pensamos não ser possível, ao menos a priori, seja detonada de ofício a execução, devendo o juiz aguardar a iniciativa do interessado para agir, a menos, como se verá adiante,

⁴⁹⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. V. III, p. 1849.

que o FAT responda pelos prejuízos eventualmente causados ao executado provisório em razão da efetivação precipitada⁴⁹⁹.

Nem a execução instaurada por provocação do credor nem a iniciada pelo juiz levam ao estabelecimento de nova relação processual, apenas impulsionam o processo, o fazendo avançar da etapa cognitiva para a executiva. A demanda do credor, portadora de pretensão de satisfação, apenas impulsiona o processo em sua marcha avante, mas não leva à instalação de um novo. O direito de ação é exercido no curso do processo já instaurado, pois as sentenças portadoras de condenação possuem executividade sem intervalo, isto é, sua execução se processa como continuação do processo de conhecimento, sem que haja necessidade de instauração de um processo autônomo executivo.

Esponaneamente ou provocado⁵⁰⁰, o juiz mandará intimar o vencido para que faça o que deve ou se abstenha de fazer o que vem fazendo, já fez e insinua fazer novamente ou aquilo que está prestes a fazer ou, ainda, para que desfaça o que não devia ter feito. A intimação faz-se pessoalmente ao devedor, por carta ou, frustrada a intimação postal, por oficial de justiça, e não ao seu patrono, pois contém ordem para a prática de ato material, isto é, ato cuja realização depende única e exclusivamente da atuação pessoal da parte⁵⁰¹.

O réu poderá ser estimulado a cumprir, isto é, a deixar o estado de inadimplemento, através do emprego de medidas coercitivas que o façam perceber ser mais vantajoso adimplir do que continuar resistindo a atender à pretensão. Enquanto não vence o prazo concedido para o cumprimento, não incidem as medidas de pressão psicológica, que, por conseguinte, até aquele momento, representam apenas uma ameaça. Findo o prazo assinalado sem que tenha sido satisfeito o credor, elas passam a atuar, ainda com intuito de se constranger o devedor rebelde a fazer ou deixar de fazer o que deve, mesmo que tardiamente, mas apenas, obviamente, se o cumprimento específico da obrigação de conduta ainda for possível e desejável.

A fim de compelir o condenado ao cumprimento da obrigação, pode o juiz, por exemplo, lançar mão da multa por tempo de atraso, a qual, uma vez executada, terá seu valor

⁴⁹⁹ No mesmo sentido, TEIXEIRA FILHO, M. A. *Op. Cit.* p. 1963.

⁵⁰⁰ No Processo Civil, Dinamarco sustenta a impossibilidade de a execução, mesmo a definitiva, ser deflagrada de ofício, dependendo sempre da iniciativa do credor o início da fase de cumprimento da sentença. Segundo ele, várias razões podem levar o credor a preferir postergar o início da etapa executória, como a esperança de que o devedor o satisfaça, *sponte propria*, sem a pressão dos meios executivos, por ter perdoado ou por já ter sido satisfeito, por não poder custear os atos executivos etc. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. V. IV, p. 524.

⁵⁰¹ *Idem*, p. 525.

revertido, em campo laboral, ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador⁵⁰² -, na falta de um fundo próprio voltado à reconstituição dos bens coletivos trabalhistas lesados⁵⁰³.

As *astreintes* são as medidas de mais larga utilização no cotidiano forense. Não produzem elas próprias os resultados visados, como as medidas de sub-rogação, mas buscam persuadir, induzir o obrigado a produzi-los. Enfim, têm em mira demover o devedor de seu propósito recalcitrante.

Não há, em verdade, na lei, qualquer ordem de preferência no uso das medidas executivas, as quais devem ser empregadas com sensibilidade pelo juiz caso a caso. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido em sentença, na própria decisão que ordena a intimação ou mesmo na decisão que antecipa os efeitos da tutela, entram em cena as medidas de coerção e de sub-rogação. O uso de uma ou de outra e, às vezes, de ambas, dependerá do que se revelar mais eficiente para a prestação de tutela específica. As medidas de coerção indireta serão manejadas sempre que o juiz sentir que são elas o caminho mais fácil e eficaz ao alcance do exato resultado esperado da conduta omitida.

Para nós, se o resultado prático almejado com a instituição da obrigação puder ser desde logo obtido independentemente da colaboração do devedor, não deve o juiz valer-se da multa que motivaria o executado a adimplir, empregando, ao revés, em primeiro lugar, as medidas de sub-rogação que se mostrem capazes de proporcionar efeitos equivalentes aos do adimplemento. As multas não devem servir ao enriquecimento sem causa. Onde se vislumbrar a possibilidade de dispensa de ato voluntário do renitente, quando o objeto de interesse do credor for o *resultado* da conduta e não a *conduta em si mesma*, enfim, onde se vislumbrar uma sub-rogação produtiva, torna-se dispensável a multa.

8.9 A poderosa multa coercitiva: momentos inicial e final de sua incidência e a polêmica em torno de sua exigibilidade

⁵⁰² Decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região determinando reversão da multa ao FAT: “EMENTA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. MULTA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. 1 – Oportuno é registrar a presença na ordem jurídica violada (CLT, art. 477), o que confere legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para o processamento desta ação (CF, art. 127). 2 – A multa pelo descumprimento a ser revertida em favor do FAT não se confunde com multa administrativa, nem visa à indenização individual dos ex-empregados, mas à defesa de interesses.” (TRT 1ª Região – 5ª T. – RO 25471-95 – J. em 05.08.1996. Rel. Juiz Nelson Tomaz Braga – DORJ de 12.09.1996, p. III, S. II, FEDERAL). Ementa extraída do livro de NASSIF, Elaine. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho: ementário de jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 112.

⁵⁰³ O FAT recebe de bom grado quaisquer recursos que a ele sejam direcionados. Confirma-se legislação respectiva (Lei n. 7.998/1990): “Art. 11. Constituem recursos do FAT: I - o produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao Pasep; II - o produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da inobservância de suas obrigações; III - a correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos; IV - o produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o § 4º do art. 239 da Constituição Federal; V - outros recursos que lhe sejam destinados.”

O sistema processual só se pode dar por vencido e resignar-se com a conversão, quando se tornar impossível a execução específica. Ou seja, quando sobrevier a impossibilidade de se fazer o que deveria ter sido feito ou de se desfazer o que não podia ter sido feito ou, então, quando já não for o cumprimento específico da obrigação do desejo do exequente. Nos casos de impossibilidade de execução específica, a conversão, além do intuito punitivo, tem por meta impedir que o credor fique ao desabrigo de qualquer forma de tutela jurisdicional. Pois bem.

Transcorrido o prazo fixado na sentença exequenda ou na decisão antecipatória de tutela ou, ainda, na decisão do juiz que manda intimar o devedor, sem cumprimento, configura-se a mora e, assim, pode o credor optar pela conversão, mesmo que ainda possível a obtenção de resultado equivalente ao do adimplemento.

Admite-se a utilização, pelo juiz, de todo meio executivo razoável, isto é, não humilhante, que seja capaz de dar concretude ao comando da sentença. Há atipicidade no uso dos meios executivos. A multa coercitiva é poderoso meio de combate ao inadimplemento.

A multa deve ser sempre manipulada de modo a tornar mais oneroso para o devedor o descumprimento da decisão judicial do que a sua observância. Isto é, de modo a fazer com que não valha a pena para o executado desobedecer ao comando sentencial. De modo a pesar-lhe no bolso a condenação. E daí a plasticidade inerente à multa coercitiva prevista no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro, não apenas no que diz respeito ao seu valor, passível de ser agravado ou atenuado, como também no que diz respeito à frequência com que incide, a variar conforme o maior ou menor grau de resistência do devedor ao adimplemento. Revelando-se insuficiente ou exagerado(a) o valor e/ou a periodicidade da multa, é possível que haja alteração, a pedido da parte interessada ou de ofício. É preciso, com delicadeza, encontrar o ponto de equilíbrio entre duas exigências contrapostas: a da menor onerosidade possível para o devedor e a da efetividade da tutela jurisdicional específica⁵⁰⁴.

Principia a incidência da multa coercitiva no momento em que o obrigado deixa de atender ao que lhe foi determinado, *in casu*, a ordem de fazer ou de não fazer que a ele é dirigida, ou seja, quando começa a descumprir. Momento que coincide com o do vencimento do prazo assinalado para o cumprimento na sentença ou na decisão antecipatória dos efeitos da tutela, proferida ainda na fase cognitiva do processo sincrético. Ultrapassado o prazo sem que tenha havido o cumprimento, a multa começa a incidir. Sua incidência só se encerra no momento em que é cumprida a obrigação, ainda que tardiamente, isto é, quando finalmente se

⁵⁰⁴ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de Barros. Liquidação e execução das sentenças das ações para a defesa de direitos trabalhistas difusos e coletivos stricto sensu. In: MALLETT, Estêvão et alli. (coord.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 238-250.

dispõe o devedor, até então renitente, a fazer o que devia ou a deixar de fazer o que não deve ou, ainda, a desfazer o que não podia ter feito ou a tolerar que se faça algo, conforme o caso; ou, no caso da conversão da prestação originária em seu equivalente pecuniário, até que embolse o credor, frustrado em sua pretensão específica, o *quantum* devido. Para os ilícitos de eficácia instantânea, aqueles que, uma vez consumados, produzem imediatamente o mal que se queria evitar, a incidência de multa, após sua prática, não terá, evidentemente, o poder de inibir a violação (que já ocorreu!) e, por isso, deve a multa atuar desestimulando o inadimplemento, preventivamente, condicionando-se sua incidência à prática do ato antijurídico, da seguinte forma: se o ilícito ocorrer, incide multa.

Diverge a doutrina apenas quanto ao momento a partir do qual se torna *exigível* a multa. Alguns dos pensadores da processualística, dentre eles Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰⁵ e Cândido Rangel Dinamarco, sustentam que a multa, fixada em sentença impugnada por recurso destituído do efeito suspensivo ou em decisão antecipatória de tutela, apenas poderá ser cobrada quando transitar em julgado a decisão condenatória, pois, se, ao final, o direito aparente do credor não vier a ser reconhecido, e assim, não se mantiver de pé a obrigação de fazer ou não fazer, tampouco se poderá cobrar do executado um valor correspondente ao atraso no cumprimento de um dever jurídico que não existe. A ameaça representada pela multa não estaria na sua exigibilidade imediata, mas na perspectiva de um pagamento que se avoluma com o passar do tempo, em face da pouca disposição do réu em adimplir. Nas palavras do autor: “Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a própria obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso.”⁵⁰⁶

Vertente oposta, da qual é partidário Joaquim Felipe Spadoni, apregoa ser a multa exigível imediata e definitivamente, tão logo se verifique o inadimplemento. Para quem pensa assim, a multa poderia ser cobrada uma vez encerrado o prazo concedido para cumprimento da decisão que reconhece a existência de obrigação de fazer ou de não fazer, independentemente de ser ainda possível a modificação do conteúdo da decisão e do resultado final do processo. O que autorizaria a incidência da multa não seria o descumprimento de uma obrigação de direito material, mas de uma ordem do juiz⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC, e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 111.

⁵⁰⁶ DINAMARCO, C. R. *Op. Cit.* p. 541.

⁵⁰⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: RT, 2002. p. 184. Discordamos veementemente da posição, pois para os casos de afronta à autoridade das decisões judiciais, como forma de reprimenda, aplicável é o instituto do *contempt of court*, não o das astreintes. Tanto assim que o destinatário do valor da multa cominada é o credor prejudicado e não o Judiciário. A desobediência às decisões judiciais deve ser desestimulada pelo *contempt of court*, o inadimplemento de obrigação de direito material de fazer, não fazer etc. com medidas coercitivas e sub-rogatórias. A multa coercitiva não tem

Nem oito nem oitenta....

Em defesa de posição intermediária, Alexandre Câmara sustenta ser exigível a multa imediatamente, tão logo encerrado o prazo fixado para o cumprimento, porém, em caráter provisório, de modo que, não reconhecido ao final o direito que se supunha existir, que parecia existir, deve haver devolução do valor executado precipitadamente a título de multa, sem prejuízo de eventual responsabilidade do exequente pelos danos causados com a sua incidência. Do contrário, diz ele, perderiam as *astreintes* muito de sua força persuasiva, de sua capacidade à indução ao adimplemento, se, apesar de vencidas, só pudessem ser cobradas quando do trânsito em julgado da decisão de mérito, o que, em regra, leva bastante tempo para acontecer. A execução da multa, porém, faz-se em caráter provisório, pois “sempre pode acontecer de se vir a julgar, a final, improcedente o pedido condenatório, caso em que a decisão que fixou a multa será substituída por outra, declaratória da inexistência do dever jurídico de fazer ou não fazer, caso em que a multa não é devida e, por conseguinte, ficará sem efeito a execução (...)”.

Com efeito. Sem a ameaça de pronta intromissão no patrimônio do réu, não sendo a multa exequível imediatamente, se enfraquece o seu poder de persuasão. A perspectiva de uma remota execução em nada amedronta o réu, afrouxando, e muito, o propósito coercitivo da multa, o seu “carisma”. Logo, é possível exigir-se de imediato a multa e deixar o valor depositado em juízo. Assim, se, com o trânsito em julgado, o direito que se supunha existir não for certificado, se se concluir ao final que o réu não tinha o direito à tutela jurisdicional, devolve-se ao réu injustiçado, sem problemas, o valor da multa.

A exigibilidade da multa, pois, deve ser imediata, tão logo eficaz a decisão que a impôs. Se, ao final for derrubada a condenação, com ela cai a multa, que não sobrevive sem a obrigação principal, estornando-se ao réu o seu valor. Então, se aquele em benefício de quem é imposta a multa termina derrotado, o valor da multa é restituído ao executado provisório, por ficar claro ter sido prematuro e indevido o seu desembolso.

Concluindo, a exigibilidade da multa deve ser imediata, tão logo se torne eficaz a decisão que a impôs, apesar de os valores executados ficarem depositados em juízo, à espera da passagem em julgado da decisão coletiva condenatória, isto é, de sua confirmação. Assim, vindo o devedor-recorrente a se eximir do cumprimento da própria obrigação principal, em razão da reforma do preceito judicial e eliminação da condenação principal, recebe de volta aquilo que tiver despendido com a multa.

natureza de penalidade pelo desacato a uma decisão judicial, como o *contempt of court*. Visa a forçar o devedor a adimplir uma obrigação substancial.

Em sentido oposto ao aqui sustentado, o art. 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública dispõe que “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.” O dispositivo, no entanto, não mais deve ser observado, por ser anterior ao CDC e ao próprio art. 461 do CPC, os quais não condicionam a exigibilidade da multa ao trânsito em julgado⁵⁰⁸. É como também pensam José Miguel Garcia Medina⁵⁰⁹ e Rita Dias Nolasco⁵¹⁰.

8.10 O papel cardeal da tutela específica no Processo Coletivo do Trabalho. O empenho redobrado do sistema processual pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer em campo coletivo trabalhista

O zelo pela efetividade da tutela jurisdicional específica deve ser ainda maior em âmbito coletivo laboral e ainda mais rara a conversão da prestação primitiva em dinheiro, pois os direitos trabalhistas são quase todos em sua maioria direitos substancialmente indisponíveis e, além do mais, nem sequer pertencentes aos sujeitos do contraditório, mas a terceiros relativamente ao feito. No processo, como visto no Capítulo sobre legitimação coletiva, atua o substituto processual, que, por não ser titular dos interesses em conflito, não possui sobre eles o poder de disposição. Daí não poder abrir mão da tutela específica, vale dizer, do adimplemento das obrigações tal como legalmente impostas ou contratualmente ajustadas.

São regras basilares de convivência civil que os pactos devem ser cumpridos e que o credor não pode ser compelido a receber prestação diversa da devida. Os compromissos devem ser satisfeitos exatamente como assumidos ou estipulados em lei. O autor da ação coletiva, que não é o titular do direito material que defende em juízo, não poderá simplesmente optar pela conversão, se ainda for possível o cumprimento da prestação pelo próprio devedor ou a obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento. Há

⁵⁰⁸ Anote-se, entretanto, que o STJ já decidiu pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado, para que o beneficiário da multa pudesse executar seu valor, orientação com a qual não concordamos. STJ, 2ª T., Resp 156291/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 09.10.1998, publicado no DJ de 01.02.1999, p. 149

⁵⁰⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 289.

⁵¹⁰ No mesmo sentido, NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 438.

necessária primazia do cumprimento da obrigação *in natura* sobre o recebimento de indenização⁵¹¹.

Considerando a indisponibilidade dos direitos de massa, especialmente os difusos, a conversão da obrigação específica em genérica somente é adequada, no plano da tutela coletiva, quando se tornar impossível a realização da prestação. Nesse contexto, os meios de coerção assumem papel decisivo, o que se justifica, afirma Elton Venturi, em razão do caráter extrapatrimonial dos direitos ou interesses metaindividuais.

Apesar da redação do art. 84, § 1º, do CDC e do § 1º do art. 461 do CPC, a conversão da obrigação específica em perdas e danos, no âmbito coletivo, somente poderá ocorrer se for impossível absolutamente o cumprimento pelo devedor em pessoa ou o resultado prático equivalente. Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são direitos substancialmente indisponíveis e, por isso, não cabe ao autor a faculdade de optar, a seu bel prazer, pela conversão da obrigação específica em perdas e danos⁵¹². A reparação do dano deve guiar-se pelo *princípio da maior coincidência possível entre o direito e sua realização*. O juiz deve tomar todas as medidas executivas possíveis e adequadas, coercitivas e/ou sub-rogatórias, mesmo que não previstas expressamente em lei, para alcançar o cumprimento da obrigação ou resultado que equivalha ao adimplemento.

O juiz poderá lançar mão de medidas executivas sub-rogatórias e coercitivas as mais variadas, ou, ainda combiná-las, com vistas à outorga de tutela jurisdicional específica. Tais medidas lhe conferem amplo poder de efetivação das decisões que profere. O intuito é o de obtenção do específico resultado visado pelo demandante, seja através da atuação do próprio devedor ou por outros modos, passíveis de conduzirem àquele mesmo resultado. São variados os meios executivos colocados à disposição da atuação da sentença de condenação, servis à efetivação das sentenças de prestação, os quais entrarão em cena para forçar a observância do provimento judicial, em caso de resistência. O juiz determina, à luz das circunstâncias do caso concreto, os meios executivos que lhe pareçam mais eficazes ao alcance do resultado específico, a fim de proporcionar ao credor a mesma atividade devida ou o mesmo efeito da abstenção a que se obrigara o executado. Há, quanto à utilização dos meios executivos,

⁵¹¹ Também concordam com a excepcionalidade da conversão nestes casos, DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução.. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. V. 5, p. 429-430.

⁵¹² Por isso, discordamos parcialmente de LEITE, Carlos Henrique. 4. ed. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: LTr, 2010. p. 270, quando diz que: “(...) a execução em ação civil pública trabalhista deverá ser primordialmente de obrigação de fazer ou não fazer. A conversão desta em perdas e danos somente será cabível: a) se houver pedido expresso do autor na petição inicial da ação civil pública; b) se for impossível a tutela específica (obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa); c) se for impossível a obtenção do resultado prático equivalente.”

atipicidade e o limite quanto ao seu manejo diz respeito, além da dignidade da pessoa humana, à menor onerosidade para o réu sem prejudicar a efetividade da execução.

Inevitável a conversão do objeto da obrigação pelas perdas e danos, quer em virtude de impossibilidade fática (a empresa faliu, “sumiu do mapa”, encerrou suas atividades) ou jurídica de obtenção do resultado originalmente esperado com a conduta inadimplida, quer por opção do credor, altera-se o procedimento executivo, que passa a observar o modo de proceder próprio às execuções por quantia certa, se preciso for, precedida a atividade executiva da quantificação dos prejuízos em etapa liquidatória. Há uma retificação litúrgica, com cessação das atividades voltadas à oferta de tutela específica e inauguração do procedimento executivo por quantia certa. Impossível a execução específica, torna-se preferível a conversão que ficar sem tutela alguma.

8.11 O modo de ser da execução da decisão coletiva que impõe pagamento de quantia sob o influxo da Lei n. 11.232/2005

A execução por quantia certa contra devedor solvente poderá ter lugar, no âmbito do Processo Coletivo Laboral, nas seguintes hipóteses: (i) condenação do réu constante de sentença referente a direitos individuais homogêneos; (ii) conversão de obrigação de fazer e não fazer em perdas e danos; (iii) reversão ao FAT de restos de indenização que não tenham sido cobrados individualmente (CPC, art. 97-100); (iv) condenação do réu ao pagamento de danos morais coletivos; (v) cobrança de multas que tenham sido impostas pelo juízo (astreintes, por exemplo) *etc.*

8.11.1 Sincretismo versus autonomia

A tola segmentação que durante muito tempo prevaleceu entre execução e conhecimento justificava-se não apenas em razão do confinamento de tais atividades jurisdicionais em processos formalmente diferenciados, mas pelo fato de que apenas a sentença condenatória poderia viabilizar o cumprimento forçado das sentenças, máxima expressa no conhecido brocardo *nulla executio sine titulo*. A execução não poderia ocorrer sem verificação de que o direito afirmado pelo autor realmente existia, isto é, sem a evidência, proporcionada pela sentença condenatória, de um direito existente e insatisfeito.

A Lei n. 11.232/2005 rompe com o modelo dual e inaugura o modelo sincrético em área cível.

A nosso ver, porém, a execução imediata sempre esteve presente em terreno trabalhista, a despeito de existirem ainda hoje, é verdade, vozes doutrinárias em sentido contrário⁵¹³. Apenas para argumentar, veja-se que, acaso autônoma a execução, acreditamos que não, seria preciso admitir igualmente que o magistrado, sujeito imparcial do processo, pudesse exercitar o direito de ação, em substituição às próprias partes da demanda. É que, como sabido, a execução trabalhista pode se iniciar por iniciativa do juiz.

Tal atuação do órgão judicial, porém, encontraria vedação no princípio da demanda, de acordo com o qual apenas à parte é facultada a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Logo, sendo possível (como, de fato, é!) ao magistrado trabalhista iniciar a execução, outra não pode ser a conclusão senão a de que é a execução, em verdade, mera fase de um processo já em curso, iniciado pela parte quando da propositura da ação e não processo autônomo.

No Direito Processual do Trabalho, as execuções são praticamente automáticas e assim também deverá ser no Processo Coletivo Laboral. O próprio juiz a operará, consciente de que a função jurisdicional tem por escopo precípuo transformar o dever-ser em ser.

Neste aspecto, portanto, nenhuma novidade trouxe a reforma sofrida pelo CPC para o Processo do Trabalho.

Proferida em processo coletivo sentença condenatória atinente a direitos individuais homogêneos, a execução realiza-se em uma etapa subsequente à fase liquidatória, também de modo sincrético, isto é, sem intervalo ou segmentação formal, na mesma relação processual inaugurada pela ação individual de liquidação, não em um processo novo.

⁵¹³ José Antonio Callegari também defende a posição sincretista, a partir de raciocínio bastante interessante, que vale reproduzir: “O sincretismo sempre foi a marca do processo do trabalho. Não se olvide que existem vozes com razoáveis argumentos em sentido contrário, para quem existem dois processos trabalhistas: um de conhecimento e outro de execução. Ficamos com a primeira corrente: processo do trabalho é sincrético. Veja-se que a CLT não fala em processo de conhecimento e processo de execução. Fala tão somente em processo do trabalho. Nele, temos a fase de conhecimento e a fase de execução. Tal unidade sistemática fica ainda mais reforçada com a adoção do processo civil sincrético. (...) Interpretando-se a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, podemos extrair algumas considerações (...). Não se diz mais que sentença é o ato que põe termo ao processo. Com isto, permite-se a adoção do processo sincrético (...). Isto já ocorre no processo do trabalho, seja porque não se conceituou sentença, seja porque a iniciativa é de qualquer interessado e até mesmo do Juiz, nos termos do art. 876, parágrafo único, e art. 878 da CLT. Na execução trabalhista, vigora o princípio inquisitivo, que no processo civil vem sendo denominado como *executio per officium iudicis* (...). Se a sentença não põe termo ao processo, por simetria a citação não lhe dá início. Logo, a citação não é pressuposto de existência e sim de validade (...). Concluindo, o processo existe tão somente com dedução da pretensão material em juízo. (...) Supondo-se que se trata realmente de pressuposto de validade do processo, a ausência de citação no cumprimento da sentença não viola as garantias processuais constitucionalizadas, vez que houve a citação no processo sincrético. (...) Então, o fato de a CLT prever a citação do executado como disposto no art. 880 continua válido como argumento em favor da doutrina dicotômica do processo de conhecimento e do processo de execução? (...) Pelo exposto, a citação prevista no processo de execução trabalhista não seria suficiente para fundamentar a dicotomia processual, em face do modelo processual sincrético mais adequado ao princípio da oralidade”. CALLEGARI, José Antônio. Execução: inovações no âmbito do direito do trabalho. In: Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 154-166, fev. 2008.

8.11.2 Prazo para cumprimento voluntário da sentença condenatória: última chance para o devedor antes do início da execução propriamente dita: oito dias e não mais 48 horas

Admitindo-se a aplicação do art. 475-J em terreno coletivo laboral, em virtude de tudo o que se expôs anteriormente a respeito das lacunas axiológicas, altera-se o modo de ser da execução trabalhista de obrigação de pagar quantia fundada em título judicial. Como é sincrético o processo, o demandado será *intimado* (e não citado, como consta do art. 880 da CLT), para o cumprimento da sentença, no prazo de 08 (oito dias), uma vez transitada em julgado a decisão de liquidação, que tem “forma” de decisão interlocutória, mas “conteúdo” de sentença⁵¹⁴. O prazo de oito dias não é aleatório. Guarda simetria com o de 15 (quinze) dias previsto no artigo 475-J do CPC, que, não por acaso, é o prazo do recurso de apelação e dos recursos extraordinário e especial.

Pela sistemática anterior, vigente no Processo Civil, o executado era citado para, em 24 horas, pagar ou indicar bens à penhora. No Processo Trabalhista, cita(va)-se o devedor para pagar em 48 horas ou depositar em juízo o valor integral da condenação, ou, ainda, nomear bens à penhora, objetivando futura oposição de embargos.

Doravante, aplicando-se à processualística do Trabalho o art. 475-J do CPC, o demandado será intimado a pagar o débito em 8⁵¹⁵ (oito) dias. Intimação e não citação, tendo em vista a existência de um único processo (processo sincrético), em que se realizam sem intervalo as atividades de conhecimento, liquidação e execução ou de liquidação e execução (caso dos processos relacionados a direitos individuais homogêneos).

Não cumprindo a decisão no prazo, além de incidir automaticamente a multa de 10% sobre o valor da condenação, ainda será expedido a requerimento do credor (e, no Processo do Trabalho, também de ofício), mandado de penhora e avaliação, a partir de cuja intimação começará a correr novo prazo (no Processo Cível, de 15 (quinze) dias, no Processo Laboral, a nosso ver, de 5 (cinco) dias) para oferecimento de defesa pelo executado. Ou seja, uma vez que a sentença se torne definitiva, o demandado terá uma última oportunidade, antes ainda

⁵¹⁴ Segundo Leonardo Greco, a liquidação é uma ação, pois seu exercício provoca o Estado-juiz a realizar jurisdição com respeito a uma pretensão de direito material, in casu, a pretensão à declaração da condição de lesado, à certificação do direito ao recebimento de uma soma e/ou da quantidade que é devida de indenização. A decisão que a encerra é uma sentença de mérito, embora sujeita a agravo por ser uma decisão intermediária no curso de um processo único, iniciado com a cognição ou liquidação e que prosseguirá com o cumprimento/execução da decisão. É decisão que gera coisa julgada, pois provê conclusivamente sobre uma parte do direito material das partes. Desvinculado o novo conceito de sentença da idéia de encerramento do processo, diz ser absolutamente defensável sustentar que a decisão de liquidação seja uma sentença. Melhor ainda, a decisão de liquidação é substancialmente uma sentença e formalmente uma decisão interlocutória. GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei n. 11.232/2005. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 85, p. 97-111, maio 2006.

⁵¹⁵ O prazo aumenta para oito dias, em comparação com aquele de 48 horas, porque agora há previsão de incidência da multa, outrora inexistente, para os casos de inadimplemento.

que se inicie a execução propriamente dita, para cumprir a obrigação presente no título executivo judicial espontaneamente. Não cumprindo a decisão no prazo, será expedido, a requerimento do credor (e no Processo Laboral também *ex officio*, se se tratar de execução definitiva), mandado de penhora e avaliação, inaugurando-se, a partir daí, fase de execução de sentença, com a prática de atos de invasão ao patrimônio do executado. Anote-se não haver necessidade de requerimento do credor para início à etapa de cumprimento voluntário da decisão coletiva transitada em julgado. Não se dispensa, contudo, a intimação do réu. O prazo de oito dias para cumprimento voluntário, a partir do qual incide a multa, só começará a fluir, portanto, após intimação do devedor na pessoa de seu advogado, consoante orientação que acabou por prevalecer junto aos Tribunais.

8.11.3 A multa do art. 475-J do CPC: a desejável aplicação ao Processo Coletivo Laboral

Discute-se muito se a multa do art. 475-J do CPC seria aplicável ao Processo do Trabalho. A doutrina trabalhista não possui posição uníssona a respeito⁵¹⁶⁵¹⁷, tampouco os

⁵¹⁶ Contra a aplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC à processualística laboral, dentre outros, NETO, Adhemar Prisco da Cunha. Aspectos da aplicação do Processo Comum ao Processo do Trabalho. In: Revista LTr, São Paulo, n. 11, p. 1.340-1.349, nov. 2007: “O primeiro problema, e talvez de maior visibilidade, se refere ao sincretismo do novo Processo Civil. A execução se transformou em fase do processo, o que resultou na dispensa de citação para pagamento. De acordo com o novo art. 475-J, do CPC, o devedor fica obrigado a cumprir a sentença originalmente líquida ou tornada líquida no prazo de quinze dias, sob pena de arcar com multa de 10% sobre o montante da condenação. Além disso, não terá a oportunidade de oferecer bens à penhora, pois o § 3º autoriza o exequente a, desde o início, indicar os bens a serem penhorados. Realizada a penhora, segue a intimação do executado, que pode ser feita na pessoa do advogado, momento em que passa a correr o prazo de quinze dias para o oferecimento de impugnação, tal como descreve o § 1º. Ao mesmo tempo, o art. 880 da CLT permanece formalmente íntegro, inclusive após a alteração introduzida pela Lei n. 11.457/2007, ao dispor sobre a necessidade de citação do executado. O § 2º exige que a citação seja realizada por oficial de justiça e o § 3º, que ela ocorrerá por edital, quando não encontrado. O prazo para o pagamento é de 48 horas e o art. 882 mantém a figura da nomeação de bens à penhora. A CLT não menciona a hipótese de multa pelo não cumprimento, nem a forma de intimação da penhora, mas estabelece o art. 884 o prazo de cinco dias para oposição dos embargos à execução, a contar da garantia da execução. (...) Neste particular, há antinomia entre os conteúdos da CLT e do CPC, sendo certo que alguns juízes refutam a aplicação do CPC, enquanto outros defendem ardorosamente a substituição, por caducidade, da disciplina prevista na CLT. Há, ainda, os que importam do direito material do trabalho, ainda que inconscientemente, noções da teoria da acumulação para justificar o aproveitamento de partes de uma ou outra norma, o que acaba por transformar o processo em uma colcha de retalhos. No meio de tanta indecisão está o jurisdicionado, que enfrenta dificuldade para visualizar com clareza o ‘devido processo legal aplicável ao seu caso’. Embora existam argumentos plausíveis independentemente da perspectiva adotada, as ideias defendidas neste estudo me conduzem a sustentar que, sob prisma normativo, a CLT é mais específica. Isso indica sua aplicabilidade, em detrimento das inovações trazidas pelo CPC. O uso desse critério para a solução do problema somente foi possível porque não detectei nesse confronto de conteúdos normativos a hipótese de lacuna, mas de antinomia”.

⁵¹⁷ José Augusto Rodrigues Pinto, iniciando pela sua própria, apresenta diversas posições de doutrinadores trabalhistas, algumas contrárias à aplicabilidade da multa do art. 475-J, do CPC, outras favoráveis. Confira-se: “(...) no magistério e na magistratura, o primeiro zelo que se tem que ter é por uma distribuição da justiça, através do processo, com segurança jurídica das partes na defesa de suas pretensões e do juízo na observância das regras para decidi-las. Por isso, não admitimos a substituição a fórceps do procedimento delineado no art. 880 da CLT pelo instituído no art. 475-J do CPC, embora o desejemos pelo caminho seguro da ordem jurídica estabelecida. (...) Igualmente ortodoxo é o sentir de Manoel Antonio Teixeira Filho: ‘Ainda que venha a entender que as normas da sobredita Lei são compatíveis (teleológica e ideologicamente) com o Processo do Trabalho, hipótese que se admite apenas por apego à argumentação — isto não será bastante para processar-se a pretendida transubstanciação deste processo sob pena de grave violação de pressuposto fundamental da omissão, constante do art. 796 da CLT. Não é inútil observar, a propósito, que sob o aspecto axiológico o requisito da omissão tem preeminência sobre o da compatibilidade, não sendo produto do acaso, por isso, a particularidade de aquela anteceder a este, no mencionado texto legal’. Do mesmo modo pensa Aurélio da Silva: ‘O Juiz do trabalho utilizará o novo modelo da execução civil nas hipóteses de sentença condenatória em ação cível proposta por força da ampliação da

tribunais. Há decisões em todos os sentidos. Entendemos por sua aplicabilidade, inclusive no campo coletivo.

O Tribunal Superior do Trabalho, contudo, em recentes julgamentos, posicionou-se pela não aplicabilidade do art. 475-J do CPC ao Processo Laboral, sustentando fundamentalmente que a CLT não seria omissa no que diz respeito aos efeitos do não adimplemento da condenação ao pagamento de quantia certa, posicionamento com o qual, data venia, não podemos concordar⁵¹⁸.

O fato de se aplicar ao Processo do Trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, além de ser medida de celeridade para o processo, que incrementa sua efetividade, em nada afronta a segurança jurídica do executado. Explicamos.

Como visto, não havendo cumprimento voluntário da sentença no prazo de 8 (oito) dias, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação. Realizada a penhora e intimado o devedor, inicia-se o prazo para apresentação de defesa. Ora, se foi impugnado o cumprimento, é porque não adimpliu o réu voluntariamente a decisão, caso em que incidirá automaticamente a multa de 10%. O pagamento do valor da condenação exclui a possibilidade de se impugnar.

A ideia do legislador reformista é a de que o executado somente venha a resistir à pretensão executiva, se, efetivamente, tiver motivos para acreditar no acolhimento das razões ventiladas em sua defesa. Logo, se a impugnação vier a ser acolhida, o executado não responde pelo principal, muito menos pelo acessório. Funciona a multa, assim, como meio de

competência oriunda da EC n. 45/2004, posto que todo processo, desde a fase cognitiva, é regulado pela legislação processual comum. O magistrado, todavia, não aplicará a nova execução civil nas execuções fiscais e na execução trabalhista. Aquelas possuem disciplinamentos especiais estatuídos na Lei n. 6.830/80 e na CLT, art. 880, respectivamente'. Por fim, Francisco Antonio Oliveira preleciona: 'Diferentemente do que comanda o art. 475-J, o Processo do Trabalho determina que o executado seja citado para honrar a obrigação em quarenta e oito horas ou garanta a execução mediante indicação de bens'. (...) Exatamente oposta, a postura do pensamento reformista radical é a de que, se algo melhor surgiu, jogue-se fora simplesmente o que não presta, mesmo se escondendo atrás dos mais diversos pretextos de razoabilidade para compatibilizar sistemas processuais incompatíveis por princípio. É nesta linha que raciocina Wolney de Macedo Cordeiro: 'Como o direito processual do trabalho apresenta-se instrumental em relação a uma disciplina jurídica de caráter tuitivo, é óbvio que a normatização deve considerar os institutos processuais que promovam o regramento mais célere e dinâmico do processo. Daí por que, a atividade do intérprete não deve ser resumida à constatação tópica da omissão legislativa, mas sim do eventual anacronismo em relação aos avanços do Processo Civil'. (...) Idêntico é, sem dúvida, o ideário de outro reformista radical, Paulo Henrique Tavares da Silva (...): 'Toda vez que o Código de Processo Civil passa por uma reforma, desencadeia-se um movimento doutrinário no sentido de averiguar se tais inovações são ou não aplicáveis ao Processo do Trabalho. Geralmente, as opiniões dividem-se entre aqueles que denomino de 'puristas', fiéis à tradição da inteireza e perfeição da CLT, e os 'holísticos', ávidos por novidades, sempre apresentando novas alternativas de procedimento (...). O desejável, certamente, seria a criação do nosso Código de Processo Trabalhista (...) Mas, enquanto isso não vem, vale lembrar a lição de Beatrice Buteau: 'Não podemos esperar que os tempos se modifiquem e nós nos modifiquemos junto, por uma revolução que chegue e nos leve em sua marcha. Nós mesmos somos o futuro. Nós somos a revolução.' PINTO, José Augusto Rodrigues. A polêmica trabalhista em torno da Lei n. 11.232/2005 – Fase de cumprimento das sentenças no Processo de Conhecimento. In: Revista LTr, São Paulo, n. 11, p. 1.296-1.302, nov. 2007.

⁵¹⁸ TST, RR n. 765/2003-008-13-41.8, Rel^a Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Brasília 5 dez. 2007. RR - 114900-30.2009.5.03.0015 Data de Julgamento: 29/06/2011, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2011. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. A jurisprudência da SBDI-1 consagra que os dispositivos da CLT que estabelecem o rito da execução trabalhista esgotam a sua regência, não se aplicando a multa do art. 475-J ao processo laboral. Ressalva de entendimento deste relator quanto à omissão da CLT, por entender que ela não trata de medidas coercitivas, mas somente de meios sub rogatórios de execução. Recurso de revista conhecido e provido. TST, RR - 4940-80.2008.5.09.0671 Data de Julgamento: 29/06/2011, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2011.

desestimular o devedor que pretenda unicamente protelar o cumprimento da decisão por meio da utilização de incidentes procrastinatórios, destituídos de qualquer utilidade prática. A multa em nada afeta o direito de defesa do executado, o qual pode, inclusive, antes mesmo de garantido o juízo, manejar exceção de pré-executividade, se for o caso. O que se pretende, simplesmente, é que o devedor pondere antes de continuar resistindo ao cumprimento da obrigação, optando, desde logo, por cumprir a decisão judicial sempre que não houver fundamento jurídico a respaldar a resistência à pretensão executória. Em suma, que o devedor entenda preferível atender ao comando judicial a pagar a condenação acrescida de multa⁵¹⁹.

Compreendida a dogmática processual em sua unidade, como ramo do Direito voltado essencialmente à realização do direito material, qualquer regra que tenha este propósito, de realizar direitos, aplica-se a qualquer ramo.

Constitucionalmente, propugna-se pela duração razoável do processo (fim) por meio de mecanismos que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, inc. LXXVIII⁵²⁰). A multa prevista no art. 475-J do CPC é meio que busca atingir o fim previsto constitucionalmente, qual seja, o de se assegurar ao cidadão tutela jurisdicional tempestiva, sem que se consiga vislumbrar em sua aplicação qualquer violação à garantia constitucional da ampla defesa.

A multa do art. 475-J do CPC é apenas mais um meio idealizado pelo legislador em prol da maior rapidez para o processo, sem implicar qualquer prejuízo para o executado. Pagando o valor da condenação no prazo, não há incidência da multa. Optando por impugnar a decisão, ao invés de pagar, e saindo vitorioso, tampouco sofrerá sua aplicação. A multa representa apenas um meio de constranger o devedor ao cumprimento da prestação. Apenas

⁵¹⁹ No mesmo sentido do texto, LIMA, Fernando Rister de Souza; LIMA, Lucas Rister de Souza. Aspectos práticos e teóricos entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Execução Civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 602, verbis: “(...) Na hipótese em que cumpre a condenação na primeira oportunidade conferida pelo legislador para tanto (dentro dos 15 dias após o trânsito em julgado), fará o pagamento somente do principal mais juros e correções (segundo o determinado na sentença), sem que incida, por enquanto, a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC, bem como a condenação em honorários por conta da instauração de mais esta fase. Nada mais justo, afinal, após exercido o jus spernandi durante todo o processo de conhecimento, agora reconhece sua dívida e não mais pretende movimentar a máquina judiciária por conta de decisão com a qual já se conformou. Já no segundo caso, se a intenção do devedor for procrastinar o desenlace da contenda, como já ocorria usualmente no sistema anterior, a ideia que se deve sempre ter em mente, a fortiori agora (após tantas modificações e o manifesto desígnio do legislador em buscar a rapidez na entrega da prestação jurisdicional), é a de quanto maior for a resistência do devedor, maior será o ônus e o custo dessa conduta — *ex vi* do próprio princípio da causalidade —, se ao final se verificar ser ela descabida e injustificada; de molde que o executado pense duas, três, quatro vezes antes de se opor à execução, e só o faça quando efetivamente estiver confiante de seus motivos, e não simplesmente para prostrar o fim do processo, como ordinariamente ocorre. Óbvio ululante que o legislador, com tantas inovações, tem procurado sempre acentuar e demonstrar ao devedor a diferença entre as duas condutas possíveis referidas, e, indubitavelmente, desaconselhá-lo a trilhar o segundo caminho, diga-se, da única forma realmente eficaz, atacando diretamente o seu bolso; criando agravamentos e majorações na condenação que agem como verdadeiro fator de coação e desestímulo ao devedor, tal como se deu, v. g., quando foram introduzidas em nosso ordenamento as astreintes, com natureza evidentemente intimidatória, que possuem como ideia prevalente a máxima de que ‘o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo Juiz’”.

⁵²⁰ Art. 5º, inc. LXXVIII, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

reflexamente, em sendo derrotado, uma forma de puni-lo pelo atraso injustificado no cumprimento da sentença. O procedimento executivo, por conseguinte, das obrigações pecuniárias vem a sofrer o influxo próprio da técnica executiva aplicável às sentenças mandamentais, em prol da satisfação plena do direito do credor. O intuito é sempre o mesmo: resguardar a efetividade da tutela jurisdicional. E daí por que não se lograr imaginar como é possível aceitar-se pacificamente aplicação das astreintes ao Processo Laboral e não se poder dizer o mesmo da multa do 475-J, de idêntica finalidade e natureza daquela⁵²¹. Assim como a multa prevista no art. 461, § 4º, do CPC, a do art. 475-J do CPC pretende compelir o devedor ao cumprimento específico da sentença, pela entrega de certa quantia. Trata-se de simples meio coativo do cumprimento de um comando judicial.

E deveria ser aplicada também na execução provisória. Giuseppe Tarzia⁵²², em artigo publicado em 1998, defendendo a exaustividade da execução provisória, dizia que se o sistema processual permite ao tribunal perante o qual pende o recurso dar-lhe a qualquer momento o efeito suspensivo, não há necessidade de se restringir o alcance da execução provisória, porque se houver razoável probabilidade de ser o recurso provido certamente o efeito suspensivo será obtido.

Não se deve esquecer, ademais, que a execução provisória corre por conta e risco do exequente e que a não aplicação da multa do 475-J não se inclui no rol das limitações legalmente previstas.

Na verdade, a Lei 11232 criou um dever de pagamento espontâneo, cujo descumprimento enseja a incidência da multa. Data venia, a execução é uma só. A provisória se torna definitiva com o trânsito em julgado da decisão. Se o recorrente reverte a decisão, obviamente, cai a multa. O tempo do processo não pode favorecer quem não tem razão⁵²³.

⁵²¹ Como nós, pela aplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC ao Processo Laboral, GENEHR, Fabiana Pacheco. A aplicação da multa do art. 475-J do CPC e seus reflexos no processo do trabalho: uma análise principiológica. In: Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 72, n. 4, p. 451-457, abr. 2008: "Guarda inexorável lógica a aplicação dessa multa com a estrutura processual trabalhista, até mesmo porque o sistema processual trabalhista adota outras três multas no processo do trabalho que são aplicadas mesmo sem previsão na CLT".

⁵²² TARZIA, Giuseppe. "Problemas atuais da execução forçada", Revista de Processo, n. 90, abr./jun. 1998, p. 68-84.

⁵²³ O STJ pacificou o entendimento de não ser a multa cabível enquanto provisória a execução. Segue a notícia extraída do Informativo do próprio Tribunal: EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA. ART. 475-J DO CPC. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, decidiu, por maioria, que, na execução provisória, não pode incidir a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC (acrescentado pela Lei n. 11.232/2005). Para o Min. Aldir Passarinho Junior, na execução provisória, a parte ainda está exercendo seu direito constitucional de recorrer, então, não seria o momento compatível para a exigência de multa incidental, pois não se poderia punir a parte enquanto no gozo de seu direito constitucional de apelar, visto que só não faz o pagamento porque se trata de uma execução provisória, a qual ainda deveria aguardar uma decisão definitiva. Ressaltou que essa situação difere da execução definitiva quando a multa prevista no citado artigo serve para punir aquele que se nega ou recusa a pagar a obrigação decorrente de uma decisão judicial já transitada em julgado, que é irreversível. Também ressaltou precedentes julgados nas Turmas do STJ, destacando a doutrina na qual se observa que o art. 475-J utiliza os termos "condenado" e "condenação"; logo, não haveria condenação enquanto houvesse recurso pendente de julgamento. Note-se que essa matéria é controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência, daí a remessa deste recurso oriundo da Quarta Turma para o julgamento na Corte Especial, que pacificou o entendimento jurisprudencial. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.046.147-RS, DJe 16/10/2008; REsp 954.859-RS, DJe 27/8/2007; AgRg no REsp 1.076.882-RS, DJe 8/10/2008; REsp

O STJ, porém, decidiu contrariamente, pacificando o entendimento segundo o qual é incabível a multa em sede de execução provisória.

Como o devido respeito, se, para afastar a multa, argumenta o STJ que “a parte ainda está exercendo seu direito constitucional de recorrer”, ignora o mesmo Tribunal que “o outro lado” também tem direitos constitucionais. O exequente está exercendo seu direito constitucional de executar decisão judicial eficaz de imediato (a cujo recurso não foi atribuído efeito suspensivo) que impôs ao executado o dever de recompor o patrimônio daquele.

Se levássemos a linha de argumentação do STJ às últimas conseqüências, decisão urgente (seja cautelar, seja antecipatória) não poderia implicar pagamento de multa por descumprimento, já que - além de passível de recurso - não é definitiva, podendo ser reapreciada pelo magistrado a qualquer momento e principalmente por ocasião da prolação da sentença.

A imposição de multa tem muito mais a ver com a preservação da autoridade da decisão judicial que com a definitividade do reconhecimento do direito.

8.12 As mudanças operadas na execução provisória cível e seu possível reflexo no Processo Laboral: outro exemplo de lacuna axiológica a ser colmatada pelo Processo Civil

Exemplo de lacuna axiológica de que antes se falou encontra-se também na seara da execução provisória, a qual sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo no âmbito cível e que na CLT remanesce limitada à penhora⁵²⁴.

Antes de passarmos ao tema propriamente dito da execução provisória coletiva, precisamos tratar do impacto da incidência das normas do CPC sobre a execução provisória no ambiente laboral.

8.12.1 Fundamentos

Para se executar provisoriamente uma decisão judicial, em primeiro lugar, deve ter havido interposição de recurso contra a decisão exequenda e este deve ter sido recebido pelo órgão jurisdicional competente para conhecê-lo. Isto porque, transcorrido *in albis* o prazo de

1.100.658-SP, DJe 21/5/2009; AgRg no Ag 993.399-RS, DJe 17/5/2010, e REsp 1.038.387-RS, DJe 29/3/2010. REsp 1.059.478-RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 15/12/2010.

⁵²⁴ “Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, **permitida a execução provisória até a penhora.**” (negritou-se)

interposição de recurso ou não conhecido por qualquer razão (por intempestivo, deserto etc.), haverá o trânsito em julgado da decisão e a execução, então, deixará de ser provisória, transformando-se em definitiva. Ademais, o potencial recurso deve ser recebido tão somente no efeito devolutivo. Razões de segurança recomendam se subordine a execução das sentenças ao seu trânsito em julgado. Exigências de efetividade, porém, podem antecipar no tempo o momento em que a sentença de primeiro grau se torna executiva, ou melhor, aquele em que estará autorizada a liberar efeitos. Caso, por exemplo, da execução provisória, em que a decisão condenatória torna-se imediatamente exequível, a despeito da pendência de recurso.

O efeito suspensivo, invariavelmente, posterga o estado de ineficácia da sentença, impedindo-a de produzir quaisquer efeitos, inclusive e principalmente, executórios⁵²⁵. Em suma, são requisitos indispensáveis a se praticar qualquer execução provisória: (i) sentença ainda não transitada em julgado e (ii) interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo ou, então, recebido pelo Juiz unicamente no efeito devolutivo.

Recebido o recurso no efeito suspensivo, nada se pode executar. Recebido no efeito devolutivo apenas, executa-se definitivamente o que não tenha eventualmente sido impugnado e em caráter provisório os capítulos da decisão devolvidos ao conhecimento do órgão jurisdicional superior para novo julgamento.

O perdurar do processo para além do tempo razoável à prolação de decisão justa violenta o direito básico de acesso à Justiça. Enquanto não transitada em julgado a decisão de mérito, permanece sufocada eficácia da decisão judicial, ressalvada a concessão de eventual tutela urgente a antecipar provisoriamente os efeitos peculiares à decisão definitiva.

A interposição de recurso impede formação de coisa julgada e a resolução definitiva do litígio. É, no entanto, garantia fundamental da parte impugnar decisão judicial prejudicial aos seus interesses enquanto ainda possível a interposição de recurso. E, assim, visando a conciliar garantias disjuntivas em prol de um justo processo, o legislador assegurou, a partir de determinado momento, que recursos fossem interpostos sem que tivessem, no entanto, o condão de continuar a obstar a eficácia executiva da sentença.

Isto porque, o acessar instâncias extraordinárias de jurisdição para reexame de decisão já objeto de apreciação jurisdicional por mais de uma vez faz supor que as chances de que a

⁵²⁵ Acerca dos efeitos dos recursos, Barbosa Moreira assim se manifesta: “Todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (...). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados como produzíveis pela interposição de recurso: o suspensivo e o devolutivo. (...) Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando impede a produção imediata dos efeitos da decisão (...) a suspensão é de toda a eficácia da decisão, não apenas de sua possível eficácia como título executivo. (...) Chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, p. 257 e ss.

decisão venha a ser reformada são bastante diminutas. E, assim, retira o legislador de tais recursos o poder de continuar a obstar a irradiação de efeitos pela sentença. Retira-lhes o efeito suspensivo. Permite-se, destarte, que a decisão judicial de mérito, mesmo antes do trânsito em julgado, possa produzir efeitos provisoriamente, que possa ser executada.

Assegura-se, destarte, a tempestividade no conceder a tutela jurisdicional, sem se deixar de atentar para a garantia fundamental do recorrente, de até a última oportunidade tentar convencer o Judiciário das suas razões.

A execução provisória permite que a decisão produza efeitos, antes ainda de se operar o trânsito em julgado. “É uma conciliação entre a sentença sem efeito e a sentença com efeito pleno. Enquanto se espera a coisa julgada, executa-se a sentença até o limite permitido pelo legislador.”⁵²⁶

8.12.2 A teoria posta em prática: a possibilidade de derrogação celetista pelo CPC face à constatação de seu anquilosamento normativo. A inversão da clássica regra de supletividade

Ao contrário do CPC, a CLT não possui um dispositivo que trate especificamente da execução provisória. Da conjugação, porém, dos arts. 876⁵²⁷ e 899⁵²⁸ do diploma celetista extrai-se a conclusão de que é possível execução provisória de decisões contra as quais tenha sido interposto recurso sem efeito suspensivo - a regra, em se tratando de recursos trabalhistas -, limitados, porém, os atos executivos até a penhora.

Ao mesmo tempo em que a CLT suprimiu aos recursos trabalhistas o efeito suspensivo, limitou a execução provisória até o ato de constrição judicial. Pela CLT, em verdade, a execução provisória permitiria, no máximo, adiantamento da prática de alguns atos executivos, só podendo ser retomada a atividade executiva quando transitasse em julgado a decisão judicial. Isto é, quando já definitiva a execução.

A cautela do legislador de 1943 é compreensível: dificilmente o hipossuficiente conseguiria restituir o que houvesse recebido, em caso de provimento do recurso interposto. Tampouco se poderia exigir do hipossuficiente a prestação de caução para que pudessem ser ultimados atos de satisfação.

⁵²⁶ SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 22.

⁵²⁷ “Art. 876. As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo.”

⁵²⁸ “Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.”

Como bem observa Antonio Álvares da Silva⁵²⁹:

“O ideal seria que a execução se fizesse com a entrega da prestação jurisdicional, enquanto o recurso é julgado na instância ou em instâncias superiores. Para garantir a parte executada de possível prejuízo, na hipótese de ser revertida a sentença, exigir-se-ia algum tipo de garantia do exequente provisório: caução, depósito etc. Este modelo de execução provisória é mais profundo e completo. Porém, em se tratando de execução trabalhista, esbarra num obstáculo difícil de ser removido: o exequente não dispõe de meios de garantir a execução. Não tem como prestar caução, já que lhe faltam meios. Daí o modelo apresentado pela CLT: a regra, para todo recurso, é a devolutividade. Mas a execução provisória esbarra-se na penhora.”

Tal cenário, porém, ainda quando se trate de execução iniciada pelo trabalhador hipossuficiente, há que ser repensado, à luz das inovações aportadas ao CPC pelas últimas reformas legislativas havidas.

O Código de Processo Civil, tratando da execução provisória de prestação alimentícia de até 60 salários mínimos, admitiu fossem ultimados atos de satisfação do direito do credor, inclusive com dispensa de caução (CPC, art. 475-O⁵³⁰). O legislador cível, portanto, realizando prévio juízo ponderativo, entendeu por bem, ainda que com risco de não ser possível a reversão das partes ao *status quo ante*, satisfazer o direito daquele que postula verba indispensável à sua sobrevivência, em detrimento do direito do executado de só ser privado de seus bens depois de formada a coisa julgada.

Ora, se o hipossuficiente que postula por verbas alimentares na Justiça comum pode ser satisfeito integralmente, ainda quando em sede de execução provisória, por que não o poderia o hipossuficiente que postula na Justiça do Trabalho por verbas também de natureza alimentar? Não se teria aí tratamento desigual para quem é igual? Não se estaria, por conseguinte, violando o princípio constitucional da isonomia? Evidente que sim!

⁵²⁹ SILVA, Antônio Álvares da. Execução Provisória Trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 34.

⁵³⁰ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II – nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

Não é por conta, justamente, da discussão envolvendo pagamento de verba de natureza alimentar que se aciona o Judiciário Trabalhista em busca da proteção a direito? Por que, então, o tratamento legislativo diferenciado?

Se no Processo Comum admite-se correr o risco de que o direito do credor seja integralmente satisfeito, mesmo sem qualquer garantia de que, na eventualidade de ser provido o recurso interposto contra a decisão exequenda, as partes retornem ao estado anterior, por que não na Justiça do Trabalho?

Quem postula por verbas de natureza alimentar, seja na Justiça comum, seja na Justiça Trabalhista, é, em ambos os casos, um necessitado e dificilmente conseguirá restituir o que vier a receber indevidamente.

Destarte, reformulado o CPC para permitir que, mesmo em execução provisória, sejam praticados atos de alienação e levantamento de dinheiro, com satisfação integral do direito do credor (fala-se, pois, em execução provisória definitiva), referido modelo deve também ser adotado pelo Processo do Trabalho, pena de violação ao princípio isonômico.

Refere-se o CPC, em seu art. 475-O, § 2º, inc. I, a créditos de natureza alimentar, para permitir a ulatimação de atos satisfativos sem prestação de caução. Tal expressão deve ser inteligida à luz do art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal⁵³¹. Logo, abrange toda forma de contraprestação pelo trabalho humano.

8.12.3 A irrazoabilidade da discriminação

Não sendo estendida ao Processo do Trabalho a regra do CPC que trata da execução provisória, configurar-se-á hipótese que a doutrina constitucionalista pátria denomina de inconstitucionalidade por omissão parcial relativa da lei⁵³². É a típica hipótese em que a lei estende a uma parcela de pessoas um benefício, privando do seu gozo outro grupo que também deveria ter sido contemplado.

Assim, abrem-se três caminhos possíveis de serem adotados pelo Judiciário: (i) ou se declara a inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; ou (ii) se declara a inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar

⁵³¹ Art. 100, § 1º-A, CF: “Os débitos de natureza alimentícia, compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.”

⁵³² A esse respeito, consulte-se a obra de BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2006. p. 37 e segs.

as providências necessárias, ou, ainda, (iii) se estende o benefício à categoria dele excluída⁵³³.

A primeira das soluções, como é fácil perceber, traz o inconveniente de se “universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos.”⁵³⁴ A segunda delas, mostra-se de pouca serventia prática, eis que não se pode compelir o Poder Legislativo a legislar. A última, muito embora esbarre no princípio da separação de poderes, é, sem dúvida alguma, a mais indicada. Propugna-se seja adotada, a fim de se permitir aplicação das normas do CPC afetas à execução provisória ao Processo do Trabalho. O próprio Supremo Tribunal Federal, em precedente que envolvia extensão aos servidores civis de reajuste que só havia sido concedido aos militares, já adotou tal postura⁵³⁵.

8.12.4 Síntese do tópico

Reformulado o CPC para permitir que, mesmo em execução provisória, sejam praticados atos de alienação e levantamento de dinheiro, com satisfação integral do direito do credor (fala-se, destarte, em execução provisória completa⁵³⁶), referido modelo deve também ser adotado pelo Processo do Trabalho, pena de violação ao princípio isonômico.

Máxime porque, considerada especificamente a realidade trabalhista, os juros baixos que incidem sobre as condenações quando comparados com aqueles praticados no mercado, estimulam o empregador a protelar ao máximo o processo, pois ganha mais investindo o dinheiro do que pagando a dívida. Além do mais, empresas que começam solventes, ao final do processo, já fecharam as portas e o depósito recursal que era o bastante à satisfação do crédito acaba se tornando insuficiente. Ao mesmo tempo, a força de trabalho despendida pelo

⁵³³ Todas as possíveis soluções foram extraídas quase que na literalidade da obra antes mencionada, p. 37.

⁵³⁴ *Ibid.* p.37.

⁵³⁵ *DJU*, 14 ago. 1998, AgRg em AI 211.422-PI, rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵³⁶ Trata-se do que a doutrina chama de execução provisória completa, distinguindo-a da incompleta, por satisfazer plenamente o credor, antes ainda do trânsito em julgado da sentença. Confira-se a esse respeito SILVEIRA, Bernardo Bastos. A multa do art. 475-J do CPC na execução provisória: possibilidade de aplicação?. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 155, p. 208-222, jan. 2008: “(...) a execução provisória pode ser tida como completa ou não. Tal (in)completude relaciona-se aos atos de satisfação do exequente. Antes da Lei n. 10.444/2002, responsável por substancial alteração quanto aos atos finais de satisfação do credor, não era possível nenhum ato que resultasse no levantamento de dinheiro e de alienação de domínio, ou seja, havia tão somente uma instrumentação da execução. Após o advento da aludida lei, tornou-se possível a satisfação do credor independentemente do encerramento do seguimento recursal iniciado pelo executado, a qual, entretanto, fica condicionada à prestação de caução idônea (art. 475-O, III, do CPC) pelo exequente, que inclusive não é absoluta, pois pode ser dispensada em algumas situações elencadas pelo legislador (art. 475-O, § 2º, do CPC). Nesse diapasão, constata-se que a execução provisória, tida como completa em razão da atual sistemática adotada pelo legislador, possui o condão de imprimir maior efetividade ao processo, na medida em que a decisão, mesmo impugnada por recurso (que não possui efeito suspensivo), terá a capacidade de, antes mesmo do seu trânsito em julgado, proporcionar a satisfação do exequente”.

trabalhador em benefício da empresa não é passível de devolução, de restituição. A execução provisória é, pois, verdadeiro atalho à efetividade dos direitos sociais do trabalho⁵³⁷.

Confrontando-se ambas as normas, a do CPC e a da CLT, o que se vislumbra é um descompasso instrumental brutal a justificar intromissão do processo comum ao trabalhista, com vistas a superar aquele déficit de efetividade de que antes se falou. É por isso que se propugna, com supedâneo na Principiologia Processual Geral, possa o magistrado, derogando a norma trabalhista, transpor ao processo laboral a norma da processualística comum a respeito da execução provisória, já que muito mais consentânea às hodiernas exigências de efetividade.

Hoje, a provisoriedade da execução não mais deve ser compreendida pelo prisma dos atos executivos possíveis de serem praticados, mas pela própria decisão que fundamenta a execução. É que, enquanto cabível recurso, a decisão pode ser reformada, e, nesse sentido, diz-se que é provisória⁵³⁸. Repare-se, a decisão, e não a execução⁵³⁹540541542.

⁵³⁷ O cenário é deveras desanimador. Eis o relato do Desembargador do TRT da 3ª Região, Antônio Álvares da Silva: “Quando há interposição de recurso ordinário, a parte está solvente. Contrata advogado. Faz o depósito exigido em lei. Continua demandando, podendo chegar ao TST. Na execução, ainda recorre, elevando o processo novamente ao TRT e, em se tratando de matéria constitucional, até o STF – art. 896, § 2º. Depois de tanto tempo e de tantos recursos, o processo vai à execução definitiva. Em razão da demora, o depósito torna-se insuficiente para garantir a execução. As micro e pequenas empresas, depois deste longo período, geralmente fecham as portas. Dados estatísticos mostram que, mesmo sendo as maiores empregadoras do País, 61% delas deixam de atuar em um ano. No período inicial, estão solventes. Compram e vendem. Empregam e faturam. Mas, no período de um ano, mais da metade fecha as portas. SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 18.

⁵³⁸ CARPI, Frederico. *La provisorietà esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 3 e ss.

⁵³⁹ Neste mesmo sentido, a opinião de Luiz Fux: “A novel execução provisória alcançou notável grau de satisfatividade, escapando, assim, das severas críticas de outrora, que a entreviam como um ‘nada jurídico’. Realmente o exequente quase nenhuma utilidade retirava de sua pressa em torna realidade provisória a sentença condenatória favorável. Destarte, o legislador brasileiro acompanhou o movimento atual dos vários sistemas processuais de matriz romano-germânico, que passaram a consagrar a execução apenas provisória pela decisão que a fundamenta e não mais pelos atos executivos praticados.” FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil: O cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 250.

⁵⁴⁰ É também a posição de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro* (Exposição sistemática do procedimento). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 206-207, *verbis*: “A 2ª parte do art. 587, na redação da Lei nº 11.382, trouxe uma inovação, a nosso sentir infeliz: averba também de provisória a execução instaurada na pendência de ‘apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo.’ A execução provisória, que se baseia sempre em sentença judicial civil, pode ser promovida a partir do recebimento do recurso no efeito meramente devolutivo (como no caso do art. 521, 2ª parte), e não difere da definitiva, em substância pelo modo como se processa (art. 475-O, *caput*, igualmente introduzido pela Lei nº 11.232, que revogou o art. 588), mas, fundamentalmente por sua menos estabilidade, devida à circunstância de estar ainda sujeito o título em que se funda à anulação ou à reforma pelo órgão competente para julgar o recurso. Sobrevindo tal decisão, anulatória ou reformatória, de grau superior, a execução provisória ‘fica sem efeito’, como reza o art. 475-O, *caput*, nº II, ‘restituindo-se as partes ao estado anterior’; no caso contrário, ela se converte em definitiva – o que sucederá se não se chegar a julgar o recurso (v.g., em virtude de desistência), ou se julgamento do órgão *ad quem* ‘confirmar’ a sentença exequenda e transitar em julgado. Nesta última hipótese, a execução passará a ter por título o *acórdão* e, não mais a decisão recorrida, que ele substituiu (art. 512). Essas observações valem, *mutatis mutandis*, para a hipótese de anulação ou reforma parcial da sentença exequenda, em que a execução provisória fica sem efeito na parte correspondente ao que se houver anulado ou reformado (art. 475-O, § 1º, e se torna definitiva quanto ao restante.”

⁵⁴¹ Do mesmo modo, SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed.. São Paulo: Editora Método, 2008. p.602 e segs.: “(...) Discutia-se muito na doutrina se o art. 588 do CPC seria aplicável ao processo do trabalho, uma vez que o art. 899 consolidado estabelece que a execução provisória vai até a penhora, não havendo, portanto, a possibilidade da prática de atos de expropriação, levantamento em dinheiro ou alienação de bens. Vale destacar que na execução provisória trabalhista não se exige que o credor, para promovê-la, preste caução, uma vez que, na maioria dos casos, o exequente é um trabalhador hipossuficiente e, portanto, sem condições de prestar caução. Exigir caução inviabilizaria, na prática, a execução provisória pelo obreiro. Todavia, doutrina considerável manifestava opinião no sentido da aplicação do antigo art. 588 do

8.12.5 A execução provisória coletiva e seu regramento

A execução das sentenças coletivas poderá ser provisória ou definitiva, consoante se infere do disposto no art. 14 da LACP⁵⁴³.

Em demonstração de vanguarda, a LACP, assim como a CLT já havia feito desde 1943, inverteu a orientação tradicional dada pelo Código de Processo Civil de 1973 à logística recursal, suprimindo-lhes o efeito suspensivo e, pois, dotando de executividade imediata as sentenças de primeiro grau, ressalvada a possibilidade de pedido de suspensão da execução, nos casos em que seja provável o acolhimento da tese recursal. Ao invés de efeito suspensivo *ope legis*, adotou-se o modelo de concessão *ope judicis*.

Inverte-se, assim, o ônus do tempo no processo: o perdedor é que deverá correr atrás do prejuízo e postular ao relator do tribunal destinatário do recurso que tolha a executividade do ato impugnado, agregando efeito suspensivo a recurso que, ordinariamente, por força de lei, dele carece. O juiz então, sensivelmente e caso a caso, poderá suspender total ou parcialmente a eficácia executiva ou a execução da sentença recorrida, quando for relevante a fundamentação do apelo.

As decisões interlocutórias que atendam ao pedido de antecipação de tutela são passíveis de serem executadas ou, como prefere parcela da doutrina, efetivadas, sempre que ostentem eficácia condenatória, isto é, sempre que imponham ao demandado o dever de cumprir uma prestação. Condenar é impor a alguém em benefício de outrem a realização de uma prestação, o que pode ser feito também por intermédio de uma decisão antecipatória de tutela, pouco importando o nome que se queira dar à realização de um direito com base em

CPC ao processo do trabalho (como Manoel Antônio Teixeira Filho e Carlos Henrique Bezerra Leite), especialmente o § 2º, que permitia o levantamento de depósito realizado em dinheiro ou a prática de atos que importavam alienação de domínio, independentemente de caução, nos casos de crédito de natureza alimentar (neles se inclui o crédito trabalhista) até o limite de 60 salários mínimos, quando restar comprovado que o exequente se encontra em estado de necessidade. No entanto, este expediente deve ser adotado com muita cautela pelo magistrado trabalhista, uma vez que o trabalhador exequente, em regra, não terá condições de arcar com eventuais prejuízos decorrentes do resultado final desfavorável do processo. Vale destacar que a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (que alterou o CPC e foi publicada em 23.12.2005), revogou o art. 588 do CPC, passando a vigorar o novo art. 475-O do CPC (...). A nova redação do art. 475-O do CPC trouxe as seguintes novidades em relação ao disposto no antigo art. 588 do CPC: a execução provisória depende de iniciativa do exequente; existindo acórdão modificativo do julgado, eventuais prejuízos serão liquidados nos mesmos autos, por arbitramento; a caução também poderá ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar (podendo as regras previstas no CPC serem utilizadas de forma subsidiária no processo do trabalho), ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, quando o exequente demonstrar situação de necessidade ou nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. Entendemos que o novo art. 475-O do CPC é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, principalmente em relação à possibilidade de levantamento pelo credor trabalhista de depósito em dinheiro até o limite de 60 salários mínimos, sem a necessidade de caução, desde que demonstrada a real necessidade.⁵⁴²

⁵⁴² Sobre as novas tendências da execução provisória, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Novas Tendências da execução provisória, Revista de Processo, n. 90, abr.-jun. 1998, p. 57-67.

⁵⁴³ LACP, art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

cognição não definitiva, se execução ou efetivação. A decisão antecipatória de tutela é, a nosso ver, título executivo judicial fundado em cognição sumária⁵⁴⁴.

Esta execução (ou efetivação, tanto faz), evidentemente, só pode ser provisória, haja vista a precariedade da decisão que a respalda. Não se realiza após o término da fase cognitiva e prolação da sentença, mas paralelamente a tal etapa do processo sincrético e antes da sentença, ensejando a instalação de um procedimento novo, destinado à efetivação, que caminha ao lado do procedimento base, incumbido ainda da definição do direito. A execução ocorre no curso da etapa cognitiva, antes da prolação da sentença, com base na suposição de que o direito existe.

Tratando-se do implemento provisório de decisão que condene a um fazer ou não fazer segue-se o regramento dos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º do CPC, consoante dispõe o artigo 273, § 3º do CPC, especialmente face à inexistência, na legislação processual trabalhista, de uma disciplina compacta de execução provisória.

8.12.6 A cautela ao derredor da execução provisória e o problema dos riscos

A execução permitida por tais decisões (de antecipação de tutela ou sujeitas a recurso), por essência instáveis, é sempre provisória, ainda que possam vir a ser ultimados os atos satisfativos.

Tal execução deve ser feita com a consciência da provisoriedade do título que a embasa, devendo o juiz cercar-se das cautelas de praxe, inclusive criando todas as condições que possibilitem o retorno das partes ao *status quo ante*, para o caso de não subsistir a execução. Tudo se passa como provisório, em razão de ser revogável e modificável a qualquer tempo a decisão que antecipa a tutela e a decisão sujeita ainda a recurso. Assim, por exemplo, vindo a ser proferida sentença em sentido oposto a anterior decisão concessiva de antecipação de tutela, devem ser anulados os atos executivos realizados. A maior preocupação do sistema processual é justamente a de evitar a consumação de danos irreparáveis ou minimizar os prejuízos experimentados em razão do cumprimento da medida urgente ou de decisões ainda suscetíveis de alteração.

A execução provisória “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado tenha sofrido”

⁵⁴⁴ Ao traçar um paralelo entre a execução brasileira e a italiana, Giuseppe Tarzia refere-se às decisões que exercem função antecipatória como autênticos títulos executivos judiciais: “Outo ponto de encontro entre nossos países dá-se em relação ao desenvolvimento dos títulos executivos judiciais fundados em cognição sumária. Pensemos, além do procedimento monitorio, na difusão da tutela antecipatória (...).” TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. Revista de Processo, n. 90, abr./jun. 1998, p. 68-84.

(CPC, art. 475-O, inc. I). Trata-se do famoso sistema de freios e contrapesos que perpassa toda a ordem processual. O sistema admite a execução provisória, inclusive completa (com início, meio e fim), assumindo os transtornos que o seu desfazimento naturalmente acarreta, mas ao mesmo tempo imputa àquele que toma a iniciativa de executar o peso de responder pelos danos que o executado vier a amargar. A responsabilidade é objetiva e decorre da lei. O exequente torna-se responsável no momento em que resolve executar.

A despeito do prescrito no § 2º do art. 273 do CPC, a irreversibilidade fática da execução, a impossibilidade de reversão ao estado anterior, não necessariamente embargará a atividade executiva. A irreversibilidade configura-se quando não é possível fazer com que as partes retornem à mesma situação em que se encontravam antes da interferência judicial, isto é, à situação anterior àquela gerada com a execução provisória da decisão de prestação, final ou interina. Nestas hipóteses, o magistrado deverá realizar o chamado juízo do mal maior: se o mal causado ao direito provável em caso de não concessão for maior do que aquele que a parte contrária experimentará na hipótese de serem liberados efeitos antes do trânsito em julgado, deve ser permitida a execução. Caso contrário, não.

A execução provisória de uma sentença de condenação ou a efetivação de uma antecipação de tutela pode gerar prejuízos irreversíveis ao réu. O sistema processual tem clara noção do risco e o assume, armando, no entanto, o juiz com uma série de medidas que, senão capazes de anular, ao menos de suavizar a eficácia negativa de uma execução injusta: pagamento de indenização, exigência de contracautela etc.

A atividade executiva, em suma, deve, tanto quanto possível, ensejar, quando o direito provável não se evidencie, a restituição das partes ao estado anterior e/ou o pagamento de indenização. Quando for viável a volta à situação que existia antes da intervenção judicial e ainda assim tiverem sido ocasionados danos à parte ilegítimamente executada, além da restauração da situação inicial, a parte prejudicada poderá postular o ressarcimento. Impossível de ser desfeita a situação gerada com a execução, resta apenas o caminho das perdas e danos.

Questão interessante é a de saber quem, no âmbito coletivo, suportará os riscos inerentes à execução provisória. Quem arcará com os prejuízos que o executado eventualmente venha a sofrer, acaso não seja reconhecido ao final o direito que aparentava existir.

Em se tratando de ações de responsabilidade civil por danos a direitos individuais homogêneos, cada interessado que optar por executar provisória e individualmente a sentença coletiva, responderá pelos prejuízos que o executado coletivo vier a experimentar.

Maior do que sessenta salários mínimos o valor executado, poderá ser exigida caução do exequente, exceto comprovação de estado de necessidade e impossibilidade de se prestar contracautela, caso em que a execução provisória fica limitada ao teto de 60 mínimos. Até 60 mínimos, é possível que o trabalhador ultime a execução provisória sem nada caucionar. A execução, então, corre por conta e risco de cada exequente individual.

Mais difícil é a questão em se tratando de execuções coletivas. Nestes casos, parece mesmo que os próprios autores assumirão os riscos, os sindicatos e o MPT. No caso do Ministério Público do Trabalho, a União em verdade, haja vista a falta de personalidade jurídica do órgão estatal.

É possível, no entanto, defender-se, *de lege ferenda*, que o FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990), arque com essas indenizações, funcionando como verdadeiro seguro das execuções coletivas provisórias, a fim de que os entes legitimados não deixem de ser realizá-las por medo de serem responsabilizados objetivamente. Afinal, para o Fundo são destinadas as multas e a *fluid recovery*.

8.13 Legitimação para a liquidação/execução coletiva

O próximo item dedica-se a tratar dos entes autorizados a promover o cumprimento das decisões coletivas, dos legitimados à execução forçada. Passa-se ao exame da *legitimitatio ad causam* para a efetivação das sentenças coletivas de condenação⁵⁴⁵.

8.13.1 Nos casos de ações relativas a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Para a execução das sentenças de condenação relacionadas a direitos difusos e coletivos em sentido estrito, qualquer que seja o tipo de obrigação envolvida (de fazer, não fazer, pagamento de quantia), o principal legitimado é o próprio autor promotor da ação. Porém, nos termos do art. 15 da Lei n. 7.347/1985, “decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

Apesar da menção que é feita no dispositivo antes transcrito às associações, independentemente de quem tenha sido o autor da ação de conhecimento, passado o prazo nele referido sem que a execução tenha sido iniciada, qualquer outro colegitimado coletivo

⁵⁴⁵ No Capítulo 5 da presente Dissertação tratamos pormenorizadamente do tema. Agora, nosso foco é a legitimação para a etapa de cumprimento de sentença.

(art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) poderá intervir no processo, para postular e impulsionar o cumprimento da sentença. Trata-se de verdadeira hipótese de legitimação coletiva extraordinária subsidiária concorrente⁵⁴⁶. Ou seja, a LACP *impõe* que o MP proceda à execução *coletiva* das sentenças referentes a direitos difusos e coletivos, nos casos em que ele próprio não haja sido autor no processo de conhecimento, mas a entidade autora permanecer inerte por sessenta dias ou mais. No Processo Coletivo Laboral, no entanto, em razão da legitimidade que a CLT confere aos juízes para deflagrar a execução, omissa o legitimado proponente da ação, ao próprio magistrado incumbirá iniciar a fase de cumprimento. A legitimidade ativa para a execução coletiva específica ou por quantia certa contra devedor solvente das sentenças trabalhistas referentes a direitos difusos e coletivos é, portanto, bastante ampla, apenas excluída a iniciativa de particulares (pessoas físicas e jurídicas).

A legitimidade extraordinária à execução forçada é do tipo exclusiva, pois a lei exclui a possibilidade de a própria comunidade ou seus integrantes virem a júízo para a defesa de direitos difusos e coletivos, quer dando origem ao processo de conhecimento, quer ao processo ou fase executiva. Porém, entre os próprios entes legitimados à tutela judicial dos interesses transindividuais, pode-se dizer ser concorrente a legitimação *in executivis*.

Outrossim, nos termos do art. 103, § 3º do CDC, nas ações intentadas originalmente em prol de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, os titulares de interesses individuais homogêneos que tenham sido prejudicados pelo evento lesivo que constitui a causa de pedir remota da demanda, poderão, com base na sentença condenatória, promover suas execuções individuais. A sentença preparada em razão do exercício da ação coletiva por legitimado extraordinário é título que favorece a comunidade de vítimas e sucessores. A sentença coletiva nestas ações funciona como espécie de atalho processual, permitindo-lhes “passar direto” pela discussão a respeito da responsabilidade do réu, já assentada com força de coisa julgada na sentença coletiva, e liquidar os prejuízos individualmente suportados.

Obviamente, como já dito, antes de executar a decisão, o indivíduo deverá liquidar seu crédito. O objeto da cognição nestas liquidações é mais amplo do que nas liquidações normais, pois é preciso, antes ainda de se quantificar os prejuízos, acertar (tornar certo) o próprio direito ao recebimento de uma indenização⁵⁴⁷.

Logo, a sentença coletiva que diga respeito a direitos difusos e coletivos em sentido stricto tanto pode ser executada coletivamente, com vistas a se efetivar o direito coletivo

⁵⁴⁶ GRECO, L. Op. Cit., p. 57.

⁵⁴⁷ GRECO, L. Op. Cit., p. 62.

certificado, quanto individualmente, pelas vítimas e sucessores que tenham sido beneficiados com a extensão dos efeitos diretos da sentença condenatória.

8.13.2 Nos casos de direitos individuais homogêneos

Nos termos dos artigos 97 a 100⁵⁴⁸ do Código de Defesa do Consumidor, a execução da sentença nas ações coletivas pertinentes a direitos individuais homogêneos poderá ser promovida pelas vítimas ou sucessores e também pelos entes legitimados em lei para a propositura de ações coletivas *lato sensu*. Assim, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a execução pode ser feita tanto pelo co-legitimados ativos (LACP, art. 5º e CDC, art. 82), como pelos próprios prejudicados ou seus sucessores, em caráter individual.⁵⁴⁹ A legitimação das vítimas e de seus sucessores é ordinária e individual: cada qual demanda em nome próprio a parcela que lhe toca no bolo da condenação. Para tanto, é preciso que extraiam, junto ao cartório da Vara trabalhista por onde trafegou o feito, a respectiva certidão de sentença.

Ou seja, é possível que a sentença coletiva que trata de direitos individuais homogêneos seja realizada individual ou coletivamente, ou melhor, que seja promovida diretamente pelo próprio interessado ou, então, por ente coletivo. Salieta a doutrina de um modo geral que a execução da sentença de condenação genérica proposta pelos colegitimados coletivos não é verdadeiramente coletiva, pois a ação proposta não passa de um mero somatório de pretensões materiais perfeitamente individualizadas⁵⁵⁰. A execução liderada por legitimado coletivo seria, em verdade, pseudocoletiva. Só receberia a designação de coletiva em razão de ser proposta por um legitimado coletivo, vez que seu objeto é a soma das indenizações individuais já liquidadas. Mais tecnicamente, seria uma execução individual

⁵⁴⁸ “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. Parágrafo único. (Vetado). 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. § 1º 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. § 2º 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. Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas. Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.”

⁵⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. V. 4, p. 386.

⁵⁵⁰ É o que pensa RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. In NOLASCO, Rita; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 462.

plúrima⁵⁵¹. Aliás, segundo Ada Pellegrini Grinover, nos casos de as ações executórias serem propostas por legitimados legais coletivos, não ostentariam eles no processo a condição de substitutos processuais, mas atuariam como representantes dos interessados. Isto é, agiriam processualmente em favor de vítimas ou sucessores cujas indenizações já tivessem sido fixadas em prévio procedimento de liquidação, ainda que tal liquidação tenha sido levada a cabo pelo próprio ente coletivo que executa. Explica a autora:

“a situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91 (...). Lá, os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumerados no art. 82 agirem em nome das vítimas e sucessores.”⁵⁵²

Apesar da previsão legal, a doutrina diverge quanto à possibilidade de um legitimado extraordinário poder executar, em favor de vítimas e sucessores, sentença individual homogênea.

Fazendo ressalva aos entes associativos, cuja legitimação reconhece ser bastante ampla para a defesa judicial e extrajudicial de seus filiados (CF, art. 5º, inc. XXI), Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, entende que a legitimidade à execução, nos casos de danos a direitos individuais homogêneos, é exclusiva de cada um dos titulares do direito à indenização. A legitimidade do MP estaria restrita às execuções atinentes a direitos difusos e coletivos ou benéficas a um dos fundos previstos em lei, mas não para as referentes a direitos individuais homogêneos. O MP não estaria a seu ver autorizado a patrocinar a defesa judicial de quaisquer interesses individuais, a despeito da expressa dicção em sentido contrário do art. 98 do CDC. A atuação de tais legitimados legais, a seu ver, só se justificaria em se tratando de execuções que buscam satisfazer o direito, reconhecido em sentença, de coletividades enquanto tais, isto é, de uma massa de sujeitos indivisivelmente considerados.

Logo, não deteriam legitimação ao cumprimento da sentença os entes coletivos a que fazem referência os artigos 5º da LACP e 82 do CDC, porque, diz, nada têm de transindividuais tais execuções. São execuções individuais por excelência, já que visam a recompor a esfera de direitos de cada vítima ou sucessor.

Ainda segundo o autor, os colegitimados coletivos só poderiam atuar, nos casos de lesões a direitos individuais homogêneos, subsidiariamente, se, transcorrido o prazo de um

⁵⁵¹ Segundo Ada Pellegrini: “A execução coletiva é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas na(s) sentença(s) de liquidação”. GRINOVER, A. P. *Código de Defesa...* p. 694.

⁵⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código...* p. 907.

ano contado da publicação do edital com a divulgação do resultado do processo coletivo⁵⁵³, não comparecessem em juízo vítimas e sucessores em número condizente com a extensão do dano perpetrado, havendo ainda sobras, resquícios de indenização por executar. O produto da condenação, abatidos os valores já pagos a cada exequente individual, é revertido a um fundo, a fim de que o dano seja na sua totalidade reparado e não fique impune, minimamente, o seu causador (CDC, art. 100 e LACP, art.13). Mas aí, diz ele, sendo a execução benéfica a um dos fundos, é autêntica execução coletiva, o que justifica a legitimação executiva extraordinária subsidiária.⁵⁵⁴ E as associações (o que abrange os sindicatos) de todo modo só estariam qualificadas a patrocinar a execução das sentenças genéricas relacionadas a interesses individuais homogêneos exclusivamente em benefício de seus associados:

“A legitimidade bastante ampla outorgada pela Constituição Federal aos entes associativos em geral para a defesa judicial ou extrajudicial de seus filiados (art. 5º, inc. XIX) autoriza essas entidades a patrocinar em juízo os interesses destes, seja mediante o processo de conhecimento, seja para patrocinar a execução forçada. Diferentemente daqueles outros que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor legitimam, essas entidades são qualificadas inclusive para promover a execução de sentenças genéricas relacionadas com interesses individuais homogêneos, ma exclusivamente em benefício de seus próprios filiados e não de outras pessoas ou, muito menos, de massas de sujeitos lesados. Eles são legitimados a promover apenas as execuções individuais dos associados e sempre para a satisfação de sujeitos bem identificados. Embora compareçam na condição de substituto processual e não de representante, sendo, portanto, parte no processo, é razoável aplicar por analogia o disposto no parágrafo do art. 46 do Código de Processo Civil, para evitar que o cúmulo de pretensões relativas a muitas pessoas possa causar dificuldades ou tumulto à execução (o juiz reduzirá os beneficiários de cada execução, segundo um razoável critério equitativo).”⁵⁵⁵

O Ministério Público do Trabalho, então, embora qualificado a promover o processo de conhecimento e cautelar, não estaria, ao ver de Dinamarco, autorizado a executar a sentença coletiva genérica, a não ser subsidiariamente, em favor do FAT, pois nesse caso,

⁵⁵³ Este deve ser o termo *a quo* para que vítimas e sucessores possam, com base no título executivo judicial forjado no processo coletivo, iniciar as liquidações e execuções individuais. Deve se contar o prazo de um ano para a promoção do cumprimento de sentença pelos beneficiados com a eficácia da sentença coletiva da cientificação da decisão coletiva, o que se faz através da publicação de editais. É a opinião de Hugo Nigro Mazzilli: “Como se conta esse prazo de dois anos para os investidores, ou de um ano, para habilitação dos demais lesados em matéria de interesses individuais homogêneos? O CDC continha regra que disciplinava em parte a matéria: era seu art. 96. Essa norma, porém, foi vetada porque continha um erro de remissão. Com efeito, dizia a norma vetada que, em ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, transitada em julgado a sentença condenatória, deveria ser publicado edital, ‘observado o disposto no art. 93’ (a remissão correta deveria ter sido ao art. 94). Ora, relevado o erro de remissão, o princípio vetado estava e ainda continua correto: devem-se publicar editais para conhecimento da sentença condenatória, observadas as cautelas previstas no art. 94 do CDC. Respondendo, assim, a questão que nos propusemos acima, o prazo se conta a partir da publicação dos editais, convocando os credores a habilitarem-se para a fase do cumprimento da sentença.” MAZZILLI, H. N. *Op. cit.*, p. 567-568.

⁵⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164-165. Igualmente, Hugo Nigro Mazzilli: “Se a associação autora não promover o cumprimento da sentença em sessenta dias após o trânsito em julgado, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. A regra diz respeito, naturalmente, a interesses difusos e coletivos, e não a interesses individuais homogêneos, pois, quanto a estes, a execução será individual, salvo se os lesados não se habilitarem no prazo legal.” MAZZILLI, H. N. *Op. cit.* p. 577.

⁵⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164-165.

apesar de fundada em sentença proferida em processo relacionado com direitos individuais homogêneos, a execução é verdadeiramente coletiva. Objetiva a cobrança dos restantes de indenização não buscadas individualmente, descontado o montante das indenizações individuais cobradas e pagas.

Com relação aos sindicatos, já se viu, a legitimação é amplíssima, inclusive para as execuções. Também, a nosso ver, o MPT deveria poder executar as decisões sobre direitos individuais homogêneos, pois a liquidação e execução coletiva mostram-se qualitativamente superiores ao trabalhador do que a individual, ao despersonalizar o litígio do início ao fim, o preservando de represálias por parte do patrão. As mesmas dificuldades de acesso à justiça que o trabalhador enfrenta para ajuizar a ação condenatória encontra para liquidar a sentença e posteriormente executá-la. Não dá para resolver o problema do acesso à Justiça no começo e negligenciá-lo justamente no momento de se concretizar a sentença, sob pena de esvaziamento da utilidade das ações coletivas para o trabalhador.

Resumindo, a liquidação e execução da sentença coletiva de procedência do pedido poderá ser feita: (i) individualmente, pela própria vítima e seus sucessores; (ii) coletivamente, pelos legitimados às ações coletivas (denominada coletiva, mas que é, em verdade, uma execução individual plúrima); (iii) subsidiariamente (fala-se em legitimação coletiva subsidiária à individual), pelos legitimados extraordinários, quando não aparecerem para liquidar a sentença coletiva pessoas em número compatível com a gravidade do dano, dentro do período de um ano a contar da ciência da sentença condenatória genérica transitada em julgado. Trata-se neste último caso de autêntica execução coletiva. Execução da *fluid recovery*.

8.14 A indisponibilidade da execução coletiva

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, qualquer um dos legitimados legais às ações coletivas e não apenas aquele que postulou e obteve a sentença na qualidade de autor do processo de conhecimento poderá promover a execução. Transitando em julgado a decisão coletiva de procedência do pedido, não promovendo o autor coletivo da demanda de conhecimento a execução, o fará necessariamente o MP ou facultativamente os demais legitimados legais. A iniciativa caberá, prioritariamente, ao autor coletivo da ação de conhecimento e só no caso de este permanecer inerte é que entram em cena, obrigatoriamente, o MP ou, facultativamente, os demais legitimados coletivos (LACP, art. 15). Trata-se de legitimidade subsidiária concorrente para a execução coletiva. Qualquer dos colegitimados

coletivos poderá intervir no feito, postulando e impulsionando o cumprimento da sentença, acaso permaneça omissa o autor originário da ação coletiva pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

A possibilidade de qualquer colegitimado legal dar início à etapa de cumprimento da sentença justifica-se porque a sentença constitui título que beneficia a uma coletividade, não podendo a sua concretização ser frustrada em razão da displicência do autor coletivo em iniciar a execução. Uma vez obtida sentença coletiva, a sua efetivação torna-se obrigatória.

Com relação às sentenças coletivas do trabalho, no entanto, o risco de que não se concretizem não existirá, sabido que os magistrados trabalhistas detêm legitimidade para deflagrar eles próprios a execução (CLT, art. 878)⁵⁵⁶, não ficando, pois, sua efetivação à mercê de quem quer que seja.

Inspirando-se na experiência sincrética laboral, Guadalupe Louro Turos Couto sugere se dissemine por todo o universo coletivista a regra celetista da iniciativa oficial com respeito às liquidações e execuções de sentenças:

“Ainda que se apegue à relevância social e à magnitude das ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não faz sentido aguardar a inércia do autor coletivo pelo lapso temporal fixado (...) para que o Ministério Público obrigatoriamente dê início à liquidação e/ou execução ou para que os demais co-legitimados, facultativamente, tomem a iniciativa. Por que não adotar os ensinamentos trazidos pelo sincretismo processual e permitir que até o próprio juiz, de ofício, possa dar início a essas fases procedimentais, seja ordenando, v.g., às partes que ofereçam cálculos ou a remessa dos autos ao contador para que este elabore os cálculos, seja nomeando árbitro e, após serem ouvidas as partes, homologue a conta ou o laudo? (...) Ao incluir essa possibilidade o processo não ficará à mercê da iniciativa do autor coletivo (...), de forma que se estará adotando uma sistemática mais célere, menos onerosa e mais eficiente às execuções coletivas. Sugere-se, então, que a redação do artigo acerca da legitimação para a liquidação e execução coletiva contemple a possibilidade de o juiz – de ofício – promover esses procedimentos, nos termos do já estabelecido no art. 878 da CLT.”

Ressalve-se, contudo, que a indisponibilidade é só da execução coletiva definitiva e não da provisória, porque esta, diferentemente daquela, envolve um risco que o exequente pode não querer correr. Corroborando o quanto dito o disposto no art. 15 da Lei da Ação Civil Pública, que, ao tratar da legitimidade ativa extraordinária subsidiária à execução coletiva, faz menção ao *trânsito em julgado*, dando a entender, *a contrario sensu*, que não há obrigatoriedade de a execução ser promovida enquanto ainda pendente de julgamento o recurso. No mesmo sentido, o art. 475-O do CPC, que afirma textualmente “correr a execução

⁵⁵⁶ COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007. p. 290-308.

provisória por *iniciativa* do exeqüente”. Sendo assim, juiz do trabalho precisará aguardar a provocação do legitimado legal⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Raimundo Simão de Melo entende inclusive, a despeito da legitimidade ativa à execução forçada conferida aos magistrados trabalhistas pela CLT, ser-lhes vedado impulsionar a execução coletiva definitiva. Com muito mais razão, podemos concluir, não será permitido ao juiz atuar espontaneamente quando se tratar de execução provisória, principalmente em virtude dos riscos a ela inerentes. Eis as suas razões: “De acordo com os arts. 878 da CLT e 4º da Lei n. 5.584/70, a execução na Justiça do Trabalho poderá ser promovida pelos interessados e pelo juiz, de ofício. O primeiro dispositivo foi elaborado levando-se em conta a filosofia da CLT, na época, voltada para o uso do *jus postulandi* de que trata o art. 791 da mesma norma. Enquanto isso, o aludido art. 4º aplica-se às causas de pequeno valor na Justiça obreira, de até dois salários mínimos. (...) As razões dos dispositivos mencionados, para as execuções nas ações individuais, não se aplicam às execuções nas ações coletivas (...). Para estas, em se tratando de direitos e interesses difusos e coletivos, estabelece o art. 15 da Lei n. 7.347/85 que a execução será promovida, em regra, pelo autor coletivo da ação e, facultativamente, pelos demais colegitimados de que trata o art. 5º da mesma lei e, transcorrido o prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença, sem iniciativa dos demais legitimados, incumbe obrigatoriamente ao Ministério Público promovê-la. (...) Na execução de sentença coletiva referente a direitos individuais homogêneos, cabe a execução aos legitimados coletivos e às vítimas e sucessores, conforme dispõem os arts. 97 e 98 do CDC. (...) No caso dos direitos individuais homogêneos, mesmo sendo a execução promovida por um dos órgãos coletivos legitimados, esta sempre será individualizada, pois o que se busca é exatamente o pagamento da indenização quantificada na liquidação de sentença, em processo de conhecimento, onde e quando se comprova o dano sofrido por cada substituído em artigos de liquidação. Aliás, quanto a estes, seria mesmo inoportuno para o juiz promover a liquidação como fase preliminar da execução, pois trata-se mesmo de uma fase probatória, para a qual mais vocacionados estão a vítima individual, em primeiro lugar, e o legitimado coletivo, em segundo, e, nunca, o juiz.” MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 209-210.

9 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

A vingança não vai reduzir ou prevenir o mal, porque ele já aconteceu.
Dalai Lama

9.1 A necessidade de proteção preventiva

É conhecido o alerta popular segundo o qual “aquilo que não tem remédio remediado está”. Daí se extrair a intuitiva noção de ser sempre melhor prevenir do que remediar.

Alguns direitos, por demais valiosos, não possuem qualquer conteúdo econômico. São os chamados direitos não patrimoniais. Não são passíveis de avaliação monetária, de contabilização em termos de perdas e ganhos, o que significa dizer que não podem ser tutelados satisfatoriamente pelo correspondente em dinheiro. É que simplesmente não há indenização que equivalha ao direito em si mesmo, que se equipare à sua fruição.

A indenização é mero paliativo jurídico, concedida, sobretudo, para que não fique sem punição o causador do dano e sem tutela alguma o sujeito lesado. Mas não chega chamais a ser intercambiável com o bem da vida que pereceu. Mesmo a reparação específica, admitida por certos direitos, muito comumente não logra desfazer na íntegra o mal causado⁵⁵⁸.

Em termos mais singelos, há direitos que simplesmente não podem ser restaurados, uma vez violados, e outros que não são tuteláveis adequada e integralmente em caráter repressivo. E, daí, o despertar da consciência jurídica para a necessidade de prevenção.

Quando a violação a direito não é corrigível mediante as habituais providências jurisdicionais do tipo ressarcitório⁵⁵⁹ ou apenas o é de modo imperfeito e incompleto, surge a necessidade de prevenção. Consumando-se a ação ou omissão indesejável, somente resta

⁵⁵⁸ O exemplo mais nítida da impotência da tutela sancionatória é o do desmatamento de área de floresta. Ainda que se proceda ao reflorestamento, nunca se logrará recuperar completamente a biodiversidade outrora existente, que para sempre se perdeu. Segundo Marinoni: “Para a demonstração da importância da tutela inibitória no plano dos direitos transindividuais, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico ‘poluo, mas pago’. Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação; para que não ocorra a degradação do meio ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a tutela inibitória” MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94-95.

⁵⁵⁹ A tutela ressarcitória é gênero do qual são espécies a tutela específica, capaz de propiciar ao lesado a mesma situação que estaria vigorando acaso não tivesse ocorrido a violação ou a estabelecer uma situação a mais próxima possível daquela que existiria se o dano não houvesse ocorrido ou ainda a tutela que visa a reparar o dano por meio distinto do pecuniário, e a chamada tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, a qual substitui a fruição *in natura* do direito por dinheiro, isto é, a que proporciona ao lesado uma quantia correspondente à diminuição patrimonial sofrida, ao desfalque verificado em sua esfera jurídica, e é de todas a tutela situada na posição mais baixa na escala de efetividade processual, expressa na máxima da maior coincidência possível entre o resultado preconizado pelo direito material e aquele ofertado pelo processo.

reparar, especificamente, de preferência⁵⁶⁰, ou se impossível, mediante pagamento de uma indenização, o direito agredido, reconduzindo-se as partes, tanto quanto seja possível, ao estado precedente à transgressão.

No entanto, para certos direitos, mostra-se muito pouco útil a tutela de repressão. São direitos que, uma vez violados, ou têm decretada a sua sentença de morte, ou, na melhor das hipóteses, quando passíveis de alguma recuperação, jamais voltam a ser como antes da ocorrência da violação, da instalação da situação lesiva. Não se recompõem totalmente ou simplesmente não são restauráveis.

Como nem sempre é possível o retorno ao estado de coisas anterior, nem sequer mediante tutela ressarcitória na forma específica, torna-se necessário prevenir a transgressão, impedir a ocorrência do próprio ilícito, enfim, evitar que se consume a situação antijurídica, devendo a jurisdição atuar antecipadamente à ocorrência do próprio ilícito vislumbrado. O direito, para não ser violado, requer proteção preventiva⁵⁶¹. Vale dizer, tutela inibitória.

Em especial a efetividade dos direitos não patrimoniais depende da efetividade da tutela de prevenção, impeditiva da agressão. Mesmo quando o retorno ao *status quo ante* seja possível através das tutelas expiatórias (específica ou ressarcitória pelo equivalente em dinheiro), prevenir a transgressão é sempre melhor e mais fácil do que restabelecer a situação original, anterior à lesão.

A tutela voltada a coibir ou paralisar o ilícito, diferentemente da repressiva, remediadora, reparadora de um mal já infligido, é denominada inibitória ou de contenção.

Tem a tutela preventiva o condão de evitar a violação a direito e assim impedir a criação ou agravamento de situações desfavoráveis, contrárias à ordem jurídica. Previne-se o ilícito impondo-se ou vetando-se certa conduta (in)desejável.

Por seu intermédio, atua o Judiciário em antecipação a um ilícito ainda não ocorrido, mas cuja prática é iminente. Em sua forma pura, a inibitória tem por escopo bloquear a ocorrência de uma ação ou omissão contrária ao direito.

Presta-se, outrossim, a evitar que um ilícito já ocorrido no passado volte a se repetir no futuro e, também, que o ilícito que vem sendo reiteradamente praticado continue a sê-lo, vedando-se, neste último caso, o seu prosseguimento.

⁵⁶⁰ O dever de remediar o dano não pode ser sinônimo de obrigação de pagar dinheiro, pois nem todo direito pode ser avaliado monetariamente, é quantificável. Daí a necessidade de reparação do dano não só pelo equivalente em dinheiro, mas também especificamente. Segundo Marinoni: (...) é importante constatar que o direito à reparação do dano não pode significar somentedito de exigir soma em dinheiro no valor equivalente ao do dano, mas antes de tudo direito de exigir um fazer, ou seja, direito de exigir a reparação do dano na forma específica." MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 116.

⁵⁶¹ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 115.

Na precisa e consagrada síntese de Luiz Guilherme Marinoni, a inibitória é tutela voltada a combater a prática, continuação ou repetição de um ilícito, em suma, a resguardar o direito de um risco futuro e não a corrigir um erro do passado⁵⁶². O risco que se deseja elidir é o de que se pratique, repita ou continue a ser realizado um comportamento omissivo ou comissivo antijurídico, vale dizer, reprovável segundo o direito.

Trata-se, pois, em primeiro lugar, de tutela prospectiva, predisposta a operar para frente, a irradiar efeitos para o futuro. Não se trata de modalidade de tutela contra o dano, tutela de repressão, mas de prevenção. É, além do mais, específica, pois não possui como certas tutelas ressarcitórias caráter subrogatório. Não quer substituir o direito pelo seu equivalente em dinheiro, por um direito de crédito, mas intenciona assegurar que o direito possa ser usufruído pelo seu titular tal qual consagrado pelo ordenamento jurídico-material. Além de projetar sua eficácia no futuro, a inibitória possibilita o exercício do direito tal como assegurado pelo ordenamento jurídico, sem que o seu gozo seja trocado por uma indenização, como se toda agressão a direito fosse perfeitamente contabilizável em termos de perdas efetivas e lucros cessantes⁵⁶³.

Não se propõe a remediar um dano a direito. A condenar para trás. Mas a impedir, para o futuro, que o ilícito ocorra.

Está vocacionada, em síntese, (i) a conter um ilícito que está prestes a ocorrer, (ii) a interromper, isto é, fazer cessar a prática prolongada de um ilícito ou (iii) a reprimir a sua repetição. Inclusive a tutela judicial que pressupõe um ilícito já ocorrido e que tem por propósito evitar sua reprodução ou prolongamento, tem índole inibitória, pois visa a evitar para o futuro, que continue ou volte a ser feito o que não podia ter sido feito ou que deixe de ser realizado uma vez mais o que deveria ter sido feito e não foi ou, ainda, que se prolongue a omissão ilícita⁵⁶⁴. Logo, se o direito foi e periga ser novamente adulterado, está sendo até o presente momento violado (nunca deixou de ser, caso do ilícito continuado) ou corre o risco de ser pela primeira vez ofendido, faz-se mister proteção preventiva, a qual se outorga pela combinação das técnicas antecipatória e específica, disponíveis no sistema processual e capazes de produzir a pretendida eficácia prospectiva.

Qualquer direito pode ser tutelado preventivamente, a partir da manipulação das técnicas antecipatória e mandamental ou executiva *lato sensu*. A inibitória é servil a qualquer direito que seja alvo de conduta transgressora iminente ou já praticada e passível de ser

⁵⁶² MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 36.

⁵⁶³ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 30 e ss.

⁵⁶⁴ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 50 e ss.

reproduzida ou prolongada e tem seu fundamento no próprio artigo 5º, inc. XXXV, da CF, o qual protege os direitos de qualquer ameaça, e não apenas de uma lesão efetiva.

A todo direito que seja positivado deve corresponder igual direito genérico à prevenção do ilícito, ao impedimento de sua violação. Verdadeiro direito à atuação jurisdicional preventiva. A tutela de prevenção é, portanto, conatural à própria existência dos direitos. Se há direitos, há que haver igualmente mecanismos aptos a vetar a ocorrência da transgressão. As técnicas presentes nos artigos 273, 287 e 461 do CPC e 84 do CDC viabilizam a concessão de tutela de contenção, inibidora.

9.2 A dispensa de comprovação de culpa ou de dano para obtenção de medida judicial preventiva

Para ser atendido, o pleito de prevenção não exige nem a alegação nem a prova de culpa ou dano, mas a simples demonstração do perigo da ocorrência repetida, continuada ou inédita de um ilícito. Se alguém, mesmo sem querer, sem culpa, está prestes a cometer um ilícito, cabível é a demanda de inibição⁵⁶⁵.

O autor da demanda de inibição deverá demonstrar simplesmente o perigo da prática, continuação ou reprodução de um ilícito, isto é, que determinado comportamento ou atividade vulnera um comando jurídico, pouco importando se tal transgressão é dolosa ou culposa ou se produzirá um dano ou não. O dano é consequência meramente eventual do ilícito e não necessária.

É claro que, em muitos casos, não será possível separar cronologicamente o dano do ilícito, pois ocorrido o ilícito configura-se imediatamente o dano, mas de todo modo não é preciso invocar-se a probabilidade de um dano futuro como requisito para obtenção da inibitória, que se contenta com a demonstração da prática iminente, continuada ou repetida de uma conduta ou atividade transgressora da ordem jurídica.

9.3 Operacionalizando a tutela inibitória coletiva: antecipação de tutela + imposição de prestação de fazer ou não fazer, sob ameaça do uso de medidas de apoio

Os artigos 273 e 461 do CPC e 84 do CDC fornecem os ingredientes necessários à preparação da tutela preventiva genérica. Na verdade, várias são as tutelas que podem ser

⁵⁶⁵ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 48.

prestadas através da manipulação das técnicas antecipatória, de um lado, e mandamental ou executiva *lato sensu*, do outro⁵⁶⁶.

Nem todo pleito de imposição de conduta, nem toda pretensão de condenação a um fazer ou não fazer possui propósito inibitório. A tutela passível de ser prestada através da cominação de uma ação ou abstenção variará consoante a pretensão daquele que vai a juízo solicitar amparo estatal, ou melhor, consoante a necessidade de defesa do direito lesado ou ameaçado. Assim, por exemplo, se o dano já se consumou, em razão do inadimplemento de obrigação derivada de contrato, a condenação do réu a fazer ou não fazer, isto é, a adotar certa conduta (de tolerância, abstenção etc.), permitida pelos aludidos dispositivos legais, viabiliza a reparação específica da agressão, a qual, inclusive, ostenta primazia sobre a conversão da prestação original em perdas e danos. A tutela específica, neste caso, nada tem a ver com a inibitória (preventiva, com eficácia prospectiva), posto nitidamente repressiva (ressarcitória e, portanto, apta a produzir efeitos retrospectivamente, para trás). Vale-se, porém, da mesma técnica cominatória a fim de se materializar.

Também dos arts. 461 e 84 do CDC são extraídas as técnicas processuais necessárias a viabilizar a tutela de prevenção.

Consoante se tema uma ação ou omissão contrária ao direito, a providência a ser obtida consistirá em um não fazer ou fazer, respectivamente. A inibitória, pois, pode assumir dupla faceta, positiva ou negativa. Será imposto um agir, se a violação decorrer de omissão do obrigado em cumprir certo dever jurídico. A ordem de fazer, a imposição de conduta dirigida a alguém, exprime o viés positivo que a inibitória pode revestir. Diversamente, vulnerado o dever em decorrência de ação antijurídica, a inibitória exprime-se como comando de abstenção, assumindo feição negativa. A proteção preventiva, portanto, proporcionada pela inibitória, viabiliza-se mediante obrigações de fazer e de não fazer, impostas conforme o caráter omissivo ou comissivo do ilícito temido.

Ademais, por ser forma de tutela voltada a evitar a prática, repetição ou continuação de um ilícito, muito comumente seu propósito preventivo apenas será alcançado se for deferida a tutela antecipadamente, antes ainda de ultimado o devido processo e de transitada em julgado a sentença de procedência do pedido. Isto é, antecipadamente, com fundamento em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A antecipação dos efeitos da tutela de inibição dependerá sempre da demonstração da probabilidade da prática do ilícito e do justificado receio de ineficácia do provimento final, isto é, da demonstração de que o ilícito que se quer evitar irá ocorrer no curso do processo, a menos que a tutela seja outorgada imediatamente.

⁵⁶⁶ MARINONI, L. G. *Op. Cit.*, p. 114 e ss.

A lerdeza típica do processo de conhecimento em sua marcha ordinária mostra-se incompatível com a idéia de perigo que está por trás da tutela de prevenção. O combate a um ilícito na iminência de ser praticado ou o impedimento à sua continuação ou repetição reclamam a adoção de medidas urgentes. Se há o temor de que um direito seja violado, volte a ser violado ou continue a ser violado, não é possível se aguardar o tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença cominatória⁵⁶⁷. Se a tutela só pudesse ser concedida ao final, o ilícito cuja ocorrência se tinha por meta impedir acabaria por se concretizar, frustrando-se as expectativas daqueles que demandam medida de proteção preventiva.

Por exemplo. Se o ilícito de eficácia instantânea que se queria evitar vem a ocorrer, inobstante já instalado o processo, nada mais haverá a prevenir, só a remediar. Assim, a depender da urgência da situação, a fim de se evitar a consumação do ilícito temido, a sua repetição ou o seu prosseguimento na pendência do próprio processo, enquanto não se chega a uma conclusão definitiva para o caso, deve-se postular providência inibidora antecipadamente. Daí a importância da tutela inibitória antecipada (sumária e interina), que encontra nos artigos 84, § 3º do CDC e 461, § 3º do CPC seu fundamento jurídico.

Além de antecipação, prevenção requer, muitas vezes, a adoção de medidas de força por parte do Estado-juiz, capazes de dissuadir o réu de seu intento transgressor, de sua letargia ilícita, ou de, em substituição à sua própria vontade ou independentemente de sua cooperação, produzir o mesmo efeito da conduta desejada⁵⁶⁸. Muito comumente, para ser eficaz, a prevenção demanda muita mais antecipação de tutela⁵⁶⁹.

Obtém-se, então, a providência inibitória mediante ajuizamento de uma ação em que se postule a condenação do réu, inclusive antecipadamente, a um *facere* ou *non facere*, sob pena de aplicação de alguma das medidas executivas *lato sensu* (de coerção e/ou subrogatórias), capazes de viabilizar a efetivação específica da decisão, acaso resista o réu a obedecer ao mandamento judicial nela embutido.

A multa, por exemplo, é poderoso meio executivo a serviço da realização das ordens emanadas do Judiciário. Mas não só ela. Os parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do CPC conferem ao juiz um leque de medidas executivas de efetivação da tutela específica dos direitos. Como dito, a prevenção obtém-se preponderantemente pela combinação dos meios executivos coercitivos e da técnica antecipatória, mas pode ser alcançada também através da manipulação

⁵⁶⁷ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 85.

⁵⁶⁸ A tutela inibitória é produzida por meio de sentença de mérito que imponha um fazer ou não fazer, sob pena de multa ou, ainda, sob pena de serem manejadas medidas executórias que, independentemente da vontade ou atuação do demandado, logrem ofertar ao destinatário da prestação jurisdicional resultado idêntico àquele que seria obtido com o adimplemento pelo próprio devedor. Não a conduta em si, mas o seu resultado.

⁵⁶⁹ MARINONI, L. G. Op. Cit., p. 85.

de medidas subrogatórias que, atuando sobre o patrimônio do obrigado, conduzam ao mesmíssimo resultado esperado com o adimplemento voluntário ou forçado, este último obtido através do processo.

9.3.1 A multa do art. 461, § 5º do CPC

Para Luiz Guilherme Marinoni, a multa é cabível, inclusive, quando se trate de prestação de fazer fungível, que pode ser cumprida por outrem que não o próprio obrigado, isto é, por subrogação⁵⁷⁰. A observação não deixa de ser relevante, tendo em vista que, na Itália, por exemplo, país que tanto inspira a processualística brasileira, há uma idéia bastante difundida de que, se cabível a execução por subrogação, inviável a execução indireta, por coerção, e vice-versa⁵⁷¹. Na verdade, segundo pensa o referido processualista, a incidência da multa, a fim de forçar o próprio devedor a fazer ou a deixar de fazer aquilo a que se obrigou, é sempre meio mais fácil de se chegar ao resultado que também pela via da execução direta se poderia. Justamente por ser medida menos penosa para o credor, seria preferível a qualquer outra. A multa, diz Marinoni, por atuar sobre a vontade do obrigado, elimina as complicações e as demoras inerentes a uma execução por subrogação, não sendo justo que o autor seja obrigado a adiantar as despesas necessárias ao fazer ou ao desfazer sendo que é o réu que deve. Conclui dizendo que ao se obrigar o autor a pagar para evitar o ilícito, reservando-lhe o direito ao ressarcimento da quantia que adiantou, haveria uma completa inversão da idéia de que o processo não pode prejudicar quem tem razão⁵⁷². Ou, pelo menos, de que o processo deve ser menos oneroso para o litigante vencedor.

O juiz então pode cominar multa, na sentença ou decisão concessiva de antecipação de tutela, a fim de pressionar o devedor a cumprir certo dever ou, ainda, revelando-se impotente, pouco eficaz a pressão exercida pela multa, valer-se dos meios executivos os mais variados a fim de alcançar o mesmo resultado que se obteria com o cumprimento espontâneo. A multa é o mais badalado meio coercitivo de que está munido o juiz a fim de dar efetividade à tutela jurisdicional específica, às suas decisões judiciais, mas não produz ela própria o resultado visado, apenas se empenha em persuadir o próprio devedor a produzi-lo. A multa jamais substitui o cumprimento específico. Não é sucedâneo do adimplemento. Tanto que, incidindo a multa, mas não produzindo o efeito esperado, qual seja, o de induzir o próprio obrigado ao cumprimento, além de ser ela própria exigível, será cumulável com a realização tardia e

⁵⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 139 e ss.

⁵⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 141-142.

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 143.

forçada da obrigação, por ato de força do Estado-juiz ou por ato de terceiro, se ainda possível e desejável, ou, se for o caso, com a indenização em dinheiro que será paga em razão do inadimplemento (tutela ressarcitória em dinheiro).

9.3.2 Resultado prático equivalente: a meio caminho entre o cumprimento pessoal e a conversão em pecúnia

Quando a tentativa de se compelir o próprio obrigado ao cumprimento do dever se frustrar, malograr, a despeito da pressão exercida pelos meios de coerção, sendo ainda fática e juridicamente possível e também do interesse do titular do direito a obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento, parte-se para a utilização de medidas de sub-rogação capazes de produzir o mesmo resultado esperado com a realização espontânea do dever assumido. Ao revés, impossível ou não mais do interesse do credor resultado equivalente ao do cumprimento, aí então entra em cena o artifício extremo e excepcionalíssimo da conversão da prestação em pecúnia. Entre os dois extremos, o do adimplemento e o da conversão em dinheiro, são disponibilizadas ao juiz medidas sub-rogatórias capazes de produzir, sem o concurso de vontade do obrigado e até contra ela, o mesmo resultado esperado com a conduta devida.

9.3.3 Conversões em dinheiro: último caso ou por opção do credor

Apenas quando não for possível ou desejável a tutela específica é que se concede tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, a qual propicia dinheiro no lugar do bem ou da situação originalmente pretendidos. A prioridade, enfim, é a satisfação específica dos direitos, apenas admitindo-se a solução pecuniária por opção do credor ou quando impossível a realização *in natura*.

A impossibilidade, fato gerador da conversão da prestação originária no seu equivalente em dinheiro, deve ser, além de absoluta, resultante de culpa do devedor. É que se o cumprimento da prestação, tal qual ambicionada, se tornar impossível sem culpa do obrigado, extingue-se a obrigação, por impossibilidade superveniente de seu cumprimento. É o que se extrai dos artigos 248 e 250 do Código Civil. Mas, se a impossibilidade sobrevier já estando o devedor em mora, isto é, em atraso (inadimplemento parcial), responderá ele por perdas e danos, independentemente de culpa, consoante o disposto no artigo 399 do CC. No processo civil, a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, constitui em mora

o devedor. A conversão, ademais, só ocorrerá se impossível absolutamente o cumprimento específico, isto é, quando não puder a obrigação ser cumprida pelo devedor ou por terceiro. Se infungível a prestação, se tornará impossível absolutamente o seu cumprimento, desde quando não seja cumprida por seu devedor, inobstante compelido a tanto pela incidência rigorosa das medidas de coerção indireta.

9.3.4 Cumprimento da obrigação por terceiro

Vindo um terceiro a fazer o que originariamente competia ao devedor renitente, deve o próprio credor adiantar as despesas necessárias ao adimplemento, posteriormente voltando-se contra o devedor primitivo, ou melhor, contra o seu patrimônio, através de procedimento executivo tipicamente subrogatório.

9.3.5 As medidas de apoio

Não dispõe a lei processual ser prioritária a aplicação das medidas de tipo coercitivo, incidentes sobre a vontade do obrigado, relativamente àquelas de natureza constitutiva, voltadas a atuar sobre o conjunto de bens do executado. Ambas estão igualmente dedicadas à tutela específica das obrigações de fazer, empenhadas em forçar o adimplemento pelo próprio credor ou em ofertar o mesmo resultado prático que o adimplemento propiciaria.

Variará, consoante a sensibilidade do juiz e a maior ou menor propensão de cada meio executivo em ofertar tutela específica, o tipo de medida a ser empregada.

Via de regra, será preferível que o próprio obrigado satisfaça a condenação. Mas, se a sua resistência for invencível e o juiz já o souber de antemão, ou se se mostrar inflexível o devedor, apesar da ameaça que sofre, ou, ainda, havendo outro modo tão eficiente quanto o adimplemento pessoal para se chegar ao resultado desejado, sem maiores ônus para o credor, isto é, sendo possível prescindir-se da atuação do obrigado, deve-se desde logo lançar mão das medidas subrogatórias, ao invés daquelas voltadas a vencer a resistência do réu em se dobrar ao comando judicial, já que ou inócuas, destituídas de qualquer força persuasiva, ou, ainda, desnecessárias, excessivas.

A multa não pode ser fonte de enriquecimento ilícito, tampouco possui véis punitivo. A multa não tem natureza sancionatórias, mas coercitiva. Visa a dar efetividade às decisões judiciais, a impelir o devedor ao cumprimento. Se o comando nelas inserido puder se concretizar eficientemente sem a necessidade de sua incidência, são elas desnecessárias, e,

pois, desproporcionais. Como cediço, a inibição do ilícito, a execução da ordem de fazer ou de não fazer, deve acontecer do modo menos gravoso possível para o réu, em razão da incidência do art. 620 do CPC.

Deve o juiz satisfazer eficazmente a pretensão preventiva do autor, com o menor sacrifício possível à liberdade do réu. Como é intuitivo, toda imposição de conduta, de tolerância ou de abstenção restringe a autonomia da vontade daquele que é o destinatário da ordem. A proibição de proteção insuficiente e a proibição do excesso são as duas balizas que orientam o Judiciário na confecção dos juízos conciliatórios em execução, na resolução das tensões axiológicas. Deve-se tutelar o direito do credor eficazmente sem, porém, se sacrificar em demasia o réu, sem levá-lo à ruína, sem aviltá-lo em sua dignidade.

9.3.6 Superando dogmas

Com fulcro no poder geral de efetivação que lhe conferem os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, o juiz pode impor ao réu um fazer ou não fazer diverso daquele inicialmente postulado, desde que passível de propiciar ao credor resultado equivalente àquele visado com a postulação. Com exceção das obrigações personalíssimas, ao credor não interessa a conduta em si, mas o seu resultado.

Trata-se de exceção à regra da adstrição da sentença ao pedido mediato formulado. Isto é, da correlação entre o pedido e o decidido. Justifica-se, por exemplo, quando o mesmo efeito prático almejado for igualmente alcançável com o novo fazer, sem maiores complicações ou embaraços para o titular do direito e com menor sacrifício para o réu.

Pode ser também que a modificação do quanto postulado ou do quanto decidido em sentença resulte em imposição ainda mais gravosa ao demandado. Assim, por exemplo, se a pretensão do autor, tal qual formulada originariamente, não é atendida pelo executado, a despeito de pressionado a tanto, estará o juiz autorizado a modificar o que antes havia decidido, impondo-se nova obrigação, até mais grave, mas que logre oferecer ao vencedor o mesmo efeito do adimplemento, o mesmo resultado da conduta devida, aquela mesma situação final que se obteria acaso tivesse o devedor, desde o início, cumprido a obrigação.

Então, por exemplo, se o que se pretendia inicialmente era interditar a chaminé de uma fábrica que exala gases tóxicos prejudiciais à saúde dos empregados e a empresa não faz, não cumpre a determinação judicial, o juiz, a fim de obter aquele mesmo resultado, poderá mandar fechar o estabelecimento, inclusive com apoio de força policial, medida mais drástica, mas que, além de atender ao que se espera com a provocação judicial, se faz necessária em razão

da teimosia invencível e ilegítima do demandado. O agravamento é motivado pelo próprio devedor, que não deixa alternativa ao juiz. O magistrado acaba tendo que determinar medida diversa da pedida.

A execução específica das obrigações de conduta rompe, assim, como é fácil perceber, com outro dogma, o de que o juiz não pode modificar a sentença depois de publicada⁵⁷³.

9.3.7 Cumulação de pedidos

É possível a cumulação de pedido inibitório com pedido ressarcitório, quando a ação do autor volta-se contra ilícito já praticado no passado que causou dano, mas também se dirige a impedir a sua continuação ou repetição. Isto é, quando se almeja estancar a violação já ocorrida e, ao mesmo tempo, impedir-se a prática de novos ilícitos, possuindo a demanda escopos repressivo e prospectivo.

É tão preventiva a demanda que supõe um ilícito já ocorrido e visa a coibi-lo, quanto aquela que busca evitar a prática de um ilícito que ainda não foi praticado, que não foi anteriormente praticado, mas cuja realização se teme. Quando já houver sido dado início ao ilícito, a ordem de cessação da sua continuação ou repetição também repercute no futuro.

Em sua versão mais pura, a inibitória permite a obtenção de uma ordem de conduta, de tolerância ou de abstenção independentemente de culpa e de qualquer violação atual do direito. Inibe-se a violação antes mesmo que ocorra, a violação provável. Qualquer situação de direito material que reclame proteção preventiva torna cabível a tutela inibitória em sua forma pura, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado.

É admissível o pedido de inibição não apenas quando se pretende (i) impedir a continuação de violação que se protraí no tempo ou (ii) evitar a repetição de violação já ocorrida, mas também (iii) independentemente de qualquer ilícito anterior. Em todos esses casos, a atuação jurisdicional interfere no futuro: antecipa-se à ocorrência do ilícito iminente, que estava prestes a acontecer, ou melhor, que provavelmente ocorreria não fosse a intervenção jurisdicional, impedindo sua realização, ou interdita, dali para frente, o ilícito que já havia sido praticado uma ou algumas vezes ou que vinha sendo praticado continuamente, que se prolongava.

Havendo cumulação de pretensão inibitória e ressarcitória, poderá ocorrer de o pedido de inibição do ilícito mostrar-se pronto para receber julgamento antes do pedido de ressarcimento, o qual, como sabido, para ser julgado, depende da prova do dano. Isto é, pode

⁵⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 531.

acontecer de um dos pedidos cumulados (ou uma parcela dele) apresentar-se maduro para julgamento antes do outro ou dos demais.

Nestes casos, deve-se, com fulcro no § 6º, do art. 273, do CPC, fracionar o julgamento da causa, resolvendo-se, antes da prolação de sentença, o pedaço do mérito que já se encontra no ponto para ser decidido. A parcela que ainda depende de dilação probatória deverá aguardar para ser julgada.

Esta decisão, que antecipa o julgamento de parte da lide, apesar de possuir alma de sentença, assume a forma de decisão interlocutória, pois, além de proferida em meio ao processo, não finaliza a atividade cognitiva em primeiro grau de jurisdição e, por conseguinte, é passível de ataque via agravo de instrumento, recurso cabível no Processo Coletivo do Trabalho, por força do disposto no art. 12 da LACP, o qual prevalece sobre a disposição celetista que restringe a recorribilidade imediata das decisões incidentes. A decisão, apesar de proferida antecipadamente, o será com base em cognição exauriente e, portanto, suscetível de se eternizar, acaso não impugnada no prazo.

O mérito, então, pode ser resolvido de modo “picotado” ao longo do procedimento em primeiro grau, através de decisões de feitiço interlocutório, o que sepulta de uma vez o dogma da unidade de julgamento. No caso das interlocutórias que veiculam resolução parcial a respeito do mérito da causa, deve-se abrir exceção à regra celetista da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, para permitir que contra elas seja interposto o recurso de agravo imediatamente. Aliás, bem pensadas as coisas, nem poderia ser de outro jeito. O julgamento antecipado⁵⁷⁴ de pedaço do mérito é decisão definitiva⁵⁷⁵ que não será (nem poderá ser!) revista posteriormente, por ocasião do proferimento da sentença. Então, ou se recorre imediatamente ou haverá preclusão. Daí a admissibilidade excepcional do agravo.

⁵⁷⁴Que fique claro. Fala-se em julgamento antecipado não querendo significar que se trata de decisão meramente antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional final, decisão essa precária posto proferida com base em cognição superficial e, assim, fadada a ser “trocada” por outra, a definitiva. Na, na-ni-na-não! O julgamento é dito antecipado porque antecede a própria prolação de sentença, ato que põe fim à atividade cognitiva do juiz em primeiro grau de jurisdição. O que já pode ser julgado deve ser desde logo julgado. Se o pedido (ou parcela dele) tornou-se incontroverso profere-se a seu respeito decisão definitiva (não provisória). Tal é o propósito de que imbuído o atual artigo 273, § 6º, do CPC. Pedido incontroverso (na verdade, é com relação aos fatos e não propriamente ao pedido que se pode dizer não haver mais controvérsia) é pedido já suficientemente demonstrado. Porque os fatos que embasam o pedido ou parte dele não (mais) demandam produção probatória, pode o juiz, antecipando-se ao momento de prolação da sentença, proferir decisão definitiva(!) a seu respeito. Decisão interlocutória, claro, já que haverá ainda atividade cognitiva a ser realizada com respeito às demais questões que ainda dependem de prova e que por isso não puderam ser apreciadas antecipadamente. Apesar de a decisão veicular conteúdo próprio às sentenças não pode ter outra forma que não a de uma verdadeira interlocutória. Evidente. Se fosse sentença (e não é), o recurso a ser dela interposto seria o de apelação, cujo processamento impõe remessa dos autos ao Tribunal revisor. Como, porém, remetê-los ao órgão jurisdicional superior se ainda resta atividade cognitiva a ser empreendida cá embaixo? Toda sentença pressupõe encerramento de instância. Não é o que ocorre, porém. A decisão que julga antecipadamente pedaço do mérito, definitivamente, é decisão interlocutória. De mérito. Interlocutória de mérito. Ou melhor, decisão com conteúdo de sentença e forma de interlocutória.

⁵⁷⁵É que a suficiência probatória, nesses casos, não é momentânea, mas definitiva, capaz de induzir no espírito do julgador mais do que verossimilhança, certeza.

9.3.8 A retificação do pedido e a coisa julgada

Se o ilícito que se queria evitar ocorre e se traduz em dano, deve-se permitir, por medida de economia processual, e desde que respeitado o direito de defesa do réu, a metamorfose da pretensão inibitória em ressarcitória, à semelhança do que se verifica com o mandado de segurança preventivo. Isto é, vindo a ocorrer no curso do processo o ilícito indesejado, deve-se admitir que o pedido de prevenção seja convertido em pedido de ressarcimento.

Transitando em julgado a sentença de procedência do pedido inibitório, também ficam acobertadas pela coisa julgada as omissões e ações que insinuem ocorrer posteriormente. O novo ilícito é repetição ou prolongamento daquele que foi objeto de censura judicial. Não se fará necessária nova ação inibitória, visando ao reconhecimento de seu caráter antijurídico, já declarado em sentença. A eficácia da coisa julgada material se projeta no futuro, apanhando os atos que, possuindo mesma natureza daquele declarado ilícito na sentença, ameacem ocorrer depois do término do processo.

9.4 **A tutela inibitória coletiva: fundamentos normativos**

No plano coletivo, a inibitória encontra sede legal nos artigos 11 da Lei da Ação Civil Pública e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de o artigo 11 da LACP admitir, em princípio, tão somente uma das formas possíveis de tutela inibitória, aquela que visa a interromper a prática continuada de um ilícito, não há como se impedir a formulação de demanda coletiva inibitória em sua modalidade pura, com vistas a se evitar ofensa a interesses transindividuais, até porque ao Judiciário é terminantemente proibido recusar-se a examinar situações de ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Afora a cláusula constitucional de inafastabilidade, o artigo 84 do CDC, que disponibiliza a técnica necessária à concessão de uma providência inibidora, não traz qualquer vedação à tutela inibitória genuína e o art. 83 do CDC, que consagra a atipicidade da tutela coletiva, é mais do que suficiente para se permitir tutela inibitória pura de qualquer direito transindividual. Assim, em âmbito coletivo, é possível não só prevenir ofensas nunca antes ocorridas como também estancar o mais rapidamente possível agressões transindividuais que se sucedem ou impedir a sua repetição.

9.5 A tutela inibitória e o Direito Processual Coletivo Laboral: a “rede” de proteção armada em prol do hipossuficiente (LACP, art. 7º)

Tendo em vista o caráter continuativo das relações de trabalho e a pouca disposição do trabalhador para ajuizar uma reclamação contra o tomador dos serviços *lato sensu* ainda no curso do contrato, são freqüentes as lesões direcionadas a direitos trabalhistas durante a permanência do vínculo. O trabalho prestado por vários indivíduos a um mesmo tomador e a padronização das relações com este mantidas, ademais, fazem com que a atividade empresarial nociva (o agir ou o omitir proibidos) afete, de uma só vez e homoganeamente, a uma série de trabalhadores. Eis aí terreno fértil para a atuação inibitória coletiva.

Um exemplo. O não oferecimento de equipamento de proteção individual em caso de atividade perigosa pode não se traduzir jamais em dano concreto, mas oferece um risco tal à vida e à saúde do trabalhador que deve ser reprimido ainda na pendência do contrato. Se nenhum acidente ocorrer, a despeito da violação reiterada às normas de segurança e medicina do trabalho, o trabalhador não terá direito a qualquer indenização, já que a responsabilização pressupõe sempre o dano. Logo, a violação passará impune, pois, no momento em que “pode” (sic!) acionar o ex-patrão, isto é, depois do término do pacto, a tutela de inibição já não lhe é mais necessária. Para o desempregado, não existe interesse algum em postular a cessação de violação que já não prejudica a sua esfera jurídica. É preciso, portanto, evitar ou fazer cessar a lesão ainda no curso do contrato.

Para a viabilização do propósito inibidor, a parceria permanente entre Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério Público da União (MPU) e Justiça do Trabalho (JT) revela-se fundamental. Da articulação de esforços poderá resultar eficiente “rede” de proteção do hipossuficiente, hábil a paralisar com incrível rapidez agressões ao ordenamento jurídico do trabalho a partir de esquema tático defensivo baseado na troca de informações entre os agentes estatais.

No sentido “MTE-MPU-JT”, delata-se, aciona-se, condena-se. Também no sentido inverso é possível ofertar-se proteção preventiva aos direitos do trabalho, partindo-se a denúncia do próprio Judiciário. A inibição de uma lesão administrativamente, através da lavratura de auto de infração e/ou de celebração de termo de ajustamento de conduta, é verdadeira medida de controle de litigiosidade, contributiva a liberar o tráfego judiciário, abarrotado de processos em tramitação.

Nos termos da Constituição Federal, o Ministério do Trabalho e Emprego tem por incumbência “vigiar” o cumprimento das normas de proteção ao trabalhador. Constatando

seus inspetores a ocorrência de algum ilícito, além da imposição de multa ao infrator, deverão denunciar o comportamento juridicamente reprovável ao Ministério Público do Trabalho.

Juízes, *idem*. O artigo 7º da LACP⁵⁷⁶ determina que remetam cópias de peças de autos judiciais e dos respectivos elementos de convicção ao MPT, sempre que, no exercício da judicatura, tomem contato com fatos que constituam objeto da atuação corretiva ou contenciosa do *Parquet*. Juízes, portanto, devem alertar os agentes ministeriais e de fiscalização, sempre que venham até eles causas que apresentem vocação à coletivização, por insinuarem a prática de atos que lesem ou ponham em perigo interesses transindividuais trabalhistas.

Aliás, não é incomum que juízes e inspetores do trabalho tomem conhecimento de práticas atentatórias a direitos trabalhistas através de empresas que estão sendo processadas ou fiscalizadas. Essas denúncias, provenientes dos próprios agentes estatais, geralmente chegam ao MPT já acompanhadas de laudos, depoimentos, documentos escritos, fotos, gravações etc., isto é, abastecidas com elementos de convicção mais do que suficientes ao ajuizamento direto de uma ação civil pública de propósito misto, voltada a condenar o infrator para trás, pelos danos já causados, e a resguardar de infrações futuras o ordenamento jurídico substancial. Trata-se aí de verdadeira ação coletiva de contenção de passivo trabalhista, voltada a interromper a transgressão à ordem jurídico-laboral o quanto antes, a tempo ainda de se impedir que o ilícito converta-se em dano ou mesmo visando a que o mal já causado não seja agravado pela continuação ou repetição da falta antijurídica.

Poderá, no entanto, o MPT instaurar inquérito civil, acaso entenda necessário coletar outros elementos de convicção, além daqueles que já vieram até ele, que respaldem um demandar mais confiante e responsável. Ou mesmo, na tentativa de impulsionar o investigado a uma conciliação extrajudicial.

Pode ser que da atuação vigilante ministerial resulte acordo, isto é, o compromisso do infrator de ajustar a sua conduta às prescrições do trabalho.

A par da ação civil pública, são fornecidos pela lei ao MPT outros instrumentos, de natureza extrajudicial, tão valiosos quanto à própria ação coletiva ao intuito inibitório, como o inquérito civil, este último contributivo à (i) prevenção e dissolução pacífica de potenciais conflitos transindividuais; (ii) à celeridade e economia de atividade jurisdicional, na medida em que desafoga o Judiciário; (iii) à efetivação dos direitos sociais trabalhistas durante a

⁵⁷⁶ “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

vigência do pacto, direitos que na maioria das vezes só são garantidos individualmente aos trabalhadores por via judicial, no momento em que já estão desempregados.

A instauração do inquérito civil é prerrogativa exclusiva do MP, porém não se constitui em condição de processabilidade das ações coletivas, nem para as propostas pelo próprio órgão ministerial, muito menos para os demais legitimados ativos às ações coletivas.⁵⁷⁷ Muitas vezes, no entanto, as representações e denúncias feitas estão embasadas em elementos de convicção suficientes a apontar inequivocamente para a necessidade da atuação do Parquet, ajuizando diretamente ACP ou, nada impede, buscando firmar com o denunciado conciliação, obtendo dele a promessa de conformação de sua conduta às prescrições normativas trabalhistas.

No termo de compromisso firmado perante o Ministério Público não há espaço para transação. O objeto é absolutamente restritivo: tomar do infrator o compromisso de ajustar a sua conduta às “exigências legais”. Aproveita-se o ensejo para que acerda da conciliação sejam tecidas considerações adicionais.

Nutre-se no Processo do Trabalho forte estima pela conciliação, tanto judicial quanto extrajudicial, visto que compreendida como forma de abreviar conflitos de interesses que, em virtude de sua natureza, clamam solução rápida, além de desafogar o sempre atribulado Poder Judiciário e liberar as partes das despesas e inconvenientes relacionados ao processo. Sensibiliza o Judiciário Trabalhista o fato de o trabalhador, como regra, postular por verbas alimentares quando já desempregado, momento em que se encontra desestabilizado econômica e emocionalmente.

A conciliação pode ser compreendida amplamente como sinônimo de acordo de vontades. É gênero que inclui todos os atos praticados pelos próprios sujeitos da lide ou por quem detenha autorização legal ou contratual para exprimir, em seu lugar, declaração de vontade, com vistas à resolução da situação litigiosa. Todo ato que exprima livre declaração de vontade, no sentido de pôr termo à lide, pode ser interpretado como conciliatório. Logo, pode-se dizer que as partes se conciliam quando celebram transação, quando o autor renuncia ao direito afirmado ou o réu reconhece o pedido feito, curvando-se à pretensão autoral ou a ela deixando de opor resistência, em verdadeira atitude de resignação⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e poder investigatório do MP. In MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 221-254.

⁵⁷⁸ Por conseguinte, não se conciliam as partes quando manifesta o autor o desejo de não mais seguir demandando, quando abre mão de perseguir o seu direito em juízo, ou em razão do seu desinteresse póstumo pelo processo, revelado pelo abandono do feito. Estes são atos de disposição do processo que, no entanto, não põem fim à lide, a qual permanece pendente de resolução. Tanto que tais atos, uma vez praticados, apenas levarão à prolação de sentença terminativa, que por não veicular pronunciamento conclusivo do Judiciário para a causa, não se revestirá da autoridade de coisa julgada material, permitindo que, no futuro, o autor novamente provoque a jurisdição a respeito da pretensão outrora não apreciada. A extinção

Ambas, renúncia e transação, como se vê, são manifestações conciliatórias. Porém, enquanto a primeira constitui ato unilateral, mediante o qual se despoja a parte renunciante de um direito, não se comprometendo o beneficiado pelo ato de disposição com qualquer reconhecimento ou pagamento, é a transação negócio jurídico bilateral, pelo qual cada um dos celebrantes cede em parte. Dito de outro modo, enquanto na renúncia se abre mão de um direito, sem a promessa de realização de prestação alguma no futuro pela parte contemplada com o ato dispositivo, na transação, são feitas concessões mútuas, de uma parte a outra (o autor renuncia de um lado e o réu, por sua vez, consente em se submeter parcialmente).

A conciliação é, como se nota, termo genérico, abrangente de todos os meios de autocomposição dos conflitos de interesses. Verifica-se, por exemplo, quando o réu se submete à pretensão externada, adere à pretensão formulada pelo autor, ou seja, não se opõe à aspiração do demandante a obter certa situação ou bem, seja porque, no processo ou fase de conhecimento, reconhece ser procedente o pedido feito, ou, no processo executivo, satisfaz imediatamente a pretensão⁵⁷⁹.

A tutela estatal que por meio do processo é prestada, aliás, é só um dos possíveis meios de pacificar. A pacificação das pessoas envolvidas em crises jurídicas, através da eliminação com justiça dos conflitos que as afligem, constitui-se, é verdade, na razão de ser do próprio processo. Mas, há outros, muito eficientes e de grande valor, que se apresentam como alternativas ao monopólio estatal, ditos por isso meios alternativos de acesso à justiça ou sucedâneos processuais, dentre os quais a conciliação.

Do ponto de vista do seu valor social, pode-se dizer que se equivalem funcionalmente, estão teleologicamente equiparados, o processo, como técnica civilizada e imperativa de pacificação, institucionalmente vocacionado à resolução das lides, e os meios alternativos. Compartilham os meios alternativos do mesmo intuito pacificador que legitima e impulsiona a atividade jurisdicional. Mas o produto da prática apaziguadora apresenta-se ainda mais facilmente palatável que a própria sentença estatal derivada da dialética processual. Pois, pelo processo, não chegam as partes a um acordo por si mesmas. É o Estado-juiz quem, substituindo-se a elas, dá a palavra final sobre o conflito. Conciliando-se, vinculam-se as partes à própria vontade livremente manifestada e não a um ato de força emanado de terceiro.

O produto da exitosa atividade conciliadora, ainda que obtido com a intermediação do juiz, é sempre um ato de vontade, realizado por quem são os seus destinatários e terão suas

ou abandono levam à extinção do processo instaurado, mantendo-se intocada a situação anterior ao ajuizamento da demanda, como se nunca tivesse sido proposta a ação.

⁵⁷⁹ Em idêntico sentido, Valentin Carrion: “A conciliação, o acordo de vontades, pode consistir em transação, em submissão do réu à pretensão do autor ou em desistência do direito pelo autor (...)”. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 707.

esferas jurídicas diretamente afetadas. A solução do conflito que vem de “dentro para fora” e não de “fora para dentro” traduz movimento que é sempre menos invasivo e traumático e, pois, mais facilmente assimilável pelos sujeitos em litígio, os quais não se sujeitarão a um ato de poder oriundo de órgão do Estado, isto é, a uma ordem emanada de agente que, muito embora legitimado ao desempenho da função jurisdicional, é um estranho à lide⁵⁸⁰, mas sim à solução por eles próprios formulada. Daí ser preferível a autocomposição à heterocomposição⁵⁸¹: é modo de solucionar o conflito a partir da iniciativa dos próprios interessados.

Finalizada a lide, dentro, é claro, dos limites possíveis, a partir de consulta às próprias partes a respeito da melhor providência a adotar, e não a partir de ato de força, substitutivo da sua atuação, que é o provimento estatal, tem o ato de autocomposição o condão de atender mais facilmente ao ideal pacificador. As partes se compõem por si próprias, prescrevem, elas mesmas, o receituário para a lide, auto-regulam seus próprios interesses, liberando o juiz de fazê-lo. O ato autocompositivo tem sua origem e legitimidade na vontade livremente manifestada. É, pois, um ato de vontade e não de poder, cuja força vinculante reside precisamente na vontade exteriorizada espontânea e conscientemente, sem máculas ou enganos. Na liberdade a todos assegurada. A solução conciliatória dos conflitos é, em suma, o substitutivo negocial da sentença.

A autocomposição pode ser bilateral ou unilateral. É dita bilateral quando o caminho até a pacificação é encontrado por todos os sujeitos envolvidos no conflito; unilateral, quando a iniciativa apaziguadora provém de um só dos lados da controvérsia, como se verifica nos casos de renúncia e submissão. Ambos, o autor que declara não possuir o direito que afirmava ter (que a ele renuncia) e o réu que não se opõe ou deixa de resistir à pretensão (se submetendo à exigência autoral), finalizam o conflito.

A conciliação pode ocorrer independentemente de qualquer processo (extraprocessualmente) ou na sua pendência, pondo-lhe fim, e mesmo depois dele e da pronúncia estatal. Disponível o direito, as partes podem se compor em sentido diverso ao da declaração judicial. Pode, ainda, ser espontânea ou induzida; neste último caso se obtém o acordo com o auxílio de uma terceira pessoa, que pode inclusive ser o juiz.

⁵⁸⁰ Já se disse do juiz ser um ignorante institucional dos fatos. E nem pode ser de outro modo, a fim de se preservar imaculada a imparcialidade que deve orientar o atuar judicante, a fim de não se contaminar a atividade cognitiva e o juízo de valor a respeito da lide que irá exprimir na sentença.

⁵⁸¹ A heterocomposição tem lugar quando a solução para o conflito não é formulada por quem sejam os diretos envolvidos, mas por terceiros (árbitro, juiz). A heterocomposição é judicial quando o magistrado compõe a lide pela sentença que julga a pretensão a ele levada pela demanda.

As avenças obtidas fora de juízo, antes do processo e com o fim de preveni-lo, ou aquelas alcançadas durante a paralisação voluntária do curso processual (as partes podem muito bem requerer a suspensão do processo, a fim de tentar acordo amigável para a lide, a fim de negociarem possível saída para o litígio extrajudicialmente) são suscetíveis de serem homologadas pelo juiz ou referendadas por órgãos ou sujeitos que a lei reputa idôneos a aferir se as partes estão em condições de manifestar vontade livre e consciente, se o objeto de acordo comporta disposição, se o compromisso é razoável, se as partes serão capazes de cumpri-lo *etc.* Tais atos, quando apresentarem conteúdo obrigacional, são equiparados em eficácia a autênticos títulos executivos judiciais, e, portanto, ensejam a deflagração da atividade executiva quando não for cumprido o compromisso assumido. Sendo promovida em juízo a conciliação e homologada pelo juiz, a parte terá igualmente título para exigir judicialmente a satisfação do quanto avençado (CLT, 831, parágrafo único).

Quando, porém, o órgão ministerial estiver convencido da prática irregular e não for exitosa a tentativa de conciliação, só restará o caminho do processo.

Então, da atividade de vigília do MPT poderá derivar um procedimento de investigação, um acordo ou uma ação civil pública.

CONCLUSÕES

Não me venham com conclusões! A única conclusão é morrer.
Fernando Pessoa

Comprovado. A união faz mesmo a força. Comprando-se coletivamente, paga-se mais barato. Duas cabeças pensando funcionam melhor que uma só. Brigando-se por um ideal em conjunto, derrubam-se ditaduras, preconceitos, injustiças. Faz-se um mundo melhor.

Trabalhadores de todos os cantos, de todos os tipos, de todas as fés devem se unir. A solidariedade é contagiante. Contagia e faz contagiar.

Os antagonismos de classe hoje já não são mais os mesmos de 1943, ano em que veio ao mundo a CLT. Novas classes surgiram e novas formas de opressão também. Daí a necessidade de novas formas de luta.

A idéia celetista de defesa coletiva, estruturada na noção de categoria, já não se coaduna com o solidarismo típico das sociedades de massa e dos novos direitos. O eixo referencial do movimento coletivo já não deve ser mais a categoria, mas o trabalhador. Terceirizados, trabalhadores informais, desempregados, aspirantes a um emprego, todos merecem proteção coletiva tanto quanto o empregado com carteira assinada.

Os novos interesses por cuja tutela se reclama já não nascem necessariamente em função de uma relação jurídica-base perfeitamente delineada, tal como a de categoria, que permita precisar com exatidão o conjunto de interessados. A comunhão de interesses em torno de pessoas desligadas juridicamente ou, quando muito, vinculadas por laços frouxos, extremamente genéricos, nenhuma relação possuindo o interesse que se quer tutelar com o laço que as prende, torna insuficiente o modelo celetista dualístico de tutela coletiva, fundado na contraposição simplista entre categorias profissionais e econômicas. Os novos direitos transindividuais atinentes à complexa realidade trabalhista já não possuem por referencial único o homem encapsulado em uma categoria firmemente modelada, mas sujeitos de direitos que se unem apenas momentaneamente ou que se identificam por similares condições de vida ou simplesmente por possuírem desejos comuns.

As novas situações jurídicas plurissubjetivas, verdadeiramente assimiláveis a direitos subjetivos coletivos *lato sensu*, ao se candidatarem à tutela estatal junto ao Judiciário Laboral, já não encontram na ritualística celetista padrão ou mesmo na especial um justo caminho de proteção. Do “baú” celetista, são extraídos instrumentos coletivos de tutela afeiçoados a litígios demarcados por personagens pouco ou nada complexos e facilmente enquadráveis em

uma ou outra categoria. O mundo mudou e o Processo do Trabalho permaneceu o mesmo, ainda bitolado à noção de categoria como a bússola orientadora do atuar sindical. Daí o refluxo instrumental vivido e a perda do posto de ramo de vanguarda da processualística de que desfrutava até certa altura de sua trajetória. Não se encontra a CLT preparada para lidar com litígios envolvendo coletividades *lato sensu* de pessoas. Equipada para satisfazer a todas as novas demandas daqueles que esperançosamente se dirigem ao Judiciário do Trabalho, confiantes na melhoria de sua situação pessoal ou de terceiros através da tutela jurisdicional que pelo processo se presta.

A luta coletiva liberta das amarras de categoria faz o Processo do Trabalho depender do complemento de outros diplomas. O processo, *em sua unidade*, deve ofertar ampla, generosa e reconfortante tutela ao homem-trabalhador. CLT, CDC, LACP, CPC e outros devem operar em conjunto, formando verdadeira ciranda de proteção ao hipossuficiente. O âmbito de aplicabilidade das disposições sobre processo coletivo encartadas no Código de Defesa do Consumidor, núcleo sistemático da disciplina das ações coletivas no sistema processual brasileiro, não se restringe, como se poderia pensar, aos conflitos de consumo.

Relicário dos valores cultuados pelo texto constitucional, como os de transparência, igualdade, solidariedade etc., depositados no altar da Constituição e traduzidos em regras e princípios consumeristas de aplicabilidade imediata, o CDC guarda enorme harmonia axiológica com a Constituição Federal de 1988 e daí a vocação irradiante de muitas de suas disposições. Explicando mais analiticamente, a enorme sintonia entre CDC e Constituição estimula o uso de idéias, técnicas e práticas previstas no estatuto do consumidor a lides não consumeristas, já que se trata de idéias, técnicas e práticas sopradas diretamente pela ordem constitucional. Daí se originar o fenômeno cunhado por vocação irradiante. A notória sinergia existente entre o CDC e a Constituição de 1988 resulta na expansão da força normativa do primeiro. Esta harmonia de valores aguça, reforça notavelmente a eficácia de suas normas, dilargando o seu âmbito de incidência. Abençoado pela Constituição Federal, o CDC credencia-se como diploma portador e disseminador da nova ordem constitucional, e, por isso, ganha notoriedade no cenário jurídico nacional. A especial proteção devotada ao fraco, a enorme dedicação à concretização de direitos, o empenho em efetivar a promessa de universalização do acesso à justiça, credencia o CDC como mensageiro, porta-voz dos valores constitucionais, como instrumento legal propagador da ordem constitucional, em suma, como instrumento contributivo ao aperfeiçoamento e à efetividade da ordem jurídica brasileira como um todo.

Fértil é o campo da vocação irradiante, especialmente em tema de tutela coletiva. A difusão consumerista, para o fim de heterointegração das lacunas laborais em matéria coletiva, mostra-se providencial. Os vazios da CLT a respeito do assunto foram em muitas hipóteses preenchidos pela projeção do Direito do Consumidor sobre o Processo Laboral, facilitada a absorção em razão da existência de grande empatia ideológica entre o diploma coletista e o do consumidor, ambos embasados na mesma idéia basilar de hipossuficiência dos sujeitos que cada qual se dedica a socorrer: o primeiro o trabalhador, o segundo o consumidor.

A feição coletiva que assumem as relações de consumo confere enorme transcendência ao Direito do Consumidor, que passa a ser aplicado a outras relações igualmente marcadas pelo traço coletivo, como as do trabalho. Não é imprescindível que a relação seja de consumo para que seja possível aplicar-se a sistemática das ações coletivas do CDC. Basta que a relação jurídica revele dimensão coletiva, isto é, que congregue uma coletividade de pessoas. A força irradiante do CDC alcança qualquer campo timbrado pelo coletivo, como é o caso, vale ressaltar, das relações pertinentes ao direito do trabalho, assumindo o CDC o papel de centro sistemático da disciplina da tutela coletiva no Brasil. Junto com outros diplomas, especialmente a LACP, completa-se o circuito normativo de tutela coletiva, no qual, ao longo de toda a Dissertação, se buscou (re)inserir a CLT.

Sem embargo de ter sido feita sob medida para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, a sistemática consumerista coletiva transcende a sua defesa.

Especificamente no atinente à temática que nos propusemos a estudar, a das ações coletivas, as disposições processuais pertinentes do CDC despregam-se de seu locus normativo, para circularem por toda a processualística, na qualidade de verdadeiros elementos da Teoria Geral do Processo.

Por conferirem concreção à garantia processual fundamental de acesso à justiça e por permitirem a efetividade de direitos fundamentais de solidariedade, as normas do CDC sobre processo coletivo são repletas de transcendência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Proteger os mais fracos, estimular a isonomia, favorecer a realização da justiça substancial, facilitar o acesso à justiça e aos direitos, são metas prezadas não só pelo segmento jurídico consumerista, mas prioritárias para qualquer setor da ciência processual. Em um *front* assim, não se pode prescindir de qualquer instrumento em prol da transformação e da melhoria. Impõe-se o engajamento da dogmática e da hermenêutica jurídicas, devidamente redirecionadas. Nesse mutirão em prol do delineamento de um Justo Processo Coletivo Laboral, o CDC, fonte abundante de solidariedade, revelou-se precioso. A aliança normativa

permitiu teorizar o que se imagina possa ser um modelo de justa e eficiente realização de direitos coletivos trabalhistas *lato sensu*.

Em alguns momentos, a interlocução processual imprescindível a ambientar o Processo Laboral na roda coletiva revelou-se tarefa árdua. Sobretudo em razão da regra trabalhista de supletividade, que não deixa adentrar aos domínios do trabalho normas de Processo Comum, quando a CLT possua regramento próprio sobre certo instituto. Nem sempre era a CLT omissa no sentido de falta de regulamentação normativa. A deficiência apurada, quando em cotejo com outros braços do Processo, era de efetividade. Não nos deixamos, contudo, intimidar pela cláusula celetista de barreira.

Ao nos depararmos com ditas lacunas axiológicas, o trabalho de encaixe e adaptação impôs esforços argumentativos redobrados e a adoção de diretiva hermenêutica lastreada na noção de efetividade processual.

Nas hipóteses de dissenso entre os diplomas, deu-se preferência, justificadamente, à norma que fosse mais proveitosa à efetividade da tutela a ser prestada, independentemente do local onde prevista. O processo, como se disse, é um só. Especial é a regra que mais afinadamente consiga tocar a melodia da instrumentalidade. Com cuidado para não ofender garantias, operou-se, em certos casos, a inversão da clássica regra de supletividade, derogando-se a norma da CLT em prestígio a regramento exterior mais sintonizado com o projeto instrumental de aperfeiçoamento do processo como meio rápido, descomplicado e, em si mesmo, justo de transporte de grupos de pessoas à justa ordem jurídica. Cativados pela compreensão unificada de processo, sustentamos em muitas oportunidades a necessidade de importação, a despeito da inexistência de omissão propriamente dita na CLT, de regramento exterior mais propenso à consolidação de um Justo Processo Coletivo Laboral.

A implementação da proposta de se delinear um Processo Coletivo do Trabalho exemplar, com elevado teor de efetividade, principiou pela demonstração de seu poder de superação de barreiras que antecedem o próprio estabelecimento da relação processual e que repelem do Judiciário Laboral lides e pessoas, evidenciando a crise de efetividade da tutela postulada e deferida em caráter individual, provocada por fatores como a fraqueza do indivíduo isolado na luta contra o poderoso agente transgressor da ordem jurídico-laboral; o temor de se indispor com o tomador dos serviços enquanto ainda “de pé” o contrato; os custos do processo; a ignorância a respeito dos próprios direitos; o descompasso entre o desfalque patrimonial sofrido e o tempo e dinheiro que se gastará no processo de recuperação do quanto se perdeu *etc.* Eis do quanto nos ocupamos no Capítulo 1 desta Dissertação. Mas não só. Em conjunto com as aspirações da tutela coletiva, arrolamos um a um os princípios que

acreditamos orientadores do Direito Processual Trabalhista Coletivo, todos derivados, como visto, da mesma matriz principiológica constitucional da qual são extraídos aqueles princípios conformadores do Processo Individual, inobstante “adulcerados” em certa medida em razão da dimensão supraindividual que qualificam os conflitos coletivos de trabalho.

Em seguida, no Capítulo 2, voltamos nossas atenções ao objeto de proteção do Direito Processual Coletivo do Trabalho, os interesses transindividuais em sentido amplo, distinguindo os substancialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, e que por esta razão não comportam outra via de tutela que não seja a coletiva, dos interesses individuais homogêneos, materialmente individuais, porém coletizáveis para fins de invocação da prestação da tutela jurisdicional. A duplicidade de formas de os tutelar – a coletiva e a individual –, inobstante corolário inafastável da sagrada garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, conspira rotineiramente contra a meta igualitária, o que nos levou a pensar em formas alternativas de gestão do contencioso de massa, cultivadoras da isonomia não apenas no âmago do processo, mas sobretudo em nível macro, propostas de *lege ferenda*, com inspiração no Direito Comparado, o que se fez um pouco mais à frente, no Capítulo 6, onde se tratou de todas as possibilidades de ampliação subjetiva dos processos coletivos, incluindo uma nova, por nós idealizada e sugerida, em que legitimados coletivos intervêm em feitos individuais com vocação à coletivização, a fim de imprimirem à decisão coletiva uma abrangência supraindividual.

Um justo processo não se implementa plenamente perante juízo incompetente ou distanciado do contexto conflituoso que é chamado a contornar ou apaziguar. Daí no Capítulo 3 as inúmeras páginas devotadas ao tema da competência para as ações coletivas e em especial à demonstração das várias impropriedades garantísticas que cercam a regra do art. 93 do CDC, tornando-se preferível aplicação da fórmula de competência do art. 2º da LACP que combina local do dano e prevenção. Censurou-se, no entanto, o caráter absoluto impresso à competência de foro pela Lei n. 7.347/1985, por nem sempre condizer com o propósito do legislador de facilitar a cobrança, em juízo, por parte de vítimas e sucessores, da indenização que lhes é devida em decorrência do evento lesivo. Ainda no mesmo Capítulo, algumas páginas foram redigidas na tentativa de se demonstrar quais “pecados” teriam sido cometidos pelo legislador ao tentar “engaiolar” a propagação de efeitos pelas sentenças coletivas de procedência do pedido, o mais óbvio de todos a natureza transindividual e indivisível dos direitos, que não admitem seja postulada a tutela jurisdicional por intermédio de mais de um

processo, pena de desacordo judicial, inexecutabilidade prática dos julgados contraditórios e violação à isonomia e à justiça.

Na caminhada em direção à justa tutela coletiva laboral o modo como se portam alguns personagens, alguns dos atores coletivos, revela-se primordial. De nada adianta dotar o sistema processual o trabalhador de uma moderníssima aparelhagem de “realizar direitos”, se não há quem a opere com destreza, comprometimento e segurança.

Sindicatos devem comprar a briga dos trabalhadores. De verdade. Sem esperar nada em troca. Limpar de sua história, de uma vez por todas, o pecado original autoritário. Juízes e Ministério Público não podem ter medo de ousar. As potencialidades do instrumental coletivo devem ser exploradas ao máximo. O trabalhador é que não. Daí um capítulo inteiro da Dissertação, o de número 5, dedicado ao estudo dos entes coletivos habilitados ao patrocínio das causas plurissubjetivas. Das causas de interesse de um número incontável de pessoas. A conclusão a que se chegou foi a de que mais importante do que se definir a que título se dará a atuação coletiva é que sejam os interesses transindividuais tutelados eficientemente, por meio de sujeitos processuais que possam atuar de maneira independente, ética e corajosa. Que ofereçam boa garantia de representar adequadamente tais interesses em juízo.

Daí se ter deduzido, como consectário direto da cláusula de devido processo legal, a possibilidade de que juízes possam averiguar todo o tempo o cuidado com que os legitimados a agir coletivamente tratam dos interesses alheios, sendo admissível que trabalhadores se associem para defesa *ad hoc* de interesses não satisfatoriamente atendidos pelos entes legais, dispensado excepcionalmente o requisito de pré-constituição.

Da técnica da legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, categoria em que se enquadra a legitimação ativa coletiva, extrai-se como corolário a necessidade de expansão *ultra partes* dos efeitos da sentença e também de sua autoridade. Em compensação, viu-se no Capítulo sobre coisa julgada, em nenhuma hipótese sofrem as esferas jurídicas individuais os efeitos negativos de uma decisão coletiva desfavorável.

Acerca do regime jurídico da coisa julgada coletiva debruçamo-nos no Capítulo 4. Lá tratamos em pormenores do modo especial e cauteloso como se eternizam as sentenças coletivas, dito *secundum eventum probationis*, e da maneira diferenciada como se projetam para além dos lindes subjetivos da relação processual os efeitos da sentença, segundo o resultado do processo e *in utilibus*. O paradigma brasileiro de vinculação de terceiros aos processos coletivos não corresponde exatamente nem ao do opt-in, tampouco ao do opt-out. Naquele todos começam como peças fora do tabuleiro coletivo e precisam solicitar a sua entrada no feito, se quiserem sentir em suas esferas jurídicas os efeitos da sentença, bons ou

ruins. Neste, verifica-se justamente o oposto. Considera-se que todos os interessados, desde o início, encontram-se situados em algum dos pólos da relação processual, “presentados” no processo pelo “representante” adequado. Para escaparem de uma coisa julgada porventura desfavorável, deverão exercer o direito de exclusão em certo prazo. No Brasil, ao revés, em hipótese alguma uma ação coletiva prejudicará as esferas jurídicas individuais, dentre outras razões, porque se considera que não pode ser prejudicado por um ato emando de autoridade judicial quem não pôde exercer concretamente o direito de influir eficazmente na decisão da causa, isto é, no teor da sentença, no produto do exercício da atividade jurisdicional.

A preocupação com a efetividade do processo coletivo, lema síntese do instrumentalismo processual, foi amplamente destacada nos Capítulos finais da Dissertação, nos quais se tratou do tema das tutelas jurisdicionais de urgência, executiva e preventiva, nesta ordem. O grau de correspondência entre o que o processo é capaz de oferecer e as esperanças depositadas na Justiça reflete o maior ou menor nível de efetividade da tutela jurisdicional. O tempo pode se revelar inimigo desta equivalência. Rapidez sem justiça, tanto quanto justiça tardia, é também denegação de justiça, de acesso à ordem jurídica justa. E por isso a importância das tutelas urgentes e da execução provisória completa, ambas técnicas que apressam a oferta da tutela jurisdicional. O transcurso do tempo pode lesar direitos de modo irreparável ou ao menos comprometer sua higidez seriamente. Cautelares e antecipações têm o condão de neutralizar os efeitos maléficos da passagem do tempo sobre a vida dos direitos, as últimas oferecendo desde logo ao sujeito que aparenta ter razão a fruição do próprio bem ou situação pelo(a) qual litiga, as primeiras voltadas a assegurar a produção de resultados justos e úteis pelo processo, só indiretamente favorecendo o sujeito de direitos. Quer se trate de acautelar o processo ou de antecipar a tutela, baseia-se o juiz em mera probabilidade e daí a revocabilidade típica destas formas de tutela, fruto de cognição inacabada, passíveis de revisão sempre que o juiz se convença de que a parte em um primeiro momento agraciada não tem o direito que aparentava ter e incapazes de vincular o juiz quando do julgamento da causa propriamente dita. Também a execução provisória funciona como medida urgente antecipatória no contexto processual, admissível apenas nos casos em que a lei nega o efeito suspensivo aos recursos interpostos, caso dos recursos coletivos. Para permitir entrega da prestação jurisdicional antes de encerrado o contraditório processual, apóia-se o legislador nos mesmos pressupostos genéricos de concessibilidade das antecipações em geral, quais sejam, a urgência e a boa probabilidade que milita em favor do exequente, graças à obtenção da sentença favorável.

Proscreeve-se toda imperfeição evitável, devendo o processo ofertar à parte inocente o mesmíssimo resultado que seria obtido se jamais o processo tivesse sido instalado, ou melhor, se não fosse ele necessário. Enfatiza-se a satisfação específica dos direitos, seja mediante restauração do *statu quo ante*, com recondução dos sujeitos na medida do possível ao estado precedente à transgressão, seja impedindo-se a ocorrência de conduta injurídica, que crie ou agrave uma situação desfavorável. Também pela via das ações coletivas se oferta proteção preventiva, reparatoria específica ou ressarcitória, conforme o caso, sendo que esta última poderá beneficiar uma massa de indivíduos lesados ligados por algum interesse comum ou, subsidiariamente, um fundo de recomposição de bens jurídicos coletivos agredidos. A atipicidade da tutela coletiva nem precisaria estar expressa. É inerente à condição instrumental do processo, adaptável por natureza.

Em suma, todas as idéias desenvolvidas neste trabalho, do início ao fim, tiveram por propósito construir um devido processo legal coletivo. Um Justo, muito Justo Processo Coletivo Laboral. Que pudesse realizar mais eficazmente a ordem jurídico-laboral; que pudesse conferir conteúdo substancial verdadeiro à fundamental garantia de acesso à justiça.

Para isso, tivemos que derrubar alguns mitos e paradigmas. Abrir janelas, renovar o estoque de idéias. Em alguns momentos ousamos, sugerimos, dissentimos. Sonhamos. Mas, como disse o poeta, na vida é sempre preciso sonhar. Principalmente, quando se acredita no sonho e se tenta fazê-lo funcionar.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A justiça geométrica e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT: 2007. p. 55-65.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 36, n. 196, p. 237-274, jun. 2011.

AMORÓS, Francisco Pérez. Justicia efectiva, igualdad real de las partes en el proceso laboral, y rapidez procesal: por un derecho del trabajo procesal. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 35, n. 135, p. 195-242, jul/set. 2009.

ANDREWS, Neil. Complex civil litigation in England. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 32, n. 153, p. 85-98, nov. 2007.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010.

ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Novas tendências da execução provisória. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 57-67, abr./jun. 1998.

_____. *Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENDT, Hanna. *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. O interesse de intervenção e as novas reformas do processo civil. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2007. p. 489-506. v. 2.

_____. *O regime da prescrição em ações coletivas*. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/149830/O_regime_da_prescricao_em_acoes_coletivas>. Acesso em: 05 abr. 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Disponível em: <www.capitaleemocional.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 174-193.

_____. Apontamentos sobre o processo nas ações coletivas. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28-64.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1975.

ASSIS, Araken de. Duração Razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro, ano 56, n. 372, p. 11-27, jul. 2007.

BANDRAC, Monique et al. *Droit processuel: Droit commun et droit compare du procès*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 79, vol. 659, p. 7-12, set. 1990.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A expressão 'competência funcional' no art. 2º. da Lei da Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 247-256.

_____. 15. ed. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V.V.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de Direito Processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-113.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181.

_____. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-192.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-14.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-28.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-68.

_____. La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69-76.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 77-88.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89-106.

_____. A ação civil pública e a língua portuguesa. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 177-182.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-68.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-380.

_____. La significación social de las reformas procesales. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 131, p. 153-164, jan. 2006.

_____. Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de nulidade de patente. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 273-294.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*: Exposição sistemática do procedimento. 25 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Ponderação, racionalidade e ativismo jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. Liquidação e execução das sentenças das ações para a defesa de direitos trabalhistas difusos e coletivos stricto sensu. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLETT, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista*: temas. São Paulo: LTr, 2010. p. 238-250.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história; A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas (limites e possibilidades da Constituição brasileira)*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATALHA, Elton Duarte. Coisa julgada coletiva: classificação, concomitância de ações e limitação territorial. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLET, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 228-237.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. II.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Tutela cautelar e antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *As reformas do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da Tutela Coletiva*. São Paulo: LTr, 2008.

BUENO, Cássio Sacarpinella. Os princípios do processo civil transnacional e o Código de processo civil brasileiro: uma primeira aproximação. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 122, p. 167-186, jul. 2006.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*. São Paulo: Saraiva, 2010. Tomo III.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 147, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1983. v. IX.

CALLEGARI, José Antônio. Execução: inovações no âmbito do direito do trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*. São Paulo, v. 72, n. 2, p. 154-166, fev. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. V. II.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. V. III.

CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMPINHO, Fábio. *Sindicalismo de Estado: Controle e Repressão na Era Vargas (1930-*

1935). Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14838/9959>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

_____. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista Forense*. São Paulo, ano 90, v. 326, p. 121-130, abr./jun. 1994.

_____. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milão: Giuffrè, 1973.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARPI, Frederico. *La provisorietà esecutorietà della sentenza*. Milão: Giuffrè, 1979.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Nordson Gonçalves de. Jus Postulandi: um limitador ao acesso à justiça?.

Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, ano 34, n. 132, p. 355-362, out./dez. 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. *Revista LTr*. São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1463-1476, dez. 2008.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente Reforma no Processo Comum: reflexos no Direito Judiciário do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis, 1896.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1928.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. v. I.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Apontamentos sobre a tutela cautelar na ação civil pública – a inação do autor original e o regime de atuação do Ministério Público. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 53, p. 153-160, mai./jun. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 4. ed. Bologna: il Mulino, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 29, n. 116, p. 97-158, jul. 2006.

CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, p. 891-914, 2006.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Ação civil Pública Trabalhista: considerações sobre a legitimidade do Ministério Público do Trabalho e a impugnação às decisões judiciais. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 528-535.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT: 2007. p. 291-308.

COUTURE, Eduardo Juan. *Las garantías constitucionales del proceso civil. Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. tomo I.

DAMASKA. *The faces of justice and state authority - A comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Marcelo Buzagalo. Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 383-414.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria rivisitata. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão, ano XLI, n. 2, p. 325-339, 1987.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. I.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. II.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. V. III.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. IV.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 96-105.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. V. V.

DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel. (Coord.). *Constituição e Processo*. Salvador: JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. IV.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 505-518.

DITTICH, Lotario. Il nuovo procedimento sommario de cognizione. *Revista di Diritto Processuale*. Itália, ano 64, n. 6, p. 1582-1599, nov./dez. 2009.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Class Actions: Contribuições para a maior efetividade das obrigações trabalhistas no Brasil*. *Revista do Direito do Trabalhista*. Brasília, ano 15, n. 12, p. 13-16, dez. 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*:

ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAGUNDES, Débora. A importância da integração à lide na efetividade do processo do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, ano 72, n. 12, p. 1477-1482, dez. 2008.

FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral*. São Paulo: LTr, 2005.

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

FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de urgência na ação civil pública. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 350-362.

FERNANDES, Nadia Soraggi; PIMENTA, José Roberto Freire. A importância da Coletivização do processo trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 46. n. 76, p. 45-60. jul./dez. 2007.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 567-574.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. Competência para julgamento das ações civis públicas na Justiça do Trabalho em face da Edição da OJ 130 da SDI-II DO TST. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLETT, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 175-183.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1989.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 94, 1999.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 66-80.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

_____. Juizados Especiais: um sonho de justiça. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 151-158, abr./jun. 1998.

_____. *A Reforma do Processo Civil: O cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 122, p. 121-134, jul. 2006.

GARBELLINI, Alex Duboc et al. A gratuidade da justiça no processo do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, ano 70, n. 10, p. 1199-1204, out. 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Ação civil pública e danos de âmbito regional e nacional: competência e alcance da coisa julgada. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLETT, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 64-72.

GASPARINI, Mauricio. As tropas de elite e a febre de efetividade na execução trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, ano 72, n. 03, p. 330-336, mar. 2008.

GENEHR, Fabiana Pacheco. A aplicação da multa do art. 475-J do CPC e seus reflexos no processo do trabalho: uma análise principiológica. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*. São Paulo, v. 72, n. 4, p. 451-457, abr. 2008.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1984.

GOMES, Magno Federici; SOUZA, Isabella Saldanha de. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento sob o enfoque da teoria neo-institucionalista. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, ano 9, n. 57, p. 69-85, jan./fev. 2009.

GONÇALVES, Viviane Saud Sallum. Formas de garantir o acesso à justiça e sua efetividade. *Revista Jurídica*, Uberaba, v. 11, n. 14, p. 231-250, mai. 2008.

GRANIERI, César Alberto. Atuação sindical como substituto processual. São Paulo: LTr, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. I.

_____. *Instituições de Processo Civil: processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. II.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

_____. *A função da tutela cautelar*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 18 jan. 2011.

_____. O Princípio do Contraditório. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

_____. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v. II.

_____. Execução nas ações civis públicas. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 2, p. 55-76, mai. 2003.

_____. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei n. 11.232/2005. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 26, n. 85, p. 97-111, mai. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. São Paulo: Forense, 2007. V. II.

_____. *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

_____. Coisa julgada e terceiros. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, n. 46, p. 41-48, mar./abr. 2007.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, n. 52, p. 71-76, mar./abr. 2008.

_____. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 13-16.

_____. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 11-15.

_____. *Ação Civil Pública refém do autoritarismo*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, nº 96, out./dez. 1999.

_____. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33. p. 5-15, 1990.

_____. Coisa julgada e terceiros. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 12, p. 5-13, mai./jun. 2006.

_____. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, nº 57, jan./mar. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vaconcellos; FINK, Daniel Roberto; Filomeno, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e princípios constitucionais. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 108-139.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Eficácia ultra-subjetiva da coisa julgada e garantia do contraditório em ações coletivas. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 320-324.

JEULAND, Emmanuel. *Le droit processuel*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2003.

JORGE, Nuno de Lemos. *Notas sobre o regime processual experimental. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. Os reflexos das inovações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 72, p. 79-89, jul./dez. 2005.

LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Ministério Público do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça como direito humano e fundamental. *Revista do Tribunal Regional da 8ª Região*. Belém, v. 41, n. 80, p. 91-100. jan./jun. 2008.

_____. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 73, n. 1, p. 98-106, jan./mar. 2007.

_____. *Liquidação na Ação Civil Pública: o processo e a efetividade dos direitos humanos – enfoques civis e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 538-564.

LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Máira Luísa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 331-344.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 132, p. 43-44, fev. 2006.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da group litigation order britânica. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 36, n. 196, p. 165-205, jun. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v. I.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Ada Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Fernando Rister de Souza; LIMA, Lucas Rister de Souza. Aspectos práticos e teóricos entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Execução Civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 602.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Sistema e efetividade da execução. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, n. 156, p. 323-330, fev. 2008.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. Tradução Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social, e os princípios. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 559-566.

MAGALHÃES, Ana Luíza de Carvalho; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 138, p. 79-111. ago. 2006.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1984. v. I.

MAIA, Diogo Medina Maia. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALLET, Estevão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLET, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 9-37.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimidade para Agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Ação Civil Pública*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 161-173.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In:

NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 298-318.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Antecipação da Tutela*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC, e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Processo Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho em homenagem a Armando Casimiro Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Manual de Direito e Processo do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT. 2007. p. 194-215.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 221-246.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILARÉ, Édís. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no Processo Coletivo. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 326-332.

MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos: considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. 281-290.

MEIRELES, Edilton. Garantia do emprego como instrumento para efetivo acesso à justiça (proibição de despedir no curso do processo judicial). In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. O acesso à justiça e as condições da ação. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, n. 174, p. 325-338, ago. 2009.

_____. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e aspectos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT. 2007. p. 16-32.

MILARÉ, Édís. O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 149-164.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. t. II.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 33-58.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Importância da ação civil pública no panorama da abarrotada justiça brasileira: vissicitudes e perigos da ação em estudo. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 172-183.

MORAES, Voltaire de Lima. Questões tópicas na ação civil pública: desistência ou abandono da ação; anotações sobre o inquérito civil e despesas processuais. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 603-611.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

NASSIF, Elaine. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho: ementário de jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

NETO, Adhemar Prisco da Cunha. Aspectos da aplicação do Processo Comum ao Processo do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, n. 11, p. 1.340-1.349, nov. 2007.

NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 430-459.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 82-93.

OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. Redução da pobreza e ampliação do acesso à justiça através da interiorização da Justiça Federal. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, ano 20, n. 10/11, p. 53-57, out./nov. 2008.

OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os reflexos do pedido e da causa de pedir em demandas coletivas de terceirização de teleatendimento dos serviços públicos. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLET, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 207-216.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1973.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Celeridade processual – Garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 – Alcance da “nova” norma (art. 5.º, LXXVIII, da CF). In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 767-784.

PAULA, Paulo Affonso Garrido de. Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 449-460.

PELLACANI, Giuseppe. As medidas de reforço da efetividade das decisões judiciais trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 34, n. 130, p. 275-287, abr./jun. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. I.

PEREIRA, João Batista Brito. Nós, os juízes do Trabalho, e o CPC- algumas reflexões. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 73, n. 1, p. 17-23, jan./mar. 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José Maria Bosh Editor, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Dimensão da Garantia do Acesso à Justiça na Jurisdição Coletiva*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdiacao_coletiva_061103.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. A polêmica trabalhista em torno da Lei n. 11.232/2005: Fase de cumprimento das sentenças no Processo de Conhecimento. *Revista LTr*. São Paulo, n. 11, p. 1.296-1.302, nov. 2007.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Enunciados do TST Comentados*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2004.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 22-35, abr./jun. 1998.

_____. Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. ns. 4-7, p. 1.230-1.236, 1971.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. Novas Técnicas processuais de acesso à justiça- a influência das normas processuais trabalhistas no processo de reestruturação do processo civil. *Revista LTr*. São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1349-1356, nov. 2005.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação Inibitória no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. O Direito à Igualdade Formal e Real. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 651, jan. 1990.

RICARDO, Luís Carvalho. *Regime processual civil experimental anotado e comentado*. Braga: Cejur – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 29, n. 120, p. 289-299, jul. 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. In NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 460-469.

_____. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 327-404.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Juruá, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 85-96.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. Direitos individuais homogêneos: aspectos de sua concretização a partir de um modelo doutrinário e de exemplos da jurisprudência trabalhista recente. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLETT, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 98-110.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I.

_____. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. II.

_____. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: Del Rey, 2008.

SERRA, Laerte dos Santos. Assistência judiciária: instrumento de acesso à justiça. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 30, p. 43-53, mar./abr. 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 55, p. 120-133, set./out. 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVEIRA, Bernardo Bastos. A multa do art. 475-J do CPC na execução provisória: possibilidade de aplicação. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 33, n. 155, p. 208-222, jan. 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%20A7%C3%A3o_Contra_a_Dispensa_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 mai. 2011.

SOUZA, Francislene de Camargo. Liquidação e execução nas ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLET, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 251-261.

SOUZA, Frederico Machado Paropat. Acesso à justiça do Trabalho no Brasil. *Síntese Trabalhista*. São Paulo, ano 14, n. 168, p. 59-62, jun. 2008.

SOUZA, Karlla Patrícia. *O processo do trabalho e a execução provisória, rumo à efetividade do processo*. São Paulo: LTr, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: RT, 2002.

STELLA, Mônica da Silva. O pedido e a causa de pedir nas ações coletivas em face do meio ambiente do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLET, Estevão (coord.). *Tutela Processual Coletiva Trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 198-206.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 68-84, abr./jun. 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de Conhecimento - 1*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009. v. I.

_____. *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de Conhecimento - 2*. São Paulo: LTr, 2009. v. II.

_____. *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de execução; processo cautelar; procedimentos especiais*. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: RT, 2006.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *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.

_____. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT: 2007. p. 96-113.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispêndência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: Aspectos Relevantes*. São Paulo: Método, 2007. p. 567-584. v. II.

_____. Litispêndência em ações coletivas. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280-295.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 263-280.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT: 2007. p. 156-160.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: jurisdicalização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 111-138.

_____. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença. In: NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 364-391.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.