

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOELCIO FLAVIANO NIELS

**A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

CURITIBA

2010

JOELCIO FLAVIANO NIELS

**A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Co-orientador: Prof. Dr. Célio Horst Waldraff

Orientador: Prof. Dr. Wilson Ramos Filho

CURITIBA

2010

N669

Niels, Joelcio Flaviano.

A substituição processual como instrumento de efetividade dos direitos

fundamentais dos trabalhadores / Joelcio Flaviano Niels. – Curitiba:

UniBrasil, 2010.

136 p.; 29 cm.

Orientador: Wilson Ramos Filho.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil –

UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais dos trabalhadores –
Substituição processual. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em
Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

JOELCIO FLAVIANO NIELS

A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Mestrado em Direito, no Programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Wilson Ramos Filho

Co-orientador: _____

Prof. Dr. Célio Horst Waldraff

Membro: _____

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior

Membro: _____

Prof. Dr. Octavio Campos Fischer

Curitiba, 09 de Agosto de 2010.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à inteligência superior, uma energia presente no universo. Este visto como uno, onde tudo é uma coisa só. Obrigado Roberto Jéferson Niels - Beto, por sua energia. Como tudo é uma coisa só, eu sou você.

Obrigado ao Jalmir Niels e aos demais colegas de escritório pela compreensão, maestria e solidariedade profissional demonstrada. Muito obrigado Mara, por seus carinhos e consolos, principalmente nos momentos mais delicados. Igor e Nicolas, vocês com certeza são minha fonte de inspiração.

Meus votos de agradecimento aos amigos Marcelo Maia, Ricardo Nunes e Nasser Allan pelas sugestões, incentivo e solidariedade demonstrada na vida acadêmica. Obrigado *Andréa Roloff Lopes* pelas sugestões metodológicas. Agradeço aos amigos e irmãos Silvio Espíndola e André Dutra, pelo companheirismo e sugestões.

Agradeço ao Professor Célio Horst Waldraff suas valiosas e pertinentes sugestões, bem como, pelo entendimento de algumas questões que sustentam o presente trabalho, notadamente o marco teórico. Por fim, agradeço ao Professor Wilson Ramos Filho o incentivo, os ensinamentos e a compreensão que pude partilhar ao longo deste trabalho e ao longo de nossa vida profissional. Realmente tenho que concordar Professor Xixo: conhecimento não ocupa lugar.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	01
2 CRISE DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA .	06
2.1 INSTRUMENTOS IDEOLÓGICOS IMPEDITIVOS DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL TRABALHISTA	10
2.2 O DIREITO DO TRABALHO TUTELADO PELA LÓGICA PROCESSUAL INDIVIDUALISTA: UM PARADIGMA INEFETIVO	16
2.3 A CORROSÃO DOS DIREITOS ANTE A PRESCRIÇÃO: O PRINCIPAL EFEITO DA AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES	44
3 DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENÊOS, COLETIVOS E DIFUSOS	59
3.1 DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS TRABALHISTAS	61
3.2 DIREITOS COLETIVOS <i>LATU SENSU</i> COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES	71
3.3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO DIREITO COLETIVO FUNDAMENTAL.	74
4 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL POR SINDICATOS.....	80
4.1 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CANCELAMENTO DA SÚMULA 310 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	87
4.2 LEGITIMIDADE ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA E LEGAL.....	96
4.3 A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL POR SINDICATOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	101
5 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO COLETIVA POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL	113
5.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PROCESSO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.....	114
5.2 DA DESISTÊNCIA E DA RENÚNCIA EM PROCESSO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.....	116
5.3 COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO COLETIVA	

TRABALHISTA.....	120
5.4 LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS.	123
5.5 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS	127
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135

RESUMO

O objeto do presente trabalho tem como centro a substituição processual por sindicatos como alternativa para a solução de inefetividade dos direitos dos trabalhadores na relação de emprego. Parte-se da premissa de ineficácia do Direito do Trabalho na constância da relação de emprego. Analisa-se alguns elementos que originam ou potencializam a inefetividade. Esta ausência de tutela eficiente é preocupantemente prejudicial aos trabalhadores que vêem seus direitos sendo corroídos principalmente pela prescrição. Demonstra-se na seqüência as diversas conceituações doutrinárias acerca dos direitos coletivos fundamentais dos trabalhadores. Discorre-se sobre os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários correspondentes à legitimidade dos sindicatos em ações coletivas. Neste ponto, busca-se formatar o entendimento doutrinário da substituição processual do sindicato de trabalhadores como direito fundamental de acesso à Justiça. Por fim, são tratados alguns elementos processuais que suscitam algumas polêmicas quando discutido o instituto da substituição processual, tais como: honorários advocatícios, desistência e renúncia, competência territorial, litispendência e coisa julgada.

ABSTRACT

The object of this study has a process substitution by unionist as an alternative for the ineffectiveness of workers rights in relation to their jobs. It is based on the futile of Labor Rights in relation to their jobs. Some of the elements that origin the inefficiency and ineffectiveness are being studied.. The absence of an efficient tutorial is very prejudicial to workers which see their rights being destroyed by prescription. We will demonstrate the several concepts of collective fundamentals of workers .We describe in the sequency the various concepts understood by jurisprudence and indoctrine about fundamental collective rights corresponding to labor rights. At this point, an understanding between the legal workers right and the judicial workers rights are fundamental as an access to fundamental Justice. At last, subjects such as lawyers fee, renounce and waive, territorial competence, and lawyers assistance and judged matters.

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se do reconhecimento de que há uma crise no atual modelo de prestação jurisdicional, buscar-se-á apontar uma alternativa institucional para que se efetivem os direitos fundamentais dos trabalhadores. O modelo estatal patrimonialista, individualista e liberal está em crise. A ofensiva neoliberal tenta aprisionar o Judiciário aos limites do interesse do mercado. De outro lado, contudo, há os que vislumbram uma atitude focada na realidade social e não apenas nos interesses puramente econômicos para o atendimento das demandas da sociedade. A premissa da crise de legitimidade funda-se na baixa efetividade do acesso a uma justa prestação jurisdicional aos menos favorecidos, diante dos que detém o poder de dominação. Em outras palavras, é a ausência da necessária intervenção estatal para reequilibrar o desequilíbrio gerado pela luta de classes.

A prestação de uma Justiça que entenda o viés da não dominação e não somente o da não intervenção, é um dever do Estado perante os cidadãos da República, neste caso os trabalhadores. Mas para que esta Justiça seja efetiva deve ser prestada de forma adequada, eficaz. É necessário compreender o processo de coletivização das demandas superando-se o paradigma do individualismo. Faz-se presente a necessidade de romper o obstáculo epistemológico do estado liberal renovado e primar pela igualdade substancial dos trabalhadores perante os que compram a força de trabalho.

Observando o cotidiano de nossos fóruns e tribunais, verifica-se que o direito não responde satisfatoriamente às demandas da atual sociedade: uma nova organização social que no decorrer dos tempos tornou-se complexa, sincrética, cética e desejosa de soluções pragmáticas. Este direito precisa se adaptar aos anseios de quem lhe dá legitimidade, notadamente impondo efetividade em sua aplicação.

De acordo com a quase maioria dos autores, uma das supostas tarefas que foi transportada ao Direito é a pretensa “pacificação social”. Este trabalho em busca da paz, em conjunto com outros aparelhos ideológicos do Estado, serve, fundamentalmente, no campo do Direito do Trabalho, para amenizar os efeitos da apropriação da mais-valia. Deveria, entretanto, receber mais atenção do Estado e dos atores sociais correspondentes.

Necessária é a independência dos tribunais, a implementação pelo legislador de leis para facilitar o acesso à ordem jurídica justa para a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores. Incrementar o incentivo para a utilização de todos os meios que se mostrem

adequados à proteção dos trabalhadores face à exploração e à dominação. Deve ser o Direito instrumento assecuratório da dignidade e da igualdade substancial dos trabalhadores frente à luta de classes.

No entanto, um dos problemas mais recorrentes relativos ao exercício da jurisdição é a baixa efetividade alcançada, pois, a despeito das modificações intentadas, buscando-se o aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e o enfrentamento da ineficiência dos órgãos judiciários, sobretudo nos últimos anos, os resultados obtidos têm se mostrado muito aquém do necessário.

Na prática, o que se constata é uma prestação jurisdicional precária, não correspondente aos anseios da sociedade. Tal fato se depreende, dentre outros, pela observação do acúmulo estarrecedor de processos que ainda aguardam julgamento. Somando-se a isso, para reduzir rapidamente o número de processos a serem julgados, os magistrados acabam por julgar mecanicamente o feito.

O fundamento teórico que se destaca na pesquisa é o entendimento trazido por Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, que desenvolvem uma nova visão de acesso à Justiça. Propõem um sistema estatal de solução de litígios efetivamente acessível e que produza resultados individuais e socialmente justos. Efetividade vista como atendimento aos direitos trabalhistas durante a relação empregatícia, ou seja, efetividade vista como tutela inibitória conforme demonstrada por Luiz Guilherme MARINONI. Para isto é necessário superar o patamar dos dissídios individuais de desempregados, no dizer de Carlos Henrique Bezerra LEITE e partir para uma tutela metaindividual. Para clarear esta visão do direito de acesso à Justiça, verificou-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho acerca do mecanismo de substituição processual.

O tema ora debatido tem significativa importância para a sociedade face à propalada crise de efetividade da prestação jurisdicional. A diversidade das relações jurídicas, o advento de novas normatividades e o pluralismo jurídico cria um cenário de grande complexidade, que requer flexibilidade e criatividade para a solução de conflitos.

As ações e relacionamentos jurídicos desenvolveram também caráter coletivo e encontram resistência nos conceitos individualistas dos direitos. Esses “novos” direitos, porém, carecem de efetividade. Frise-se que a atuação efetiva do Estado é fundamental para assegurar o gozo pleno de todos esses direitos sociais.

Neste sentido, para os trabalhadores, a ampliação do uso e dos efeitos da tutela coletiva é de indiscutível importância. Por diversas razões, como se verá, os trabalhadores são tolhidos dos direitos que lhes são previstos na presente ordem institucional. O principal

motivo de inefetividade do Direito do Trabalho aos trabalhadores é o medo do desemprego. O direito de acesso ao Judiciário durante a vigência do contrato de trabalho é uma falácia. Outro elemento que corrói os direitos dos trabalhadores é a prescrição. São alguns exemplos de ausência de efetividade dos direitos mais fundamentais dos trabalhadores. A tutela coletiva pode amenizar os efeitos nefastos da precarização da relação de emprego.

As ações coletivas trabalhistas por substituição processual contribuem para a superação da crise de efetividade da prestação jurisdicional, pelos seus mais variados aspectos. Um deles é que as ações coletivas viabilizam a prestação jurisdicional sem constranger o trabalhador perante o seu empregador. Outros importantes argumentos são que minimizam os custos e possibilita, supostamente, uma melhor assessoria técnica. As ações coletivas podem minorar os efeitos da prescrição, posto que viabilizam o acesso à Justiça até mesmo durante a relação de trabalho. Estes são apenas alguns exemplos de sua significativa importância para os trabalhadores e para a efetividade dos direitos sociais.

Buscando demonstrar a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, entendidos como aqueles previstos e decorrentes da ordem constitucional, encontra-se o liame da pesquisa com uma das linhas adotadas pelo Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Além de aprofundar o entendimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, aponta-se uma alternativa de superação da crise de efetividade desses direitos. Não se pretende, logicamente, esgotar as possibilidades de solução, mas tão somente indicar um instrumento já positivado em nosso ordenamento e amplamente debatido pela doutrina, mas não suficientemente implementado.

A fim de enfrentar teoricamente esta temática, no primeiro capítulo será problematizada a crise de efetividade da prestação jurisdicional trabalhista. Entendida como tal a dificuldade na solução de novos conflitos trabalhistas, notadamente os de natureza coletiva. Centro desta crise é a determinação ideológica do funcionamento jurídico. A Justiça é pensada e idealizada em benefício de alguns, como pondera MARINONI. O efetivo acesso à Justiça deveria ser o norte condutor do Direito do Trabalho, ou seja, melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Assim, é necessária a intervenção do Estado para amenizar os efeitos da dominação do trabalhador pelos que detém a força econômica, política e jurídica. A coletivização das demandas e o sincretismo social, oriundo desta sociedade plural que vivemos, reforçam a crise de efetividade da prestação jurisdicional.

Os direitos fundamentais e suas efetividades serão tratados no segundo capítulo, onde estarão relacionados e conceituados os direitos substanciais coletivos trabalhistas. Serão

verificados como direitos fundamentais não só os direitos materiais coletivos, mas a sua incidência na vida concreta dos trabalhadores, ou seja, sua efetividade. Será apresentada uma abordagem conceitual acerca dos direitos coletivos *latu sensu*, ou seja, os direitos metaindividuais, assim como as distinções doutrinárias e jurisprudenciais das possibilidades de direitos difusos, coletivos *strito sensu* e os direitos individuais homogêneos. Algumas decisões dos Tribunais do Trabalho ilustrarão o conceito de cada instituto ora mencionando. Para finalizar este capítulo, serão apresentadas as repercussões de tais direitos coletivos na seara do Direito do Trabalho.

No terceiro capítulo discute-se a posição doutrinária e jurisprudencial acerca da substituição processual. Esta posição será dissecada, notadamente, após o cancelamento da Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho. Outro fato que será destacado são algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que determinaram o sentido das decisões do Tribunal Superior do Trabalho mesmo após o cancelamento da Súmula 310. Abordar-se-á, ainda, as discussões doutrinárias acerca da legitimidade ordinária, extraordinária e legal. E fechando este capítulo serão apresentados argumentos que possibilitam o entendimento da substituição processual como direito fundamental.

Algumas questões de ordem prática de ação coletiva por substituição processual serão analisadas no quarto capítulo. Assim como outros pontos sobre os quais ainda pairam entendimentos divergentes e suscitam discussão, tais como: a possibilidade de recebimento de honorários advocatícios em processo de substituição processual; o direito de desistência ou renúncia em processo de substituição processual; competência territorial para tramitação de ação coletiva trabalhista; litispendência e coisa julgada e procedimentos da ação coletiva por substituição processual no âmbito da Justiça do Trabalho e, por último, liquidação e execução em processos de substituição processual.

Desde já se esclarece que não serão aprofundados alguns itens que, apesar de mencionados no presente trabalho, faz-se apenas de forma transversal para que tenha sequência lógica no tema escolhido. A crise, rapidamente apontada, necessitaria de maior aprofundamento para que se pudesse esclarecer suas diversas origens e assim entendermos a sua efetiva complexidade. Não se fará distinção entre a relação de trabalho e a relação de emprego, e nos diversos aspectos da subordinação, tendo em vista que o núcleo do trabalho está centrado nos limites da legitimidade e alguns efeitos da tutela coletiva. Não se fará menção ao projeto de código de processo coletivo, para que não se ampliar demasiadamente o tema que está adstrito à substituição processual por sindicato no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho. Decorrencia da afirmação anterior, a competência do

Ministério Público do Trabalho é tratada de forma pontual em apenas alguns tópicos a título de ilustração. Ademais, não serão analisados os mais variados matizes da crise que se passa no modelo de representação sindical. Algumas questões pontuais indicarão a necessidade de se construir um modelo sindical efetivamente representativo.

Sem a pretensão de esgotar as visões da substituição processual por sindicatos de trabalhadores no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho, espera-se que as variadas posições doutrinárias e jurisprudenciais contemplem a maioria dos posicionamentos adotados. Ademais, que este trabalho contribua para o aprimoramento do entendimento acerca da substituição processual e que esta possa se firmar com instrumento de efetividade dos direitos e interesses dos trabalhadores.

2. CRISE DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA

A prestação da tutela judicial justa é um serviço público de caráter essencial. A Justiça é um dever do Estado perante os cidadãos da República e, nesse sentido, deve ser prestada de forma adequada e eficaz. Existe uma estreita relação entre o Estado, a Sociedade, o Processo e os Direitos Humanos.¹

Uma das premissas deste trabalho é a ausência de efetividade concreta dos direitos trabalhistas, principalmente na constância da relação empregatícia. O medo do desemprego, a insegurança do rompimento de um paradigma e a deficiência na representação sindical determinam o tratamento individual² dispensado às lides trabalhistas e só após o término da relação de emprego.

O ajuizamento de reclamação trabalhista (ação individual) na vigência do pacto acarreta, em regra, a despedida do obreiro. Logo, o medo de ter o pacto de trabalho rescindido leva o trabalhador a buscar reparação de seus direitos somente após o fim da relação laboral.

Diante das precarizadas e autoritárias relações de trabalho os que adentram a Justiça do Trabalho são os desempregados. Carlos Henrique Bezerra LEITE aponta que este fato atribui à Justiça do Trabalho a designação de "Justiça dos desempregados."³

Entretanto, ao demandar ao final do contrato, enfrenta o trabalhador outro duro golpe em seus direitos: arcará com os prejuízos da prescrição, enfrentará mecanismos protelatórios que permitem recursos abusivos e práticas que inibem a efetiva execução de um título que contém verbas alimentares.

¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à Justiça como direito humano e fundamental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, v. 41, n. 80, jan/jun. 2008. p. 91-100.

² NERY JÚNIOR, Nelson. O processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de processo**, São Paulo, n. 61, p. 24-35, jan-mar/1991. p. 25. O autor explica a diferenciação entre direito individual, coletivo e difuso: "Observamos o erro metodológico utilizado por doutrina e jurisprudência para qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Correntemente vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e o que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o 'Bateau Mouche IV', que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes."

³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ltr, 2002. p.157.

Portanto, ao obreiro restam duas alternativas prejudiciais: intentar demanda na vigência da relação e perder o emprego ou esperar o fim do pacto e sofrer restrições ao pleito pela prescrição.

LEITE esclarece, o obreiro sozinho “apresenta-se bastante vulnerável para exercer o direito constitucional de acesso ao Judiciário, máxime se levarmos em conta que a Justiça do Trabalho é, no plano real, a ‘Justiça dos Desempregados’, pois a regra geral é a de que o trabalhador, durante a vigência do contrato de trabalho, tem o fundado receio de perder o emprego.”⁴ Aduz que se trata da “chamada paralisia temporária do direito de demandar.”⁵

Registra, ainda, que resulta daí “a importância da implementação da jurisdição trabalhista metaindividual, que permite o acesso igualitário dos trabalhadores por meio de instituições ou associações que têm o papel de defender e proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e sem o temor de figurarem formalmente na relação jurídica processual.”⁶

Dessa forma, a Justiça do Trabalho deixa de ser simplesmente reparatória ou ressarcitória de direitos patrimoniais do obreiro em demandas individuais, para acolher também o Direito Público do Trabalho, sua verdadeira gênese.

Outro pressuposto deste trabalho é o reconhecimento de uma crise do modelo de Estado, em que o Direito, como ciência, passaria não por uma crise em si mesmo, mas por uma crise de paradigma.

Paradigma pode ser entendido como “um conjunto de problemas definidos juntamente com os métodos que acredita serem adequados para a sua solução”⁷, ou, a corrente teórica pela qual o cientista se baseia para fundamentar e comprovar suas teorias, havendo apenas um paradigma predominante.

No desenvolvimento de qualquer ciência o primeiro paradigma explica com sucesso as observações e experiências aos praticantes daquela ciência.⁸ Porém, as anomalias aparecem quando o paradigma é colocado sob questionamento. A sensibilidade para detectar anomalias é determinada pela precisão do paradigma. Estas qualidades sugerem uma melhor aptidão para mudanças. A crise é gerada pela constatação de que as anomalias afetarão profundamente o conhecimento existente.⁹

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência, afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 129.

⁸ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Coleção Debates. Ed. Perspectiva, 3. Ed. , 1991. Págs. 91.

⁹ Idem.

Segundo KUHN, estas anomalias serão solucionadas de três formas: a) pode a ciência normal resolver o problema, afastando a tese do fim do paradigma existente; b) podem os cientistas concluir que não existe solução para a crise e, neste caso, o problema é posto de lado até que gerações futuras consigam solucioná-lo; c) por último, a crise pode determinar o surgimento de um candidato de um novo paradigma e uma subsequente batalha para sua aceitação.¹⁰

O modelo judicial tradicional, individualista e ideologicamente pensado para o benefício de poucos, está em crise. A batalha para concepção de um novo pensamento está em andamento. É necessário emergir um modelo que também garanta a efetividade dos direitos dos trabalhadores.

Entende-se o Direito como instrumento assecuratório da dignidade e da igualdade substancial¹¹ dos trabalhadores frente à luta de classes.

O efetivo acesso à Justiça deveria ser uma das finalidades do Estado, para que assegurasse condições dignas de pactuação da força de trabalho.

Vale destacar as palavras de Marcílio Florêncio MOTA:

Entre os que operam o Direito do Trabalho especificamente, é comum a constatação do falecimento de pessoas que provocaram a atividade jurisdicional sem que tenham tido a oportunidade de constatar a atuação do Poder Público em seu favor. O trabalhador ingressa com a ação trabalhista e morre antes de receber seu crédito, que passa aos sucessores sem que o obreiro tenha tido ao menos a satisfação emocional de constatar que o Judiciário reconheceu o seu direito.¹²

As ações e relacionamentos desenvolveram um caráter coletivo e encontram resistência nos conceitos individualistas dos direitos. Esses “novos”¹³ direitos, porém,

¹⁰ Idem. Pág. 115/116.

¹¹ HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**. Barcelona. 1978.p.64-65. apud. ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 94. “Paralelamente a essa indução para o consumo, opera-se, em verdade, uma enorme redução das necessidades, na medida em que a “forma de expressão mais significativa do empobrecimento das necessidades é sua redução e homogeneização. Ambas caracterizam tanto as classes dominantes como a classe trabalhadora, porém de modo desigual... Para as classes dominantes esse ter é possessão efetiva... A necessidade de ter do trabalhador, pelo contrário, diz respeito à sua mera sobrevivência: vive para manter-se... O trabalhador deve privar-se de toda necessidade para poder satisfazer uma só, manter-se vivo.”

¹² MOTA, Marcílio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos: O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa (de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 18.

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas**. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. São Paulo: Saraiva, 2003. p.23. “Preliminarmente importa questionar a natureza dos “novos” direitos: são produtos de gerações, de uma evolução histórica (sucessão linear, gradual e cumulativa) ou são resultantes de um processo de permanente gestação e inter-relação, provocados por reivindicações, conflitos e ações cooperativas? A problematização da questão permite transpor a concepção de que em cada época há direitos absolutos e específicos, impondo-se a idéia de direitos

carecem de efetividade. A atuação positiva do Estado é fundamental para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais.

Jairo Lins de Albuquerque SENTO-SÉ manifesta-se no sentido de que o Poder Judiciário não tem sido capaz, por si só, de resolver todos os conflitos que a ele são trazidos pelos jurisdicionados com a celeridade e efetividade desejadas pela sociedade. Esse problema se agrava quando se está diante de conflitos trabalhistas que, de regra, são ajuizados somente após o empregado perder tal condição e se tornar desempregado.¹⁴

Acerca da especificidade dos direitos devidos ao trabalhador, o autor entende que “o caráter alimentar e de fonte de subsistência do salário, *pari passu* com a necessidade premente de que ele perceba as demais parcelas rescisórias devidas, dão ao embate judicial de natureza trabalhista uma roupagem toda específica, que suscita reflexão profunda e bastante preocupante aos operadores desse ramo do Direito.”¹⁵

Como observado por Amilton Bueno de CARVALHO¹⁶ “o volume de trabalho imposto aos juízes é de tal forma alarmante e de tal forma denunciado, que a falta de solução ao problema traz a lume uma verdade encoberta: não há interesse que o judiciário funcione (aliás, ele funciona porque o que é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona)”, ou ainda, como evidenciado por MARINONI¹⁷, “a lentidão da Justiça seria do interesse de alguns”.

Aliás, MARINONI, analisando a morosidade na Justiça civil, afirma que “Partindo-se da premissa de que os detentores do poder costumam conseguir legislações que bem tutelam os seus interesses, parece estranho que os interessados na dinamicidade da economia deixem de lado a lentidão da Justiça civil.”¹⁸

O autor logo em seguida explica que esta é uma contradição apenas aparente, tendo em vista que os grandes grupos econômicos resolvem as questões à margem da Justiça Estatal ou patrocinam *lobby* que “consegue procedimentos diferenciados que tutelam egoisticamente

relativos e que nascem em qualquer momento enquanto necessidades ou exigências valorativas. É preciso ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente “novos” direitos de natureza individual, social e metaindividuais.”

¹⁴ SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Parecer opinativo apresentado perante o Instituto Bahiano de Direito do Trabalho. Joselita Nepomuceno Borba. Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática.** São Paulo: LTr, 2002. p. 54.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Magistratura e direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 65.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 2.

¹⁸ Ibidem, p. 1.

seus interesses.”¹⁹

Aprofundando sua análise acerca da morosidade da Justiça, MARINONI assevera que a questão obviamente passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Na verdade, nenhuma ‘Justiça’ é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da ‘forma’ que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns sempre ‘boa’ e efetiva.²⁰

Algumas das razões da inefetividade da prestação jurisdicional trabalhista e seus impactos nos direitos e interesses dos trabalhadores serão analisados mais adiante neste mesmo capítulo. Muito embora este não seja o cerne do presente trabalho, indispensável realizar este diagnóstico que interfere no cotidiano dos trabalhadores brasileiros. A morosidade é apontada por muitos como o grande entrave da efetividade da prestação estatal aos jurisdicionados, entretanto, é preciso ultrapassar a barreira da ausência de celeridade. A par, mas ideologicamente combinado, dos entraves judiciários, o tempo corrói os direitos ainda não flexibilizados dos trabalhadores. Como se verá, a ação coletiva por substituição processual é um instrumento capaz de auxiliar os operadores do Direito na busca do acesso a uma tutela jurídica justa, pelos trabalhadores.²¹

2.1 INSTRUMENTOS IDEOLÓGICOS IMPEDITIVOS DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL TRABALHISTA

São muitos os motivos para que não se dê efetividade à tutela jurisdicional trabalhista: a prescrição corrói os direitos dos trabalhadores ao longo do tempo; os juros moratórios deferidos em decisões estão muito aquém dos ganhos obtidos nos mercados de capitais; o espírito conciliatório é ampliado no decorrer do tempo e ronda a consciência do trabalhador que “prefere” uma solução supostamente conciliatória; já está incorporada à prática empresarial da maioria sonegar determinados direitos trabalhistas para tentar justificar a suposta diminuição do impacto das contribuições sociais e fiscais, sob a alegação de que o

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem, p. 2.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 165. “A finalidade não é fazer uma Justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a Lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à Justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou maior qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.”

que efetivamente importa é a manutenção do emprego; dentre tantos outros mecanismos ideológicos que neutralizam a efetividade da tutela trabalhista. Esta tentativa de paralisia parece uma lógica pensada para beneficiar alguns em detrimentos de outros.

A sistemática de reajuste salarial sempre foi uma dos pilares da política monetária do país e também um elemento de desequilíbrio social. Sempre que se menciona a estabilidade monetária, se refere aos reajustes de salários e aposentadorias como uma dos principais entraves à política de queda inflacionária. Porém, os trabalhadores acumulam prejuízos em face do reajustamento parcial dos salários.

Célio Horst WALDRAFF asseverou que temos como certo um postulado quase laico a respeito de economia, no sentido de que, ‘se alguém perde de um lado, de outro alguém ganha’. Não se ignora que esta forma de raciocínio é sistematicamente desclassificada pela retórica tecnocrática dos responsáveis pelas áreas econômicas dos governos das últimas três décadas, que as tachariam de inepta, ignorante ou ingênua, à qual se contrapõe o argumento de que ‘todos perdem com a inflação’.²²

A ineficácia da execução é outro fator determinante para a pouca efetividade dos direitos trabalhistas. Wagner D. GIGLIO sustenta que a execução trabalhista é um dos mais prejudiciais entraves à satisfação do crédito devido ao trabalhador. Para consolidar esta idéia assim assevera:

As discussões eternizaram-se e os recursos multiplicaram-se, principalmente depois da Lei nº 7.701/88, que abriu a possibilidade de recurso de revista também na execução (CLT, art. 896, § 4º), transformando essa etapa no calcanhar de Aquiles do processo trabalhista: o reclamante ganha, mas não leva, tantas são as delongas da satisfação do julgado. Ao empregador interessa, economicamente, protelar quanto for possível o pagamento da condenação, porque os juros legais e a correção monetária aplicada sobre o valor devido são muito inferiores aos rendimentos das aplicações financeiras ou ao lucro do capital mantido no giro de seu negócio.²³

Constata-se que, em todo o mundo, grandes corporações corrompem o sistema político e judicial, passando a conduzir os poderes governamentais, reformulando as leis de modo a beneficiar seus próprios interesses.

A ideologia neoliberal tornou-se hegemônica mesmo entre os que se autoproclamavam “de esquerda”. Esta capitulação trouxe sérias conseqüências para o campo de Direito do Trabalho.²⁴

²² WALDRAFF, Célio Horst. **Direito Adquirido e (In) segurança jurídica**: As diferenças salariais dos planos econômicos. São Paulo: LTr, 2000. p. 30.

²³ GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. **Resista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, n.172, p. 146-152, outub. 2003, p. 146.

²⁴ RESSEL, Sandra Maria da Costa. As ações coletivas e o acesso à Justiça do Trabalho. 2002. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p15.

As tentativas de promover diferenciações entre desregulamentação e flexibilização demonstram o mascaramento do fator ideológico desse processo de retirada dos direitos sociais. Os defensores do processo de flexibilização a mostram como sinônimo de modernização, com intuito de mascarar o verdadeiro objetivo do processo de acumulação do sistema capitalista, qual seja, a exploração de mão-de-obra na expectativa de obtenção de mais lucros às empresas e conglomerados econômicos.²⁵

Explica Wilson RAMOS FILHO que o discurso neoliberal para tudo se utiliza da “globalização” e que este fenômeno obrigaria a reduzir direitos sociais e precarizar os direitos dos trabalhadores. Entretanto, aduz “sejam claros: o que obriga não é a globalização, mas a ‘necessidade’ de manutenção da taxa de lucro. Mas isso não é assumido. Trata-se de um não-dito. A culpa recai sobre uma entidade abstrata: a globalização. A mera referência à globalização substitui a argumentação.”²⁶

O sistema capitalista neoliberal, pervertido pelos interesses puramente econômicos, produz o desemprego e convence a todos que para erradicá-lo é necessário precarizar os direitos dos trabalhadores, legitimando a espoliação. Cenário que leva a toda sorte de violação das normas e direitos laborais e à busca na Justiça, de forma individual, por sua reparação. A possibilidade de se obter uma tutela justa e efetiva coloca óbices a essa lógica da manutenção da taxa de lucro muito alta.

O Direito do Trabalho, no dizer de RESSEL, “principalmente em relação ao princípio protetivo do trabalhador, surge como obstáculo ante os interesses da filosofia neoliberal.”²⁷

Priscila CAMPANA lembra que o termo flexibilização começou a ser utilizado no Brasil antes mesmo do Consenso de Washington, em 1989, registra que:

Um grupo de advogados patronais nos Congressos de Direito do Trabalho discutiam a “necessidade” de flexibilizar as leis sociais porque eram “desatualizadas”: impediam a concorrência dos produtos brasileiros no mercado mundial, oneravam o empresariado nacional, geravam desemprego, bloqueavam o desenvolvimento econômico, violavam a liberdade das partes no contrato de trabalho, afastavam a livre negociação, enfim, a legislação social passou a ser o problema causador de todos os males. Procurando modificá-la, retirá-la, flexibilizá-la, a modernidade chegaria ao país e tudo seria possível.²⁸

²⁵ CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 147, p.129-144, jul./set. 2000.p. 131.

²⁶ RAMOS FILHO, Wilson. Direito, Economia, Democracia e o seqüestro da subjetividade dos juslaboralistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região**. Curitiba, v.26, n.1, p.147-166, jan./jun. 2001. p.158.

²⁷ RESSEL, Sandra Maria da Costa. Op. Cit. P. 21

²⁸ CAMPANA, Priscila. Op. cit., p.137.

Justamente nos países com as piores condições de vida e desigualdade social é que o discurso da flexibilização tem encontrado mais respaldo. Nesses, os trabalhadores ainda estão sujeitos à intensa exploração e baixa contraprestação por seu labor.

Antônio Álvares da SILVA²⁹ descreve os dados sobre as relações formais e informais de trabalho. Tais dados demonstram porque a tutela efetiva dos direitos trabalhistas não é interessante para os que detêm o poder econômico.

Explica CARVALHO que a aceitação dos discursos e ideais neoliberais, a falta de sensibilidade humanizadora do processo “além de macular o saber jurídico, faz com que o profissional sintam-se impotente em pugnar mudanças no campo de atuação.”³⁰ Tal aceitação resulta em acomodação, “inércia, descompromisso com o social e alienação. E o que é mais grave: perde ele a capacidade de criticar não apenas o jurídico mas a estrutura social.”³¹ Tais profissionais são agentes desse sistema desumano.

Visto que, como destaca Edmundo ARRUDA JUNIOR “a Justiça é de classes (a dominante), ou seja, o *locus* do judiciário, enquanto parte constitutiva do Estado, é limitado àquela dinâmica política, expressando em maior ou menor grau as lutas sociais, nos planos político-econômico, político-jurídico e sócio-cultural.”³²

Wilson RAMOS FILHO menciona que a soma das ideologias neoliberais, usada como globalização³³, levou à precarização dos direitos trabalhistas, deixando o trabalhador

²⁹ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 158. “De uma população economicamente ativa de 79,3 milhões de pessoas (PEA), 71,7% se encontram ocupados da seguinte forma: a) 43,6% com carteira assinada, portanto em emprego formal; b) 27,5% sem carteira; c) 23,3% por conta própria. Somando-se os sem-carteira (27,5%) e os autônomos (23,3%), temos um total de 50,8% do total da PEA fora da relação de emprego, contra 43,6% com carteira. O número da informalidade já é maior do que o da formalidade. Contudo, se levarmos em conta o descumprimento dos direitos trabalhistas no emprego formal (53% não recebem 13º, 54% não recebem férias, para citar apenas dois exemplos recentemente divulgados), a formalidade caminha também para a informalidade. Os dados confirmam-se perante as parcelas normalmente constantes das reclamações trabalhistas: aviso prévio, férias, 13º, horas extras e FGTS, significando que os empregados não recebem regularmente, no curso da relação empregatícia, os seus direitos. É esta a realidade sem pintura em que vivemos. Hoje, o Brasil é o segundo país em desemprego do mundo, com um total de 11,5 milhões de desempregados. Em primeiro lugar, a Índia, com um total de 41,3 milhões.”

³⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 51.

³¹ Idem.

³² ARRUDA JUNIOR, Edmundo L. **Introdução à sociologia jurídica alternativa**. São Paulo: Acadêmica. 1993. p. 48.

³³ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.160. Aduz o autor que há um discurso distorcido “assim como usam ‘globalização’ quando na verdade se trata da ideologia neoliberal, assim como usam ‘competitividade internacional’ ao invés de se referir honestamente ao lucro, aqueles que geram exclusão social e desemprego se autodenominam como ‘livre iniciativa’ ao invés de assumirem como ‘grandes empresários’. São os vitoriosos, os audazes, aqueles que ‘correm o risco’ que “geram os empregos’. Os mesmos vitoriosos que andam de braços dados com parte da alta cúpula judiciária trabalhista fazendo proselitismo de uma ideologia que gera pobreza, exclusão social, concentração de renda e, indiretamente, desestruturação social, aumentando a criminalidade, desesperança. E que ao fim e ao cabo, implicam na própria destruição do Direito do Trabalho como um ramo

sem proteção diante do retrocesso à prevalência da autonomia privada.

Como destaca CARVALHO, no Brasil a realidade é tão cruel, radical e insuportavelmente indigna, que a legalidade deve ser rompida em nome de princípios humanitários superiores, conquistas da humanidade, que o sistema gerador da pobreza repele.³⁴

É de salientar que as classes que mantêm o poder econômico não têm interesse num judiciário ágil. Visto que ao necessitar de rapidez para satisfação de seus interesses basta editar normas processuais outorgando-lhes a “ligeireza” necessária. À população resta contentar-se com um Judiciário moroso e emperrado, com a lentidão dos procedimentos comuns.³⁵

A morosidade é um fator importante para determinar a ineficácia dos direitos dos trabalhadores, porém, é a combinação de vários desses fatores que dificultam o acesso a uma tutela efetiva. Estes são apenas alguns exemplos, mas pode-se observar na realidade a utilização de diversos outros instrumentos que, combinados ou não, favorecem os empregadores menos escrupulosos.

RAMOS FILHO aponta que ainda há esperanças, visto que algumas mudanças têm alcançado tutelar, em parte, outras categorias vitimadas pelo sistema “evoluído” em que estamos inseridos. As inúmeras formas de discriminação, a delinquência patronal e as condições precárias de trabalho estão finalmente sendo vistas e reprimidas. Para o autor “tais condutas, enfim, vêm merecendo repúdio do judiciário, em suas diversas competências funcionais, inclusive na trabalhista, proporcionando um otimismo controlado quanto à possibilidade de construção de uma jurisprudência menos patriarcal e menos patrimonialista.”³⁶

CARVALHO expõe entendimento de que a “lei possui basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (a maioria trabalhadora). [...] Assim o Direito, visto aqui como lei, nada mais é do que a ideologia vencedora que sanciona.”³⁷

Alerta Eros Roberto GRAU que a norma encontra-se no mundo do dever ser e o caso concreto deve ser analisado a partir da realidade igualmente concreta, isto é, o mundo do ser.

autônomo do saber jurídico, comprometendo a existência de um ramo especializado do Poder Judiciário para aplicá-lo”. p. 161.

³⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 132.

³⁵ Ibidem, p. 106.

³⁶ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.144.

³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 24.

Conclui o autor que “Neste sentido – isto é, no sentido do desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma.”³⁸

Dalmo de Abreu DALLARI questiona se a função do Juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente.³⁹

CARVALHO complementa a idéia de que a intermediação do Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a mera aplicação da pretensa vontade do Legislador. Nesta hipótese, o que se pretende é esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer ‘um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça’.⁴⁰

Aduz que o Judiciário é Poder do Estado e a ele cabe o compromisso, tão sério quanto o do Legislativo, de buscar o que é melhor para o povo. Já a lei, é apenas um referencial, o mais importante, mas apenas referencial. A não ser que se dê a ela o condão de estancar o mundo.⁴¹

Como já apontado por RAMOS FILHO, as ideologias neoliberais aliadas à delinqüência patronal influenciam diretamente na relação capital-trabalho, gerando exclusão social e desemprego, posto que os que se auto-intitulam “livre iniciativa” são, em verdade, “grandes empresários.” E são os mesmos que se projetam como “os vitoriosos, os audazes, aqueles que ‘correm o risco’ que ‘geram os empregos’.”⁴² Tais seres são os mesmos “que andam de braços dados com parte da alta cúpula judiciária trabalhista fazendo proselitismo de uma ideologia que gera pobreza, exclusão social, concentração de renda e, indiretamente, desestruturação social, aumentando a criminalidade, desesperança.”⁴³ E que ao “fim e ao cabo, implicam na própria destruição do Direito do Trabalho como um ramo autônomo do saber jurídico, comprometendo a existência de um ramo especializado do Poder Judiciário para aplicá-lo.”⁴⁴

Deste modo, a expectativa de impunidade e brandura das penalidades estabelece cenário perpetuador a estimular o descumprimento de obrigações trabalhistas elementares por

³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder Judiciário como Instrumento de realização da Justiça*. Porto Alegre. Ajures. 1985. p. 69.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op.cit.*, p. 30.

⁴¹ *Ibidem*, p.31.

⁴² RAMOS FILHO, Wilson. *Direito...*, p.161.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

parte de empregadores. Permitindo inclusive práticas degradantes de trabalho escravo, em pleno século XXI, em uma sociedade que se intitula “evoluída”.

Destaca RAMOS FILHO⁴⁵ que são insuficientes os esforços empreendidos para fazer cessar as práticas degradantes de trabalho contemporâneas, em razão da inexistência de real repressão aos empregadores ávidos por lucro em detrimento do humano.

Descabe, portanto, transferir a responsabilidade pelas mazelas do Judiciário tão somente ao Estado, aos intérpretes, julgadores, operadores do Direito ou às próprias vítimas. No mesmo sentido entende MARINONI.⁴⁶ A responsabilidade dos maus empregadores não deve mais ser ocultada.

De todos os posicionamentos, verifica-se que há uma vontade implícita que determina a manutenção da inefetividade da tutela jurisdicional trabalhista. Esta vontade é originária daqueles que querem manter a lucratividade da classe opressora. Como bem expressado pelos autores antes mencionados, se a Tutela do Estado não é servida a contento aos cidadãos menos favorecidos economicamente, é porque existe uma lógica ideológica para que assim seja.

2.2 O DIREITO DO TRABALHO TUTELADO PELA LÓGICA PROCESSUAL INDIVIDUALISTA: UM PARADIGMA INEFETIVO

A crise no poder judiciário tem sido amplamente debatida, apontando-se que em razão da suas deficiências a forma com que a jurisdição estatal vem sendo aplicada não atende aos anseios da sociedade atual.

O agravamento da má-distribuição da riqueza nacional, as variadas crises econômicas e a efetiva conscientização dos trabalhadores acerca de seus direitos exacerbaram a litigiosidade. O aumento da demanda aos serviços judiciários não foi acompanhado pelo crescimento de seus respectivos órgãos.

⁴⁵ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.144.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1. p. 190. Assim manifesta-se: “Há uma certa dose de ingenuidade em pretender atribuir aos juízes a responsabilidade pela lentidão dos processos. Ainda que os juízes devam aplicar a legislação processual à luz do direito fundamental à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, devam evitar a atuação processual voltada a protelar o processo e sejam responsáveis em distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes, é evidente que a lentidão da Justiça não pode ser jogada nas suas costas. Acusar os juízes pela demora da Justiça constitui um reducionismo imperdoável, uma vez que a questão da demora passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum.”

Dentre as muitas críticas direcionadas ao Poder Judiciário e ao Sistema jurídico brasileiro, aponta-se a inefetividade na prestação jurisdicional como um dos principais fatores que impedem o acesso à ordem jurídica justa.

A efetividade da Justiça conforme CAPPELLETTI e GARTH⁴⁷ deve ser considerada a partir da existência do acesso à Justiça, como direito social básico e, posteriormente, pelo tempo razoável da prestação jurisdicional.

Pretendendo resolver a questão da morosidade na prestação jurisdicional, foi adicionado à Constituição vigente, a Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004, nominada Reforma do Poder Judiciário, salientando-se a introdução no art. 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, assegurando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Consagrou-se, portanto, como direito fundamental a garantia ao cidadão de obter a solução justa do processo em um prazo razoável. Inédita em nosso sistema de Direito, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação foram elevados ao grau de obrigatoriedade jurídica. Os valores e o comando contidos no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal possuem larga eficácia e efetividade, não permitindo restrições à efetivação da prestação jurisdicional célere.

Sérgio BERMUDES alerta que embora o supra mencionado mecanismo seja uma norma que busca atender o clamor por cidadania, se não existem formas de fazer célere o processo, “o dispositivo cai no vazio, não passando de um pensamento desejoso do legislador.”⁴⁸ O referido autor destaca que num país que dispõe de menos de um terço dos juízes de que precisa, assessorados por uma infra-estrutura cartorária deficiente, agravado pela precariedade da postulação jurisdicional, não se pode esperar que um processo tenha razoável duração, nem que se encontrem meios de garantir a celeridade da tramitação dele. *Mutatis mutandis*, não é diferente a situação no tocante aos processos administrativos.⁴⁹

Neste cenário, continua o autor “O Estado viola a norma do inciso LXXVIII, se não providenciar os meios necessários ao cumprimento dela, sendo isso possível. Se houver condições para a observância do preceito, a autoridade competente será responsável pelo seu cumprimento. Não existindo, a norma corresponderá a um ideal, como ocorre, por exemplo,

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p.12. Os autores aduzem que o conceito de “efetividade” é impreciso e que a efetividade perfeita pode ser exprimida como “igualdade de armas”.

⁴⁸ BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.11.

⁴⁹ Idem.

com os arts. 205, 208 ou 215 da Carta.”⁵⁰

Constata-se que mesmo com a entrada em vigor, no ordenamento jurídico pátrio, de algumas leis ordinárias que buscam auxiliar a observância ao inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, a baixa efetividade na prestação jurisdicional não tem diminuído, contrariamente ao volume das demandas, que continuam aumentando.

A promulgação de Constituições, em todos os países, e sua conseqüente juridicidade, é apontada como causa da “explosão” de litigiosidade. O aumento da consciência do direito de demandar foi ampliado em face das expectativas de atuação do Poder Judiciário no Estado-providência.

Conseqüentemente o Judiciário, por inúmeras razões apontadas pela doutrina – reduzido número de juízes; falta de servidores e treinamento em informatização; procedimentos arcaicos, inadequados e morosos; falta de implementação tecnológica; inoperância do Legislativo e do Executivo, leis injustas, inadequadas, insuficientes e legisladores voltados ao mercado neoliberal, etc. – não tem conseguido satisfazer a efetiva prestação jurisdicional.

Por conta de todos esses fatores Luciano Athayde CHAVES registra que a morosidade se apresenta, na percepção geral da sociedade, e não somente da brasileira, como o principal bloqueio para a efetivação da prestação jurisdicional.⁵¹

Entretanto, há muito mais a ser desvelado.

Dados coletados junto ao Tribunal Superior do Trabalho⁵² demonstram a exorbitante quantidade de processos que tramitam pela Justiça do Trabalho. O Tribunal disponibilizou dados dos anos de 1941 até 2008. Neste período foram recebidos pela Justiça do Trabalho 61.171.370 processos e foram solucionados 58.428.689 processos.

Em relação ao ano de 2008, somente no tocante às Varas do Trabalho, foram recebidos 1.904.718 processo e foram julgados ou conciliados 1.854.022 processos, considerando-se um total de 1371 Varas do Trabalho no País. Os processos oriundos de 2007 totalizavam 945.646 e foi repassada para o ano de 2009 a quantia de 1.024.162 processos. Apontam os dados que existiam 2670 Juízes em Primeiro Grau, sendo 1334 titulares e 1336 substitutos.

De acordo com as estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho observa-se um aumento da demanda, posto que em 2006 foram recebidos 1.767.280 processos e em 2007

⁵⁰ Idem.

⁵¹ CHAVES, Luciano Athayde. Jurisdição trabalhista: bloqueios e desafios. **Revista trabalhista: direito e processo**. São Paulo, n.26, p.39-69, abr./jun. 2008, p.40.

⁵² BRASIL. <http://www.tst.jus.br/Sseest/index.html>. Acesso em 31/05/2010

foram 1.824.661. Sendo que em 2006 foram julgados ou conciliados 1.700.741 e em 2007 1.813.355. Entretanto, apesar do esforço para ampliação do julgamento ou da conciliação, o chamado resíduo também aumentou, foram 939.843 em 2006 e 945.6464 em 2007.

A média anual de processo recebido por Juiz é de 713 processos e a média mensal é de 59. Entretanto a média anual de julgamento ou conciliação é de 694 e a média mensal de 58. A Segunda Região destaca-se por estar classificada em primeiro lugar em média anual de processos recebidos e julgados ou conciliados: 982 e 959, respectivamente. A Nona Região está classificada em 13º lugar em processos recebidos e em 10º lugar em processos julgados ou conciliados. Ou seja, na média Nacional, está julgando mais do que recebe.

Dos processos julgados ou conciliados em 2008 temos os seguintes dados: 817.726 conciliações; 65.137 decisões de procedência; 440.765 decisões de procedência parcial; 131.581 processos julgados improcedentes; 365.822 decisões determinando o arquivamento, a extinção ou homologando a desistência; e 32.931 qualificados como outras.

Somente em execução havia 2.574.513 processos em 2008. Destes 725.640 foram considerados encerrados e 215.105 remetidos ao arquivo provisório. Destaque neste aspecto para a Nona Região que está em 8º lugar em processos a executar com 151.278 demandas. Em 2008 foram realizadas 3.469.472 audiências, assim consideradas as inaugurais, de instrução, de julgamento, unas e as classificadas como outras.

O prazo médio em dias, para andamento dos processos do rito sumaríssimo em 2008, foi o seguinte: para a primeira audiência: 40 dias; para a instrução: 43 dias; para a prolação de sentença: 16 dias; para execução⁵³: 388 dias. Já para o andamento dos processos do chamado rito ordinário em 2008 temos os seguintes números: para a primeira audiência: 89 dias; para a instrução: 98 dias; para a prolação de sentença: 29 dias; para execução: 563 dias.

Tais dados dão uma dimensão da quantidade e do volume de processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho. Podem também nos indicar que a maior dificuldade de se encontrar a efetividade não está na fase de conhecimento em sede de Primeiro e Segundo Graus, mas, isto sim, nas dificuldades encontradas na execução da demanda trabalhista, conforme demonstram os números diferenciados desta em relação aos números dos processos de conhecimento.

João Baptista HERKENHOFF registra que “O drama da Justiça é universal. A literatura sublinhou, muitas vezes, em cores vivas, sua agudeza: Jacob Wassermann (*O*

⁵³ A pesquisa não deixa claro o que entende por execução, mas ressalva que no prazo médio para a realização da execução, não foi considerada a execução de entes públicos.

Processo Maurizius), Tolstói (*Ressurreição*), Kafka (*O Processo*).”⁵⁴ Apontando que “a Justiça, toda ela, é substância humana: seus agentes, os que a buscam, os problemas que a desafiam. O drama da Justiça é o próprio drama do homem - seus vãos e suas quedas, as grandezas e as misérias de sua condição.”⁵⁵

Boaventura de Sousa SANTOS considera que a morosidade apresenta-se de dois modos: a sistêmica⁵⁶, que decorre da burocracia procedimental, do positivismo e do legalismo; e a ativa⁵⁷, resultante da postura dos próprios operadores do Direito e atores envolvidos (partes, advogados, magistrados, servidores), os quais por meio de suas atuações obstam a sequência normal das demandas.

Pode-se iniciar a análise das várias formas de manifestação da morosidade ativa pelo tratamento individual dispensado às lides trabalhistas.

A racionalidade do atual sistema jurídico trabalhista brasileiro estende-se a duas formas de proteção: a jurisdicional, requerida pelo trabalhador após o término do contrato de trabalho, e a proteção administrativa, solicitada pelo trabalhador ou por denunciante na vigência do contrato de trabalho.

Cumprido esclarecer primeiramente que o trabalho é uma necessidade, não há como esquivar-se dele e nem das formas de proteção que são disponibilizadas. Posto que a sociedade, do modo como está, encontra-se centrada no trabalho. Maurício Godinho DELGADO sustenta que “o trabalho, em especial o regulado (o emprego, em suma), por ser assecuratório de certo patamar de garantias ao ser humano, constitui-se no mais importante veículo de afirmação socioeconômica da grande maioria dos indivíduos componentes da sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da democracia na vida social.”⁵⁸

A lógica jurídica predominante direciona-se ao ressarcimento econômico do ilícito, voltada ao caso individual e, mesmo quando há condenação, inexistente pena adicional além do pagamento dos direitos que já deveriam ter sido contraprestados na vigência do contrato ou na data de seu fim. Decisões que poderiam beneficiar os trabalhadores como um todo, que também sofrem lesões idênticas, permanecem restritas à contenda individual, visto que não há

⁵⁴ HERKENHOFF, João Batista. **O Direito Processual e o Resgate do Humanismo**. Rio de Janeiro: Tex, 1997. p.128.

⁵⁵ *Ibidem*, p.130.

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 42.

⁵⁷ *Ibidem*, p.43.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Globalização e Hegemonia: Cenários para a Desconstrução do Primado do Trabalho e do Emprego no Capitalismo Contemporâneo. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.17, n. 194, p. 5-24, ago/2005. p. 21.

interesse ideológico de usar tais decisões como preventivas.

Tanto é assim que a decisão proferida no âmbito dos dissídios individuais esgota-se no plano subjetivo das partes litigantes (em geral, empregado e empregador), passando ao largo das maléficas mudanças que vem se operando através da precarização das condições de trabalho.

Antônio Álvares da SILVA esclarece que a Justiça do Trabalho “Centrada nos conflitos individuais provenientes da relação individual, não percebeu as alterações do mundo do trabalho que se operavam na passagem do moderno para o pós-moderno,”⁵⁹ que ocorreram por meio de inúmeras formas de precarização, tornando instáveis as relações de trabalho que valorizam a vontade entre as partes, seu elemento central.

Assim, a tutela coletiva na esfera laboral torna possível a prevenção ou reparação imediata às lesões aos direitos dos obreiros, durante a relação de trabalho. Registra HERKENHOFF que “Ainda está dentro de um projeto de humanização do processo e da Justiça todos os esforços que sejam feitos para favorecer as lides coletivas.”⁶⁰ Para o autor, ainda que haja um espaço para o indivíduo e até um espaço para estar só, este só vence os medos no espaço coletivo por meio da fraternidade. Para ele “Humanizar o processo e humanizar a Justiça é assim também coletivizar os pleitos, as lutas, as aspirações, as esperanças, a busca da orientação jurídica, o apelo aos tribunais.”⁶¹

LEITE registra que a jurisdição trabalhista metaindividual busca “efetivar um outro princípio constitucional: a igualdade substancial, real, entre os cidadãos-trabalhadores.”⁶²

Sob este prisma, aduz CHAVES que “a baixa articulação do Ministério Público do Trabalho também é uma manifestação da morosidade ativa. Ainda não me parece ser prática de grande alcance fazer atuar o art. 7º da Lei da Ação Civil Pública de modo a concretizar lesões trabalhistas, reduzindo a afluência de processos individuais.”⁶³

Questiona Manoel Jorge e SILVA NETO “A quem interessa a atomização da conflitualidade do Judiciário Trabalhista, sobrecaregando-o com dezenas de audiências, autuações inúteis e inevitável demora no desfecho das causas?”⁶⁴ Aduzindo que “Se mediante

⁵⁹ SILVA, Antônio Álvares da. Competência da Justiça do Trabalho para aplicação das multas administrativas. **Revista do TRT - 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 72, p. 45-63, jul./dez. 2005. p. 46.

⁶⁰ HERKENHOFF, João Batista. **O Direito Processual e o Resgate do Humanismo**. Rio de Janeiro: Tex, 1997. p. 147-148.

⁶¹ Idem.

⁶² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho...**, p. 157.

⁶³ CHAVES, Luciano Athayde. Jurisdição trabalhista: bloqueios e desafios. **Revista trabalhista: direito e processo**. São Paulo, n.26, p. 39-69, abr./jun. 2008. p.44.

⁶⁴ SILVA NETO, Manuel Jorge e. **O Ministério público do trabalho e a efetividade do processo trabalhista**. p. 63-72, apud SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. São Paulo: LTR, 1999. p. 68.

uma única ação coletiva, é possível resolver o problema de centenas, milhares de trabalhadores, que motivos se escondem por detrás do acolhimento das desgastadíssimas teses e ilegalidade do *parquet* e incompetência da Justiça do Trabalho acolhidas pelos tribunais regionais?”⁶⁵

Luciano Athayde CHAVES entende que se houvesse a real intenção de minimizar a morosidade, o juiz ao julgar lides que se repetem perante a Justiça ou que possuem perigo de lesão transindividual, promoveria “comunicado ao Ministério Público, a fim de que adote as providências necessárias para não somente promover as ações de reparação de natureza coletiva, como também, propor, se for o caso, as medidas judiciais visando inibir a prática lesiva à ordem jurídica-trabalhista.”⁶⁶

Como observa RAMOS FILHO, sofre-se o assalto aviltante pelas ideologias neoliberais e individualistas, agindo para impedir medidas mais pró-ativas, que se articuladas promoveriam enormes transformações no cenário jurídico. Pois, como aduz CHAVES “reduzem a quantidade de feitos atomizantes submetidos ao crivo dos Juízes do Trabalho. De outro lado, atendem a uma expectativa de uma nova visão de acesso à Justiça, que propõe tutelas ampliadas para lesões em massa.”⁶⁷ Conforme primeiramente apontado por CAPPELLETTI e GARTH⁶⁸.

Finaliza SILVA NETO que para se alcançar a efetividade do Processo do Trabalho, quando proposta a ação coletiva, “é absolutamente imprescindível estejam os aplicadores do Direito do Trabalho conscientes da amplitude e importância do instituto: como aparelho judicial garantidos dos direitos sociais e instrumento indicado para resolver o atávico abarrotamento do judiciário.”⁶⁹

Outra forma de morosidade ativa é o desinteresse dos empregadores em finalizar a lide, se utilizando para tanto de privilégios processuais para eternizá-las.

CHAVES entende que a morosidade ativa possui situações diferenciadas. Ocorre, ainda, outra forma de manifestação quando não existe interesse da parte, principalmente do réu, para que a efetividade se concretize. Situação em que utilizando-se quer de privilégios processuais (no caso, por exemplo, do poder público), quer de manobras protelatórias ou chicanas, muitas delas pretensamente legitimadas por uma tessitura de regras processuais que,

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ CHAVES, Luciano Athayde. Op. cit., p.44.

⁶⁷ CHAVES, Luciano Athayde. Op.cit., p.44.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op.cit., p. 50. Criou-se vários institutos ou instrumentos, tais como, a ação governamental, nos Estados Unidos; a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, no Brasil, entre outras.

⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Competência...**, p.69.

no afã de emprestar aparente segurança, acaba por projetar uma ideologia que aponta para um procedimento necessariamente cheio de incidentes e ineficaz.⁷⁰ São os casos, por exemplo, dos precatórios por parte do Poder Público ou do réu executato que se utiliza de expedientes procrastinatórios.

Para CHAVES “as ferramentas supostamente de um devido processo legal foram sendo paulatinamente e historicamente deturpadas para se constituir uma ideologia que admite, de forma muitas vezes condescendente, atitudes manifestadamente contrárias aos escopos processuais e à própria ordem jurídico-constitucional.”⁷¹ Permitindo inclusive o desrespeito ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Destaca CHAVES que “É comum observar que algumas chicanas e outras atitudes procrastinatórias são habitualmente recebidas e encaradas como legítimo exercício de direitos, como se o Direito Processual não reprovasse, inclusive com a previsão de multas, os atos de litigância de má-fé, os atos atentatórios à dignidade da jurisdição e os atos à dignidade da Justiça.”⁷²

A falta de atitudes que impeçam as manobras procrastinatórias decorem da insensibilidade dos operadores e do não questionamento dos discursos patrimonialistas.

No entendimento de CHAVES outra expressão da morosidade ativa recai sobre a constatação de que a efetividade processual é um valor ausente no cotidiano dos Juízes e do aparelho Judiciário. Morosidade que se manifesta pelos modos de agir distanciados da “necessidade de resultado concreto das demandas, num prazo e em condições tais que atendam aos postulados mais elevados da ciência processual.”⁷³

Um dos exemplos é a Conciliação Judicial que, apesar de ser vista como um meio de resolução rápida do litígio, também pode causar maior morosidade, quando feita sem cautela.

Veja-se a situação de se admitir a conciliação de verbas rescisórias, principalmente com parcelamentos sem critérios, que contribuem para aumentar a quantidade de demandas, visto que “os agentes econômicos passam a ter a percepção de que é mais vantajoso promover as resilições em Juízo do que no âmbito dos sindicatos profissionais ou nas superintendências e delegacias do Ministério do Trabalho e Emprego.”⁷⁴

⁷⁰ CHAVES, Luciano Athayde. Op. cit., p.41.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem, p.43.

⁷⁴ Ibidem, p.44.

Alertam CAPPELLETTI e GARTH⁷⁵, sobre os efeitos do retardamento na entrega da prestação jurisdicional, que a duração dos processos, o tempo de espera para a solução do litígio, pode ser devastador, posto aumentar os custos das partes e pressionar os economicamente mais fracos a abandonarem suas causas, ou aceitarem acordos aviltantes, diversos de seus reais direitos.

A delonga corresponde a uma nova usurpação de Direitos, visto que nega os efeitos concretos da prestação jurisdicional, impedindo a satisfação da realidade que foi certificada no processo, no menor tempo possível.

CAPPELLETTI e GARTH denunciam que "a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode, sem dano grave, esperar uma Justiça lenta." ⁷⁶

João Baptista HERKENHOFF aduz que a conciliação é aceita por um dos litigantes porque se sente pressionado, inclusive pela lentidão da Justiça, tal conciliação não humaniza, mas violenta a pessoa. ⁷⁷

Neste cenário, ainda que as conciliações representem relevantes meios de apaziguamento social, merecem, por parte do Judiciário, maior cautela.

Outra manifestação da morosidade ativa reside na ausência de instrumentos de fomento ao cumprimento das normas trabalhistas, como multas, penas e outras medidas.

A exemplo da insignificante taxa de juros a que são submetidos os créditos trabalhistas, entre outras violações, são um incentivo à perpetuação às lesões dos direitos laborais e ao inadimplemento por parte do empregador.

Constituindo-se em uma das causas que motiva os empregadores à inadimplência de seus deveres à contraprestação do trabalho assim como a inobservância dos direitos laborais, tomando "emprestado" as verbas trabalhistas e devolvendo a juros mínimos, quando há, contando com o amparo da morosidade na solução da demanda a perpetuar com tal conduta.

Para Antônio Álvares da SILVA o legislador trabalhista há muito já compreendia que o descumprimento da legislação do trabalho era, além da violação do direito do trabalhador, um ferimento à própria ordem pública, pois o salário era (como hoje ainda o é) o principal meio de sobrevivência da maioria da população. ⁷⁸

De modo que a imposição de multa deu-se em vista de o Direito do Trabalho albergar

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op. cit., p. 21.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ HERKENHOFF, João Batista. Op.cit., p. 147.

⁷⁸ SILVA, Antônio Álvares da. **Competência**..., p. 48.

valores distintos do Direito Civil.

Esclarece SILVA, “Por isso, em vez de ser meramente repositiva, como nas relações de Direito privado, nas quais se dá a cada um o que é seu por uma idéia tão-somente comutativa, ia além, estabelecendo multa ao violador que, além de pagar o valor monetário do direito, incidia ao mesmo tempo em multa pela violação.”⁷⁹ Levando ao entendimento de que “A relação de trabalho, pela sua importância, assumia assim um caráter ao mesmo tempo privado-público, na qual se considerava não somente o interesse subjetivo das partes, mas também o interesse social do cumprimento da lei trabalhista.”⁸⁰

Marcos Neves FAVA expõe que a reforma do judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, transferiu à Justiça do Trabalho, a competência material para processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores, pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho - artigo 114, VII, da CF/88. Aduzindo que tal ocorreu “Como razões da lei – *mens legis*, nunca *mens legislatoris* – para o deslocamento da competência de vários temas para a Justiça do Trabalho, três afiguram-se razoavelmente perceptíveis, a saber: a ampliação da proteção ao valor trabalho, a busca de celeridade ou efetividade nas decisões em alguns temas e a tentativa de evitarem-se decisões conflitantes, a partir do mesmo fato.”⁸¹

A tarefa entregue à Justiça do Trabalho pelo inciso em análise destina-se: “VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.” FAVA entende que esta competência:

Deve abranger quaisquer atos da administração, que se relacionem com a fiscalização do trabalho, sempre que presente relação de emprego. Tais atos emanam de diversos órgãos do poder público, como a DRT, os auditores fiscais do trabalho e da previdência, o INSS, o Ministro do Trabalho e a Caixa Econômica Federal. Mister que o magistrado do trabalho aprofunde seu contato com legislação relativa aos procedimentos fiscalizatórios, o que inclui a lei de organização da carreira dos auditores federais e capítulo próprio na C.L.T.⁸²

Esclarece FAVA que o sistema trabalhista brasileiro expõe “uma grave lacuna, que o esmorece. Com efeito, embora a Constituição da República há quase duas décadas tenha lançado, no inciso primeiro do artigo 7º a necessidade de proteção do emprego, garantindo-o, pela regra da estabilidade, para todos os trabalhadores, a respectiva e indispensável lei

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ FAVA, Marcos Neves. As ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho - leitura do artigo 114, VII da Constituição da República. **Revista da Escola da Magistratura do TRT da 2ª Região**. São Paulo, v.1, n.1, p.7-19, set./2006. p.7.

⁸² Ibidem, p.18.

complementar não foi ainda elaborada.”⁸³

Restando, pois, que na ausência de norma de proteção do emprego, um vácuo legislativo, tem significativa importância a fiscalização do trabalho. Enquanto a Justiça está de mãos atadas, porque não demandam os que detêm emprego, a fiscalização – auditoria federal do trabalho – exerce o imprescindível papel de vistoria das condições de execução do contrato. Ostenta, pois, função preventiva e pedagógica de atuação independente de provocação.⁸⁴

Entretanto SILVA⁸⁵ destaca situação inédita, mesmo sendo o Judiciário que controla a administração, ocorre o julgamento pelo juiz e este pede que a administração aplique o que foi decidido:

Pelo raciocínio, apenas uma parte se juridicizou. A outra ficou de fora, agarrada à administração. Houve então uma estranha e inusitada separação da norma e sua sanção, já que o valor patrimonial e a multa são ao mesmo tempo por ela definidos e previstos. Nisto nada de novo. Repete-se aqui o velho modelo kelseniano: toda norma estabelece a relação entre uma condição e uma consequência: A consequência da violação é a reposição patrimonial e a multa. Por uma estranha e inusitada "dogmática", a Justiça do Trabalho separou as sanções, dando natureza judiciária ao primeiro fator e natureza administrativa ao segundo. O juiz condena a pagar e a Administração condena pela violação (...) Porém as duas partes, como verso e reverso da medalha, compõem a condição e são inseparáveis.

Frisa ainda SILVA que “Desta forma, a ação trabalhista passou a compor-se, na sua grande maioria, de conflitos patrimoniais. Como as multas não se aplicam e os juros de execução são de apenas 1%, ao empregador passou a ser mais vantajoso demandar em vez de pagar. Estes juros são irreais e os menores cobrados nas relações comerciais.”⁸⁶ Aponta ainda o autor que “O crédito de natureza alimentar, que se destina a proporcionar sobrevivência digna pelo trabalho, salientado em três diferentes passagens da Constituição, é o que recebe pior tratamento do legislador. Exaltado em palavras, é esquecido na prática das coisas. Era

⁸³ Ibidem. p.8. Forças liberais, por certo, litigam contra a fixação desse parâmetro fundamental, resistindo o Congresso Nacional em atender o comando do constituinte originário e legislar o elo faltante da cadeia. Sem esta estabilidade, a proteção ao trabalhador não pode ser plenamente alcançada pela via judicial, eis que a apresentação de postulação, em ambiente de desemprego fácil – basta ao empregador, se tanto, pagar a indenização, chamada *multa*, de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e realizar a rescisão – e de mercado com baixíssima oferta, resulta imediata demissão do operário. Em regra, pois, a experiência cotidiana da Justiça do Trabalho demonstra claramente, quem reclama é o desempregado, o demitido, aquele que, sem medo de eventual represália patronal, pode buscar tutela aos direitos amplamente reconhecidos pela própria Carta Política. Disse-se, já, acertadamente, que isto leva a Justiça do Trabalho a ser a voz dos que saíram, a *exit voice*. No curso do contrato, para acertar as arestas, para corrigir o desmando, para coibir as ilegalidades, a Justiça do Trabalho pouco tem a fazer, mantendo-se à espera, na mesa fria do legista, para avaliar as condições do corpo contratual já morto.

⁸⁴ FAVA, Marcos Neves. **As ações relativas...**, p.15.

⁸⁵ SILVA, Antônio Álvares da. Op.cit. p. 48.

⁸⁶ Ibidem, p. 50.

preferível que fosse exatamente o contrário.”⁸⁷

Deste modo, ao crédito trabalhista é aplicada uma taxa de juros insignificante, diversamente da prática nas relações comerciais, a qual beneficia o devedor, deteriora o crédito alimentar e transforma a Justiça do Trabalho num alto negócio para o mau empregador.

Explica SILVA que “Em vez de cumprir a lei, ele prefere recorrer, pois emprega o crédito do empregado em outras transações comerciais, que lhe rendem juros muito mais altos, e demanda impunemente, protelando o pagamento do que já foi condenado.”⁸⁸ Aponta o autor que o demandismo protelador é a regra na Justiça do Trabalho:

(...) pelo qual os empregadores, principalmente os mais ricos e poderosos, praticam um bom negócio, pagando depois de muitos anos, com juros irrealistas, o débito trabalhista, com cujo valor lidou em atividades muito mais lucrativas, ganhando juros reais de mercado. Por isso é que se afirma que demandar na Justiça do Trabalho tornou-se um negócio extremamente lucrativo e favorável ao empregador. Enquanto protela com recursos infundados a obrigação de pagar, gira com o dinheiro, obtendo vantagens muito mais significativas que, depois de alguns anos, até mesmo superam o valor do débito.

Em nosso país é tranquilamente permitido ao “sagrado direito ao lucro”⁸⁹, como bem assevera Ramos Filho, deixando de pagar parcelas de natureza alimentar ao trabalhador, que delas necessita para atender as suas necessidades básicas de subsistência.

Reverbera SILVA que “De fato, em termos de negócio, não existe nada melhor. Qual a empresa que, podendo pagar uma condenação seis ou sete anos depois, não escolha esta hipótese, principalmente quando a dívida é onerada com juros de apenas um por cento?”⁹⁰

A lei propicia inúmeras possibilidades para que o empregador inadimplente protele o pagamento de verbas trabalhistas e ainda favorece a protelação com impunidade e juros insignificantes.

O elevado volume de execuções procrastinatórias no nosso País aponta que o trabalhador brasileiro não recebe o que foi garantido por decisão judicial. É o chamado “ganha, mas não leva.”

Para que o processo trabalhista tenha efetividade é preciso, portanto, resolver o problema da lentidão na prestação jurisdicional, revertendo a situação da protelação, simplesmente aplicando a lei disponível, dentro do limite estrito da legalidade.

Assevera CHAVES que entre nós “o manejo de meios processuais de impugnação

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ SILVA, Antônio Álvares da. **Competência...**, p. 50.

⁸⁹ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.160.

⁹⁰ SILVA, Antônio Álvares da. Op cit., p. 50.

(recursos, embargos, impugnações à liquidação, objeções de pré-executividade, etc.) despidos de fundamento prático ainda muito comum no âmbito do sistema.”⁹¹ Estas práticas procrastinatórias são mantedoras da morosidade e tem recebido pouca reprimenda.

Ressalta SILVA “A aplicação da lei e a realização concreta da Justiça fazem parte do regime democrático e a jurisdição em tempo hábil é um dever do Estado. Para a reversão deste quadro, há necessidade do legislador para certas medidas, como a elevação dos juros para uma taxa real e justa, exigência de depósito total da condenação, limitação de recursos, etc.”⁹²

A multa não possui finalidade ressarcitória mas, sim, punitiva. Se aplicada de forma correta, fortaleceria a condenação e desestimularia as demandas, visto que a delonga passaria a ser um encargo e não uma benesse ao devedor.

Entende FAVA⁹³ que além da função punitiva, a multa ostenta outras funções, como a preventiva, a pedagógica e, também, independe de provocação.

Assevera SILVA que a Justiça do Trabalho se transforma assim numa poderosa ferramenta de promoção do bem-estar social e não apenas num meio de ressarcimento de danos, sem combater a sua causa. Sairá da passividade em que até agora se colocou ao longo de sua história em nosso País, para agir efetivamente com instrumentos maiores em prol do bem comum.⁹⁴

⁹¹ CHAVES, Luciano Athayde. Op. cit., p.61.

⁹² SILVA, Antônio Álvares da. **Competência...**, p. 51.

⁹³ FAVA, Marcos Neves. **As ações relativas...**, p.11. Função preventiva, porque pode, desde antes do estabelecimento funcionar, apontar as condições negativas ao empreendimento, como regula a C.L.T., artigo 160. A intervenção do órgão estatal antes mesmo do funcionamento do estabelecimento representa, simbolicamente, a força preventiva da atuação fiscalizadora. Nada melhor, para a tutela dos interesses básicos da comunidade de trabalhadores, do que a prévia inspeção do local de trabalho. Função pedagógica, porque o auditor está legalmente autorizado a prevenir o empregador do procedimento equivocado ou ilegal, antes de aplicar a punição prevista no ordenamento, nas hipóteses que a legislação o permita, como, por exemplo, as dos artigos 627 e 627-A. Registre-se que esta norma vem revestida de profunda relevância, na medida em que abranda a incidência da regra ordinária do descumprimento normativo por desconhecimento, estampada na lei de introdução ao código civil, artigo 3º12. Benéfica ao resultado positivo da incidência dos atos da fiscalização, porque faz do auditor, de início, um colaborador do contratante. Outro traço relevante da fiscalização do trabalho consiste na atuação *ex officio* da auditoria fiscal do trabalho. Sem denúncia, a Delegacia Regional do Trabalho enceta fiscalização ordinária e freqüente – na medida da disponibilidade de suas parcas forças, é bom que se reconheça – aos estabelecimentos sob sua jurisdição administrativa. Fá-lo, também, a partir de ofícios judiciais, expedidos com base no artigo 40 do código de processo penal, ao constar o magistrado fato contrário às regras trabalhistas, e, ainda, como consequência de denúncia não identificada, isto é, com a proteção do sujeito denunciante. Impagável é o resultado do exercício de tal prerrogativa, porque, em eficácia muito superior à intervenção judicial, o agente fiscal pode constatar o desvio, aplicar a multa e, retornando em tempo de acompanhamento, de monitoração, reiterar a punição, em caso de reincidência.

⁹⁴ SILVA, Antônio Álvares da. Competência da Justiça do Trabalho para aplicação das multas administrativas. **Revista do TRT - 3ª Região**. Belo Horizonte, n. 72, p. 45-63, jul./dez. 2005. p. 53.

Entre estas ações estão a interdição de estabelecimento, cujo funcionamento represente iminente risco ao trabalhador, requerida por entidade sindical ou estatal - art. 161, a obrigação de fazer dos arts. 162 e 166, a constituição da CIPA, bem como toda e qualquer medida prevista na CLT e omitida pela empresa, nas questões

SILVA conclui que "Uma condenação efetiva, com conseqüências, não só patrimoniais, mas também administrativas e penais, reverterá este quadro. Em vez de protelar, o empregador compreenderá que o bom negócio agora é pagar em vez de demandar protelando."⁹⁵

Sob o prisma Penal, esclarece RAMOS FILHO que para conferir ao Direito do Trabalho a efetividade tão almejada e, ainda, como forma de inibir práticas delinqüentes por parte de empregadores que cometem violação a legislação, sobreveio recentemente três grandes ampliações nas penas do crime de descumprimento da legislação trabalhista, doravante consideradas como práticas criminosas. Práticas de ilícitos trabalhistas que antes eram reputados pela doutrina e pela jurisprudência "como 'descumprimento' ou como 'inadimplemento' da lei ou do contrato, a partir das novas alterações inseridas no Código Penal Brasileiro (CP), alguns ilícitos praticados por empregadores delinqüentes passaram a ser considerados como crimes, tipificados como tal pela lei penal e, portanto, passíveis de repressão por parte do Estado."⁹⁶

Assevera o autor que, "como tanto empregados quanto empregadores podem se apresentar como sujeitos ativos de crimes no âmbito de uma relação de trabalho optou-se por designar genericamente como 'delinqüência patronal' todos os crimes praticados por empregadores que tenham como vítimas seus empregados, no âmbito da relação de emprego."

⁹⁷ Registrando que:

a Lei nº 9.777, de 29.12.1998, alterou a redação do artigo 2034 do CP, ampliando as penas da figura delituosa do *crime de frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista* visando por intermédio de tal medida, ampliar-lhe a eficácia. [...] A conduta tipificada como crime consiste em *fraudar*, ou seja, em *privar* o empregado de direitos fixados pela legislação trabalhista, *sonegar-lhe* prerrogativas chanceladas em lei, que tem como sujeito ativo preponderante o empregador e como vítima o empregado. [...] Trata-se de previsão de crime simples, comum, doloso, material que tutela todo e qualquer direito definido como tal pela legislação trabalhista (portanto, norma penal em branco), que admite também a ameaça, como vem entendendo a jurisdição criminal e que se materializa até mesmo quando a fraude se refere à falsificação de documentos, como já decidiu o

de higiene, saúde e segurança. Com isto a Justiça do Trabalho cumprirá sua finalidade histórica, tornando-se realmente uma Justiça do Trabalho, no sentido privado, coletivo e público. Naturalmente, o povo terá muito a ganhar com isto. Se não houvesse esta evolução, que já tardava, não se justificaria sua existência como jurisdição especializada. Bastaria sua redução a uma simples Vara da Justiça Comum, especializada em questões contratuais, envolvendo o Direito Individual do Trabalho, a exemplo do que acontece com as Varas de família, sucessões, falência, consumo e tantas outras. A especialidade só tem sentido se abranger todo o Direito do Trabalho, dando à sua doutrina e dogmática um tratamento próprio que todo conhecimento específico exige. Espera-se agora, diante destes fatos, que a jurisprudência leve à frente, sem clamar pelo legislador, a evolução que não só rejeitará a idéia de extinção da Justiça do Trabalho, mas a afirmará como instrumento ativo de Justiça social e de promoção do bem-estar de toda a comunidade do trabalho.

⁹⁵ SILVA, Antônio Álvares da. **Competência...**, p. 55.

⁹⁶ RAMOS FILHO, Wilson. Delinqüência patronal repressão e reparação. **Revista Trabalhista:** direito e processo. São Paulo, v.7, n.28, p.129-148, out./dez. 2008. p.130.

⁹⁷ *Ibidem*, p.131.

Supremo Tribunal Federal. (sic).

Todavia, como observa RAMOS FILHO “muito embora a Justiça Especializada detecte com frequência ocorrência de fraudes que frustram direitos trabalhistas, tal dispositivo legal recebe ainda débil utilização por parte dos magistrados trabalhistas, no sentido de movimentar a Justiça Criminal comum, competente para conhecer e julgar tais feitos.”⁹⁸ Aduzindo que mesmo existindo ampliação a pena para o empregador que subtraísse direitos trabalhistas desde o ano de 1998, foi somente em 11 de dezembro de 2003 que se assegurou a primeira grande alteração da legislação penal, através da Lei nº 10.803, que alterou os artigos relativos à redução à condição análoga à de escravo, principalmente no que se refere ao artigo 149 do CP.⁹⁹

Registra RAMOS FILHO que a segunda grande alteração paradigmática, ocorreu com o ingresso em vigência da Lei nº 11.106, de 2005, destinada à repressão do tráfico de pessoas. A terceira, ainda no âmbito penal veio com a chamada Lei Maria da Penha, de 07 de agosto de 2006, que pode abranger o trabalho prestado em domicílio. Destacando que “Essas alterações na legislação penal lembradas acima, se bem sopesadas, podem subsidiar aos operadores do Direito do Trabalho socorrendo-os de adequados instrumentos que lhes assegurem mais ampla efetividade da legislação propriamente trabalhista.”¹⁰⁰ Muito tem se escrito buscando explicitar os motivos pelos quais muitos trabalhadores continuam sofrendo em condições degradantes de trabalho.

RAMOS FILHO expõe os diversos discursos que são usados para tentar explicar a continuação de condições de trabalho “pré-capitalistas¹⁰¹ contemporaneamente ao capitalismo mais avançado, em sua fase monopolista e globalizada.” Destaca que parte dessas tentativas de explicação põe o Estado como responsável pela ocorrência do que a mídia denomina “escravidão contemporânea”, imputando tal situação (...) à ausência de fiscalização/repressão por parte de seus agentes (DRTs, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho e outros), incumbidos constitucionalmente de velar por relações de trabalho dignas. Essa ausência possibilita a ocorrência do trabalho escravo e faz surgir a figura do delinqüente (empregador que submete seus empregados a tais condições de trabalho).¹⁰²

⁹⁸ RAMOS FILHO, Wilson. **Delinqüência...**, p.131.

⁹⁹ Ibidem, p.132.

¹⁰⁰ Ibidem, p.132- 133.

¹⁰¹ Idem. O capitalismo se torna modo de produção hegemônico quando o trabalho *livre* também se torna preponderante estabelecendo-se relações de trabalho regidas não mais por pactos de servidão ou em decorrência de uso da força (trabalho forçado), mas regidas por contratos de trabalho, firmados por *partes*, pretensamente livres, no exercício de suas autonomias de vontade individuais, em regime de salariado. (sic).

¹⁰² RAMOS FILHO, Wilson. **Delinqüência...**, p.133.

O doutrinador registra que outra ótica centra a questão na busca por justificativas para a permanência das apontadas práticas laborais pré-capitalistas na tímida oferta de emprego¹⁰³ que descreve a atual fase de desenvolvimento do capitalismo, principalmente para os setores sociais com baixa qualificação profissional:

Segundo essa linha de visão, tais trabalhadores aceitam qualquer trabalho porque melhor ter qualquer trabalho, mesmo em condições precárias, do que não ter nenhum trabalho (BASTOS, 2006: 368) de uma forma ou de outra. Muito embora seja verdadeiro que “se o desemprego não existisse os capitalistas o teriam inventado”, a baixa oferta de empregos justificaria a submissão voluntária ao regime econômico fundado na expropriação da mais-valia, mas não faria sentido induzi-lo à aceitação de condições de trabalho pré-capitalistas; ou seja, a existência do “exército industrial de reserva” justificaria a exploração *capitalista*. Todavia, mesmo a afirmação de que seria o desemprego o grande indutor da aceitação de condições de trabalho tão precárias haveria de ser matizada, seja porque em todo o mundo não ocorreu o tal “fim dos empregos” (RIFKIN, 2004) seja porque, no caso brasileiro, dos últimos seis anos, o emprego vem crescendo em taxas muito superiores à média mundial.

Assevera RAMOS FILHO que “Para tal linha argumentativa, portanto, a “explicação” para a existência do trabalho escravo contemporâneo decorreria não da *cobiça* dos delinquentes (empregadores), mas de características das próprias vítimas da escravidão (por serem ignorantes, habitantes dos confins, por serem imigrantes, por serem pouco qualificados, etc.)”¹⁰⁴

Deste modo, enquanto a primeira maneira de apreciar o problema atribui ao Estado a culpa por omitir-se pela situação apontada, a segunda imputa o encargo às próprias vítimas, por permanecerem nestas condições aviltantes de trabalho pré-capitalistas, escondendo os verdadeiros agentes do crime.

Entretanto, esclarece RAMOS FILHO que há uma terceira ótica, que aponta o verdadeiro responsável pelas condições degradantes de trabalho, o real agente da ação criminosa e que pratica o crime pela neo-escravidão, por meio da subtração dos direitos preceituados pela legislação trabalhista. Para tal, destaca duas vertentes: a *primeira*, se inclina para a utilização de um ‘sujeito substitutivo’ para apresentá-lo como agente do crime de submissão alheia ao regime de neo-escravidão; a *segunda*, encontra explicação em algo muito concreto, ou seja, a busca do lucro antijurídico, com a certeza da impunidade.¹⁰⁵

¹⁰³ Idem. Apud FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. Quanto ao ‘desemprego’, fala-se dele por toda parte, permanentemente. Hoje, entretanto, o termo acha-se privado de seu verdadeiro sentido, recobrando um fenômeno diferente daquele outro, totalmente obsoleto, que pretende indicar. A respeito dele, contudo, são feitas laboriosas promessas, quase sempre falaciosas, que deixam entrever quantidades ínfimas de empregos acrobaticamente lançadas (como saldos) no mercado; porcentagens derrisórias em vista dos milhões de indivíduos excluídos do salariado e que, nesse ritmo, continuarão assim durante decênios. A essa nova realidade denomina horror econômico, eis que ausente preocupação com os excluídos.

¹⁰⁴ RAMOS FILHO, Wilson. **Delinquência...**, p.134.

¹⁰⁵ Ibidem, p.135. Para a primeira vertente, a “culpa” pelo neo-escravismo seria do “mercado”, da

Explica RAMOS FILHO em “sentido diverso, a segunda vertente, pragmática, dispensa sujeitos substitutivos. Responsabiliza a quem efetivamente pratica aquelas condutas descritas abstratamente na lei como criminosas (típicas, anti-jurídicas, culpáveis e puníveis): os empregadores delinquentes.”¹⁰⁶ Aduzindo:

Sustenta-se, portanto, que remanescem resquícios de escravidão e, pior, de trabalho que, por sua *precariedade*, pode equiparar-se a serviços prestados em condições análogas à de escravo, no bojo de relações de trabalho *com suporte contratual válido*, não por razões decorrentes da escassez dos empregos, nem por “culpa” dos próprios trabalhadores, nem mesmo por ausência de fiscalização por parte do Estado, nem, ainda, pela utilização de um culpado substitutivo, mas em decorrência da cupidez e da expectativa de impunidade (ou, no mínimo, de lenidade no Poder Judiciário) que sempre moveram empregadores neo-escravistas.

Além de todo o exposto, nem mesmo o discurso da falta de lei poderá ser utilizado, visto que, como explica RAMOS FILHO, a Lei 10.803/2003 alterou a situação, concedendo ao artigo 149¹⁰⁷ nova redação.

direitos fundamentais laborais necessitam ser tutelados. A situação que aí está precisa de mudanças. Como adverte Lênio Luiz STRECK ao se referir à crise de paradigmas e à concepção liberal-individualista-normativista do Direito que obstaculiza o acontecer da constituição, “olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível.”¹⁰⁸

Assim sendo, na busca por decisões efetivas da Justiça é imprescindível a implementação da prevenção e reparação às práticas de violação dos direitos laborais, sendo que tal não se concretizará sem uma política de repressão aos maus empregadores.

“globalização”, da “concorrência internacional” ou de *sujeitos substitutivos* equivalentes, todos utilizados para novamente invisibilizar os delinquentes concretamente considerados [...]. Atribuindo a culpa da neo-escravidão a entidades quase metafísicas, quase forças da natureza, o “inimigo” a ser combatido se esfuma, quando não a essa força-da-natureza, inermes todos se quedam, já que nada restaria a ser feito. “perdoando” condutas criminosas, ao menos, involuntariamente, os tornando intangíveis. Nessa visão, curiosamente, podem ser incluídos tanto os que atribuem todas as mazelas à globalização, aos mercados, à concorrência internacional (sempre em prejuízo das empresas nacionais, segundo essa visão), quanto os que indultam condutas criminosas com as mesmíssimas justificativas: os empregadores flagrados em práticas neo-escravistas só “tentariam apenas sobreviver” nesse “mercado” competitivo. Para esse tipo de visão, portanto, a responsabilidade seria “da globalização”, para dizê-lo em uma única palavra, e como ninguém de bom-senso poderia se opor à globalização.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem. Redução a condição análoga à de escravo. Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a **jornada exaustiva**, quer sujeitando-o a **condições degradantes de trabalho**, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem” (destacou-se).

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 272.

O que remete à questão do *déficit* de conscientização e de humanização por parte dos legisladores, doutrinadores, interpretes, julgadores e operadores do Direito.

A falta de conscientização e de humanização contribui de forma decisiva para a demora na prestação jurisdicional e como barreira ao acesso à Justiça, apresentando-se como mais uma manifestação da morosidade ativa.

Apontado por CHAVES como mais uma forma de morosidade ativa que se manifesta por meio do déficit de ‘humanização’ do processo que transforma a atuação do Juiz, muitas vezes, num jogo burocrático de despachos e providências formais. Ou seja, com pouca ou nenhuma preocupação em identificar as necessidades dos autores e a identidade sócio-econômica do réu (quem é? O que tem, Por que não cumpriu ainda a decisão? Por que a decisão forçada ainda não teve êxito?).¹⁰⁹

Enquanto não for desenvolvida a sensibilidade e a humanização dos operadores do Direito, de nada servirão novos procedimentos, leis e códigos.

Relata HERKENHOFF que na busca por soluções para aprimorar a administração da Justiça e para erradicar a morosidade, na Itália, em 1964, foi realizada pelo governo extensa pesquisa sobre o melhoramento do processo civil, em razão do clamor popular à Justiça mais célere e eficiente em todos os níveis e setores. A consulta foi feita em todos os Órgãos, Tribunais, Universidades, Representações de advogados, etc. Resultado em que a maioria atribuiu a existência das mazelas em parte ao ordenamento processual, à organização judiciária, aos serventuários e aos meios disponíveis à prestação de serviço. Entretanto, salientou a Universidade de Florença que “sendo a lei processual, de natureza instrumental, nenhuma é tão má de não poder ser aplicada com resultados satisfatórios pelos operadores, enquanto pelo contrário, nenhuma é tão boa para impedir que os operadores medíocres ou maliciosos não façam uso dela para piores resultados práticos.”¹¹⁰

As reformulações das Constituições e de todos os Códigos existentes não solucionarão, por si só, a morosidade na prestação jurisdicional.

De nada adiantará a existência de belos e afinados instrumentos, se o intérprete operador não desenvolveu, ou perdeu com o tempo, a sensibilidade na sua administração.

Para que se propicie a prestação jurisdicional de forma célere é necessário que ocorra o resgate da humanização dos operadores do Direito, ou o resgate da seqüestrada “*subjetividade dos operadores do direito*,”¹¹¹ como bem destaca RAMOS FILHO.

¹⁰⁹ CHAVES, Luciano Athayde. Op.cit., p.46.

¹¹⁰ HERKENHOFF, João Batista. Op.cit., p.130.

¹¹¹ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito**..., p.147.

Frisa HERKENHOFF que uma convulsão atingiu os países pobres do nosso planeta. “A fome e a miséria questionam o próprio significado do humano. [...] Se há uma crise social e humana, deve haver um Direito para a crise.”¹¹² Defende a necessidade uma Ciência do Direito e uma Hermenêutica Jurídica para um tempo de conjuntura perigosa. Descabe, portanto, a interpretação insensível da lei, mas sim a “aplicação pulsante, dramática e muitas vezes atormentada do Direito. A interpretação é uma tarefa lógica, a aplicação, é muito mais que tarefa lógica, é arte, é ciência, é consciência, é mergulho na vida e no ser humano.”¹¹³

Analisando pelo prisma laboral, entende RAMOS FILHO que desde que o liberalismo se tornou hegemônico, impactos têm atingido não apenas as regras jurídicas, mas “a própria principiologia que rege o Direito do Trabalho e que o caracteriza como Direito autônomo da ciência do Direito.”¹¹⁴

Assevera RAMOS FILHO que tais impactos ocorrem em vista do *seqüestro da subjetividade dos operadores do direito*. De fato, vários operadores do Direito do Trabalho, de modo mais ou menos inconsciente, vêm permitindo uma flexibilização dos princípios juslaboristas muito maior e mais devastadora do que a própria flexibilização nas regras do trabalho.¹¹⁵ Destaca que o seqüestro da subjetividade ocorre em diferentes níveis, por inúmeras formas, uma delas, é o equivocado e inverso entendimento dos juslaboristas a tornar o Processo do Trabalho mais cerimonioso, complexo, moroso, distanciado da Justiça material.

Para HERKENHOFF a humanização da Justiça, do processo, da linguagem das partes, do ambiente jurídico é um desafio inafastável.¹¹⁶ Explica que o regate do humanismo está no próprio cerne do Direito Processual e que o mesmo, não é um direito acessório, mas sim, um direito que na sua integralidade, na sua globalidade e na sua transcendência deve servir à pessoa humana, à sua dignidade humana.¹¹⁷ Argumenta que o Direito sirva à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade mais justa, ao regate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e nossa vigilância, será cada dia mais insípido, frio, desumano.¹¹⁸

Assim, por outro lado, enquadra-se como morosidade sistêmica, segundo Boaventura Sousa SANTOS, a que “decorre da burocracia procedimental, do positivismo e do legalismo.”

¹¹² HERKENHOFF, João Batista. Op. cit., p.20.

¹¹³ Ibidem, p.22.

¹¹⁴ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.147.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ HERKENHOFF, João Batista. Op.cit., p. 151.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Ibidem, p.153.

¹¹⁹ Há, nesta questão, inúmeras formas de manifestação da morosidade.

CHAVES destacar primeiramente que o excesso de apego formal à idéia de segurança jurídica (devido processo legal), como sendo o corolário da cega observância das ‘regras-tipo’ do Direito Processual, reduz os potenciais de aceleração do processo, máxime quando certas formalidades não concorrem em absoluto para trazer um maior grau de certeza, nem de celeridade.¹²⁰

Ao Processo Civil se tem incorporado medidas cada vez mais simplificadas a propiciar celeridade e eficácia. No entanto, o Processo Trabalhista, diversamente de suas origens, prende-se à antiga estrutura do Processo Civil, prevalecendo o entendimento de que a segurança jurídica está vinculada à quantidade de recursos postos à disposição das partes.

Clama-se por reformas no Processo do Trabalho, buscando retirar-lhe a carga de formalismo que vem adquirindo, com vistas a uma célere prestação jurisdicional e que possa oferecer simetria de armas aos litigantes, em razão da desigualdade entre eles. O que vem ocorrendo, entretanto, é o inverso.

Salienta RAMOS FILHO¹²¹ que enquanto outros ramos do Direito, como o Código de Defesa do Consumidor, buscam proteger o hipossuficiente, o Direito do Trabalho que teve sua gênese na proteção do mais fraco, considera normal retirar Direitos duramente conquistados, precarizar garantias históricas, valorizar a volitividade entre as partes, como se isso fosse possível, levando o Direito Processual a tornar-se mais moroso e desumanizado.

Destaca, ainda, RAMOS FILHO que também “no campo processual na exata medida em que os demais ramos do Direito se inspiram nas peculiaridades do Processo do Trabalho nossos juslaboristas com subjetividade sequestrada, fazem o caminho inverso, tornando o Processo do Trabalho mais ritualista, mais complicado, mais demorado, mais distante da Justiça material.”¹²²

MARINONI argumenta que a conscientização do processo para que este ampare plenamente a todos que se envolvem “em conflitos, sejam empresários ou trabalhadores, ricos

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 42.

¹²⁰ CHAVES, Luciano Athayde. Op. cit., p. 50.

¹²¹ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito...**, p.163. O ideário neoliberal ao sequestrar a subjetividade dos *peradores* do Direito do Trabalho faz com que passemos a considera *normal* ou *natural* a precarização das garantias historicamente asseguradas aos trabalhadores: Passamos a validar alterações contratuais no curso da relação de emprego porque o trabalhador ‘não logrou demonstrar vício de consentimento’ – dada a assimetria intrínseca à relação de trabalho – que sempre foi presumida, agora precisa ser provada. O mesmo se dá em relação ao ônus da prova. O modo peculiar como o direito laboral enfrenta a questão terminou por inspirar o Código de defesa do consumidor, e, contraditoriamente, enquanto lá se protege o hipossuficiente, aqui, onde tudo começou do ponto de vista teórico, passamos a valorizar a ‘autonomia da vontade’.

¹²² Idem.

ou pobres -, fez com que o Direito Processual assumisse uma postura mais humana, ou mais preocupada com os problemas sociais, econômicos e psicológicos que gravitam ao redor de suas conceituações e construções técnicas.”¹²³

De modo que o Direito Processual ligou-se estreitamente a outras disciplinas, tais como a sociologia e a economia, redescobrimo, como observa o mencionado autor “através de uma penosa e árdua constatação, a ineliminável relação entre o processo e o direito substancial. Afirma-se que o processo deve atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, pensando-se no que se denomina “efetividade do processo.”¹²⁴

O apego excessivo à idéia de segurança jurídica (devido processo legal), o formalismo, o tecnicismo puro da ciência processual clássica, impede a aplicação das garantias constitucionais de proteção aos direitos fundamentais juslaborais, causando a morosidade sistêmica.

Entretanto, como defende Kazuo WATANABE:

Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.¹²⁵

Salienta SILVA que resta descabido o hiperbólico conceitualismo que comandava a “ciência do processo no século XIX, caracterizada pelo rigor científico dos códigos de processo austríaco e alemão, e depois reforçado pela perspectiva garantística que caracterizou o processo nas primeiras décadas do século XX, cede hoje lugar à simplificação e à desconstituição do processo no pós-moderno, que tem preocupação com o resultado e não com a forma, embora dela não possa prescindir.”¹²⁶

Tornou-se imprescindível a efetiva aproximação do Direito Processual ao Material e o desapego, por parte dos interpretes operadores do Direito, ao entendimento rígido na aplicação das normas processuais.

Neste sentido, aponta CHAVES que enquanto no campo do Direito Material, a “ductibilidade dos princípios e das regras já atingiu um grau importante de aceitabilidade e de

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 13.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª ed., São Paulo: Perfil, 2005. p. 22.

¹²⁶ SILVA, Antônio Álvares da. **A Reforma do Judiciário: Uma Justiça para o século XXI**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 15.

aplicação, ”¹²⁷ o mesmo não se dá no Direito Processual. Aduz o autor que “No terreno processual, essa mesma metodologia do Direito, conquanto seja possível, tem maior resistência de aplicação. Aqui, costuma-se pensar o processo como um conjunto de regras e procedimentos rígidos e formais, como se assim se pudesse garantir maior previsibilidade e segurança às partes.”¹²⁸

Cumprido esclarecer que o formalismo processual criticado é aquele que deteriora a finalidade instrumental do processo, levando à inefetividade da tão esperada resposta ao pleito. Cabendo destacar que há o formalismo adequado destinado a organizar e restringir possíveis excessos e arbítrios dos litigantes, juízes e órgãos jurisdicionais, buscando propiciar a igualdade de direitos no desenvolvimento da lide.

Aponta Luiz Cezar MEDEIROS que “O formalismo é elemento indissociável do Direito Processual, com a incumbência de organizar e dar seqüência à marcha processual com a observância irrestrita às garantias das partes, dotando o procedimento de previsibilidade. Sem um mínimo de regras formais, o processo seria desordenado, dando azo ao arbítrio, à parcialidade do órgão judicial, à chicana, à prevalência da esperteza sobre o Direito.”¹²⁹

Entretanto, alerta o autor para a negatividade do formalismo quando estiver traduzindo “a idéia de excesso de exigências formais, da exacerbação da forma. O apego exacerbado ao formalismo, transformando-o num fim em si mesmo, é prática condenável que milita contra a efetividade do processo. A essa disfunção costuma-se rotular de *formalismo excessivo* ou *excesso de formalismo*.”¹³⁰

Entretanto, resta sabida a enorme e tormentosa dificuldade em harmonizar segurança jurídica e celeridade. No entendimento de Eneida MELO tal ocorre porque:

[...] o Direito, na sua tentativa de reger as relações sociais, trava, diuturnamente, uma luta entre a segurança jurídica, que à evidência não pode ser reduzida à mera aplicação da Lei. E este combate, não raras vezes, ocorre de forma cruel. A primeira, tende a inclinar-se pela manutenção do *status quo*, pela tradição, pela conservação de antigas e muitas vezes ultrapassadas estruturas. A segunda, revela-se sôfrega em modificar as relações jurídicas, conferir um novo significado aos conceitos, readaptar os institutos e imprimir à sociedade novas formas de organização.¹³¹

É necessário, portanto, encontrar um equilíbrio entre a necessidade de andamento célere e a segurança jurídica, não podendo ocorrer desmedida aceleração da tutela, em

¹²⁷ CHAVES, Luciano Athayde. Op.cit., p.51.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ MEDEIROS, Luiz Cezar. **O formalismo processual e a instrumentalidade**: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 173.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ MELO, Eneida. O papel do juiz na sociedade globalizada. **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho –ANAMATRA**, Brasília, a. 21, n. 36, p. 34-35, maio, 1999. p. 34.

detrimento das garantias individuais.

Para CANOTILHO, o correto conceito de celeridade, destinado à razoável duração do processo, distingue-se de aceleração processual. Para o autor os dois conceitos só podem confundir-se quando existir uma tutela de urgência. Aduzindo que “a aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição das garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma Justiça pronta, mas materialmente injusta.”¹³²

Carlos Henrique RAMOS¹³³ entende que a concretização da garantia da duração razoável e a utilização do princípio da razoabilidade não configuram mera opção, mas, necessidade. Aduz o autor que os postulados do garantismo e da efetividade é que vão tornar possível o oferecimento de um processo impregnado de humanismo que prima pela qualidade das decisões. A tendência moderna é a de flexibilização das técnicas e do sistema processual como um todo, de modo que aquelas possam melhor aderir às peculiaridades do Direito Material e cumprir seus escopos institucionais.¹³⁴

O entendimento de que a efetividade processual é um direito fundamental, muda a visão de processo que passa a ser utilizado para alcançar celeridade na concretização dos direitos buscados pelo cidadão. Conforme ensina RAMOS “O processo que, ao contar com uma verdadeira tutela constitucional nos diversos ordenamentos, deve servir de instrumento para a realização do direito material, e não como mecanismo de embaraço e de frustração do consumidor da tutela jurisdicional.”¹³⁵

Cândido Rangel DINAMARCO registra: “Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’.”¹³⁶ Frisando que “A maior aproximação do processo ao Direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.”¹³⁷

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 455.

¹³³ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40-41.

¹³⁴ Idem. O direito a tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada (norma processual); instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação; e a própria resposta jurisdicional. Neste diapasão, a tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia, mas sim, ela própria, “um direito fundamental”, cuja eficácia é preciso assegurar, em respeito à dignidade da pessoa humana, o processo deve ter o maior alcance prático e a menor restrição e custo possíveis aos direitos dos cidadãos. Esta é, efetivamente, a maior contribuição da teoria dos direitos fundamentais ao direito processual.

¹³⁵ RAMOS, Carlos Henrique. Op.cit., p. 95-96.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 297.

¹³⁷ Idem.

Na busca pela duração razoável do processo, direito consagradamente fundamental, cabe ao intérprete e aplicador do Direito a supressão de formalismos desnecessários, protelações abusivas, dilações indevidas, a evitar a lentidão do processo e o aprisionamento da pessoa humana na maior de suas aflições, o tempo.

Como sensivelmente registrou MARINONI “Se o tempo é a dimensão da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz).”¹³⁸

Neste ponto cumpre esclarecer que uma das formas de prevenção dos direitos dos trabalhadores é a tutela inibitória. Trata-se de tutela preventiva, propriamente dita. MARINONI registra que "A vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial." ¹³⁹

Mesmo com as inovações trazidas pelas tutelas coletivas, superação do procedimento ordinário, com a introdução no Código de Processo Civil da tutela antecipatória, ainda existe uma medida altamente relevante, porém esquecido, a tutela preventiva.

Destaca MARINONI que a tutela preventiva é “a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana.” ¹⁴⁰ Salienta o autor que "A importância da tutela preventiva pode ser percebida, em todas as sociedades modernas, a partir da necessidade de se conferir tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas, freqüentemente de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão." ¹⁴¹

De modo que o modelo tradicional de tutela estatal, proveniente do modelo do Estado Liberal Clássico, já não consegue promover proteção e efetividade aos direitos e garantias individuais e coletivas que irrompem na sociedade moderna.

Esclarece MARINONI que "O sistema tradicional de tutela dos direitos, estruturado sobre o procedimento ordinário e as sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de permitir que os novos direitos sejam adequadamente tutelados. Esse modo de

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 17.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...**, p. 13.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem.

conceber a proteção dos direitos não levou em consideração a necessidade de tutela preventiva, nem obviamente os direitos que atualmente estão a exigir tal modalidade de tutela." ¹⁴²

Neste cenário, o mais importante é garantir o bem, providenciando primeiramente para que o mesmo não chegue a sofrer qualquer lesão, impedindo que o ilícito ocorra. Deste modo, a classificação trinária - declaratória, constitutiva, condenatória - da tutela jurisdicional não consegue abarcar a proteção a certos direitos, visto que a tutela ressarcitória não é desejável.

MARINONI registra que a tutela ressarcitória que, sob a influência do Estado Liberal Clássico, imperou por muito tempo como única forma de tutela, "ao contrário da tutela preventiva, permite que a 'tutela jurisdicional' seja pensada à distância do direito material. Na tutela ressarcitória, importando apenas a realização do direito de crédito que corresponde à lesão do direito." ¹⁴³ Diversamente, na Tutela inibitória busca-se impedir a **concretização de um ilícito**, impondo uma ordem de "fazer" ou de "não fazer" ao demandado.

Esclarece MARINONI que a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, não se ligando instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser chamada de "principal". Trata-se de "ação de conhecimento" de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Assim, a "tutela inibitória configura-se como uma tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória." ¹⁴⁴

No mesmo sentido entende Flávio Luiz YARSHELL, "Trata-se de tutela que permite a prevenção do ilícito, no sentido de impedir sua consumação ou, em certos casos, sua continuação ou repetição, sem que isso configure uma atuação propriamente cautelar, à medida que propicia, desde logo, a atuação do Direito Material." ¹⁴⁵

Ressaltando ainda YARSHELL que "Nesse particular, o sistema processual brasileiro – ao menos o hoje vigente – dispõe de "instrumentos" para assegurar essa tutela preventiva. No plano infraconstitucional, basta lembrar as regras dos artigos 273 e 461 do CPC, que permitem a antecipação da tutela de forma consideravelmente abrangente, embora com as restrições ali consignadas." ¹⁴⁶

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Ibidem, p. 21.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**..., p.26.

¹⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 164-165.

¹⁴⁶ Idem.

O Fundamento maior da tutela inibitória, como sendo a base de uma tutela preventiva geral, esclarece MARINONI, acha-se no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que preceitua “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”¹⁴⁷

Destaca MARINONI que a tutela inibitória é contra o ilícito e não contra o dano. Visto que “se o dano não é constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano.”¹⁴⁸

Deste modo, a ação inibitória pode funcionar de três maneiras diferentes: o ilícito que pode ser praticado; aquele que pode prosseguir ocorrendo; e aquele que possui probabilidade de repetir-se. É uma ação preventiva destinada a impedir, através da cominação de multa, a prática do ilícito, a sua repetição ou continuação.

Primeiramente, a Inibitória pode ser manejada como impeditiva à prática de ilícito, mesmo que nenhum ilícito anterior tenha sido causado pelo réu.

Entra-se com a ação antes mesmo que qualquer ilícito tenha sido ocasionado. Assevera MARINONI que a tutela inibitória não pune quem pode praticar o ilícito, *mas apenas impede que o ilícito seja praticado*. Se alguém ainda que sem culpa, está na iminência de praticar ilícito, é cabível a ação inibitória.¹⁴⁹ Esta primeira forma de inibitória torna mais difícil o trabalho do juiz, visto que nenhuma ação ilícita ainda foi perpetrada. Bem mais fácil será quando já houver probabilidade de repetição, ou quanto tratar-se de prosseguimento de atos ilícitos.

Destaca MARINONI¹⁵⁰ que a melhor e mais aceita definição pela doutrina, em vários países, é a modalidade mais pura de ação inibitória, aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, revelando a sensibilidade e preocupação com a efetividade da tutela dos direitos antecedentes à ilicitude da conduta. Como exemplo “mais legítimos de tutela inibitória pura no Direito Brasileiro estão no interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo,”¹⁵¹ preceituados no art. 932 do CPC e no art. 1º, da Lei 1.533/51, respectivamente.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...**, p.30.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Ibidem, p.39.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 45.

¹⁵¹ Idem.

Deve-se buscar os fundamentos da inibitória em sua forma pura nos art. 461 do CPC e 84 do CDC, da CF/88 e principalmente à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Cabe ainda *tutela antecipatória* à tutela inibitória. Assevera MARINONI que as ações inibitórias e de remoção do ilícito, precisam da tutela antecipatória para dar-lhes estruturação. Visto que tanto o art. 461 do CPC, quanto o art. 84 do CDC, permitem "ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu", na "ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não - fazer". Assim, a "ação inibitória, por tomar em consideração uma 'obrigação', caminha sobre os trilhos do art. 461, e, portanto, *a tutela inibitória antecipada funda-se no próprio § 3º do art. 461.*"¹⁵² (grifou-se).

E diante da discussão de se cabe a concessão de tutela antecipatória tendo em vista o risco de causar prejuízo irreversível ao demandado, em razão da afirmação do §2º do art. 273 do CPC de que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado", destaca MARINONI¹⁵³ que é preciso sempre considerar o princípio da probabilidade. No mesmo sentido são os argumentos invocados por Jorge Luiz SOUTO MAIOR direcionados à efetividade trabalhista¹⁵⁴:

O avanço da efetividade no procedimento trabalhista requer um passo audacioso, que não se dará, entretanto, fora dos parâmetros legais. Ora, quando se pensa no 'requisito negativo' do perigo da irreversibilidade dos efeitos da antecipação concedida, para efeito de concedê-la ou não, há de se avaliar, por critérios de proporcionalidade, o que é mais maléfico: o dano de não se antecipar efetivamente a tutela, ou o dano de não se poder reverter os efeitos da antecipação concedida. Chegando-se à conclusão de que os efeitos devem ser antecipados, ainda que sejam irreversíveis, por consequência óbvia a execução deverá ser completa e não meramente provisória – ou incompleta – pois, do contrário, a consideração de se proteger, prioritariamente, o risco do autor, transforma-se em mera figura de retórica.

Salienta MARINONI que a probabilidade da ilicitude pode ser suficiente para a concessão da tutela antecipatória, mesmo que ocorra risco ao direito do réu. Exemplifica a

¹⁵² Idem.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...**, p. 157. O princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*. Na tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* está sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado. Assim, a afirmação de que o direito do réu, em virtude da tutela antecipatória, pode ser lesado de forma irreparável, não é suficiente para convencer alguém – que esteja caminhando sobre os trilhos da boa lógica – de que a tutela antecipatória não pode ser concedida. Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu, é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, *que o direito do autor é provável*. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável

¹⁵⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito Processual do Trabalho: Efetividade. Acesso à Justiça. Procedimento Oral**. São Paulo: LTr, 1998, p. 187.

situação em que se solicita tutela antecipatória para impedir a construção de uma indústria em lugar proibido pela legislação ambiental. “Nessa hipótese a tutela antecipada inibitória requer apenas a probabilidade da prática do ilícito. A prevenção do dano, no caso, já é feita pela própria legislação, ao determinar que no local não é possível a instalação da indústria. A tutela antecipatória não se liga, em situações como essa, à probabilidade do dano, mas sim à probabilidade do ilícito.”¹⁵⁵ A tutela inibitória não tem relação com o dano, mas com o possível ilícito. “É certo que se impedindo o ilícito evita-se um provável e futuro dano; o que importa, entretanto, é que para a concessão da tutela inibitória antecipada basta o fundado receio do ilícito, pouco importando se o dano é ou não iminente. Em hipóteses como essa, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu.”¹⁵⁶

Quanto à ação inibitória coletiva, cumpre esclarecer que a mesma encontra-se fundamentada especificamente nos arts. 11 da Lei da Ação Civil Pública e no art. 84 do CDC, diversamente da inibitória individual preceituada no art. 461 do CPC.

O art. 84 do CDC é base da *ação coletiva*, enquanto o art. 461 do CPC é sustentáculo para as *ações individuais*.

Assevera MARINONI¹⁵⁷ que art. 84 do CDC não se destina apenas a amparar o direito do consumidor, mas também à tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse sentido, o art. 84 do CDC é a base processual para as ações coletivas inibitórias e de remoção do ilícito. Existe um sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com sistema processual próprio, composto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelo Título III do CDC. E como preceitua o art. 90 do CDC, às ações fundadas no CDC se aplicam as normas da Lei da Ação Civil Pública. Por outro lado, o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública complementa que as disposições processuais que estão no CDC são aplicáveis à tutela dos direitos que nela estão previstos. Não restando dúvida que o art. 84 do CDC possibilita a sustentação da tutela inibitória pura para quaisquer direitos difusos ou coletivos.

Neste cenário, tanto o art. 84 do CDC, quanto o art. 461 do CPC, propiciam meios para o juiz ordenar sob pena de multa ou decretar medida de execução direta, no andamento do procedimento ou na sentença. Portanto é claro que tais normas possuem instrumentos adequados à prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito aos direitos coletivos (*lato*

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...**, p.158.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ibidem, p.78.

sensu) e individuais.

Por meio dessa tutela, pode-se pedir ao juiz que ordene ao réu que cumpra uma obrigação de fazer, não fazer ou descontinuar. Há espaço para a atuação da tutela inibitória mesmo após a consumação do ilícito.¹⁵⁸

Paulo Ricardo POZZOLO defende a idéia de aplicação da tutela inibitória no Processo do Trabalho. Aduz que esta tem por finalidade evitar que o ato antijurídico, ou seja, contrário ao Direito, o ato ilícito, que nada mais é do que o antijurídico culposos, e o dano sejam praticados, permaneçam produzindo efeitos ou se repitam.¹⁵⁹

De tudo quanto foi exposto pôde-se verificar que a Justiça do Trabalho precisa romper com a lógica cega encenada pelas ideologias neoliberais do capitalismo desumano.

2.3 A CORROSÃO DOS DIREITOS ANTE A PRESCRIÇÃO: O PRINCIPAL EFEITO DA AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

No presente item far-se-á uma breve discussão acerca da prescrição no Direito do Trabalho, sem pretensão de aprofundar o tema, mas, tão somente, apresentá-lo como um dos principais elementos de corrosão dos direitos dos trabalhadores. Ato contínuo, demonstrar como esta corrosão inexorável pode ser interrompida através de instrumentos coletivos já colocados à disposição dos atores sociais pertinentes.

Imprescindível é o fator tempo quando tratarmos de relações jurídicas, uma vez que a segurança jurídica é tida e admitida como um dos postulados basilares do Direito moderno. Neste diapasão, podemos afirmar que o não-exercício de um direito ou uma ação num lapso

¹⁵⁸ Ibidem, p. 305. Não há dúvida de que o juiz brasileiro tem poder para dar ordens; basta pensar no artigo 84 do CDC e no novo artigo 461 do CPC, para não falar no mandado de segurança. O fato de o artigo 84 do CDC ter dado ao juiz – dentro do sistema de tutela coletiva – poder para dar ordens torna possível a tutela de determinadas situações que jamais poderiam ser efetivamente tuteladas através da sentença condenatória. Os artigos 84 do CDC e 461 do CPC são importantes não só porque a ordem, quando ligada à multa, *detém uma elasticidade muito grande, o que a torna passível de adequação a uma ampla variedade de situações concretas*, mas também porque a tipificação dos meios de execução por sub-rogação, postos à escolha daquele que teve seu direito reconhecido na sentença condenatória, nunca será suficiente para a tutela das várias situações de direito substancial, especialmente daquelas que vêm surgindo, dia após dia, em decorrência da vertiginosa evolução da sociedade.

¹⁵⁹ POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação Inibitória no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2001. p. 74. Assim se manifesta: A tutela inibitória foi por nós conceituada analiticamente, como aquela que visa à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, positiva ou negativa, contratual ou extracontratual. A idéia é a de dar a maior latitude possível à tutela inibitória, dentro de sua função de prevenção geral ou de proteção ao ordenamento jurídico. A ação inibitória foi por nós enquadrada como ação de cognição exauriente, apta à formação da coisa julgada material, tendo eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*, prescindindo de uma fase posterior de execução de sentença, pois ela própria realiza seus efeitos, na mesma relação processual de conhecimento

de tempo leva ao entendimento da perda de tal faculdade, fato este visando uma suposta estabilidade nas relações jurídicas. Nas relações de trabalho este instituto opera sérias conseqüências aos trabalhadores.

No dizer de Amauri Mascaro NASCIMENTO¹⁶⁰, prescrição é uma forma de extinguir um direito. O direito que se extingue é, para a doutrina clássica, o de ação.

A prescrição está prevista atualmente na Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, XXIX que “quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Na realidade, não se mostra suficiente o disposto na Constituição da República para propiciar aos operadores do Direito a adequada utilização deste instituto elementar da Teoria Geral, ainda mais quando deparados com a crescente complexidade das relações de trabalho.

Na Justiça do Trabalho, denota-se na doutrina e na jurisprudência um duelo interminável correlato à aplicação da prescrição, gerando insegurança “pela vasta gama de entendimentos que defluem não apenas da perplexidade no trato do conceito, mas também da inesgotável riqueza da casuística.”¹⁶¹

O reflexo do problema da aplicação da prescrição é sofrido pelo Trabalhador, que não detém o conhecimento suficiente ou mesmo a segurança para fazer valer seus direitos, de modo que acaba por sofrer prejuízos irreversíveis decorrentes de práticas ilícitas por parte do empregador, que se utiliza indevidamente de um instituto que tão somente visa à manutenção da suposta segurança jurídica para subjugar a parte mais fraca da relação de trabalho.

É nesta ótica que se entende o sindicato como sendo agente capaz de proteger o obreiro, propondo medidas que suspendam, ou até mesmo interrompam o decurso do prazo prescricional.

No entanto, para melhor entender como podem operar estes órgãos no que tange à defesa de sua classe face aos efeitos da prescrição nos interesses do trabalhador, faz-se necessário abordar alguns pontos importantes sobre esse instituto.

A prescrição é corriqueiramente confundida com outro instituto do Direito Material e que também tem a conotação de impedir a defesa judicial do direito, qual seja a decadência, a qual “Assemelha-se à prescrição na medida em que ambas encontram fundamento na inércia reiterada do titular do direito durante determinado lapso de tempo. Extremam-se, contudo, em

¹⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, São Paulo. 2007. p. 322

¹⁶¹ MAZZILLO, Leonardo. Da prescrição nas reclamações trabalhistas meramente declaratórias e nas condenatórias de obrigação de fazer. **Revista LTr**, ano 72, p. 1.252-1.257, out. 2008. p. 1.253.

razão de ostentarem diversos traços diferenciais.”¹⁶²

Leciona Maurício Godinho DELGADO que, na decadência, “o sujeito tem a faculdade de se tornar titular de um direito, deixando de consumir sua aquisição em decorrência do não exercício da faculdade no prazo fixado”¹⁶³, ou seja, uma vez operada a decadência não haveria a própria aquisição do direito, ferindo de morte o próprio direito material.¹⁶⁴

Célio Horst WALDRAFF assevera que:

É ressabido que a doutrina nacional apresenta quase que centenas de critérios distintivos entre prescrição e decadência. O mais adotado, todavia, é aquele que distingue o nascimento do direito material em si e o direito de ação: se há coincidência entre esses dois momentos, o prazo é decadencial; se não há coincidência, vale dizer, o direito material nasce antes do direito de ação, o prazo é prescricional.¹⁶⁵

Mais adiante o autor, reafirmando seu entendimento acerca da natureza prescricional do prazo previsto no artigo 7º, inciso XXIX, alínea “A”, da Constituição da República, conclui que: “1 – O prazo bienal do artigo 7º, inciso XXIX, alínea a, da Constituição Nacional vigente, tem natureza claramente prescricional. 2 – Sendo o prazo em questão de natureza prescricional, está sujeito às causas de impedimento, suspensão e interrupção de sua contagem.”¹⁶⁶

Há poucas hipóteses de incidência da decadência no Direito do Trabalho, sendo a mais conhecida a possibilidade de instauração de inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, consoante disposto no artigo 853¹⁶⁷ da CLT.

Quanto à prescrição, ela é comumente entendida como “a perda do direito à ação, pelo transcurso do tempo, em razão de seu titular não o ter exercitado. É a extinção de uma ação ajuizável.”¹⁶⁸

O conceito, apesar de correto, está incompleto, devido à existência de dois tipos de

¹⁶² LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prescrição no Direito do Trabalho: teoria geral e questões polêmicas**. São Paulo: LTr, 2001. p. 33.

¹⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Ltr, 2008. p. 251.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. A prescrição com nova cara. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, p. 519-522, maio. 2006. p. 520.

¹⁶⁵ WALDRAFF, Célio Horst. Prazo bienal do artigo 7º, inciso XXIX, alínea “A”, da Constituição, e sua natureza prescricional. **Revista Jurídica Faculdades Integradas Curitiba**, Curitiba, v. 14, n. 12, p. 7-19, 1998. p. 9

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶⁷ Art. 853 “Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.”

¹⁶⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 75.

prescrição: a aquisitiva e a extintiva.

Quanto à prescrição aquisitiva, também conhecida por usucapião, esta decorre da aquisição do direito real pelo decurso do tempo¹⁶⁹, sendo de pouquíssima utilização no Direito do Trabalho.

Assim, enquanto a prescrição aquisitiva proporciona a aquisição de um direito, a prescrição extintiva, doravante chamada apenas prescrição, consistirá na perda do direito. É a perda de direito de exigir o cumprimento de uma obrigação pelo decurso do prazo legal para este ser exercitado¹⁷⁰, podendo ser entendido como uma punição à inércia do seu detentor. Este caminho objetiva a consolidação de situações jurídicas que não foram alteradas por quem devia fazê-lo, no tempo disponível para tanto.¹⁷¹

Francisco Antônio de OLIVEIRA evidencia que:

(...) a perda do direito de ação reflete imediatamente sobre o direito material da parte que passa a existir apenas em potencialidade, já que, ressalvada a hipótese de o devedor, num rasgo de honestidade, cumprir a obrigação ainda que prescrita, ou, ajuizada a ação, deixar de invocar o benefício da prescrição, o patrimônio do credor ficará desfalcado daquele direito patrimonial.¹⁷²

Em linhas gerais, a idéia de prejuízo pela prescrição se contrapõe, porém, com a hipótese de que caso o credor pudesse demandar em juízo seu crédito indefinidamente, poderia utilizar-se desta vantagem para coagir ou chantagear o devedor.

Portanto, a doutrina aponta como fundamentos da prescrição o interesse social, a punição à negligência do credor, a presunção de pagamento ou perdão da dívida, entre outras, todas com vistas à manutenção da segurança jurídica, havendo na Justiça do trabalho a prescrição bienal, quinquenal, parcial, total e intercorrente, não podendo haver confusão entre elas.

A primeira grande diferença entre os tipos de prescrição aplicáveis na Justiça do Trabalho está no status constitucional que detêm a prescrição bienal e a quinquenal, que possuem previsão no artigo 7º, XXIX da Constituição da República. Esse, consoante Denise Arantes Santos VASCONCELOS¹⁷³, “estipula o prazo de cinco anos para o trabalhador postular o recebimento de seu crédito” e, havendo a extinção do contrato de trabalho, “o trabalhador terá o prazo máximo de dois anos para ajuizar reclamação trabalhista, a contar da

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Denise Arantes Santos. A prescrição total na vigência do contrato de trabalho: análise crítica do instituto e sua aplicação. **Revista LTr**, São Paulo, ano 73, p. 91-96, jan. 2009. p. 91-96.

¹⁷⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prescrição...**, p. 21.

¹⁷¹ MAZZILLO, Leonardo. Op.cit. p. 1.252-1.257.

¹⁷² OLIVEIRA, Francisco Antônio de. A prescrição com nova cara. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, p. 519-522, maio. 2006. p. 520.

¹⁷³ VASCONCELOS, Denise Arantes Santos. Op.cit., p. 91-92.

referida extinção”, sendo aplicáveis a todas as relações de trabalho.

A prescrição parcial e a total são fruto de criação doutrinária e possuem seu conceito consubstanciado na súmula 294 do Tribunal Superior Trabalho, na qual se encontra uma revisão das súmulas¹⁷⁴ 168 e 198, ambas já canceladas, estando aquela redigida conforme segue: Súmula 294 - “Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Comparando o novo enunciado com os anteriores, Raymundo Antônio Carneiro PINTO¹⁷⁵ leciona que o antigo posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho era bem mais favorável ao empregado, tendo em vista que na Súmula 294 não há mais a exceção decorrente de lesão provocada pelo empregador, ocorrendo a prescrição total em qualquer hipótese não assegurada por lei específica.

Há, ainda, a prescrição intercorrente, definida por DELGADO¹⁷⁶ como “a prescrição que flui durante o desenrolar do processo. Proposta a ação, interrompe-se o prazo prescritivo; logo a seguir, ele volta a correr, de seu início, podendo consumir-se até mesmo antes que o processo termine.”

Apesar deste tipo de prescrição ser muito utilizada no Direito Penal, sua admissão no Direito do Trabalho é alvo de vastas discussões, uma vez que consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, estabelecido na sua súmula 327, “O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente”, sendo oposto o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme a súmula 114 por ele editada: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.”

Outro fato a ser destacado é a modificação introduzida pela emenda constitucional 28¹⁷⁷ em 26 de maio de 2005. Esta emenda fixou para ações trabalhistas na área rural o mesmo prazo de prescrição fixado para trabalhadores urbanos - cinco anos. Porém, não

¹⁷⁴ As súmulas 168 e 198 do TST, já canceladas, possuem a seguinte redação: Súmula 168: Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina.

Súmula 198: Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.

¹⁷⁵ PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 247.

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Ltr, 2008. p. 279.

¹⁷⁷ Art. 1º O inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;"

modificou o prazo de dois anos, previsto na Constituição, para que o ex-empregado rural ou urbano possa recorrer à Justiça, após o rompimento do contrato. Entretanto, antes da emenda, a Constituição não previa prazo para prescrição de direitos trabalhistas no campo, e um trabalhador rural poderia reivindicar, na Justiça, todo o contrato de trabalho.

Não obstante a importância do estudo das formas de prescrição, outra questão que exige atenção é correlata ao seu termo inicial.

O termo inicial da prescrição se dá no momento em que o credor toma conhecimento da violação do seu direito e, sendo exigível o comportamento do devedor, aquele permanece omissivo. Assim, o salário omitido tem a prescrição iniciada não no dia em que o trabalho ocorreu, mas a partir do dia em que a remuneração deveria ser efetuada. Sendo assim, a contagem do prazo para a prescrição se iniciaria quando o empregado tomasse conhecimento do ato ilegítimo, ou ainda, quando pudesse exigir a prestação e não o fez.

Nesta linha de raciocínio filia-se Antônio Luis da Câmara LEAL¹⁷⁸, para quem “Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular (...), esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância (sic) da violação”.

No entanto, existe outra corrente que entende fluir a prescrição independentemente da manifestação cognitiva do prejudicado. Pontes de MIRANDA entende que não é pressuposto necessário que o titular do direito conheça a existência do direito, ou a sua natureza, ou validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, quantidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer.¹⁷⁹

Restou assentado na seara trabalhista que o termo inicial para o prazo de prescrição inicia-se quando houver a violação do direito, surgindo a exigibilidade da pretensão¹⁸⁰, ou seja, havendo aquisição do direito pelo titular e a violação por um terceiro, iniciará o prazo prescricional independentemente do conhecimento pela pessoa do interessado.

Não há como não se reconhecer no instituto da prescrição aparente contradição deste e do princípio da irrenunciabilidade dos créditos trabalhistas, tendo em vista que a inércia do credor pode ser entendida como renúncia tácita, ainda que desconheça ser detentor de direito violado.

¹⁷⁸ LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teria geral do direito civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 23.

¹⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte geral**. T. 6. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 117.

¹⁸⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prescrição** ..., p. 48.

Esta contradição vem sendo rebatida pela doutrina com fundamento na inconstitucionalidade da perenidade de possibilidade de ajuizamento de ação a qualquer tempo, ainda que se trate de direitos irrenunciáveis, sacrificando-se o interesse particular em nome da segurança jurídica.

No Direito do Trabalho, a idéia de indisponibilidade de direitos caminha concomitantemente, com os efeitos do decurso do tempo criando um paradoxo que só pode ser resolvido pela abordagem da cognoscibilidade e da ética: de um lado, está a pressão por empregos que impede a dedução em juízo da pretensão de modo a estancar os efeitos do tempo e, de outro lado está a imposição do conhecimento e da consciência do direito como único fator que pode justificar, do ponto de vista do empregado, a opção por deixá-lo fluir depois de dispensado.¹⁸¹

A ação é o modo pelo qual pode o detentor de um direito violado invocar a tutela jurisdicional do Estado para compelir ao agente que cesse a violação ou que ressarça o dano que lhe foi causado, porém, efetivamente, quem reconhecerá a existência do direito, bem como da violação é o Poder Judiciário, por meio do Juiz.¹⁸²

Dentre os deveres do magistrado estaria o de pronunciar, mesmo sem que tenha havido qualquer requerimento das partes, a prescrição, consoante estabelece o artigo 219, §5º do Código de Processo Civil¹⁸³, o que, ocorrendo, acarretaria a morte prematura da ação, demonstrando que o Estado não admite a negligência do titular que aguarda por prazo além do fixado em lei para demandar em busca de seu direito, uma vez que ocorrendo a prescrição esta se torna matéria de ordem pública, podendo ser invocada em qualquer grau de jurisdição.

Tal dispositivo é alvo de entendimentos diversos quanto à sua aplicação na Justiça do trabalho, ainda não havendo a pacificação da questão¹⁸⁴.

Pode haver renúncia à prescrição, a qual poderá ser expressa ou tácita (artigo 191 do Código Civil¹⁸⁵), desde que não haja prejuízo de terceiro e que tenha o renunciante capacidade de renunciar. Possui efeitos restritos, alcançando apenas o renunciante e o beneficiário, sendo que “A lei somente admite a renúncia depois de consumada a prescrição porque eventual autorização à renúncia antecipada deitaria por terra o instituto, na medida em que todas as pessoas em cujo proveito fossem os contratos exigiriam esta renúncia.”¹⁸⁶

¹⁸¹ LOPES, Mônica Sette. A prescrição de ofício e o Processo do Trabalho: o interno e o entorno. **Revista LTr**, São Paulo, a.72, p. 1.217-1230, out. 2008. p. 1.217.

¹⁸² OLIVEIRA, Francisco Antônio de. A prescrição com nova cara. **Revista LTr**, São Paulo, a.70, págs. 519-522, maio. 2006. p. 521.

¹⁸³ 295, §5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

¹⁸⁴ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição...**, p. 1.217-1230.

¹⁸⁵ Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

¹⁸⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prescrição...**, p. 50.

Também, consoante observação de Leonardo MAZZILLO¹⁸⁷, há importante parcela doutrinária e jurisprudencial que entende que os efeitos da prescrição não sujeitam as causas meramente declaratórias, porém eventual pagamento decorrente deste tipo de ação estaria prejudicado, caso prescrito.

Pode-se afirmar que há no Direito causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. Operada a interrupção, o prazo será integralmente renovado, enquanto na suspensão, ocorrendo quando já iniciada o decurso do prazo, quando cessar a causa suspensiva, o tempo não se reiniciará do começo, e sim, de onde parou, possibilitando transcurso do tempo restante.¹⁸⁸

Segundo DELGADO¹⁸⁹, o grupo das causas impeditivas ou suspensivas é formado por aqueles fatores tidos como indicativos de que o titular do direito tenha sofrido restrições à defesa de seus interesses, inviabilizando, juridicamente, o termo *ad quem* prescricional, ou suspendendo o decurso de prazo já iniciado, encontrando-se disposto nos artigos 197 a 201 do Código Civil o rol destas causas.

Não corre, portanto, a prescrição entre os cônjuges na constância da união conjugal, entre ascendentes e descendentes enquanto durar o pátrio poder, contra os absolutamente incapazes (artigo 3º do Código Civil), enquanto estiver pendendo condição suspensiva, entre outras.

Além do disposto no Código Civil que for aplicável à lei trabalhista, esta traz casos específicos que possuem o condão de sustar o decurso da prescrição, como o artigo 440 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁹⁰, no qual está disposto que não correrá a prescrição contra os menores de 18 anos.

Também são causas suspensivas: a sustação da atividade do foro trabalhista por qualquer motivo e a submissão de qualquer demanda à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de conciliação trabalhista, consoante a Lei n.º 9.958/2000.

As causas interruptivas são ligadas aos fatores que se traduzem em uma eficaz defesa do direito por seu detentor, culminando na interrupção do prazo prescricional. Estes fatores estão elencados no rol legal juslaboral.

O efeito da interrupção da prescrição é o de sustar a contagem já iniciada, eliminando inclusive o prazo em fluência, sendo que no Direito do Trabalho a causa interruptiva mais

¹⁸⁷ MAZZILLO, Leonardo. Op. cit., p. 1.252-1.257

¹⁸⁸ ANTUNES, Letícia Pereira. Protesto interruptivo da prescrição no Processo do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 22, n. 258, p. 68-96, jun. 2005. p. 80.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito...**, p. 255-262.

¹⁹⁰ Art. 440 – “Contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição.”

relevante é a propositura da ação trabalhista, porém não é a única, devendo ser destacados ainda o arquivamento da ação e o protesto.¹⁹¹

Com relação à propositura da ação, há significativa diferença em como se dá a interrupção entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil.

No artigo 202, I do Código Civil¹⁹², está disposto que após a citação válida, o prazo retroagirá à data da propositura da ação. Na Justiça do Trabalho, por outro lado, entende-se que a data da propositura fixa o termo exato da interrupção por ser automática a notificação do reclamado no Processo do Trabalho, consoante artigo 841 da CLT.¹⁹³

Ainda analisando o artigo 202 do Código Civil, Luiz Eduardo GUNTHER e Cristina Navarro ZORNING, concluem que “a causa interruptiva da prescrição mais freqüente no Direito do Trabalho é a que ocorre pela demanda trabalhista arquivada (Súmula 268 do C. TST). O art. 202 e parágrafo único do Novo Código Civil se aplica, subsidiariamente, ao Direito do Trabalho, de tal modo que a interrupção prescricional só poderá ocorrer uma vez. Essa regra, no entanto, somente é aplicável às causas interruptivas ocorrentes a partir da vigência do Novo Código.”¹⁹⁴

Valentin CARRION¹⁹⁵ evidencia que “O arquivamento da reclamação pelo não comparecimento do autor à audiência não impede a interrupção da prescrição, mas se exige que a citação tenha sido válida ou, se inexistente, não o seja por culpa do autor”, sendo tal entendimento consubstanciado na súmula 268 Tribunal Superior do Trabalho, a qual dispõe que: “A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.”

Há de se abordar também a importância do protesto enquanto modo de se interromper a prescrição, pois, apesar de ser incomum na Justiça do Trabalho, a utilização deste tipo de procedimento cautelar ou preparatório poderá ser útil em diversas ocasiões, como por exemplo, objetivando-se ganhar tempo para buscar provas essenciais para a solução da causa.

¹⁹¹ ANTUNES, Letícia Pereira. **Protesto interruptivo** ..., p. 81.

¹⁹² Art. 202. “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;”

¹⁹³ Art. 841 – “Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.”

¹⁹⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNING, Cristina Maria Navarro. A interrupção do Prazo prescricional e o novo código civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba. a.28. n. 49. p. 23-28, jan/jun. 2003. p. 27.

¹⁹⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

Feitas estas breves considerações acerca do instituto da prescrição aplicado ao Direito do Trabalho, de plano observa-se haver nítido prejuízo ao trabalhador pela sua incidência, uma vez que não há parâmetros legais para se analisar os motivos pelo qual o empregado, titular do direito, deixou transcorrer o prazo para a propositura da ação.

Sob a perspectiva do trabalho subordinado, o curso do tempo que leva à prescrição implica uma contingência na absorção real das normas do Direito oficial e das práticas cotidianas que não podem ser desprezadas na apropriação tópica ou dialógica do instituto. A situação do empregado em relação ao empregador agrega efeitos mais nefastos do que os sinais de um tempo linear contado minuto a minuto. Trata-se naturalmente de direitos privados, mas inoculados por uma textura de princípios protetores que os justificam como necessidade social.¹⁹⁶

O relacionamento entre empregado e empregador é conflituoso, cada qual buscando a defesa de seu interesse.

Assim, para cada conquista do trabalhador inserida no ordenamento jurídico existe uma forma, também jurídica, de limitação contida na própria lei, oriunda do processo histórico de formação do Direito do Trabalho, o qual, segundo DELGADO¹⁹⁷,

(...) tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna (...). Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea.

(...)

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas.

Neste contexto, a prescrição se mostra como uma espécie de compensação pela concessão de direitos ao empregado, pois se de um lado o legislador beneficia o trabalhador, por outro o prejudica, subtraindo-lhe a possibilidade de efetivamente resguardar o seu direito em virtude do decurso do prazo sem que o empregado ajuíze ação em busca da tutela jurisdicional¹⁹⁸.

Tendo em vista a exigência de que o trabalhador solicite a prestação jurisdicional para a proteção de seus direitos, mais justo seria que ao ser analisada a prescrição no caso concreto levado à apreciação judicial, não apenas o fator tempo fosse determinante, mas buscasse o julgador fazer uma análise histórico-social da demanda trabalhista.

¹⁹⁶ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício...**, p. 1.220.

¹⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Ltr, 2008. p. 85-86.

¹⁹⁸ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.47, n.77, p.163-172, jan./jun. 2008. p. 165.

Possuindo ainda traços marcantes de sua origem, no caso de rescisão do contrato de trabalho, para o transcurso do prazo prescricional, não se diferencia o motivo que lhe deu termo, ou seja, independentemente da razão, o trabalhador terá dois anos para propor a reclamatória trabalhista, podendo pleitear os últimos cinco anos, salvo com relação ao FGTS, cuja prescrição é trintenária.¹⁹⁹

Porém, apesar de não mais se falar em escravidão, não é livre a vontade do empregado para demandar contra seu empregador.

Consoante este entendimento, Mônica Sette LOPES²⁰⁰ aponta a existência de grave empecilho à busca do trabalhador pela tutela jurisdicional antes de se operar a prescrição, qual seja a efetiva autonomia da vontade, pois, ao contrário do que ocorre nos contratos em geral, é o devedor quem detém o poder no contrato de trabalho e segundo Márcio Túlio VIANA:

Esse devedor é o patrão - pois, como o trabalho precede o salário, é ele quem sempre (ou quase sempre) tem algo a pagar. E o seu poder vem do fato de que o empregado - não tendo os meios de produção - depende do emprego para sobreviver.

E se o emprego, para o empregado, é a própria vida, é claro que ele não pode correr riscos, exigindo com firmeza que a lei seja cumprida.²⁰¹

Assim, a inércia do empregado é causada sobretudo pela sua posição de subordinação, não interessando se esta é jurídica, econômica, técnica ou social, e sim o seu principal efeito que é o domínio do empregador sobre o empregado, o qual não encontra par em nenhuma outra relação jurídica²⁰², submetendo-se o empregado a todo tipo de violação de seus direitos enquanto perdura o contrato de trabalho. Isso implica em um grave entrave para o exercício pleno do princípio do acesso à Justiça.

Reconheceu-se através do texto constitucional a hipossuficiência do trabalhador, garantindo-se-lhe proteção do Estado, através dos dispositivos constantes no art. 7º da Constituição da República. Conforme exposto por Alexandre de MORAES, os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista.
203

No entanto, apesar da previsão constitucional e de haver até mesmo uma Justiça especializada para a defesa de seus direitos, o empregado não consegue fazer valer os seus

¹⁹⁹ ANTUNES, Leticia Pereira. **Protesto interruptivo...**, p. 75.

²⁰⁰ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício...**, p.1.220.

²⁰¹ VIANA, Márcio Túlio. **Os paradoxos da prescrição...**, p. 165.

²⁰² HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira.** São Paulo: LTr, 2003. p. 38.

²⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

interesses, pois

(...) mesmo no ambiente sagrado da Justiça, a relação de poder continua. Vestido de reclamante, o trabalhador reencontra o seu patrão, disfarçado em reclamado; e, mais uma vez nas mãos dele, silencia as suas queixas e submete o seu direito - aceitando qualquer acordo. Afinal, diante da perspectiva de ficar 12 meses desempregado, qualquer dinheiro é bem-vindo.²⁰⁴

Ainda que a maioria das ações sejam intentadas apenas após o término do contrato, devido principalmente ao medo da perda do emprego, há de se admitir a existência de outro empecilho ao acesso do trabalhador à Justiça, qual seja, o medo que o trabalhador tem de mesmo após o final da relação de emprego não mais conseguir se recolocar no mercado de trabalho devido ao fato de já ter ajuizado ação trabalhista em face de outra empresa.

Neste sentido, LOPES evidencia que:

A opção por deixar o tempo passar, porém tem seu liame de validade sedimentado em aportes ético, da ordem interna do sujeito. Não é uma opção que possa ser imposta por qualquer outro fator que não se ligue à ampla liberdade da consciência. O medo (das chamadas listas negras, inclusive) e o desconhecimento (de difícil aferição inoculado na realidade jurídica), como dados da experiência, certamente comprometem e interferem na apreensão do que se passa efetivamente no momento em que a decisão de não interromper os efeitos do tempo é tomada.²⁰⁵

Diante destas considerações, parece ilógica a aceitação da aplicação da prescrição no Direito do Trabalho tal qual ela vem incidindo, vez que, consoante acima já evidenciado, em regra, as causas que se configuram independentes à vontade do beneficiário e que o impedem de exercer o direito de ação, obstam o início da contagem do prazo prescricional²⁰⁶, e devido à inércia do trabalhador, credor, ser alheia à sua vontade, é justificado o motivo desta, tendo em vista a coação velada, ou mesmo direta em certos casos, por parte do devedor.

Com base na proteção constitucional dispensada ao empregado, dada à sua reconhecida vulnerabilidade, o instituto da prescrição no Direito do Trabalho deveria ser revisto para melhor se adaptar à realidade social contemporânea, posto que, reconhecidamente, aquele que reclama seus direitos na Justiça do Trabalho na vigência da relação de emprego ou mesmo se apresente como testemunha desfavorável ao empregador, corre o risco de ser dispensado sem justa causa, o que não seria um ilícito, mas um ato fundamentado na própria ordem jurídica vigente.

Dentre as características próprias do contrato de trabalho está a ausência da garantia

²⁰⁴ VIANA, Márcio Túlio. **Os paradoxos da prescrição...**, p. 165.

²⁰⁵ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício ...**, p. 1.224.

²⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito ...**, p. 256.

de emprego, acarretando a possibilidade de dispensa sem justa causa, real receio do empregado e fator determinante à sua inércia, e “se ele não tem a garantia de emprego, a necessidade de sobreviver será sempre um impulso imperioso na opção por deduzir ou não a pretensão que entenda insatisfeita.”²⁰⁷

Apesar da garantia constitucional à vedação da dispensa arbitrária, disposta no artigo 7º, inciso I da Constituição da República²⁰⁸, o empregado dela não está protegido, uma vez que a sanção ao ato do empregador neste sentido será apenas a aplicação de uma indenização compensatória ao empregado, consoante estabelecido na legislação infraconstitucional²⁰⁹, constituindo-se em um paradoxo num sistema de livre demissibilidade. Assim, “O empregado tem o direito ‘indisponível’, mas não o reclama, trocando-o pela permanência - ainda que precária - no emprego.”²¹⁰

O Judiciário acaba assistindo de maneira passiva à exploração do trabalhador, que se vê desamparado diante da legislação vigente que deveria protegê-lo, mas não o faz. O sistema legal brasileiro acaba criando mecanismos que mantêm o *status quo*, privilegiando os empregadores através da aplicação de sanções levíssimas, que lhes são mais favoráveis economicamente que respeitar o direito do empregado.

Bem se vê que é muito mais barato e fácil ao empregador deixar de pagar as verbas trabalhistas, as quais podem nunca ser cobradas pelo empregado, que, por exemplo, tomar um empréstimo bancário.

Diante deste panorama, não é equivocado dizer que o Direito do Trabalho possui lacunas, por apresentar normas sem sanção adequada, necessária à sua incidência plena.

Não sendo observados os direitos inerentes ao trabalhador durante a vigência do contrato, a regra é que este não promova qualquer ação perante a Justiça do Trabalho visando o fim da injustiça. Assim, “os efeitos do fluxo do tempo são impostos ao empregado sem que se abra qualquer possibilidade formal de resistência, já que a premência pela manutenção do emprego é incontornável ou irredutível.”²¹¹

Ronaldo Lopes LEAL entende que não é conveniente que se deixe o exercício das pretensões sociais a critério do trabalhador, pois há fatores políticos e psicológicos que tendem a impedir o acesso do empregado à jurisdição. O sindicato deve receber a legitimidade

²⁰⁷ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício** ..., p.1.220.

²⁰⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

²⁰⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

²¹⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Os paradoxos da prescrição**..., p. 167.

²¹¹ LOPES, Mônica Sette. **A prescrição de ofício** ..., p. 1.228.

da lei para, em nome do lesado, mover *persecutio socialis*.²¹²

Efetivamente o sindicato pode suprir esse déficit de cidadania. Nas palavras de José Antônio R. de Oliveira SILVA,

Agora, a grande novidade a respeito do tema é propiciar a substituição processual ampla e irrestrita quando os trabalhadores ainda estiverem empregados, porque na Justiça do Trabalho o que mais justifica a substituição processual, nestes casos, é a ocultação do nome dos empregados substituídos para evitar a represália por parte do empregador, que vai desde uma perseguição moral até a dispensa imotivada. Por isso mesmo pensamos que, quando os substituídos ainda estiverem sob o julgo da subordinação inerente ao contrato de emprego, pode haver substituição processual para a defesa de quaisquer interesses ou direitos, homogêneos ou não, porque somente assim a Justiça do Trabalho deixará de ser a Justiça dos desempregados.²¹³

Após a edição da Orientação Jurisprudencial n.º 359²¹⁴, do Tribunal Superior do Trabalho, publicada em 14 de março de 2008, não se deveria mais discutir a legitimidade dos Sindicatos, como substituto processual, para promover medidas interruptivas à prescrição, tendo em vista que “não resta dúvida de que o sindicato possui ampla legitimidade para, como substituto processual dos integrantes da categoria profissional por ele representada, ajuizar ação coletiva.”²¹⁵

A admissão da substituição processual do empregado pelo seu sindicato, para promoção de medida interruptiva da prescrição é tida como fundamental à incorporação do princípio da proteção ao trabalhador, tendo em vista a sua importância singular.²¹⁶

Ainda assim, é fato que empregadores menos escrupulosos tentam coagir seus empregados para que promovam atos de disposição de direitos nestas ações, tentando frustrar a atuação do sindicato, através da imposição de renúncias unilaterais ou simulação de transação²¹⁷. Porém espera-se que a efetiva atuação do substituto possa auxiliar na diminuição do descumprimento dos deveres do empregador por motivos ilegítimos.²¹⁸

Tendo em vista a contradição existente entre a admissão da prescrição, tal qual aplicada, inclusive na Justiça do Trabalho, como uma espécie de sanção à inércia do credor, e o fato de que é pela impossibilidade de livre manifestação do empregado, no período de

²¹² LEAL, Ronaldo Lopes. O sindicato como promotor de Justiça social: uma alternativa para o Processo do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, a.58, p. 655-659, jun. a.1994. p. 659.

²¹³ SILVA, José Antônio R. de Oliveira. A substituição processual como medida de acesso à Justiça. **Revista LTr**, São Paulo, a. 68, p. 1084-1087, set. 2004. p. 1.085.

²¹⁴ OJ n.º 359 - A ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima “ad causam”.

²¹⁵ FERNANDES, Nadia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, a.73, p. 1005-1014, ago. 2009, p. 1.005.

²¹⁶ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 62.

²¹⁷ FERNANDES, Nadia Soraggi. **A substituição processual...**, p. 1.012.

²¹⁸ LEAL, Ronaldo Lopes. **O sindicato como promotor...**, p. 659.

duração do contrato de trabalho, ou mesmo pelo receio de não conseguir se reinserir no mercado de trabalho. A atuação dos Sindicatos torna-se imprescindível à efetivação do princípio do acesso à Justiça.

Caso não houvesse a hipótese dos Sindicatos promoverem medidas interruptivas da prescrição, pelo receio do empregado em sofrer represálias por demandar contra o próprio empregador, seus direitos se tornariam inócuos, podendo ser considerada esta hipótese um retrocesso nas relações de trabalho.

Portanto, o fortalecimento da atuação sindical se faz cada vez mais importante, permitindo que o trabalhador não tenha que esperar o fim da sua relação de emprego para ver satisfeitos em juízo seus direitos trabalhistas.

3 DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, COLETIVOS E DIFUSOS

Questão ainda não superada é a distinção de direito, interesse ou prerrogativa de caráter coletivo. Entretanto, a ação coletiva se presta para tutelar quaisquer direitos metaindividuais, sejam eles os interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Destaque-se que esta distinção conceitual dos direitos, prerrogativas e interesses coletivos tem caráter meramente acadêmico. Em qualquer caso concreto não há como segmentá-los.

O Código de Defesa do Consumidor²¹⁹ também teve relevância considerável na consolidação dos direitos coletivos e sua tutela. Trouxe no seu corpo textual os conceitos legais dos interesses coletivos *lato sensu* - assim entendidos os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Nas palavras de Rodolfo de Camargo MANCUSO,

Sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão interesses nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão direito evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagens a um titular definido, ao passo que os interesses tuteláveis na jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem compatíveis com eles, sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante, por ai se explicando a cláusula que abre para “outros interesses coletivos e difusos”, constante da parte final do artigo 129, III, da CF e do inciso IV do art. 1º da Lei 7347/85.²²⁰

Faz-se menção à mencionada discussão doutrinária, porém o presente trabalho não aprofundará o tema, adotando-se a nomenclatura reconhecida pela legislação pátria, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

²¹⁹ 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.”

²²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 91.

Para Ada Pelegrini GRINOVER, citada por DELGADO²²¹, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos possuem caráter massivo e estão a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, estando carregados de relevância política e com clara dimensão social.

Marcos Neves FAVA diferencia interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos adotando diferenciação em relação ao sujeito, ao objeto, à origem e em relação às conseqüências.²²²

Em outras palavras, os direitos difusos podem ser entendidos como aqueles que não podem ser individualizados e não há vínculo preestabelecido entre os sujeitos detentores do direito a ser protegido. Os interesses difusos caracterizam-se, portanto pela não existência de vínculo jurídico entre os seus titulares, além de uma evidente impossibilidade de individualização.

Já os interesses coletivos, embora também não possam ser individualizados, diferenciam-se dos interesses difusos por haver uma relação jurídica entre os sujeitos detentores do direito a ser protegido, é o direito de uma classe determinada de pessoas. Embora passível de identificação dos sujeitos, não pode ser objeto de ação individual, ante sua característica de indivisibilidade.

Os interesses individuais homogêneos formam a terceira categoria de interesses a serem tutelados pela Ação Coletiva. Estes, embora passíveis de individualização e a existência de identificação dos sujeitos, são protegidos coletivamente pela abrangência dos efeitos da lesão causada. Os direitos individuais homogêneos são fruto de lesão causada a uma grande quantidade de sujeitos, que embora identificáveis, inviabiliza a proteção

²²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 221-222.

²²² Com relação ao Sujeito – nos difusos são indetermináveis; nos coletivos são determináveis e compatíveis com certo grupo, categoria, classe; nos individuais homogêneos são determináveis e compatíveis com o indivíduo, por meio de clara quotização do interesse. Com relação ao objeto – nos difusos é indivisível (impossíveis a lesão e a satisfação do interesse, sem prejuízo do sem-número de titulares); nos coletivos é indivisível (tanto a lesão quanto a satisfação repercutem de forma unívoca a todos os componentes da classe; nos individuais homogêneos são divisíveis, atribuindo-se precisamente a cada indivíduo sua quota do interesse compartilhado por homogeneidade; Com relação à origem – nos difusos é uma situação fática, sem fundamentos ou liames jurídicos a priori; nos coletivos há uma relação jurídica básica e a priori; nos individuais homogêneos há uma origem comum do fato que ensejou o interesse ou que provocou a lesão. Com relação às conseqüências – nos difusos não são apropriáveis individualmente, nem são transmissíveis. Também não se sujeitam à renúncia ou à transação. A defesa em Juízo é sempre promovida por substituição processual, sem que o titular direto possa assumir sua defesa, ou seja, o legitimado não coincide com o titular material; nos coletivos não são apropriáveis individualmente e também intransmissíveis. Não se sujeitam à renúncia ou transação e sua defesa em Juízo é sempre promovida por substituição processual; os individuais homogêneos são apropriáveis individualmente e transmissíveis, podendo haver renúncia ou transação. A defesa em Juízo geralmente é feita pelo próprio titular do interesse, exceto quando a lei expressamente autoriza forma diversa de tutela do interesse. FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008, pag. 43.

individualizada ante a extensão dos danos causados.

Portanto a diferenciação entre direitos ou interesses difusos e direitos individuais homogêneos é facilmente percebida, uma vez que o primeiro não é divisível e não ocorre a identificação dos sujeitos. No entanto, a diferença entre direitos coletivos e individuais homogêneos não é assim de tão clara percepção, pois ambos os interesses são passíveis de divisão e individualização. O que diferencia as duas categorias é que com relação aos direitos individuais homogêneos não há a presença de uma relação jurídica entre os sujeitos que seja anterior à lesão.

Mauricio Godinho DELGADO nos traz o exemplo de ação promovida pelo Ministério Público do Trabalho, pretendendo a nulidade de contratação irregular de trabalhadores por empresas públicas ou sociedades de economia mista. Os titulares do direito lesado são indeterminados, aproximados por um nexu fático, e resta clara a indivisibilidade do direito/interesse ora exemplificado.²²³

3.1 DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Estão assegurados na Constituição da República aos trabalhadores, detalhadamente, inúmeros direitos sociais individuais e coletivos, muitos dos quais até então só eram reconhecidos na legislação ordinária. Entre os direitos trabalhistas fundamentais proclamados e assegurados na Carta Magna de 1988 destacam-se: dignidade do trabalhador, isonomia e irredutibilidade salarial, livre exercício do direito de greve, liberdade e autonomia sindical, dentre outros.

A matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos da sociedade contemporânea constrói-se em torno das ações transindividuais desenvolvidas no direito, algumas de origem justrabalhista, outras vindas de fora desta seara, mas a ela aplicáveis.²²⁴

A sociedade capitalista é essencialmente uma sociedade de massas, sendo esta massificação resultante de três fatores, como aponta DELGADO²²⁵, a saber a mercadoria, base do capitalismo, a urbanização e a homogeneização cultural.

A mercadoria, sendo a base social contemporânea, acaba por induzir à massificação pela aproximação de coisas, dinâmicas e problemas, para que o próprio indivíduo acabe sendo

²²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito...**, p. 225.

²²⁴ idem p. 221.

²²⁵ Ibidem, p. 218.

facilmente identificado pelos seus estereótipos mais superficiais.

A urbanização também é fator determinante à massificação, uma vez que o cenário urbanizado favorece e até mesmo impele a esta realidade social.

Não há muito o que dizer sobre a homogeneização cultural posto que patente característica das sociedades submetidas ao capitalismo. Porém neste quadro o que se verifica é que não apenas os comportamentos lícitos são homogêneos, mas também os ilícitos, os quais adquirem inclusive organização conforme as estruturas capitalistas, ou seja grupais, coletivas e de massa.

É neste contexto que o Direito vê o nascimento e desenvolvimento de uma nova necessidade: a de proteção do interesse das massas, porém não qualquer interesse e sim aquele legítimo, fruto do desenvolvimento histórico e os quais decorrem dos direitos fundamentais coletivos. Uma nova visão do Direito é necessária. Uma visão que passa do individualismo para uma que enxergue também o interesse coletivo, através da tutela dos interesses difusos, coletivos e dos individuais homogêneos. Esta “nova” visão deve contemplar as ações metaindividuais, ampleando a defesa dos interesses dos trabalhadores.

Quanto ao conceito de interesses difusos, estes são entendidos como aqueles que não possuem juridicamente possibilidade de individualização, tendo necessariamente o direito em questão que abranger a uma coletividade, não sendo requisito o atendimento de interesses de um grupo de pessoas com vínculo pré-estabelecido. FAVA exemplifica tal afirmativa da seguinte maneira:

Tomando-se a qualidade do meio ambiente, ou, ainda e mais restritivamente, a do meio ambiente de trabalho, numa cidade como Cubatão, litoral do Estado de São Paulo, temos que o interesse pela manutenção da qualidade do ar interessa a um sem número de trabalhadores presentes. Mas também, ao que eventualmente possam vir a ocupar postos de trabalho na região. Nenhum deles com direito maior ou menor do que os demais. A lesão do interesse de um acarreta prejuízo aos demais, indistintamente.²²⁶

Para conceituar interesses difusos, o legislador pátrio optou pelo critério subjetivo, no que respeita à indeterminação dos titulares e à inexistência entre eles de uma relação jurídica-base, e pelo critério objetivo no que toca à indivisibilidade do bem jurídico.

CAPPELLETTI e GARTH assim se manifestam: “são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam - a razão de sua natureza difusa - é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa

²²⁶ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 36.

correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.”²²⁷

Para SMANIO, os interesses difusos são definidos como “aqueles em que os titulares não são previamente determinados ou determináveis e encontram-se ligados por uma situação de fato.”²²⁸

A indeterminação subjetiva se dá por sua característica de indivisibilidade. “São interesses indivisíveis e, embora comuns a certas categorias de pessoas, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa são compartilhados: não há vínculo jurídico entre os titulares.”²²⁹

Pelo fato destes interesses serem indivisíveis, estes não podem ser tutelados pelas vias tradicionais do Direito. FAVA aponta que

(...) há diversos tipos de interesses difusos, no que dá conta da abrangência da espécie em análise, os quais arrola entre os seguintes modelos: (a) interesses tão abrangentes que chegam a colidir com interesse público...; (b) interesses menos abrangentes, como aqueles que afetam a um grupo de consumidores de determinado produto avariado; (c) interesses que conflitam com interesses das comunidades como um todo...; (d) interesses que conflitam com interesses do Estado, como só ocorre em matéria tributária e de arrecadação fiscal; (e) interesses de grupos conflitantes.²³⁰

Ainda, no Código de Defesa do Consumidor, em que se encontram tutelados também os direitos difusos, é estabelecido que a Ação Coletiva deve ser utilizada para garantia dos direitos metaindividuais, demonstrados pela “imprecisão quanto aos sujeitos e a natureza indivisível do bem tutelado.”²³¹

Um terceiro elemento que se sobressai na tentativa de categorização dos direitos coletivos ou difusos coliga-se com o nexo de causalidade da aproximação dos interessados. Preponderantemente, os direitos difusos aplicam-se aos grupos a partir apenas da dimensão da humanidade, enquanto os demais direitos coletivos dirigem-se a categorias ou grupos que decorrem da noção corporativa.²³²

Uma classificação mais detalhada da categoria dos interesses difusos nos aponta suas particularidades e demonstra as diferenças essenciais entre esse e os demais interesses jurídicos transindividuais. Com relação à indeterminação dos sujeitos, presente nos interesses difusos, a relação entre o sujeito e o objeto “é super ou meta-individual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um certo bem da vida difuso, como

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op. cit. p.26.

²²⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Ação civil pública e inquérito civil. Interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Atlas, 1999. p.106.

²²⁹ Ibidem, p. 105.

²³⁰ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 36.

²³¹ Ibidem, p. 37.

²³² Idem.

objeto.”²³³ A essência desses interesses não será alterada de forma alguma, continuando classificados como difusos por refletirem em uma coletividade. “Daí, resta a indeterminação das pessoas quanto ao bem objeto da relação.”²³⁴

A impossibilidade de se dividir o direito em partes a cada sujeito afetado pela relação jurídica estabelecida é fato intransponível e sem exceções. “É como se fosse uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só acarreta, necessariamente, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão da coletividade inteira”.²³⁵

Pode-se destacar outra característica importante destes direitos, qual seja o fato de possuir “transição ou mutação no tempo e no espaço”²³⁶, por não apresentarem-se fixados em uma base jurídica e sim aos fatos que ocorrem na sociedade, podem ocorrer mudanças de tempo em tempo, “podendo, mesmo, fenecer e desaparecer, seguindo o declínio e a extinção dessas situações.”²³⁷

Rosana Marques NUNES sustenta a possibilidade de defesa pelo sindicato de direitos e interesses difusos da categoria, alegando que “Assim, cabe ao sindicato a representação judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e individuais da categoria,(...)”²³⁸

Mais adiante, deixa claro a autora seu posicionamento acerca do mencionado assunto.

(...) podemos dizer também que em relação aos interesses coletivos há um forte dissenso doutrinário, não havendo um posicionamento único sobre a verdadeira natureza jurídica da legitimidade. Porém, acreditamos ser plenamente viável a defesa de interesses difusos e coletivos pelos sindicatos, desde que respeitada a pertinência temática, ou seja, a matéria tratada deve ser sempre relacionada a interesses trabalhistas.²³⁹

Assim, percebemos que “nos interesses difusos, os membros titulares não raramente sequer se conhecem. Muitas vezes, não têm, mesmo, consciência da identidade de seus recíprocos interesses.”²⁴⁰

Ao abordar a categoria de interesses difusos, Francisco Gérson Marques de LIMA nos informa também, no mesmo sentido dos demais autores, que:

²³³ LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 332.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Ibidem, p. 333.

²³⁷ Idem.

²³⁸ NUNES, Rosana Marques. Representação sindical: Limites e substituição processual. **Suplemento Trabalhista LTr.**, São Paulo, n. 118/07, p. 499-505, out, 2007. p. 502.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ Idem.

Interesses há, entretanto, que são comuns a toda uma categoria de pessoas; não obstante, não se pode determinar com precisão quais os indivíduos que se encontram concretamente por ele unidos (...) Convencionou-se chamar esses últimos interesses de difusos, porque, além de transindividuais, dizem respeito a titulares dispersos na coletividade (...) Portanto, denomina-se difuso o interesse de um grupo, ou de grupos, de pessoas, entre as quais inexistente um vínculo jurídico ou fático muito preciso, constituindo-se um grupo menos determinado de pessoas.²⁴¹

O efeito da sentença originária de ação decorrente de interesses difusos será *erga omnes*, ou seja, atingirá a toda a população, havendo a necessidade de um único litígio judicial.

Estes, portanto, os contornos dos interesses difusos, gizados pelos traços da indivisibilidade, quanto ao objeto, e da indeterminação, quanto ao sujeito, e auferindo amplitude inimaginável, pronta a traduzir, da mais pungente forma, os traços típicos da sociedade massificada.²⁴²

Para DELGADO, os interesses difusos “têm qualidade massiva por sua própria natureza, uma vez que atingem necessariamente uma dimensão comunitária”²⁴³, sendo outra característica a de possuírem impacto social genérico.

Realizando pesquisa jurisprudencial encontramos alguns exemplos de demanda coletiva em que se trata de interesses difusos na área de competência da Justiça do trabalho. Decidiu TRT da 15ª região²⁴⁴ por impedir as empresas do setor sucroalcooleiro de praticarem a contratação de empresa interposta através de turmeiros ou "gatos" que tem se mostrado incompatível com os avanços observados na sociedade e na legislação trabalhista, por negar aos trabalhadores acesso a direitos básicos garantidos pelo ordenamento jurídico.

Outra possibilidade foi obtida junto ao TRT da 17ª região. Trata-se de uma demanda onde se discute a obrigação de contratação e matrícula de aprendizes, em face da aplicação do artigo 429 da CLT. Entendeu o Tribunal Regional que:

O oferecimento de oportunidades aos jovens aprendizes não é mera questão de ‘abrir vagas’, mas o

²⁴¹ LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Direito Processual...**, p. 331.

²⁴² FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 38.

²⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. Op cit. p. 222.

²⁴⁴ SÃO PAULO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 15ª Região. INTERPOSTA PESSOA – LICITUDE – INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE DO TOMADOR – A contratação por empresa interposta, fora das estritas previsões legais, é proibida, consoante entendimento cristalizado na Súmula nº 331 do C. TST, pois, nessa modalidade, a contratante simplesmente substitui empregados ligados à sua atividade-fim por empregados de outra empresa, no intuito de evitar a formação de vínculo empregatício com a tomadora, permanecendo, no mais, a relação subordinada entre esta e os trabalhadores. No setor sucroalcooleiro, a prática histórica de contratação através de turmeiros ou "gatos" tem se mostrado incompatível com os avanços observados na sociedade e na legislação trabalhista, por negar aos trabalhadores acesso a direitos básicos garantidos pelo ordenamento jurídico. Consequentemente, os esforços no sentido de estabelecer melhores condições de trabalho e de responsabilização dos tomadores de mão-de-obra constituem interesses coletivos e difusos, passíveis de interpelação judicial pelo Ministério Público do Trabalho, quando a adequação dos meios de produção encontra resistência por parte de empresas do setor. (TRT 15ª R. – RO 868-2006-039-15-00-0 – (45266/09) – 9ª C. – Rel. Nildemar da Silva Ramos – DOE 17.07.2009 – p. 143).

oferecimento de reais oportunidades, para construir uma percepção profissional ao menor, viabilizando projetos de vida para as novas gerações. O não-oferecimento dessa oportunidade poderia acarretar um preço elevado. Não custa lembrar os custos referentes à violência, discriminação e insegurança social que a sociedade brasileira está suportando há muito tempo. A contratação de aprendizes é obrigação prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, Estatuto da Criança e do Adolescente e Decreto nº 5.598/2005, que regulamentou a contratação de aprendizes. – DANO MORAL COLETIVO – Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação. O tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Deixar de contratar aprendizes afeta toda a sociedade e afronta o princípio social da empresa.²⁴⁵

Destacamos também a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que reconheceu a possibilidade de defesa coletiva através de sindicato de direito difuso na seara da Justiça do Trabalho.²⁴⁶

Direitos ou interesses coletivos *estricto sensu* são aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nesta modalidade de interesse/direito metaindividual, a relação se estabelece anteriormente ao fato. Assim, José Marcelo VIGLIAR, verbera que “a união dos interessados *a priori* é essencial e não deve estar presente apenas no momento da defesa em juízo. Cada interessado merece idêntico tratamento (indivisibilidade de interesse), e esta é a peculiaridade que mais caracteriza essa modalidade de interesse transindividual (...)”²⁴⁷

Além do seu caráter massivo, apontado por DELGADO²⁴⁸, os interesses coletivos aproximam-se dos interesses difusos por tratarem de objetos de natureza indivisível. No entanto se afastam pela identificação do sujeito; assim, tanto as ações propostas com

²⁴⁵ ESPÍRITO SANTO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 17ª R. – RO 00073.2007.013.17.00.0 – Relator: Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes. Decisão Unânime. Vitória, 22 de novembro de 2007. DJ 07.02.2008. Disponível a partir de www.trt17.gov.br

²⁴⁶ SÃO PAULO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 15ª Região – RO 01159.2005.096.15.00.6 – 1ª T. – Rel. Juiz Wilton Borba Canicoba – DJSP 26.01.2007- DEFICIENTE FÍSICO – INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE – POSSIBILIDADE DE DISPENSA – DIREITO DIFUSO – Não há vedação legal à demissão do deficiente físico, excepcionada a hipótese de explícito ato discriminatório, caso em que incide o disposto na Lei nº 9.029/1995. A Constituição da República permite a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I), impondo apenas o pagamento de uma indenização compensatória. Tem o empregador, portanto, o direito de proceder à dispensa arbitrária de seu empregado portador de deficiência (cegueira), salvo quando esta tiver decorrido de acidente do trabalho. Nos termos do art. 93 da Lei nº 8.213/1991, empresas com mais de 100 empregados devem preencher certos percentuais de seus cargos (que variam de 2 a 5%) com beneficiários reabilitados pelo INSS ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. O § 1º do citado artigo, no entanto, não prevê a estabilidade desses empregados, exigindo apenas a prévia contratação de substituto em condição semelhante. Tal garantia não consiste em direito individual do empregado, mas sim em dever jurídico imposto à empresa de contratar previamente o substituto, configurando direito difuso que, como tal, não se amolda à postulação em caráter individual. Devem os legitimados coletivamente (como sindicato e Ministério Público do Trabalho) valer-se de ação de caráter coletivo ou ação civil pública para que eventual lesão seja reparada.

²⁴⁷ VIGLIAR, José Marcelo. **Ação civil pública**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 76.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 223.

fundamento em direitos coletivos serão apreciadas pelo Judiciário como uma ação de direito de grupo determinado, ainda que substituído processualmente.

O Tribunal Superior do Trabalho “enxergava as ações coletivas desta forma: o substituto processual, legitimado ativo, apenas figurava em lugar dos substituídos, que vinham relacionados no final da petição inicial. Cuidava-se, desta forma, de proteção de interesses coletivos genericamente tomados, mas não de interesses de classe, como exige a conceituação estrita do termo.”²⁴⁹

Assim, direitos coletivos “são aqueles que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas. Dizem respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados por uma situação jurídica.”²⁵⁰

LIMA os concebe como sendo aqueles “pertinentes a toda uma categoria de pessoas ou facilmente determináveis, unidas umas às outras por um vínculo jurídico, não necessariamente formal, em prol de um objetivo comum.”²⁵¹

A indeterminação do sujeito é ponto crucial para distinção entre direitos difusos e coletivos uma vez que “os titulares dos direitos coletivos não apenas são identificáveis, ao reverso do que ocorre com os difusos, como se encontram ligados por um elemento jurídico básico, enquanto a justaposição dos sujeitos de interesses difusos decorre de situação fática acidental, não preexistente.”²⁵²

Interesses cujos titulares podem ser identificados na figura de uma situação jurídica subjacente e básica, e cujo objeto é, para o grupo, indivisível, tipificam os direitos coletivos. Outra espécie há de interesses metaindividuais processualmente indivisíveis, mas de quotização pessoal possível, identificada como a dos “individuais homogêneos”.²⁵³

Amauri Mascaro NASCIMENTO leciona que o sindicato pode atuar na defesa de “interesses da categoria econômica ou profissional que representa quando há um interesse sindical ou de classe a defender (há situações nas quais se confundem o interesse individual de um dirigente sindical e o interesse de toda a categoria representada por ele, casos em que é possível falar em direitos coletivos de titularidade individual, como, também, configura-se hipótese semelhante quando o sindicato defende, judicialmente, a interpretação de uma cláusula de convenção coletiva cuja decisão, embora um dissídio individual, pode interessar a

²⁴⁹ Ibidem, p. 39.

²⁵⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 106.

²⁵¹ LIMA, Francisco Gerson Marques de. Op. cit., p. 331.

²⁵² FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 39.

²⁵³ Idem.

toda a categoria).”²⁵⁴

FAVA indica que “Condôminos, empregados de certa atividade econômica ou de mesma empresa, profissionais liberais da mesma área de atuação, membros de seita ou religião, sócios de clube esportivo, lesados por certo ato que se associem em razão disso, associações de consumidores ou de moradores de certa região, são exemplos de configuração de relação jurídica base, conseqüência de que podem nascer interesses coletivos *estricto sensu*.”²⁵⁵

Destaca ainda o referido autor que o artigo 511²⁵⁶ da CLT “define categoria profissional como a expressão social elementar decorrente da similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum (...).”²⁵⁷

Vale destacar que apesar do conceito claro de categoria, a hipótese da chamada terceirização lícita fere o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, da CF/1988): o empregado que presta serviços à empresa tomadora (que terceirizou serviços) faz jus às vantagens previstas nas normas coletivas aplicáveis aos empregados da tomadora.²⁵⁸

Com relação a este assunto DELGADO argumenta que:

Somente pode ser organização sindical efetivamente representativa da categoria profissional do trabalhador terceirizado aquela entidade sindical que represente, também hegemonicamente, os trabalhadores da empresa tomadora de serviços do obreiro. Toda a formação profissional, seus interesses profissionais, materiais e culturais, toda a vinculação laborativa essencial do trabalhador terceirizado, tudo se encontra direcionado à empresa tomadora de serviços, e não à mera intermediária de mão-de-obra. A real categoria profissional desse obreiro é aquela em que ele efetivamente se integra em seu cotidiano de labor.²⁵⁹

Os interesses individuais homogêneos são individuais na essência, porém, acidentalmente coletivos, eis que apenas na sua forma são coletivos. Note-se que a demanda coletiva que visa defender tais direitos/interesses não pode ser vista como ação individual plúrima exercitada por mero litisconsórcio ativo.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, FAVA²⁶⁰ aponta que mesmo que nesta relação os “sujeitos sejam identificáveis e a eles seja possível atribuir quotização do

²⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 387.

²⁵⁵ FAVA, Marcos Neves. Op. cit. p., 39

²⁵⁶ § 2º.” A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Embora este assunto não se trate especificamente do tema deste trabalho.

²⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** p. 469.

²⁶⁰ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 39-40.

objeto tutelado, a identidade da situação fática em que se envolvem é tão evidente e preponderante que exige tratamento homogêneo. Interesse puramente individual seria, se não houvesse, em decorrência de fato comum, tantos indivíduos sofrendo a mesma lesão.”

No entanto, pela aparente impropriedade na classificação de direitos individuais ainda que homogêneos como direitos transindividuais, existem autores que entendem não ser possível a sua classificação ao lado dos difusos e coletivos. Porém, FAVA nos mostra que

(...) tal posicionamento não parece correto, a uma, porque a grande cumulação de pessoas na mesma situação fática, enfrentando as mesmas conseqüências, oriunda no mesmo fato lesivo, convola o conflito de meramente individual em social; a duas, porque o legislador emprestou natureza indivisível, para fins de proteção do interesse não individual assim tipificado, embora possível sua quotização.²⁶¹

Assim, mesmo sendo as relações transindividuais constituídas simplesmente pela relação fática existente, merecem tutela diferenciada pelo Direito, possuindo a diferenciação entre estes direitos individuais homogêneos e difusos baseada na “divisibilidade do objeto, na determinação dos titulares, presente, por forte quotização, nos primeiros, e ausente nos últimos”²⁶², não possuindo o caráter massivo dos outros interesses.

Os direitos coletivos e individuais homogêneos possuem maior similitude entre seus objetos, por serem divisíveis, bem como da possível identificação dos sujeitos e do fato de pertencerem a classe de direitos transindividuais, portanto a diferença constará na ausência de relação jurídica básica precedente ao fato, permanecendo este estado inalterado após, porém sem haver vínculo jurídico precedente ou conseqüente relevante entre os titulares de interesses homogêneos comuns.²⁶³

Outro conceito de interesses individuais homogêneos é o trazido por LIMA²⁶⁴, para o qual são “aqueles que apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais que lhes conferem coesão ou aglutinação suficiente para destacá-los da massa de indivíduos.”

A gênese legislativa da possibilidade de defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores está no Código de Defesa do Consumidor, aplicado analogicamente e estendendo-se seus efeitos à Justiça do Trabalho, aplicando-se nessa modalidade de ação algumas características processuais criadas inicialmente para as ações de direito individual,

²⁶¹ Ibidem, p. 40.

²⁶² Ibidem, p. 40-41.

²⁶³ Ibidem, p. 41.

²⁶⁴ LIMA, Francisco Gerson Marques de. Op. cit., p. 333.

dentre elas as competências e condições para propositura da ação.²⁶⁵

Como exemplo, menciona FAVA, a ação civil pública movida para alcançar a diferença do FGTS devida aos trabalhadores, ocasionada pelos planos Verão e Collor. Verificamos nesse exemplo que

(...) até o fato-origem da lesão, nenhuma relação subjazia a unificar ou aconchegar em terreno unívoco tais trabalhadores, que, entretanto, a partir do advento dos referidos planos – ou, para alguns, da publicação da lei complementar evocada -, passaram a desfrutar do mesmo status de titulares de um interesse individual de natureza e qualificação inequivocamente homogêneas.²⁶⁶

SMANIO²⁶⁷ explica que os direitos individuais homogêneos não dizem respeito a um mero litisconsórcio “com pluralidade subjetiva. Mas de uma demanda só, objetivando a tutela dos interesses individuais homogêneos.” Para concluir, em relação a esses direitos individuais homogêneos e sua relação com os interesses transindividuais, FAVA os classifica como:

Divisíveis, no plano do direito material, indivisíveis na proteção processual coletiva, atribuíveis, por quotização, aos titulares que, por sua vez, são plenamente identificáveis, ainda que seu número conjunturalmente, possa ultrapassar a casa dos milhões, os interesses individuais homogêneos assim se definem e figuram como a novidade no universo da proteção coletiva de direitos.²⁶⁸

Assim, os direitos individuais homogêneos são aqueles que são passíveis de individualização e identificação dos sujeitos atingidos, mas cujos efeitos abrangem uma coletividade e por isso não são tutelados individualmente.

3.2 DIREITOS COLETIVOS “*LATU SENSU*” COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

O estudo da efetividade do direito de acesso ao judiciário nada mais é que o estudo da efetivação dos direitos fundamentais, sendo dever do jurista de todo gênero, ao utilizar e aplicar o direito pátrio sob a visão constitucional e de proteção aos direitos fundamentais e humanos, interpretar o texto constitucional de maneira que seja propiciada a maior efetividade possível.

²⁶⁵ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. O cancelamento do enunciado n. 310 do Tribunal Superior do Trabalho e a substituição processual. **Revista LTR**, São Paulo, v. 67, n. 10, p. 1.179-1.183, out. 2003. p. 1.181.

²⁶⁶ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 41.

²⁶⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 108.

²⁶⁸ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 39-40.

Buscando-se combater a falta de efetividade no acesso ao judiciário há crescente o fenômeno conhecido por *constitucionalização do processo*, no qual este é interpretado de acordo com os princípios constitucionais de acesso à Justiça, caracterizando-se, conforme exposto por LEITE²⁶⁹: pela inversão dos papéis da lei e da Constituição Federal, pelo novo conceito de princípios jurídicos, pelos métodos de prestação da tutela jurisdicional, pela coletivização do processo; pela ampliação da legitimação *ad causam*, pela ampliação dos efeitos da coisa julgada, pelo ativismo judicial, pela supremacia das tutelas alusivas à dignidade humana e aos direitos da personalidade, e pela possibilidade de controle judicial de políticas públicas.

Os direitos fundamentais possuem em seu conteúdo as estruturas básicas da sociedade e do Estado, desta maneira promovendo o suporte jurídico necessário à proteção de outros importantes direitos materialmente com eles conformados, bem como à incorporação de novos direitos fundamentais, promovendo o desenvolvimento do sistema constitucional como um todo, sendo estas algumas funções relevantes, conforme sua concepção material.

Para Enoque RIBEIRO DOS SANTOS, “Modernamente, dentre os direitos econômicos e sociais destacam-se o direito ao trabalho, a fixação de um salário mínimo, o estabelecimento de uma duração máxima para o trabalho, o amparo ao desempregado, a proteção à mulher e ao menor, o auxílio em caso de doença ou invalidez, a concessão de aposentadoria, a garantia de acesso à educação, o direito de formar sindicatos, de liberdade sindical, o direito de greve entre outros.”²⁷⁰

No entendimento de LEITE, o Estado Democrático de Direito “cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira (direitos civis e políticos) e segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) dimensões, mas também os direitos de terceira dimensão (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).”²⁷¹

Nos Estados democráticos é clara a preocupação com a limitação de poder dos representantes do povo, responsáveis pelo governo e legitimados pelo voto para atuarem como mandatários, e em nossa Constituição estas limitações estão dispostas como direitos fundamentais, verdadeiras ferramentas para defesa do cidadão face a todo tipo de abusividade.

²⁶⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à Justiça como direito humano e fundamental. **Revista LTr**, São Paulo, a. 72, p. 149-153, fev. 2008. p. 150.

²⁷⁰ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. **Revista LTr**, São Paulo, a. 72, p. 277-284, março, 2008. p. 277.

²⁷¹ LEITE, Carlos Henrique bezerra. **O acesso à Justiça** ..., p. 49.

Bem observado quanto à limitação do poder estatal pela soberania popular, pois é desta que decorre o poder do Estado, ainda que não reconhecido no Direito Positivo, o que não lhe retira ou diminui a importância, observado que a gênese dos direitos fundamentais é encontrada nas lutas sociais, que se podem considerar uma constante no decorrer do processo histórico.

Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, os direitos fundamentais cumprem

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²⁷²

Doutrinariamente os direitos fundamentais são classificados em primeira, segunda, terceira gerações ou dimensões, cuja divisão é baseada na ordem cronológica de seu reconhecimento constitucional. No entanto, muitos já defendem a ideia de haver direitos de quarta e quinta dimensões.

Preferiu-se usar o termo dimensões ao termo gerações tendo em vista que “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter progressivo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.”²⁷³

Quando são examinados os direitos fundamentais, tendo como parâmetro a sua finalidade, que pode ser descrita como garantir o máximo de autonomia e dignidade aos indivíduos, vislumbra-se a razoabilidade da defesa de sua aplicação em todas as hipóteses onde possa haver comprometimento dessa esfera de autogoverno.

O âmbito laboral, em razão de suas particularidades, em especial a subordinação jurídica do empregado, é propício à chamada horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, à aplicação desses direitos a relações entre particulares.

Como consequência imediata da celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes de organização, fiscalização e disciplina do trabalho do qual decorre o dever do empregado de subordinação, assumindo dependência hierárquica perante o empregador. Há, portanto, manifesta assimetria de poder, circunstância que pode fomentar a

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541, apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

²⁷³ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008. p.100.

exacerbação das faculdades próprias dos poderes de dirigir e disciplinar enfiados nas mãos do empregador. Indispensável, assim, o recurso aos direitos fundamentais justamente para impedir eventuais abusos de parte do empregador.

No rol de direitos fundamentais de segunda dimensão estão relacionados pela doutrina os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, possuindo os direitos desta categoria estreito vínculo com o princípio da igualdade, uma vez que motivados pelas lutas sociais que marcaram o início do século XX, que exigiram para sua implementação prestações positivas do Estado.

Os direitos coletivos são encontrados ao longo do texto constitucional e são caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI); o direito de greve (arts. 9º e 37, VII); o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10); a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11); o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, §4º, 29, XIII e 61, §2º, ou ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos.²⁷⁴

Assim, dentro do rol de direitos coletivos encontramos os direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles as garantias à defesa de seus interesses por meio das entidades sindicais e do Ministério Público.

Na medida em que a Constituição confere proteção a direitos e interesses dos trabalhadores, mister se faz a procura por mecanismos que visem assegurar a solução rápida dos litígios que envolvam os direitos fundamentais. O meio ambiente saudável de trabalho é entendido como um direito fundamental do trabalhador.

A jurisprudência unifica o entendimento de que a não violação de normas trabalhistas de medicina e segurança é direito fundamental do trabalhador. Destacamos o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, demonstrado no Acórdão nº 33658-2009, publicado em 06/10/2009. Em tal julgamento ficou assentado que não basta o simples fornecimento de aparelhos de proteção para que o empregador possa desincumbir-se

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.195.

da obrigação do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho²⁷⁵. Já o acórdão nº 204-2009, publicado em 20/01/2009, afirma que o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado constitui direito fundamental do trabalhador, sendo que a supressão do suporte básico de higiene e proteção dos empregados no ambiente do trabalho viola a honra e dignidade do trabalhador, ou seja, gera abalo moral ao trabalhador.²⁷⁶

3.3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO DIREITO COLETIVO FUNDAMENTAL

O Direito Ambiental, conforme a Política do Meio Ambiente e suas normas de garantia, contempla faces distintas, dentre elas o meio ambiente do trabalho.

Nesse diapasão, o meio ambiente do trabalho é aquele em que o homem desenvolve a sua atividade laborativa. Nesse ambiente os bens tutelados são a saúde e a segurança do trabalhador, cabendo ao empregador por meio do método preventivo e de maneira objetiva, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

²⁷⁵ PARANÁ. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 9ª Região. ACIDENTE DE TRABALHO - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO - OMISSÃO CULPOSA DO EMPREGADOR E CONSEQÜENTE RESPONSABILIZAÇÃO. O art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República, assegura ao trabalhador o direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho" e o art. 157 da CLT dispõe que "cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais". Ressalte-se que o entendimento jurisprudencial vogante sobre a matéria é o de que não basta o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. Inteligência da Súmula 289 do C.TST. Conclui-se que as normas de segurança e medicina do trabalho não foram observadas pela ré, caracterizando sua culpa, ainda que leve. Procedesse a ré com a diligência que o caso requer, ou seja, medidas preventivas e periódicas e fornecimento de EPIs adequados, haveria a devida adequação do ambiente laboral, sem riscos ao colaborador. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. O dano estético afeta a integridade pessoal do ser humano, em geral, e em particular a harmonia física, concebidas como materialização de um direito humano garantido no nível constitucional, sendo compensável pela anomalia que a vítima passou a ostentar. Quanto ao dano moral, o valor indenizatório segue a aplicação dos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade (extensão do dano - art. 944 do CCB/02; bem jurídico lesado; capacidade econômica da vítima e ofensor; grau de culpa do agente e eventual participação culposa da vítima). (TRT-PR-04657-2008-664-09-00-0-ACO-33658-2009 - 1A. TURMA, Relator: CELIO HORST WALDRAFF, Publicado no DJPR em 06-10-2009) Disponível a partir de <http://www.trt9.jus.br> . Acesso em 22 nov. 2009.

²⁷⁶ PARANÁ. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 9ª Região. TRABALHADOR RURAL - DESCUMPRIMENTO DA NR 31 DA PORTARIA N. 86/2005 do MTB NO LOCAL DE TRABALHO - DANO MORAL - ARTIGO 1º, III E IV, DA CF - é manifesto o abuso no exercício do poder diretivo do empregador ao suprimir suporte básico de higiene e proteção dos empregados no ambiente de trabalho, configurando clara violação à honra e dignidade do trabalhador (art. 5º, inciso X, e art. 1º, inciso III, da CF/88), que é colocado em situação constrangedora, como na hipótese em apreço. Imperioso registrar, ainda, que o direito ao meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado constitui direito fundamental do trabalhador, à luz do inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal. Sobressai evidente, pois, o abalo moral do trabalhador submetido a condições subhumanas (sic) de higiene e saúde do ambiente de trabalho, pois capaz de desencadear sérios danos à saúde do trabalhador, com efeitos sobremodo deletérios causados à sua intimidade e à sua dignidade. (TRT-PR-00803-2007-093-09-00-4-ACO-00204-2009 - 2A. TURMA, Relator: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPÃO, Publicado no DJPR em 20-01-2009). <http://www.trt9.jus.br>. Acesso em 25 nov. 2009.

O meio ambiente do trabalho é protegido pela Constituição Federal pelo artigo 7º, inciso XXII e artigo 200, inciso VIII; e, também, pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seu capítulo V, artigos 154 e seguintes. Desta forma, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXII estabelece como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”; e, em seu artigo 200, inciso VIII estabelece a competência ao sistema único de saúde em “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. Já a Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo supracitado, estabelece obrigações ao empregador em relação ao meio ambiente do trabalho.

Joselita Nepomuceno BORBA entende que o meio ambiente do trabalho deve ser entendido como direito coletivo. Assevera que “é certo que atividades e profissões, pela sua complexidade, atenção e dispêndio de energia física ou mental, podem, inconscientemente e ao longo do tempo, provocar danos à saúde ou à vida do trabalhador. O direito a ambiente de trabalho adequado é uma garantia constitucional. A tutela desse direito, que é coletivo, na forma da lei, fica a cargo da Justiça Especializada.”²⁷⁷

Nessa linha de raciocínio, o meio ambiente do trabalho deve ser entendido pela relação entre o ambiente físico, a atividade desenvolvida e as condições fornecidas pelo empregador para o desenvolvimento desta atividade. Contudo, deve o empregador primar pela preservação da saúde, pela prevenção de acidentes e prevenção das doenças profissionais.

A Constituição da República, em seu artigo 200, inciso VII²⁷⁸ consagra o meio ambiente do trabalho como matéria de atribuição do sistema único de saúde.

O meio ambiente do trabalho pode ser definido como “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente.”²⁷⁹

A Lei 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso I, define meio ambiente em geral o conjunto das condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. O STF ao editar a Súmula 736²⁸⁰, consagra a importância na defesa do meio ambiente do trabalho.

²⁷⁷ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2002. p. 52.

²⁷⁸ Brasil, Constituição da República, VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

²⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2a ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p.5.

²⁸⁰ Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

A Organização Internacional do Trabalho elaborou algumas importantes convenções, que foram ratificadas pelo Brasil - é cediço que a convenção internacional, após aprovada pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, e nos termos previstos pelo art. 49, inciso I, da Constituição Federal, é submetida à ratificação do Presidente da República. A convenção ratificada é equiparada à lei federal.

Ressalte-se que o Brasil ratificou quatro convenções internacionais que cuidam do ambiente do trabalho. São elas:

a) Convenção 148, de 1977, da Organização Internacional do Trabalho, que cuida do meio ambiente do trabalho quanto à contaminação do ar, ruídos e vibrações, para destacar a necessidade de uniformização do tratamento da qualidade do meio ambiente como um todo, sendo que a poluição produzida por uma empresa ou indústria não permanece na sua área somente, mas pode atingir toda a vizinhança. Essa convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional em 14 de janeiro de 1982, e promulgada por meio do Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986;

b) Convenção nº 152, que trata da segurança e higiene dos trabalhos portuários, foi ratificada pelo Congresso Nacional em 17 de maio de 1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.534, de 19 de setembro de 1990;

c) Convenção nº 155, de 1981, sobre segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente, e foi ratificada pelo Congresso Nacional em 18 de maio de 1992 e promulgada por meio do Decreto Federal nº 1.254/94. Tal convenção conceituou o local de trabalho, em seu art. 3º, nos seguintes termos: “A expressão lugar de trabalho compreende todos os locais onde os trabalhadores devem permanecer ou para onde têm que se dirigir em razão do seu trabalho, e que se acham sob o controle direto ou indireto do empregador”. Diz, ainda, o art. 3º que o termo trabalhadores abrange todas as pessoas empregadas, inclusive os funcionários públicos. O mesmo dispositivo reza, ainda, que o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e que estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho;

d) Convenção nº 161, que trata dos serviços de saúde do trabalho, foi ratificada em 18 de maio de 1990, e promulgada por meio do Decreto nº 127, de 22 de maio de 1991. Tal convenção, assim como a Convenção nº 155/81, contém importantes definições em seu art. 1º, e, em seu art. 5º, elenca as funções que devem ser atribuídas aos serviços de saúde.

O descumprimento das normas de proteção do meio ambiente de trabalho é um dos principais elementos ensejadores de dano coletivo decorrente da relação de trabalho. Conforme João Carlos TEIXEIRA o referido descumprimento decorre da violação de normas

trabalhistas de medicina e segurança no trabalho:

... apresenta-se como um primeiro exemplo de dano moral coletivo na relação de emprego, decorrente da violação das normas trabalhistas de medicina e segurança no trabalho, sendo certo que a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança constitui-se em direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, nos exatos termos do inciso XXII do art. 7º da Magna Carta e obrigação do empregador, *ex vi* dos arts. 154 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. A violação dessas normas coloca em risco a vida, a saúde e a integridade física dos trabalhadores, que também fazem parte do meio ambiente de trabalho, posto que a sua força de trabalho é um dos principais meios de produção, que se encontram à disposição e sob a direção do empregador.²⁸¹

A jurisprudência já pacificou o entendimento de que a violação de normas trabalhistas de medicina e segurança do trabalho gera dano coletivo. Conforme entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, demonstrado no Acórdão nº 33658-2009, publicado em 06/10/2009, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não basta o simples fornecimento pelos empregadores dos aparelhos de proteção para desincumbir-se da obrigação do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, conforme estabelece o artigo 157 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁸². Em outra decisão o mesmo Tribunal reconhece que o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado constitui direito fundamental do trabalhador, sendo que a supressão do suporte básico de higiene e proteção dos empregados no ambiente do trabalho viola a honra e dignidade do trabalhador.²⁸³

²⁸¹ TEXEIRA, João Carlos. Op. Cit., p. 125-126.

²⁸² PARANÁ. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 9ª Região. ACIDENTE DE TRABALHO - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO - OMISSÃO CULPOSA DO EMPREGADOR E CONSEQÜENTE RESPONSABILIZAÇÃO. O art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República, assegura ao trabalhador o direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho" e o art. 157 da CLT dispõe que "cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais". Ressalte-se que o entendimento jurisprudencial vigente sobre a matéria é o de que não basta o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. Inteligência da Súmula 289 do C.TST. Conclui-se que as normas de segurança e medicina do trabalho não foram observadas pela ré, caracterizando sua culpa, ainda que leve. Procedesse a ré com a diligência que o caso requer, ou seja, medidas preventivas e periódicas e fornecimento de EPIs adequados, haveria a devida adequação do ambiente laboral, sem riscos ao colaborador. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. O dano estético afeta a integridade pessoal do ser humano, em geral, e em particular a harmonia física, concebidas como materialização de um direito humano garantido no nível constitucional, sendo compensável pela anomalia que a vítima passou a ostentar. Quanto ao dano moral, o valor indenizatório segue a aplicação dos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade (extensão do dano - art. 944 do CCB/02; bem jurídico lesado; capacidade econômica da vítima e ofensor; grau de culpa do agente e eventual participação culposa da vítima). (TRT-PR-04657-2008-664-09-00-0-ACO-33658-2009 - 1A. TURMA, Relator: CELIO HORST WALDRAFF, Publicado no DJPR em 06-10-2009) Disponível a partir de www.trt9.jus.br Acesso: em 22 maio. 2010.

²⁸³ PARANÁ. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 9ª Região. TRABALHADOR RURAL

Assim, hipóteses como supressão do intervalo para repouso ou alimentação, assédio moral coletivo, revista excessiva e poluição química do meio ambiente de trabalho, além de descumprirem normas de proteção do meio ambiente do trabalho, pois ferem as normas trabalhistas de medicina e segurança no trabalho, geram dano coletivo.

Uma hipótese de prática trabalhista de descumprimento de normas de proteção do meio ambiente do trabalho é a supressão do intervalo para repouso ou alimentação. Entretanto, a Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI – I do TST é no sentido de considerar inválida norma de Convenção Coletiva de Trabalho e de Acordo Coletivo de Trabalho que estipule supressão ou redução do intervalo para repouso ou alimentação, pois o intervalo se caracteriza como medida de higiene, saúde e segurança do trabalho.

Ainda, pode-se citar a poluição química no meio ambiente do trabalho como hipótese de descumprimento das normas do meio ambiente do trabalho. Elementos químicos como o chumbo, benzeno e os agentes cancerígenos em geral, devem ser submetidos a trabalhos de gerenciamento de riscos químicos, sendo que o contato excessivo com os trabalhadores sem as devidas precauções pode causar danos, muitas vezes irreparáveis, à saúde dos trabalhadores.²⁸⁴

Ora, a poluição química gerada devido ao descumprimento pelo empregador das normas do meio ambiente do trabalho caracteriza o dano coletivo na esfera trabalhista.

Além das hipóteses citadas acima se pode mencionar, também, “a duração excessiva da jornada, falta de repouso suficiente, trabalhos em turnos de revezamento, tarefas repetitivas, trabalho penoso, esforço físico, ambiente hostil, posturas inadequadas, ritmo de trabalho, atenção e tensão constantes”.²⁸⁵

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são princípios constitucionais previstos no artigo 1º da Constituição da República de 1988 em seus incisos

- DESCUMPRIMENTO DA NR 31 DA PORTARIA N. 86/2005 do MTB NO LOCAL DE TRABALHO - DANO MORAL - ARTIGO 1º, III E IV, DA CF - é manifesto o abuso no exercício do poder diretivo do empregador ao suprimir suporte básico de higiene e proteção dos empregados no ambiente de trabalho, configurando clara violação à honra e dignidade do trabalhador (art. 5º, inciso X, e art. 1º, inciso III, da CF/88), que é colocado em situação constrangedora, como na hipótese em apreço. Imperioso registrar, ainda, que o direito ao meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado constitui direito fundamental do trabalhador, à luz do inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal. Sobressai evidente, pois, o abalo moral do trabalhador submetido a condições subhumanas de higiene e saúde do ambiente de trabalho, pois capaz de desencadear sérios danos à saúde do trabalhador, com efeitos sobremodo deletérios causados à sua intimidade e à sua dignidade. (TRT-PR-00803-2007-093-09-00-4-ACO-00204-2009 - 2A. TURMA, Relator: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPÃO, Publicado no DJPR em 20-01-2009) Disponível a partir de www.trt9.jus.br. Acesso em 22 mai. 2010.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

²⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito de Trabalho**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 1063.

III e IV, respectivamente. No entanto, há práticas trabalhistas que confrontam citados princípios constitucionais, como a submissão dos trabalhadores a condição análoga à de escravo e a exploração do trabalho infantil ou adolescente e a inobservância das normas de proteção do trabalho.

A dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a manutenção de condições de higiene e segurança do trabalho constituem direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição da República, em diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

4. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL POR SINDICATOS

O perfil dos interesses dos trabalhadores passa por uma transformação paradigmática, decorrente de influencia filosófica e necessidades oriundas da realidade: a transposição da tutela de interesses e direitos meramente individuais, para, cumulativamente, tutela de interesses e direitos coletivos.

Ronaldo Lima dos SANTOS relata bem a questão desta transposição dos direitos individuais para o coletivo. Em um primeiro momento os bens eram algo que não pertenciam a ninguém e por isto, muitas vezes eram insignificantes, já que não possuem um titular determinado para este bem. Com o passar do tempo foi se admitindo a presença de objetos e lugares que não pertenciam somente a um único titular, já que um número razoável de pessoas utilizavam-se deste bem (*re communes*) e neste momento foi reconhecida a necessidade de sua proteção. Mesmo nas sociedades primitivas as coisas comuns mereciam tutela, assim como acontecia com o objetos sagrados (*re sacre*), entre outras. Com isto, os bens e interesses que não estão dentro da titularidade de uma única pessoa ou que estejam sob o interesses de um número ilimitado de pessoas, extrapolando a esfera individual, existiam desde a formação dos primeiros agrupamentos humanos.²⁸⁶

O artigo 6º do CPC consagra a máxima do direito individualista que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Todavia, a própria lei cria exceções, quando, no citado artigo está previsto que se houver autorização de lei, poderia haver situações em que uma pessoa não titular de um direito material promove-se a tutela processual deste direito alheio. Isso é o que a doutrina em sua maioria chama de substituição processual ou legitimação extraordinária.

Entende-se, portanto, por substituição processual ou legitimação extraordinária quando alguém, em nome próprio, pleiteia a defesa de direito alheio. Ou seja, o titular do direito processual não é o mesmo titular do direito material.

O tema está ainda em assentamento doutrinário e jurisprudencial, justamente em face à crise paradigmática que assola o Direito quando não se pode mais pensar de forma individual fenômenos jurídicos coletivos.

Cumprido esclarecer a diferenciação entre substituição e representação processual. A princípio poder-se-ia aplicar uma marca diferenciadora entre representação e substituição,

²⁸⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas**: Acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003. p. 60.

onde nesta se defende o direito alheio em nome próprio e naquela defende-se o direito de outrem em seu nome. Ou seja, na substituição, o substituto é parte em sentido processual e na representação, tal posição é do representado que também é parte no sentido material. Este é um conceito clássico, mas como veremos, a doutrina diverge e amplia significativamente a visão acerca da substituição.

A representação pode ser convencional, ou seja, oriunda de um contrato, a exemplo do advogado que representa o outorgante mediante mandato. Pode ainda decorrer de lei, como ocorre no Direito Civil em questões ligadas à incapacidade do titular do direito. A substituição é sempre legal, porque oriunda de lei autorizadora, ainda que esta a consagre amplamente como acontece no Processo do Trabalho, em razão do art. 8º, III, da Constituição.

Manoel SEVERO NETO informa que “a representação provém do latim *repraesentatio*, de *repraesentare*, que significa o ato ou efeito de representar. É um instituto, através do qual determinada pessoa é investida de poderes outorgados por outrém ou previsto em lei, para praticar atos em nome alheio.”²⁸⁷

Mais adiante o referido autor menciona que “Na substituição processual o substituto atua em nome próprio, exercitando um direito de ação próprio, na defesa de um direito substancial alheio.”²⁸⁸

A história da substituição processual trabalhista inicia-se antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1988. Vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho e de legislação esparsa já previam o instituto da substituição. Entretanto, como reconhece LEITE²⁸⁹, a interpretação era restritiva em relação ao instituto da substituição processual. Cita como exemplos as Súmulas 271²⁹⁰ e 286²⁹¹.

Acompanhando essa tendência restritiva, asseverava NASCIMENTO que “As leis

²⁸⁷ SEVERO NETO, Manoel. **Substituição processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. p. 39.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁸⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 276.

²⁹⁰ 271 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE – CANCELADA. Legítima é a substituição processual dos empregados associados, pelo sindicato que congrega a categoria profissional, na demanda trabalhista cujo objeto seja adicional de insalubridade ou periculosidade. (Res. 4/1988, DJ 01.03.1988) - Resolução TST nº 121, de 28.10.2003, DJU 19.11.2003, que cancelou o Enunciado nº 271.

²⁹¹ 286 - SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS - REDAÇÃO DADA PELA RES. 98/2000, DJ 18.09.2000. A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos. Histórico: Redação original - Res. 19/1988, DJ 18.03.1988.)

Assim dispunha a redação anterior: "286 - SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - CONVENÇÃO COLETIVA O sindicato não é parte legítima para propor, como substituto processual, demanda que vise à observância de convenção coletiva. (RA 19/88 - DJU 18.03.1988)" Resolução TST nº 121, de 28.10.2003, DJU 19.11.2003, que manteve o Enunciado nº 286. Resolução TST nº 98, de 11.09.2000, DJU 18.09.2000, que alterou o Enunciado nº 286.

brasileiras que regem a situação do sindicato na Justiça do Trabalho em dissídios individuais são confusas, assistemáticas e incompletas. Confusas, porque não elucidam, com clareza, a qualidade do sindicato como postulante, atribuindo-lhe ora a posição de representante, ora a de substituto processual. Assistemáticas, porque deveriam dedicar à matéria textos reunidos num capítulo, dada a sua relevância. Incompleta, porque deixam em aberto e sem resposta algumas dúvidas de interpretação.”²⁹²

De outro lado, Jose Antonio R. de Oliveira SILVA, defendeu que:

Entrementes, temos de nos orgulhar porque em nosso País o Processo do Trabalho foi pioneiro na implementação das ações coletiva, sendo que podemos citar, a título exemplificativo: a) o dissídio coletivo; b) a ação de cumprimento, prevista no art. 872, parágrafo único²⁹³; a ação em que se postula adicional de insalubridade ou periculosidade (artigo 195, §2º da CLT)²⁹⁴; d) a ação para recebimento dos reajustes salariais (artigo 3º da Lei n. 8073/90)²⁹⁵ e) a ação na qual se pleiteia a efetivação dos depósitos fundiários (artigo 25 da Lei n. 8078/90)²⁹⁶. Com exceção do dissídio coletivo, em todas as demais ações coletivas há substituição processual e, portanto, nosso processo é muito rico na experiência do instituto.²⁹⁷

Amauri Mascaro NASCIMENTO também menciona ainda os artigos 513, letra a, 791, parágrafo primeiro, 839 letra a e 843 caput, todos da Consolidação das Leis do Trabalho. Entendia que além deste o artigo 195 e o 872 eram exemplos de representação processual. Concluiu seu artigo reverberando que “1) o artigo 8, III, da Constituição Federal autorizou o sindicato a promover a defesa dos direitos e interesses, coletivos ou individuais, em ações judiciais, mas não especifica que o fará na qualidade de substituto processual. 2) Logo, o sindicato pode atuar como representante processual porque a substituição processual é forma extraordinária de legitimação que, de acordo com os princípios do Direito Processual, é

²⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ainda a Substituição Processual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região**, São Luis, v.5. n.01, págs. 19-30, jul.1996/ jun.1997, p. 19.

²⁹³ Art. 872. “Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.” (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 2.275, de 30.07.1954, DOU 02.08.1954).

²⁹⁴ § 2º. “Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.”

²⁹⁵ Art. 3º. “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.”

²⁹⁶ O artigo mencionado está na Lei 8036/90 - Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta Lei.

²⁹⁷ SILVA, Jose Antonio R. de Oliveira. A substituição processual como medida de acesso à Justiça. **Revista LTr**, São Paulo, a. 68, págs. 1084-1087, set. 2004, p.1084.

sempre condicionada a expressa disposição legal não contida no mencionado texto.”²⁹⁸

Atualmente, mesmo após o cancelamento da Súmula 310, NASCIMENTO mantém posicionamento restritivo ao instituto da substituição processual.²⁹⁹ Alega que “há, no processo do trabalhista, diversas figuras de representação: representação legal, decorrente da autorização da lei; representação convencional, que resulta da vontade, como a do empregador pelo preposto; representação geral, para todo o processo, como a do incapaz pelo seu representante legal, pai, tutor ou curador; representação parcial, para um ou alguns atos do processo, como a do sindicato para apresentar reclamação (CLT, art. 839, a).”³⁰⁰

Em relação à substituição processual o autor assim conceitua: “substituto é aquele a quem a lei confere legitimidade para estar em juízo em nome próprio, como autor da ação. Substituído é o titular do direito material, ausente da relação processual, nesta figurando o substituto processual. Dai a distinção entre parte no processo, que é o substituto, e parte na relação jurídica de direito material, que é o substituído.”³⁰¹

LEITE assevera que “representar significa estar presente, no lugar de outra pessoa, praticando atos que esta lhe tenha confiado. Em linguagem processualística, podemos dizer que a representação ocorre quando alguém figura num dos pólos da relação jurídica processual em nome e na defesa de interesse de outrem.”³⁰²

Em relação ao artigo 843 da Consolidação das Leis do Trabalho que prevê a possibilidade de “representação” nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, o autor argumenta que “no primeiro caso, está-se diante do litisconsórcio ativo, e, no segundo, de substituição processual.”³⁰³

E ainda prossegue na sua linha de conceito da representação. “É importante assinalar que a representação ora focalizada é meramente fática, e não processual, pois o sindicato, neste caso, não poderá transigir, desistir da ação, confessar, recorrer, etc.”³⁰⁴

Resume o conceito de substituição processual reconhecendo que “A doutrina pátria majoritária vem reconhecendo que o instituto da substituição processual, cuja origem é atribuída a Kohler, Wach e Chiovenda, consiste na permissão legal para que alguém atue em

²⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ainda a Substituição...**, p. 30.

²⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 408.

³⁰⁰ Ibidem, 391.

³⁰¹ Ibidem, 393.

³⁰² LEITE, Carlos H. Bezerra. **Curso de Direito Processual ...**, p. 342

³⁰³ Ibidem, 346.

³⁰⁴ Idem.

juízo como parte (autor ou réu), em nome próprio, mas postulando direitos de terceiro.”³⁰⁵

Com relação à substituição processual, vários autores, inclusive LEITE, desenvolvem a tese da legitimação ordinária dos sindicatos quando envolvidos direitos coletivos e difusos.

Outra questão que não pode deixar de ser mencionada é quanto à exclusividade da legitimidade. Quando no artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor fica expressamente obrigado ao Estado a proteção dos direitos coletivos e difusos nas relações de consumo, debruça-se automaticamente a doutrina e os tribunais na cômoda idéia de reconhecer de imediato a legitimidade do Ministério Público através da Ação Civil Pública para a sua efetivação, com fundamentos no artigo 129, III da Constituição Federal.

Porém, esta legitimidade exclusiva mostrou-se insuficiente diante das infinitas possibilidades de lesão aos interesses transindividuais, o que acarreta a abertura desta possibilidade de defesa coletiva a outras entidades que não apenas ao Ministério Público, havendo extenso rol no artigo 5º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) dos legitimados para tanto.

Aponta-se na legislação vigente a legitimidade dos sindicatos para propositura da Ação Coletiva trabalhista por força do artigo 5º da Lei 7.347/85, no qual se percebe a autorização da propositura da ação por associações, observados os requisitos legais, dentre eles, terem em sua constituição a finalidade de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os sindicatos possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública, dentro do seu âmbito de representatividade material, subjetivo e territorial, dispensada a exigência de estar funcionando há mais de um ano. Afinal, a entidade sindical é a defensora natural dos interesses dos membros da categoria, não sendo exigida nenhuma formalidade para a sua constituição e o seu atuar, exceto o registro no órgão competente (art. 8º e incs., CF).³⁰⁶

Em determinadas situações as ações individuais não se mostram suficientes para proteção de determinados direitos, em especial os transindividuais dos trabalhadores, por isso a Constituição em seu artigo 8º, inciso III, também ampliou a participação dos sindicatos perante o Judiciário, na defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores. O referido dispositivo legal estipula que cabe aos sindicatos a defesa em juízo ou administrativamente dos direitos e garantias individuais ou coletivas das categorias que representa. O texto

³⁰⁵ Idem, p. 275.

³⁰⁶ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTR, 1994. p. 329.

constitucional correu o risco de ser redundante no dispositivo para eliminar a possibilidade de aplicação da norma de forma a reduzir a amplitude do direito nela consagrado.

No texto constitucional não está expressa a condição dos sindicatos nas ações coletivas, se de representante ou de substituto, tampouco se os direitos a serem discutidos são relacionados às categorias ou aos filiados e ainda se pode abranger os interesses individuais dos integrantes da classe sindical.

Atualmente compreende-se que haveria ali uma expressa autorização de substituição processual, uma vez que os interesses individuais são também interesses de toda categoria, não se levando em consideração a condição de associado ou não da entidade sindical para que esta atue na defesa destes interesses, pois o interesse material entre os trabalhadores e o sindicato surge da violação dos direitos que afetam toda a categoria.³⁰⁷

A legislação pertinente autorizou a figuração sindical nas demandas coletivas como substituto processual, sempre que houver necessidade de proteção dos direitos transindividuais, assim, os legitimados defendem o direito da categoria como se próprio fossem.

Percebe-se que a Jurisprudência vem consolidando o entendimento de que o artigo constitucional autoriza a substituição processual dos trabalhadores pela entidade sindical sem delimitar o rol de ações que podem ser ajuizadas pelo ente nestas condições.

As possibilidades legais, jurisprudenciais e doutrinárias precisam ser observadas pelos representantes sindicais dos trabalhadores. Esses precisam estar atentos aos “novos” instrumentos jurídicos para combater também uma nova realidade do trabalho, tendo em vista a modificação que o capitalismo vem sofrendo, ou melhor, dizendo, implementando.

Ricardo ANTUNES³⁰⁸ descreve como resultado dessa modificação do capital, uma nova morfologia do trabalho, destacando a redução do proletariado fabril estável (em especial nos países de capitalismo avançado), a intelectualização do trabalho na indústria e a expansão do trabalho assalariado no setor de serviços; ao mesmo tempo, na periferia do sistema produtivo dissemina-se o trabalho precário, sob a forma de contratação a termo, parcial, temporária, terceirizada ou informal - resultando numa classe trabalhadora mais heterogênea, fragmentada e complexa. ANTUNES relata ainda uma expansão, sem precedentes na Era moderna, do desemprego estrutural. E acrescenta que tais mutações provocam uma crise sindical, decorrente do abismo no interior da própria classe trabalhadora, envolvendo

³⁰⁷ FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 126-128.

³⁰⁸ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 41-44 e 59-65.

trabalhadores estáveis e precários; desmorona, em consequência, o modelo de sindicalismo vertical (herança do fordismo), vinculado à categoria profissional, substituído por um sindicalismo horizontalizado, com maior abrangência e aptidão para aglutinar o conjunto dos trabalhadores. Como reflexos de tal crise, ANTUNES destaca a crescente individualização das relações de trabalho, a desregulamentação e a flexibilizações trabalhistas.

Reportando-se os dados do IBGE, Gabriela Neves DELGADO pondera que “a proteção formal ao trabalho, via relação de emprego, não é mais no mundo contemporâneo a forma preponderante de inserção econômico-social do indivíduo trabalhador no mercado de trabalho.”³⁰⁹

Para tanto, é fácil perceber a urgente necessidade da revisão do sistema sindical brasileiro, em sintonia com a nova ordem civil, econômica, social e política, no sentido de modificar a ação dos atores sociais que são os empregados e suas entidades representativas.

No atual quadro do sindicalismo brasileiro observam-se poucos sindicatos fortes, com capacidade suficiente para negociar de forma equilibrada com as empresas. A interferência do Estado na organização sindical muito contribuiu para esse quadro ao longo das últimas décadas. Essa prática, além de inibir o surgimento de um sindicalismo autêntico e forte, desestimulou a prática vantajosa da negociação coletiva direta entre as partes. É incontestável que para a transição de um modelo pautado no intervencionismo estatal para um modelo de autonomia coletiva, seja necessário fortalecer os sindicatos.³¹⁰

Entretanto, a substituição processual pode ajudar a vencer a crise de representatividade. Esta crise, segundo ANTUNES, é oriunda de um distanciamento do processo de lutas através da ação negociada atrelada a um projeto capitalista.³¹¹ O autor tentando dar uma alternativa aos sindicatos para enfrentar problemas sociais e resgatar a representatividade indica que é necessário mais que uma simples ação sindical. É necessário, segundo o autor, o envolvimento de todos aqueles que lutam em prol dos trabalhadores na busca de um projeto social emancipador.³¹²

O reconhecimento da legitimidade dos sindicatos é indispensável para essa nova visão e progresso no que tange à efetivação do acesso à Justiça e do Processo do Trabalho. Portanto,

³⁰⁹ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2007. p. 227. Eis os dados do IBGE: 43,6% da população economicamente ativa trabalham com carteira de trabalho assinada; 27,5% laboram sem carteira, em fraude à lei ou na informalidade; e 23,3% são autônomos.

³¹⁰ BARBOSA, Renato Lima. **A Reforma do judiciário como primeiro passo para uma legítima negociação coletiva**. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho: depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005. p.161.

³¹¹ ANTUNDES, Ricardo. **O novo sindicalismo no Brasil**. 2º ed. ver. e ampl. Campinas: Pontes. 1995. p. 51.

³¹² *Ibidem*, p. 55.

é dever também do sindicato a prestação da assistência judiciária de forma gratuita aos membros de sua categoria, independentemente de serem ou não associados.³¹³

Portanto, entendemos que, se não houver limitação legal, deverá o sindicato prestar assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060/50 a todo membro da categoria a que pertencer o trabalhador ou empregador (...).Devemos considerar ainda que os sindicatos possuem, por natureza, a possibilidade de representar a categoria, sendo esta uma das funções que fundamentam sua criação.³¹⁴

Os sindicatos são vistos como um ponto forte desta modalidade de proteção aos direitos dos trabalhadores e representam uma mudança na forma de garantia dos interesses coletivos e uma eficácia nas relações coletivas e a proteção dos interesses dos trabalhadores durante o período da relação de trabalho.³¹⁵

Efetivamente a Substituição processual pode ser uma das alavancas para auxiliar o sindicato a encontrar a saída desta crise. Assim sugere Luiz Eduardo GUNTHER: “A nova substituição processual trabalhista, no Brasil, é o verdadeiro fio de Ariadne necessário para conduzir o sindicato ao seu verdadeiro papel de defender, verdadeiramente, os direitos e interesses coletivos ou interesses dos trabalhadores.”³¹⁶

4.1 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CANCELAMENTO DA SÚMULA 310 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Supremo Tribunal Federal há muito já discordava do Tribunal Superior do Trabalho no tocante ao entendimento da extensão da substituição processual por sindicatos. O posicionamento do Excelso Tribunal já antecipava a direção da Jurisprudência em acolher a ampla representatividade judicial dos sindicatos em ações coletivas.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, através das Súmulas 629 e 630,³¹⁷ já manifestava, desde 2003, entendimento mais ampliativo da legitimidade sindical em sede de mandado de segurança coletivo do que o Tribunal Superior do Trabalho.

Reforçando este entendimento, foi publicada, em 10.08.2009, a Lei n. 12016/09, que

³¹³ Ibidem, p. 76-77.

³¹⁴ Ibidem, p. 77.

³¹⁵ Ibidem, 77-80.

³¹⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo. O Fio de Ariadne do sindicato: a substituição processual trabalhista. In: VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord); SILKA DE ALMEIDA, Ronald (Org) **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 513-527.

³¹⁷ 629 – “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”

630 – “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. Em seus artigos 21 e 22 a referida norma disciplina o mandado de segurança coletivo, albergando entendimento que a doutrina e a jurisprudência haviam consolidado até aquele momento.³¹⁸

Recentemente, julgado do Supremo Tribunal Federal³¹⁹ decidiu, por maioria, dar provimento ao recurso interposto pelo Sindicato dos Bancários de Passo Fundo (RS) contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho que entendera que o art. 8º, III, da Constituição Federal não autoriza substituição processual pelo sindicato.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o sindicato pode atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Na prática, a decisão do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o sindicato poderá atuar tanto nas ações de conhecimento como na liquidação de sentenças ou na execução forçada das sentenças.

EMENTA: 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.³²⁰

Na íntegra do voto do relator, Ministro Carlos VELLOSO, foi ressaltado que a norma constitucional consagra hipótese de substituição processual, o que ao ver do Ministro Marco

³¹⁸ Art. 21. “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

Art. 22. “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 210029, relator para o Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 12.06.2006, publicado no Diário da Justiça de 17/08/2007- p. 25

³²⁰ Idem.

AURÉLIO, que o acompanhou, representa a racionalização do processo, em que “ao invés de se ter milhares de processos, tem-se um só”. Na mesma ocasião, também, foram dados provimentos a vários outros recursos que tratam de matéria congênere.

O ministro Gilmar MENDES, adotou um posicionamento intermediário, bipartindo a substituição processual do sindicato: “em suma, o sindicato pode atuar como substituto processual no processo de conhecimento, de caráter coletivo; e como representante na liquidação/execução da sentença, de caráter individual.”³²¹

O Tribunal Superior do Trabalho modificou seu posicionamento após o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Tomemos como exemplo a decisão proferida nos autos do processo PROC. Nº TST-RR-369/2004-551-04-00.6, cuja relatora foi a Ministra Dora Maria da COSTA.³²²

Raimundo Simão de MELO adota posicionamento no sentido de elastecer a legitimidade dos sindicatos após os julgamentos do Supremo Tribunal Federal. “O STF, em decisão plenária, finalmente, embora por maioria, firmou posição sobre o tema da substituição processual, reconhecendo-a de forma ampla (Recursos Extraordinários: 214.668; RE-163231-3/SP; 193.503; 193.579; 211.875; 213.111; 214.668; 214.830; e 211.152), autorizando os sindicatos a atuarem na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos, individuais e coletivos dos integrantes da categoria.”³²³

Inobstante a clareza do julgamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns autores entendem que ainda restam incertezas sobre a matéria. Salvador Franco de Lima LAURINO sustenta que “A esperança de que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal pudesse eliminar as incertezas sobre a matéria não se confirmou. Em vez disso a posição adotada pelo Tribunal originou novas perplexidades em face da Constituição. É que ao alargar as hipóteses de legitimação extraordinária e ignorar a distinção entre direitos individuais homogêneos e direitos individuais puros, o Tribunal admitiu o poder de o sindicato agir como

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, re 210029, voto Min. GILMAR MENDES. 12.06.2006, p. 162.

³²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de reconhecer, após pronunciamento do STF a respeito do art. 8º, III, da CF, que o sindicato profissional detém legitimidade para ajuizar, como substituto processual, ação pleiteando a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, provenientes de causa comum ou de política da empresa, que atingem o universo dos trabalhadores substituídos. Contudo, não é este o caso dos autos, tendo em vista que, conforme relata o Tribunal Regional, para a apuração de eventual lesão, seria necessária a individualização da realidade fática de cada trabalhador substituído, no tocante às horas extras, o que retira o caráter homogêneo dos interesses. Recurso de revista não conhecido. PROC. Nº TST-RR-369/2004-551-04-00.6, cuja relatora foi a Ministra Dora Maria da Costa publicação DEJT - 18/12/2009. Disponível a partir de <http://www.tst.jus.br>

³²³ MELO, Raimundo Simão De. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 3ª ed., São Paulo: Ltr, 2008. p.146.

substituto processual na defesa de todo e qualquer direito decorrente da relação de trabalho.”³²⁴

A ampla defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos é que se destaca da decisão do Supremo Tribunal Federal. Essa é a interpretação adotada por Nadia Soraggi Fernandes, “Posteriormente, em 2006, foi reafirmada a amplitude da substituição processual sindical em decisão do pleno do STF, no julgamento de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que reconheceu aos sindicatos a substituição processual ampla para a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos da categoria, tanto na fase de conhecimento como na fase de execução, conforme exposto no informativo 431³²⁵ da Corte Suprema.”³²⁶

Muito embora a Súmula 310 tenha sido cancelada, o referido autor menciona que o TST ainda mantém entendimento restritivo ao intuito da substituição processual. Assim também entende Marcilio Florencio MOTA: “A Jurisprudência que predomina atualmente em matéria de substituição processual no âmbito do TST defende a admissão da atuação dos sindicatos como substitutos processuais dos integrantes da categoria em torno de direitos individuais homogêneos (...)”³²⁷

Muito embora já cancelada, a Súmula nº 310³²⁸ do Tribunal Superior do Trabalho,

³²⁴ LAURINO, Salvador Franco de Lima. Questões atuais sobre substituição processual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 74, n. 3, p. 93-104, jul./set. 2008. p. 96.

³²⁵ Sindicato e Substituição Processual – 3 Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/88 (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;”) — v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador. RE 193503/SP, RE 193579/SP, RE 208983/SC, RE 210029/RS, RE 211874/RS, RE 213111/SP, RE 214668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.6.2006. (RE-193503) (RE-193579) (RE-208983) (RE-210029) (RE-211874) (RE-213111) (RE-214668)

³²⁶ FERNANDES, Nadia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. **Revista LTr**, ano 73, p. 1005-1014, ago. 2009. p. 1.005.

³²⁷ Idem.

³²⁸ SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO - CANCELADA - RES. 119/2003, DJ 01.10.2003 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 nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788; III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria; IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial; V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto

que vigorou de 06 de maio de 1993 até 19 de novembro de 2003, ainda o determina o entendimento dos operadores do Direito acerca do instituto da substituição processual por sindicato na Justiça do Trabalho.

Pela interpretação que se deu à Súmula nº 310, a substituição processual, pelo sindicato, só era admitida em casos de demanda visando à satisfação de reajuste previsto em lei de política salarial. A inflação era uma das mais vorazes formas de desequilíbrio social, imputando ao trabalhador o ônus de um flagelo econômico, apesar do discurso oficial tentar destacar a neutralidade.

Célio Horst WALDRAFF asseverou que:

Temos como certo um postulado quase laico a respeito de economia, no sentido de que, “se alguém perde de um lado, de outro alguém ganha”. Não se ignora que esta forma de raciocínio é sistematicamente desclassificada pela retórica tecnocrática dos responsáveis pelas áreas econômicas dos governos das últimas três décadas, que as tachariam de inepta, ignorante ou ingênua, à qual se contrapõe o argumento de que todos perdem com a inflação.³²⁹

Ao longo desses dez anos, a Súmula nº 310 imprimiu severas restrições à substituição processual trabalhista, cujos efeitos se fazem notar até a presente data. Muitas matérias que poderiam ser agrupadas em ações metaindividuais - diferenças de fundo de garantia pelos expurgos inflacionários, diferenças de adicional por tempo de serviço ou diferenças de reflexos de parcelas salariais - não o são por temor de extinção dos processos sem resolução de mérito em fase inicial ou recursal.

As entidades sindicais ainda mantêm pensamento e prática jurídica com ênfase no plano individual. Diversos sindicatos ajuízam variadas ações individuais, envolvendo a mesma matéria de ordem jurídica, quando, na verdade, poderiam ajuizar uma única ação, na qualidade de substituto processual, independentemente da outorga de poderes. Não se pode deixar de notar as conseqüências deixadas pela Súmula nº 310.

Antes de adentrarmos na avaliação de algumas conseqüências do cancelamento da Súmula 310, é salutar transcrever a ementa do julgado relativo ao incidente de uniformização de jurisprudência, que cancelou o referido enunciado:

processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade; VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto; VII - Na liquidação da sentença exeqüenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento; VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

³²⁹ WALDRAFF, Célio Horst. **Direito Adquirido e (In) segurança jurídica**: As diferenças salariais dos planos econômicos. São Paulo: LTr, 2000. p. 30.

REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 310 DO TST - Considerando que o cerne da discussão é a abrangência do art. 8º, III, da CF e considerando ainda que o STF já decidiu contra a jurisprudência do TST, consubstanciada no En. 310/TST, deve o En. 310 ser cancelado.” (TP do TST - IUJ-E-RR - TST - E-RR-175.894/95.9 - Rel. Min. RONALDO LEAL - J. 25.09.2003)

Muito se festejou o cancelamento da mencionada Súmula, posto que, efetivamente, aquela regra impedia o avanço do acesso à Justiça. Ratificando esta importante medida, Jose Antonio R. de Oliveira SILVA, assevera que

Mas, como sabemos, o E. TST engessou a jurisprudência a respeito da matéria, ao editar a sumula 310 em 1993, finalmente cancelada, porque contrariava frontalmente o art. 8º, inciso III, da CF/88. Ora, se os sindicatos têm como razão de sua própria existência a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representam, a legitimação extraordinária para que atuem em juízo como substitutos processuais dos trabalhadores deve ser a mais ampla possível, na implementação dos princípios da economia e da efetividade tão falados.³³⁰

MOTA se coaduna com o pensamento esposado acima, sustentando que “no âmbito do Processo do Trabalho, decisões do STF forçaram a alteração da jurisprudência dos tribunais trabalhistas, o que culminou com o cancelamento tardio da Súmula 310 do TST, ocorrido em 25 de setembro de 2003.”³³¹

Apesar do cancelamento da Súmula 310, o referido autor menciona que o TST ainda mantém entendimento restritivo ao intuito da substituição processual. Argumenta o autor: “A Jurisprudência que predomina atualmente em matéria de substituição processual no âmbito do TST defende a admissão da atuação dos sindicatos como substitutos processuais dos integrantes da categoria em torno de direitos individuais homogêneos (...)”³³²

Cita o autor a decisão proferida pelo TST, no processo E-RR, número 538671/1999, publicado do DJU em 04 de agosto de 2006, cujo relator foi o ministro Milton de França MOURA, que ratifica o reconhecimento amplo da substituição processual por sindicato.³³³

³³⁰ SILVA, Jose Antonio R. de Oliveira. **A substituição processual...**, p. 1084.

³³¹ MOTA, Marcílio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos:** O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa (de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 48/49

³³² Idem.

³³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SUBESPÉCIE DE DIREITOS COLETIVOS -SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - LEGITIMIDADE - ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Direitos individuais homogêneos são todos aqueles que estão íntima e diretamente vinculados à esfera jurídica de pessoas facilmente identificáveis, de natureza divisível e decorrentes de uma realidade fática comum. São seus titulares ou destinatários pessoas que estão vinculadas por laços comuns com o agente causador da sua ameaça ou lesão, e que, por isso mesmo, atingidos em sua esfera jurídica patrimonial e/ou moral, podem, individual ou coletivamente, postular sua reparação em Juízo como regra geral, e sua defesa deve ser feita por meio de ação civil pública, nos termos do que dispõe o art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11.9.90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Maurício Corrêa, expressamente reconhece que os direitos

Outras decisões confirmam este entendimento.³³⁴

Entretanto, este pensamento não é unânime na doutrina e na Jurisprudência. LEITE, como já tratado anteriormente, prefere dissociar a legitimação autônoma da substituição processual. Assevera que partindo-se da premissa de que os direitos e interesses individuais homogêneos são materialmente individuais, embora devido a sua origem comum, possam ser processualmente tutelados por demanda coletiva, conclui-se que a legitimação conferida a pessoas jurídicas e instituições arrolados no sistema integrado de acesso coletivo à Justiça (CF/LACP/CDC) é do tipo extraordinária, ocorrendo aí o fenômeno da substituição processual.³³⁵

Para completar o autor informa que isso não se dá em tema de letigimação para defesa de interesses coletivos e difusos.³³⁶ Quanto a este tema o autor entende que a legitimação é autônoma.

Rosana Marques NUNES sustenta que “assim, cabe ao sindicato a representação judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e individuais da categoria, sendo forte a tendência hoje de se interpretar o artigo 8º, III, da Constituição Federal como reconhecedor da substituição processual ampla, sem necessidade de lei infraconstitucional para regular a matéria.”³³⁷

Mais adiante a referida jurista reconhece a divergência doutrinária, concluindo que

individuais homogêneos constituem uma subespécie de interesses coletivos (STF - 2ª T. RE-163231-3/SP, julgado em 1º.9.96). Esta Corte, em sua composição plena, cancelou a Súmula nº 310, tendo adotado o entendimento de que a substituição processual prevista no art. 8º, III, da Constituição Federal não é ampla, mas abrange os direitos ou interesses individuais homogêneos (E-RR-175.894/95 Rel. Min. Ronaldo Lopes Leal julgado em 17.11.2003). Por conseguinte, está o sindicato embargado legitimado para, em Juízo, postular, na condição de substituto processual, em nome dos substituídos, nos termos em que dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal, direitos individuais homogêneos, subespécie de direitos coletivos.

³³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – ERR 175894 – SBDI 1 – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 05.12.2003 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – Cancelado pelo Pleno o enunciado 310, eis que já suplantado o seu entendimento, ao menos do seu item I, por vários julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal; afetada ao plenário daquele Tribunal a decisão final sobre a matéria, está livre essa Seção de Dissídios Individuais para interpretar, em controle difuso da constitucionalidade, o artigo 8º, III, da Lei Fundamental. A substituição processual prevista no art. 8º, inciso III, da Carta Magna não é ampla e irrestrita, limitando-se às ações decorrentes de direitos ou interesses individuais homogêneos, cujo procedimento consta da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), plenamente aplicável à hipótese. Tratando-se de URP de fevereiro de 1989, o sindicato está legitimado a pleiteá-la em favor da categoria, por aplicação do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, dispositivo violado pela Turma quando não conheceu do tema (Súmula nº 401 do Supremo). Embargos conhecidos e providos. URP DE FEVEREIRO DE 1989 – Esta corte, em respeito aos pronunciamentos do STF, reconhece a legitimidade da supressão dos reajustes salariais relativos à URP de fevereiro de 1989, ao entendimento de que os dispositivos legais que regulavam a matéria foram revogados antes do implemento dos elementos definidores do direito adquirido, o qual dependia de um prazo não transcorrido para o seu exercício. Reclamação Trabalhista julgada improcedente.

³³⁵ LEITE, Carlos H. Bezerra. Op. cit., p. 279.

³³⁶ Idem.

³³⁷ NUNES, Rosana Marques. Representação sindical: Limites e substituição processual. **Suplemento Trabalhista LTr.**, São Paulo. n. 118/07, p. 499-505, out., 2007. p. 502.

“podemos dizer também que em relação aos interesses coletivos há um forte dissenso doutrinário, não havendo um posicionamento único sobre a verdadeira natureza jurídica da legitimidade. Porém, acreditamos ser plenamente viável a defesa de interesses difusos e coletivos pelos sindicatos, desde que respeitada a pertinência temática, ou seja, a matéria tratada deve ser sempre relacionada a interesses trabalhistas.”³³⁸

Sandra Maria da Costa RESSEL, referindo-se à sua dissertação de mestrado, pondera algumas questões acerca do cancelamento da Súmula 310. Assim manifestou-se a autora:

A mentalidade obstativa do efetivo acesso à Justiça se manifesta numa hermenêutica inadequada para os conflitos próprios da sociedade atual, complexa e na qual predominam os conflitos de natureza coletiva e não mais individual. A hermenêutica em referência, é a centrada no modelo liberal – individualista.

Exemplo dessa hermenêutica foi a interpretação do inciso III, do artigo 8º da CF/88 fornecida pelo Enunciado 310 do TST, cujo teor culminou por inviabilizar o uso das ações coletivas trabalhistas (...).³³⁹

Mais adiante prossegue a mencionada jurista, explicando suas razões acerca da inadequação da cancelada súmula do TST:

Em resumo, as possíveis causas da inadequação da súmula 310 do TST: a) ideologia não comprometida com a Justiça social e que não tem interesse no enfraquecimento do poder patronal (tanto por razões econômicas, quanto psicológicas), b) bem como hermenêutica centrada no modelo liberal-individualista próprio do Direito moderno (que apóia-se em dois pilares – liberdade e igualdade, dos quais decorrem três princípios: autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos, relativização dos seus efeitos apenas quando ocorrem falhas na autonomia da vontade) e não na hermenêutica constitucional, adequada à nova realidade social que reconhece que numa sociedade de massas os princípios da liberdade e da igualdade não são absolutos, até porque não existe real poder de negociação, já que a opção dada é contratar nos termos propostos ou não contratar e desistir de bens da vida, tais como transporte, luz, água, emprego.³⁴⁰

Luciana Caringi XAVIER asseverou, quando ainda não havia pronunciamento do STF acerca do tema, que “No entanto, é preciso deixar registrado que os problemas na ordem processual não podem servir de obstáculo à aceitação do instituto, uma vez que subsistem mesmo nos casos em que a autorização decorre de expressa previsão infraconstitucional. Defendendo a legitimidade do sindicato para defender direitos individuais da categoria que representa, por acreditar que a Constituição da República assegurou tal legitimidade visando a universalizar e permitir o acesso à Justiça.”³⁴¹

³³⁸ Idem.

³³⁹ RESSEL, Sandra Maria da Costa. As ações coletivas e o acesso à Justiça. Cancelamento do enunciado 310 TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba. a.28. n.51. jul./dez. 2003. p. 244.

³⁴⁰ Ibidem, p. 248.

³⁴¹ XAVIER, Luciana Caringi. Substituição Processual por Sindicato. Cancelamento da Súmula 310

Ressaltando a importância do cancelamento da Súmula 310, Maurício de Carvalho SALVIANO sustenta que “Não há como deixarmos de citar que esta alteração foi benéfica aos empregados, uma vez que estes estavam, na prática, impedidos de postular qualquer direito seu enquanto a relação de emprego estivesse em vigor, ante o risco de serem dispensados pela empresa em razão da ação proposta. Hoje, nesta hipótese, será o sindicato quem se indisporá perante a empresa, pelos empregados, aliviando, assim, o medo dos trabalhadores em discutir qualquer direito trabalhista seu que estivesse sendo descumprido.”³⁴²

Assim também é o entendimento do TST, colhido do julgamento do processo de número PROCESSO Nº TST-RR-216/2007-022-15-00.5, cujo relator foi o Ministro Barros Levenhagen. Vale a pena destacar do voto do Ministro trecho que dá o norte do entendimento atualmente adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Pois bem, com o cancelamento do antigo Enunciado 310 desta Corte, na esteira da jurisprudência consolidada no STF de o artigo 8º, inciso III da Constituição ter contemplado autêntica hipótese de substituição processual, impõe-se a ilação de esta não se achar mais circunscrita aos casos previstos na CLT, abrangendo doravante interesses individuais homogêneos, interesses difusos e os coletivos em sentido estrito.

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, se apresentam como subespécie dos interesses transindividuais ou coletivos em sentido lato. São interesses referentes a um grupo de pessoas que transcendem o âmbito individual, embora não cheguem a constituir interesse público.

Para a admissibilidade da tutela desses direitos ou interesses individuais, é imprescindível a caracterização da sua homogeneidade, isto é, sua dimensão coletiva deve prevalecer sobre a individual, caso contrário os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum.

Como explica o Ministro LEVENHAGEN “Vem a calhar a norma do artigo 81 da Lei 8.078/90, segundo a qual são interesses individuais homogêneos os interesses de grupo ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum.”³⁴³ E continua ele em seu voto:

Nessa categoria acham-se enquadrados os interesses remanescentes defendidos pelo sindicato-recorrido, relativamente à remuneração do intervalo intrajornada pretensamente suprimido e ao pagamento das horas extras pelo trabalho em feriados, tendo em conta a evidência de os substituídos, no caso, compartilharem prejuízos divisíveis, de origem comum.

Tendo ainda em conta a amplitude da substituição processual, extraída da magnânima norma do inciso III do artigo 8º da Constituição, não se sustenta mais a tese de o seu alcance achar-se confinado aos associados da entidade de classe, circunstância que dilucida a sua extensão a todos os integrantes da

do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis. n.19. 1º semestre de 2004. p. 95.

³⁴² SALVIANO, Maurício de Carvalho. Das alterações nos Enunciados do Tribunal Superior do Trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo. n. 12/04, p.45-47. dez/2004, p. 46.

³⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: RR - 216/2007-022-15-00.5 **Data de Julgamento:** 18/11/2009, **Relator Ministro:** Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 27/11/2009. Disponível a partir de www.tst.jus.br

categoria profissional.

Diante dessa nova e marcante singularidade da substituição processual, defronta-se ademais com a desnecessidade de expressa autorização dos substituídos ou da assembléia dos componentes da entidade sindical, pois é o substituto que detém legitimação anômala para a ação, cabendo unicamente a si deliberar da conveniência ou não da sua propositura.³⁴⁴

Após o cancelamento da Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho entende-se que não há mais porque interpretar restritivamente a tutela coletiva pelos sindicatos. Apesar das pontuais resistências acerca da substituição, não são poucos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que procuram alargar a substituição contida no inciso III, do artigo 8º da Constituição da República.

4.2 LEGITIMIDADE ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA E LEGAL

Legitimidade é a autorização jurídica para postular em juízo. O artigo 3º do Código de Processo Civil estabelece que, "para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade", em outras palavras deve o autor ser titular do direito material discutido e demonstrar ter a necessidade de pedir a prestação jurisdicional reclamada.

Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY, assim conceituam essa exigência processual:

Legitimidade para o processo e para a causa. Tanto o que propõe quanto aquele em face de quem se propõe a ação devem ser partes legítimas para a causa. Somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo. A norma trata tanto da legitimatio ad processum quanto da legitimatio ad causam ou material (Arruda Alvim, Trat., I, 329). Quando aquele que se afirma titular do Direito discutido em juízo é a parte legítima diz-se tratar-se de legitimação ordinária para a causa; ocorre a legitimação extraordinária, da qual a substituição processual (CPC 6º) é espécie, quando há desconformidade entre a titularidade do direito material e a legitimação para a causa.³⁴⁵

A regra geral é a de que cada um postule em juízo, em seu próprio nome, os direitos ou interesses que lhe digam respeito. Este fato é conhecido por legitimação ordinária. Tal regramento geral é decorrente do entendimento do artigo 6º³⁴⁶ do Código de Processo Civil.

Entretanto, há uma exceção a esta regra. Existem possibilidade legais, autorizadas inclusive pelo próprio artigo sexto, nas quais alguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio. Neste caso, vemos constatado o fenômeno da legitimação extraordinária.

Os mencionados autores nos comentários ao art. 6º, do Código de Processo Civil,

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: RR - 216/2007-022-15-00.5 **Data de Julgamento:** 18/11/2009, **Relator Ministro:** Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 27/11/2009. Disponível a partir de www.tst.jus.br

³⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 329.

³⁴⁶ Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

assim conceituam as legitimidades ordinária e extraordinária “Quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo, diz-se que há legitimação ordinária para a causa. Quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo, diz-se que há legitimação extraordinária.”³⁴⁷

Antes de adentrar-se no tema da legitimação ativa, cabe ressaltar o entendimento da legitimação passiva do Sindicato de trabalhadores. Também se entende que o sindicato de trabalhadores tem legitimidade para atuar no pólo passivo da demanda, inexistindo a necessidade de formação de litisconsórcio. Tal conclusão pode ser extraída do inciso segundo da Súmula 406 do Tribunal Superior do Trabalho.³⁴⁸ LEITE também reconhece a legitimidade passiva do sindicato de trabalhadores em demandas rescisórias.³⁴⁹ O Tribunal Superior do Trabalho tem mantido este entendimento no sentido de reconhecer sem ressalvas a legitimidade passiva das entidades sindicais quando estas figuram como réis em processos de repetição de indébito.³⁵⁰

A legitimação extraordinária é comumente chamada de substituição processual. Entretanto, há entendimentos de que a substituição processual está situada no campo da legitimação ordinária. Ou seja, não se trata de mera legitimação de um direito material de outrem, mas de direito próprio, que é o direito coletivo. Chama-se esta legitimação de legal ou autônoma.

A legitimação ativa ordinária é a que autoriza a demandar aquele que diz ser o titular do interesse material deduzido no âmbito do processo. A legitimação extraordinária se verifica quando a lei, em determinadas circunstâncias, confere legitimidade a terceiro, que não é titular do interesse material deduzido em juízo, para que defenda, em nome próprio, direito alheio.

Entretanto, há autores que entendem que a dicotomia entre legitimação ordinária e extraordinária não mais deveria subsistir. Informam que a legitimidade do sindicato é ordinária, posto que este é detentor do interesse coletivamente protegido. Ao defender o interesse coletivo dos seus integrantes o sindicato estará defendendo interesse seu e não interesse

³⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo...**, p. 339.

³⁴⁸ II – “O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário.”

³⁴⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 278.

³⁵⁰ TST – DEJT. 20/11/2009. Processo RR - 3740-58.2002.5.22.0001. Disponível a partir de www.tst.jus.br

alheio.

Ben-Hur Silveira CLAUS entende que “A suprerção da concepção de legitimação extraordinária está associada à idéia de desvencilhar a atuação do sindicato, em juízo, das diversas restrições que lhe são oposta no âmbito conceitual e na esfera judiciária. Essas restrições geralmente são evocadas pelos laços originários que o instituto da substituição processual guarda em relação ao processo civil clássico, vínculos esses que influenciam nossa cultura jurídica, mesmo no âmbito do Processo do Trabalho.”³⁵¹

Esta idéia distoa do pensamento clássico, tendo em vista a introdução de uma “nova” visão coletiva do processo e dos fenômenos jurídicos. Assim prossegue o mencionado autor:

A novidade principal está na introdução da idéia de que a defesa dos interesses individuais de categoria é, para o sindicato, uma atribuição ordinária. A própria justificação do sindicato está no exercício desta incumbência. O caráter institucional do sindicato, que avilta no processo histórico de resgate da importância dos corpos intermediários da sociedade contemporânea, é tomado como uma referência hermenêutica a partir da qual vai perdendo sentido considerar-se extraordinária uma legitimidade que tende a se apresentar cada vez mais abrangente.³⁵²

Verifica-se que o Tribunal Superior do Trabalho, através do Ministro Hermes PEDRASSANI, em despacho que acolhe o Recurso extraordinário ao STF, que recebeu o número 210029, adiante mencionado, já esposava a idéia da legitimação ordinária do sindicato.

III - Como se verifica, cuidam os autos do tema referente à legitimação **ad causam** extraordinária, que, nesta Justiça especializada, é reconhecida ao Sindicato. Na legislação infraconstitucional, ressalte-se a situação prevista no artigo 872, parágrafo único, da CLT, de pacífica aceitação, e aquelas trazidas pelos planos econômicos, que ensejaram autorização legal específica. Em verdade, o fenômeno, de índole processual, sistematizado conceitualmente por Giuseppe Chiovenda, encontra-se, sufragado em nosso Código de Processo Civil, artigo 6º, que excepciona a possibilidade de alguém pleitear em nome próprio direito alheio, “quando autorizado por lei”. A matéria tornou-se **res controversa** com o advento da Constituição Federal vigente, cujo artigo 8º, inciso III, dispõe que “ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesse coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Tendo em vista o entendimento esposado por algumas decisões da Suprema Corte, no sentido de transformar a exceção em regra geral, ou seja, reconhecer ao Sindicato uma legitimação ordinária ampla e irrestrita, convém seja o feito submetido à apreciação daquele Pretório Excelso, que no sistema jurídico brasileiro é a Corte Constitucional, com vistas a uma manifestação definitiva quanto ao tema.³⁵³

Ratificando tal assertiva, Nádia Soraggi FERNANDES argumenta que “A natureza institucional do sindicato, para tal corrente, permite que se fale em legitimidade ordinária, já

³⁵¹ CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista**: uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTr, 2003. p. 59.

³⁵² Idem.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 210029, relator para o Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 12.06.2006. p. 05.

que a razão de ser dessa entidade é expressar os interesses dos membros que nela se congregam, exatamente para que esses interesses possam ter expressão.”³⁵⁴

Entretanto a digressão acerca da legitimação das entidade sindicais não finaliza com as observações acima. Uma outra concepção está ganhando expressão na doutrina. Esta concepção começa a ganhar expressão nesta matéria: a Letigimação Autônoma ou Legal. Cinge-se na idéia que que o direito de ação atribuído pela Lei ou pela Constituição da República ao autores ideológicos constitui uma verdadeira legitimação autônoma para a causa.³⁵⁵ Corroborando tal tendência, LEITE assevera que:

Em tema de direitos ou interesses difusos e coletivos, portanto verifica-se a insuficiência e a inadequação da clássica dicotomia legitimação ordinária/extraordinária, consubstanciada no artigo 6º do CPC, cujo objeto repousa exclusivamente na tutela dos direitos individuais (ou subjetivos, na acepção tradicional). Eis a razão que leva alguns autores à afirmação de que, em se tratando de defesa dos interesses difusos ou coletivos, a legitimação ad causam não é extraordinária (ou substituição processual). Trata-se ao revés de uma “legitimação autônoma” ou mais precisamente, “Legitimação autônoma para a condução do processo”.³⁵⁶

FERNANDES aprofunda o tema alegando que “De acordo com essa corrente, os posicionamentos anteriores não avançam na busca de uma solução necessária para uma maior e mais livre agilidade processual dos entes legitimados a propor ação coletiva. É preciso enfrentar o problema da distinção entre legitimação pessoal e a legitimação coletiva, construindo um conceito alheio à classificação de ordinária e extraordinária, que o processo civil clássico estabelece para a legitimação criada para solucionar lides de natureza individual.”³⁵⁷

Nesta mesma esteira MOTA manifesta-se no sentido de que “A nossa interpretação é a de que não há substituição processual nas ações coletivas e em torno de direitos difusos. É que os direitos coletivos não podem ser reclamados senão por quem tenha atribuição institucional para a defesa deles, ou seja, o MP e as associações. A atuação, assim, por força de atribuição institucional é de natureza ordinária ou autônoma (...).”³⁵⁸

NERY JUNIOR e NERY criticam a distinção entre legitimação ordinária e extraordinária preconizada pela doutrina. Assevera que a dicotomia legitimação ordinária e

³⁵⁴ FERNANDES, Nádia Soraggi. A substituição Processual na esfera trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 08, ago. 2009. p.1006.

³⁵⁵ FERNANDES, Nádia Soraggi. Op. cit, p. 1006.

³⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 280.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ MOTA, Marcílio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos: O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa (de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008. p.58-59.

extraordinária, existente no sistema do Código de Processo Civil, só tem sentido tratando-se de lide individual. Argumenta que tal fato não ocorre quando a Lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), pois esta não estará defendendo direito alheio em nome próprio, tendo em vista a impossibilidade de se identificar o titular do direito material. O legislador legitima pessoa, órgão ou entidade para conduzir o processo na defesa de um direito material coletivo ou difuso.³⁵⁹

Mais uma vez das palavras de CLAUS³⁶⁰, extrai-se que “pode-se dizer, portanto, que esse novo conceito está construído por fora da dicotomia em que o processo civil clássico separa, em ordinária e extraordinária, a legitimidade para a causa, abrindo e situando, no âmbito processual uma nova correspondência conceitual entre legitimação ideológica e a teoria dos interesses transindividuais.”

LEITE defende esse entendimento acerca da legitimação e assim finaliza o capítulo que abordou o assunto:

Afigura-se-nos metodologicamente correta a tese de Nelson Nery Junior. Acrescentamos apenas que, por considerarmos a legitimação autônoma para a condução do processo um *tertium genus*, talvez seja melhor não qualificá-la como “ordinária”, pois isso desaguaria, a nosso sentir, no equívoco cometido pelos que insistem em explicar essa nova modalidade de legitimação *ad causam* por meio da clássica dicotomia legitimação ordinária-extraordinária, própria do sistema liberal-individualista do CPC brasileiro, inaplicável, como vimos ao sistema de proteção aos direitos difuso e coletivos.³⁶¹

CLAUS, corroborando este pensamento, conclui que “Concebida a partir das exigências relativas aos interesses coletivos e difusos na sociedade contemporânea, essa modalidade de legitimação logra romper os limites das demandas interindividuais, apresentando-se mais avançada, conceitualmente, do que a concepção de substituição processual como modalidade de legitimação extraordinária. E apresenta a vantagem de não sugerir – diversamente do que ocorre com a substituição processual – o clássico vínculo em que se entrelaçam, no processo civil ortodoxo, legitimação para a ação e Direito Litigioso.”³⁶²

A legitimação processual conceituada como legal ou autônoma aparenta ser a forma mais adequada dos sindicatos atuarem em juízo. Tal reconhecimento doutrinário, se aplicado às decisões jurisprudenciais, resolveria boa parte dos incidentes processuais que dificultam, quando não impedem, o acesso ao Judiciário por aqueles que mais precisam de socorro estatal.

³⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo...**, p. 339.

³⁶⁰ CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto**. São Paulo: LTr, 2003. p. 64

³⁶¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 281.

³⁶² CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. cit., p. 66.

4.3 A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL POR SINDICATOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O estudo da efetividade do direito de acesso ao Judiciário está atrelado ao estudo da efetivação dos direitos fundamentais. Buscando-se combater o precário acesso ao Judiciário é crescente o fenômeno conhecido por constitucionalização do processo. Nesses casos o processo é interpretado de acordo com os princípios constitucionais de acesso à Justiça. Tal pensamento caracterizando-se, conforme exposto por LEITE³⁶³, pela inversão dos papéis da Lei e da Constituição da República. Onde se privilegia um “novo” conceito de princípios jurídicos, pelos métodos de prestação da tutela jurisdicional; pela coletivização do processo; pela ampliação da legitimação *ad causam*; pela ampliação dos efeitos da coisa julgada; pelo ativismo judicial; pela supremacia das tutelas alusivas à dignidade humana e aos direitos da personalidade; e pela possibilidade de controle judicial de políticas públicas.

O acesso à Justiça pelo cidadão na atual concepção do Direito se constitui em direito fundamental, cabendo ao Estado garantir e tutelar este acesso. Contudo, não é essa a realidade social que vivenciamos. A jurisdição é uma forma de propiciar-se o efetivo exercício em uma democracia participativa. Entretanto, o processo deve ser visto não somente como instrumento técnico, mas, principalmente, ético no sentido de dar sua contribuição em busca da justiça social.³⁶⁴

SILVA se posiciona no sentido de que “destarte, propomos que, na busca da efetividade que está diretamente ligada ao acesso à ordem jurídica justa ou à obtenção do resultado útil do processo, não apliquemos no Processo do Trabalho o artigo 6º do CPC, que exige autorização legal para a substituição processual, e construamos uma jurisprudência que, de fato, dê vida à indigitada substituição, como uma espécie de ação civil coletiva, ampliando os casos de cabimento do instituto, especialmente na proteção dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores.”³⁶⁵

CAPPELLETTI e GARTH asseveram que "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 pretenda garantir, e não apenas proclamar os

³⁶³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à Justiça como direito humano e fundamental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, v. 41, n. 80, jan/jun. 2008. p. 91-100.

³⁶⁴ RESSEL, Sandra Maria da Costa. **As ações coletivas ...** p 47.

³⁶⁵ SILVA, Jose Antonio R. de Oliveira. A substituição processual como medida de acesso à Justiça. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, a. 68, Setembro. 2004. p. 1084.

direitos de todos".³⁶⁶.

Deve o Direito assegurar uma igualdade material, real e efetiva e não apenas formal. O acesso pretende uma Justiça efetiva, de fácil acesso a todos os cidadãos que dela necessitam, que possa propiciar resposta imediata às demandas, com capacidade para servir a uma sociedade em contínua alteração.

Para os autores a Justiça existe para assegurar duas finalidades básicas do sistema jurídico³⁶⁷, “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.³⁶⁸.

Constata-se que este estudo sobre o acesso à Justiça é originalmente sobre o primeiro aspecto, o “acesso efetivo” ou acessibilidade, não esquecendo o segundo aspecto, qual seja, decisões justas e céleres a todos.

A análise esboça o despontar e o crescimento de uma “nova” e compreensiva visão dos obstáculos que este acesso representa nas sociedades contemporâneas. Aponta que o direito ao acesso verdadeiro tem sido paulatinamente admitido como de relevância fundamental entre os novos direitos individuais e sociais, que a titularidade de direitos não tem significado enquanto inexistirem mecanismos para sua real reivindicação.

Sendo este o papel do Estado, a efetivação dos direitos da maioria dos seus cidadãos, notadamente os trabalhadores, passa por se assegurar o direito de acesso à Justiça.

LEITE³⁶⁹, elenca alguns elementos de efetividade de acesso à Justiça: 1 – Prevalência dos princípios constitucionais de Justiça e de direitos fundamentais; 2 – princípios jurídicos como normas de introdução ao ordenamento e não meras fontes subsidiárias; 3 – possibilidade ao Juiz suprir a omissão legal buscando a efetividade de um direito fundamental; 4 – coletivização do processo através de meios já positivados; 5 – ampliação da legitimidade *ad causam* do Ministério Públicos e outras entidades (associações e sindicatos) para promoção de ações coletivas; 6 – ampliação dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*; 7 – supremacia das tutelas concernentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade sobre os direitos de propriedade.

Torna-se necessário desafinar o coro de sopranos e tenores que entoam o canto da importância do acesso à Justiça, porém, a retórica é bela mas a efetividade deste direito é incompleta. No dizer de PAROSKI, “tem se tornado dramática a experiência de acesso à

³⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 12.

³⁶⁷ Para os autores, Sistema jurídico, é o meio “pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, resolvendo ou não seus litígios sob os auspícios do Estado”. CAPPELLETTI e GARTH, p. 8

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O acesso à Justiça...**, p. 91-100.

Justiça pelos menos favorecidos em praticamente todos os países. Não se pode olvidar dos efeitos maléficos do fenômeno da globalização da economia, em relação aos quais ainda não se tem encontrado soluções práticas, viáveis, que possam corrigi-los. Quase tudo que se fez até hoje se restringe aos discursos inflamados contra ao que se chama de neoliberalismo. Bastante retórica e pouca ação.”³⁷⁰

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos e garantias individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto Constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O objetivo do Estado Democrático de Direito é construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, corrigir as desigualdades sociais, promover o desenvolvimento sócio-ambiental, a paz e a democracia. Porém, o problema não é só desenvolver as teorias dos direitos sociais e humanos, é preciso garanti-los. Essa garantia passa por uma jurisdição que permita o acesso ao Judiciário de forma individual e coletiva.³⁷¹

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

Na citação de PAROSKI a concepção de direito fundamental está assim conceituada:

(...) Direitos fundamentais envolvem um conceito e muitas concepções, divididas entre materiais e as formais. As concepções materiais ligam-se ao entendimento de que o sentido da expressão Direitos Humanos deve se relacionar com o seu conteúdo, possuindo a perspectiva positivista, não positivista e eclética. Ao passo que as concepções formais têm como finalidade “definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos.”³⁷²

De outro lado não há que se confundir o sentidos das expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Embora aquele seja espécie deste, ambos se distinguem por sua natureza. Assim manifesta-se Ingo Wolfgang SARLET:

³⁷⁰ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 100.

³⁷¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O acesso à Justiça...**, p. 91-100.

³⁷² Idem.

Neste sentido, assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que se revela inaceitável em se considerando o critério adotado.³⁷³

Mais adiante segue o doutrinador:

(...) é que o termo “Direitos Fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “Direitos Humanos” guardaria relação com os documentos de Direito Internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A doutrina jurídica tem se esforçado para delimitar e classificar os direitos fundamentais. Embora merecendo ressalvas, ficou assentada a classificação do direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira (e outras) dimensões.

Preferiu-se usar o termo dimensões ao termo gerações tendo em vista que “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter progressivo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.”³⁷⁴

Os direitos de primeira dimensão são entendidos enquanto *direitos de defesa*. Tais direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual.e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

³⁷⁴ Idem.

Quanto aos chamados direitos de segunda dimensão, são os que necessitam intervenção do Estado. A Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento, etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador. Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica, etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa.

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo.

SARLET³⁷⁵ assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, caput e §1o). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionarmos alguns dos exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2o da Constituição.

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar*, que obriga o legislador a expedir atos normativos “*conformadores*” e concretizadores de alguns direitos.

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a

³⁷⁵ Idem.

existência de lei, mas também a sua falta podem revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais. É o que se verifica, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado *direito à organização e ao processo* e, não raras vezes, com o direito de igualdade.

Ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Temos também a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitimando a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

Para Enoque Ribeiro dos SANTOS, “Modernamente, dentre os direitos econômicos e sociais destacam-se o direito ao trabalho, a fixação de um salário mínimo, o estabelecimento de uma duração máxima para o trabalho, o amparo ao desempregado, a proteção à mulher e o menor, o auxílio em caso de doença, invalidez, a concessão de aposentadoria, a garantia de acesso à educação, o direito de formar sindicatos, de liberdade sindical, o direito de greve entre outros.”³⁷⁶

No entendimento de LEITE³⁷⁷, o Estado Democrático de Direito “cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira (direitos civis e políticos) e segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) dimensões, mas também os direitos de terceira dimensão (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).”

Esclarecem CAPPELLETTI e GARTH que a concepção de acesso à Justiça alterou-se, comparando tal transformação às do processo civil. Aduzem que anteriormente “nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a concepção individualista dos direitos então vigentes. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado

³⁷⁶ RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. Op.cit., p.277.

³⁷⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O acesso à Justiça...**, p.91-100.

de propor ou contestar uma ação.”³⁷⁸ Apontam, entretanto, que não é simples a definição exata do termo “acesso à Justiça”, mas que tal garantia representa mais do que um direito social fundamental, entendimento que vem sendo reconhecido e cristalizado, é também o alicerce principal da moderna processualística, visto que o seu exame supõe antecipadamente uma ampliação dos procedimentos e dos objetos do Direito moderno.

Horácio Wanderlei RODRIGUES aduz que o termo acesso à Justiça é bastante vago e pode ter dois sentidos, sendo que “o primeiro, atribuindo ao significante Justiça o mesmo sentido e conteúdo que Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão Justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.”³⁷⁹

RODRIGUES³⁸⁰ argumenta ainda que ao se analisar a questão do acesso à Justiça há que se levar em consideração aspectos que ultrapassam a visão puramente jurídica, destacando o econômico, o social, o político e o educacional.

Portanto, o direito ao acesso à Justiça deve ser uma preocupação central da Ciência do Direito e de outras disciplinas científicas, com finalidade social. Neste sentido, afirmam CAPPELLETTI e GARTH que:

(...) os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, é o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos da moderna ciência jurídica.³⁸¹

A partir destas constatações pode-se ainda considerar as argumentações de Luiz Guilherme MARINONI: “A temática do acesso à Justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à Justiça trabalha a teoria do processo a partir da idéia de Democracia Social. O acesso à Justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da Justiça Social, justamente posta

³⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 9.

³⁷⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 28.

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op. cit., p.12.

pela Democracia Social.”³⁸²

Desse modo, com o acesso sobreviria a efetividade. CAPPELLETTI e GARTH³⁸³ aduzem que o conceito de “efetividade”³⁸⁴ é impreciso e que a efetividade perfeita pode ser exprimida como “igualdade de armas.”³⁸⁵

Seria um meio seguro por meio do qual a decisão final seria proveniente apenas dos méritos jurídicos e da perfeita igualdade entre as partes. Reconhecem, contudo, que a mesma é utópica, posto que as desigualdades jamais serão totalmente eliminadas. Apontam quais são os obstáculos e, posteriormente, a forma de transpô-los.

Identificam como barreiras ao acesso à Justiça, de modo geral o primeiro obstáculo, na maioria dos países, os altos custos que os litigantes precisam suportar para a solução de uma lide. Os próprios litigantes pagam custas judiciais, despesas e taxas cartorárias, os honorários advocatícios e periciais, bem como o ônus da sucumbência. Portanto, o primeiro elemento impeditivo do acesso à Justiça é econômico, constituindo-se em verdadeira barreira, principalmente aos cidadãos de baixa renda.

Observou-se ainda que as pequenas causas são as mais prejudicadas pelas barreiras dos custos, ocorrendo de ultrapassar o valor da controvérsia, acabando por torná-las sem efeito.

A duração dos processos, tempo de espera para a solução do litígio é muito longo, sendo que os efeitos da demora podem ser devastadores, aumentando os custos e pressionando os hipossuficientes a abandonar a lide ou a renunciar a direitos concordando com acordos aviltantes.

A “possibilidade das partes” está diretamente relacionada com os recursos financeiros, em razão de este fator determinar os privilégios de alguns litigantes, posto usufruírem de uma sucessão de “vantagens estratégicas.”³⁸⁶ Deste modo, pessoas abastadas, e grandes grupos econômicos, detentores dos recursos financeiros significativos, possuem vantagens evidentes em suas demandas judiciais, suportando facilmente a demora da decisão, podendo fazer gastos e usufruindo de profissionais mais preparados.

A “capacidade jurídica” pessoal se relaciona com os recursos financeiros, a diferenciação educacional, aspectos e status social, e cultural, sendo um conceito de crucial

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2º Ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 2.

³⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op. cit., p.12.

³⁸⁴ A eficácia ou efetividade. *Por efetividade* se entende a aptidão de um *meio* ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se destina.

³⁸⁵ *Ibidem*, p.15.

³⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p.21.

importância para obter a acessibilidade à Justiça. O não reconhecimento da existência de direitos juridicamente exigíveis, afeta não só os despossuídos, mas também pessoas bem formadas e dotadas de recursos, que em razão da complexidade dos problemas existentes nas sociedades, encontram dificuldade para compreender o Sistema e as normas jurídicas.³⁸⁷

Outro obstáculo que se apresenta ao acesso é observado na frequência com que pessoas ou grupos demandam em juízo, denominados de "litigantes eventuais" e "litigantes habituais", ocorrendo vantagens de resultado para estes últimos, em razão do poder econômico, do habitual contato com cartorários, serventuários e magistrados, bem como por poderem ser assistidos por advogados bem remunerados e mais motivados.

Alegam CAPPELLETTI e GARTH que "interesses difusos" são interesses coletivos, tais como o direito ao meio ambiente saudável, bem como à proteção do consumidor. E que o problema ao acesso, por sua natureza difusa, é que "ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar esta correção é pequeno demais pra induzi-lo a tentar uma ação."³⁸⁸

Contudo, mesmo que as pessoas, de forma coletiva, tenham motivos suficientes para reivindicar um interesse difuso, os obstáculos para organizar e manter tal litígio acaba por não se concretizar, em razão da dificuldade de ser unificado e expresso.

A ação coletiva é mais um instrumento de se buscar a efetividade dos direitos dos trabalhadores. Como leciona RESSEL, "as ações coletivas trabalhistas propostas por sindicatos representam o direito cívico dos trabalhadores como instrumento de garantia de ressarcimento pecuniário de cada um dos obreiros individualmente lesados, quanto na atuação como instrumental preventivo de futuras lesões."³⁸⁹

A regra determina que "a proteção privada de interesses difusos exige ação de grupo, é difícil assegurar que tal coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, em sua ação em favor do grupo."³⁹⁰

Em muitos países mesmo que os indivíduos interponham ações objetivando interesses coletivos, as mesmas serão recusadas, pois ainda predomina o entendimento tradicional de rejeitar qualquer ação privada, confiando somente na "maquina governamental", para resguardar os interesses públicos e da coletividade.

CAPPELLETTI e GARTH descrevem o movimento de aprimoramento do acesso à Justiça de "ondas renovatórias", com finalidade de solucionar a questão do "acesso à Justiça".

³⁸⁷ Ibidem, p. 23.

³⁸⁸ Ibidem, p. 26.

³⁸⁹ RESSEL, Sandra Maria da Costa. **As ações coletivas ...** p 49.

³⁹⁰ Ibidem, p. 27.

Por ordem cronológica, três são as ondas renovatórias que buscam o “acesso à Justiça”: 1ª) assistência judiciária para os pobres, 2ª) representação dos interesses difusos, e 3ª) acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla e um novo enfoque de acesso à Justiça. Aponta-se que a terceira onda é a de maior relevância, posto priorizar inúmeras reformas judiciais, iniciando por uma reestruturação do Poder Judiciário, do processo, dos procedimentos e do sistema recursal, com o fim de propiciar tutela jurisdicional célere e efetiva.

A primeira onda, na busca de soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça, teve início nos países ocidentais, por volta dos anos 60, quando despertou a consciência social com uma dramática reforma, elevando a assistência aos menos favorecidos a mais alta prioridade das reformas judiciais. Com isso implantaram-se diversos modelos de prestação de assistência judiciária aos necessitados, visando facilitar-lhes o acesso à Justiça.

A primeira onda focou a reforma na questão relativa aos interesses dos indivíduos, contudo ignorou a coletividade como sujeito de direitos, continuando esta sem assistência e sem soluções relativas à saúde, à segurança, ao meio-ambiente e à educação.

A segunda onda renovatória do acesso à Justiça objetivou, prioritariamente, resguardar os interesses da sociedade possibilitando a representação dos interesses difusos (coletivos ou grupais), diferentes daqueles da primeira onda voltada à assistência dos menos favorecidos, estes impõem a reflexão sobre noções elementares do processo civil e sobre o papel dos tribunais nos diversos sistemas jurídicos.³⁹¹

O cunho tradicionalmente individualista do processo civil, utilizado nas demandas entre duas partes, (Tício x Mévio), não promovia a proteção dos direitos difusos, posto inexistirem instrumentos jurídicos adequados na esfera do processo para tal finalidade.

Referida reforma ocorreu primeiro pela legitimidade ativa, que vem sendo prestigiada por meio de reformas legislativas e decisões dos Tribunais, permitindo que pessoas ou grupos atuem em representação de direitos difusos.³⁹²

João Bosco Won Held Gonçalves de FREITAS FILHO afirma que “Tornou-se lugar comum a afirmação que, em se tratando de legitimidade ativa, o modelo individualista de pensar o processo, fruto dos influxos do liberalismo, é inócuo no tratamento das ações coletivas.”³⁹³

³⁹¹ Ibidem, p. 49.

³⁹² Ibidem, p. 50.

³⁹³ FREITAS FILHO, João Bosco Won Held Gonçalves de. **Os modelos de representação dos interesses metaindividuais apresentados por Mauro Cappelletti. A solução pluralista do direito processual coletivo brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10311>>. Acesso em: 15 dez.

A terceira onda de acesso à Justiça retrata a reforma interna do processo, proveniente “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça”.³⁹⁴

Ressaltam CAPPELLETTI e GARTH que a conscientização da relevância das reformas supra transcritas, devem levar a observância de seus limites, apontando que a preocupação fundamental é promover representação efetiva para direitos não representados. Afirmam, entretanto, que os problemas não serão resolvidos apenas pela aperfeiçoada representação dos advogados.

Aduzem que o novo enfoque de acesso à Justiça tem alcance muito mais amplo, esclarecendo que a "Terceira Onda" de reforma concentra-se em representar a todos os tipos de direitos, “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência.”³⁹⁵

Esclarecem os autores que este “enfoque”:

(...) encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no Direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.³⁹⁶

Resta evidenciado, pelo estudo realizado, que para a consecução do acesso a Justiça, bem como para a tutela dos novos direitos, é imprescindível a criação de inovadores “mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis.”³⁹⁷

As dificuldades de se prestar uma tutela eficaz favoreceu o nascimento da idéia de garantia dos interesses coletivos e o fortalecimento do papel dos sindicatos, podendo ser considerada recente a mudança introduzida no ordenamento jurídico visando à correção do problema da efetivação do acesso à Justiça através das ações coletivas.³⁹⁸

É necessário examinar a que se destinam os inúmeros fatores e obstáculos

2009.

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 67.

³⁹⁵ Ibidem, p. 67-68.

³⁹⁶ Ibidem, p. 71.

³⁹⁷ Ibidem, p. 69.

³⁹⁸ NAHAS, Thereza Christina. **Garantias básicas para efetividade do processo**. Defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos no Processo do Trabalho, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68.

envolvidos, criando então instituições eficazes para combatê-los. Posto que o enfoque de acesso à Justiça pretende empregar diligências tendo em apreço todos os fatores, visto a utilidade e a necessidade de tal enfoque³⁹⁹ na vida atual.

Como se denota, a tutela coletiva dos direitos dos trabalhadores pode ser vista como um direito fundamental: O Direito Fundamental de acesso à Justiça. O direito fundamental necessita de mecanismos que garantam a sua efetividade e a tutela coletiva é mais um dos instrumentos colocados à disposição dos operadores do direito.

³⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 75. “O enfoque do acesso à Justiça tem um numero imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que exige nada menos que um estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial.”

5 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO COLETIVA POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Neste item serão abordados alguns aspectos processuais aplicáveis às demandas coletivas por substituição processual. Devido ao corte metodológico far-se-á apenas pequena introdução em conceitos do Direito Processual, notadamente o Trabalhista, para que se privilegie a controvérsia acerca da aplicação desses institutos nas demandas coletivas.

No âmbito trabalhista concebe-se a Ação Coletiva como uma das ações mais adequadas a promover as mudanças estruturais necessárias à realização do bem coletivo através da busca por melhores condições para os trabalhadores. Seria utópico imaginar que cada trabalhador, individualmente, demandaria seu empregador em juízo para a garantia de seus direitos, colocando em risco seu próprio emprego.

FAVA lembra que “o enfrentamento judicial em demanda trabalhista apresenta-se arriscado para o empregado. Frise-se, desde logo, que nu de qualquer garantia de emprego, raramente o trabalhador ajuíza ação contra seu empregador no curso do contrato, temendo represálias.”⁴⁰⁰

No entanto, o incremento da utilização das ações coletivas nos remete ao surgimento da legislação consumerista (Lei. 8.078/90) e é a partir desta ótica que as ações coletivas são analisadas, respeitando-se, obviamente, os princípios próprios do Direito do Trabalho.

Uma forte característica das Ações Coletivas apontada por LEITE é o fato de objetivar, via de regra, a “condenação, imposição ou abstenção do réu nas obrigações de fazer ou não fazer ou a sua condenação em dinheiro, quando impossível ou inviável o cumprimento da obrigação específica.”⁴⁰¹

Em relação à sua natureza jurídica, essa modalidade de ação é eminentemente de natureza de Direito Processual, pois “de fato, espriam-se em seu corpo vários dispositivos processuais tais como: foro, pedido, possibilidade de ação cautelar, execução, ônus de sucumbência, aplicação subsidiária do CPC.”⁴⁰²

Para propositura da Ação Coletiva foram estabelecidos determinados requisitos obrigatórios dos quais destacamos ser o direito a proteger interesse coletivo que inviabiliza a propositura mediante ação individual, devido à quantidade de demandas a serem propostas

⁴⁰⁰ FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 28.

⁴⁰¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 310.

⁴⁰² ROCHA, Ibraim. **Ação civil pública e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1996. p. 21.

para sua satisfação, devendo ser o pedido da classe comum a cada indivíduo. Desta forma, “assegura-se, pois, a efetividade do acesso à Justiça, pretendendo-se, com isso, a realização do princípio do devido processo legal.”⁴⁰³

Estes aspectos são de significativa importância para o entendimento, aprimoramento e fortalecimento do instituto da substituição processual. O papel dos sindicatos enquanto representantes sociais deve ser fortalecido para que cumpram efetivamente sua função de defesa dos interesses coletivos.

5.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PROCESSO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

O entendimento da Jurisprudência trabalhista, mesmo após o cancelamento da Súmula 310 do TST, é no sentido de negar a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatício devidos ao patrono do sindicato autor em processos de substituição processual.

No processo N° TST-RR-216/2007-022-15-00.5, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu por indeferir o pagamento de honorários advocatícios, em processo de substituição processual, embora reconheça a legitimidade processual dos sindicatos em ações coletivas.⁴⁰⁴ Algumas decisões, no entanto, têm se mostrado em sentido contrário.⁴⁰⁵

⁴⁰³ NAHAS, Thereza Christina. Op. cit., p. 74.

⁴⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-216/2007-022-15-00.5. SBDI-1. **1.5 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SINDICATO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL** - Com o cancelamento da Súmula nº 310 do TST, impõe-se ao exegeta interpretar o artigo 14 da Lei nº 5.584/70, não mais a partir da sua literalidade, mas sim a partir da finalidade ali perseguida de assegurar ao sindicato, que atua como substituto processual, o direito aos honorários advocatícios que o foram na condição de assistente judicial. ... , impondo-se por isso a exclusão dos honorários advocatícios, a cavaleiro das Súmulas 219 e 329 do TST e da jurisprudência consolidada no âmbito da SBDI-1, conforme se constata dos seguintes precedentes: E-RR-529253/1999, DJ-26/10/2007; E-RR-641721/2000, DJ-11/10/2007; E-ED-RR-985/2005-099-03-00.2, DJ-29/6/2007 e E-RR-787.167/2002.1, DJ-24/11/2006, segundo a qual "**Pretender conceder ao sindicato honorários advocatícios quando atua como substituto processual implicaria, ao menos, verificar se todos os substituídos, sem exceção, são beneficiários da Justiça gratuita, sob pena de a parte *ex adversa* se ver obrigada a suportar esses honorários por mera sucumbência, acaso desatendido o referido requisito por qualquer dos substituídos**". Do exposto, **conheço** do recurso de revista por contrariedade às Súmulas nº 219 e 329 do TST e, no mérito, **dou-lhe provimento** para excluir da condenação a verba honorária. (grifos do original). Disponível a partir de www.tst.jus.br

⁴⁰⁵ Minas Gerais. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO - 00220-2006-152-03-00-8, Segunda Turma. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Tanto atuando como assistente quanto como substituto processual são devidos honorários ao Sindicato, ficando isto ainda mais claro a partir do cancelamento da Súmula n. 310 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Não há razão para conceder os honorários quando o Sindicato atua como assistente de um ou poucos trabalhadores e não fazê-lo quando atua como substituto da categoria ou parte dela, até porque isto acabaria redundando em inúmeras ações individuais ou plúrimas, o que estaria em rota de colisão com a política legislativa de dar ênfase às ações

Rubens Soares VELLINHO, sustenta posição contrária ao rumo tomado pela jurisprudência, anotando que “Considerando-se que a realidade em que cada um dos substituídos processualmente ajuizassem sua ação individual, com certeza obteriam o benefício da Justiça gratuita, em face da realidade econômica, torna-se razoável conceder ao sindicato de trabalhadores o mesmo benefício.”⁴⁰⁶

O mencionado autor conclama as entidades representativas a discutirem e defenderem com afinco a possibilidade de recebimento de honorários advocatícios na hipótese ora tratada. Conclui o seu trabalho afirmando que a manutenção daquele entendimento “(...) sonega acesso amplo ao judiciário a seus cidadãos, além de ofender a efetividade do processo judicial (...).”⁴⁰⁷

Paulo Roberto da CRUZ, afastando a hipótese de aplicação do *jus postulandi* para indeferimento de honorários advocatícios, sustenta que:

Ocorre que com o aumento das complexidades do Direito Laboral, com o progresso das relações de emprego, com a evolução das organizações sindicais e seus mais diversos acordos e convenções coletivas e com o desenvolvimento do capitalismo surge a dúvida: seria mesmo vantagem para o trabalhador ajuizar uma reclamação sem a assistência de um advogado? Ele não estaria se perdendo em prazos e recurso que, pudera, jamais saberia que existem? Pensando nisso chega-se à conclusão de que a intercessão de um advogado na Justiça do Trabalho tornou-se indispensável. Isto não quer dizer que o *jus postulandi* se extinguiu, mas somente seria utilizado por quem realmente quisesse e soubesse o que estaria fazendo.⁴⁰⁸

Ademais, após vigência do Novo Código Civil, advoga-se a necessidade de condenação das reclamadas em demandas trabalhista, em face do previsto nos artigos 389, 395 e 404 da já não tão nova Lei. Luiz Eduardo GUNTHER e Cristina Navarro ZORNING, se posicionam no sentido de que “Após as Leis n.ºs. 10.288/01 e 10.537/02, portanto, tornam-se compatíveis com o Processo do Trabalho os arts. 389, 395 e 404 do Novo Código Civil no que diz respeito aos honorários advocatícios.”⁴⁰⁹

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, também proferiu

coletivas na busca da celeridade e economia processuais, dando maior efetividade ao processo, além de garantir a igualdade na interpretação das situações jurídicas. (RO - 00220-2006-152-03-00-8, TRT 3ª Região, Segunda Turma). Disponível a partir de www.tst.jus.br

⁴⁰⁶ VELLINHO, Rubens Soares. O Direito do Patrono do Sindicato ao recebimento de honorários de AJ em ações coletivas onde o sindicato atue como substituto processual. **Revista LTr**, n. 69, São Paulo. P. 1098-112, set. 2005. p.1009.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 1102.

⁴⁰⁸ CRUZ, Paulo Roberto da. A impossibilidade da utilização do *jus postulandi* como fundamento para o indeferimento de honorários de sucumbência nas causas trabalhistas que versem sobre a relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. a. 34, n. 132. out/dez. 2008. p. 131.

⁴⁰⁹ GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNING, Cristina Maria Navarro. Honorários Advocatícios na Justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba. a. 28, n. 49, jan/jun. 2003. p. 53.

julgado que respalda a mencionada tese de aplicação do “novo” Código Civil em demandas de competência material da Justiça do trabalho.⁴¹⁰

Na forma do artigo 18, da LACP e do artigo 87 do CDC, os sindicatos quando autores de ação coletiva não necessitam realizar adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como, não podem sofrer condenação em honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo inequívoca demonstração de má-fé. Assim também já entendeu o Tribunal Superior do Trabalho.⁴¹¹

Apesar da tendência jurisprudencial em negar pagamento de honorários advocatícios em sede de ação coletiva por substituição processual, necessário se faz uma reflexão acerca deste instituto para melhor aplicação deste poderoso instrumento de acesso à Justiça. Não fosse pela lógica adotada na Súmula 219, deveria ser acolhido o entendimento preconizado por GUNTHER e ZORNING. Como dito, tal entendimento visa ressarcir o trabalhador dos gastos tido com a contratação de um profissional do Direito para garantir o seu próprio direito. Veja-se, que efetividade significa entregar o direito integral, e no momento oportuno, a quem efetivamente pertence.

5.2 DA DESISTÊNCIA E DA RENÚNCIA EM PROCESSO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Renúncia é ato privativo do autor, que pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária, ensejando a extinção do feito com julgamento do mérito, o que impede a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito. É instituto de natureza material, cujos efeitos equivalem aos da improcedência

⁴¹⁰ Paraná. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 9ª Região. “Vínculo de emprego declarado em juízo - Cabimento da multa do art. 477 - CLT - A controvérsia em torno do liame empregatício não afasta o direito do obreiro à multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT em valor equivalente ao salário, ausente qualquer restrição à penalidade atrelada ao reconhecimento judicial do vínculo de emprego. Aplicável, ainda, o art. 389 do novo Código Civil: ‘não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado’, assegurando, da forma mais ampla possível, a reparação.” (TRT 9ª R. - Proc. 13322-2001-015-09-00-8 - (27793-2003) - Rel. Juiz LUIZ EDUARDO GUNTHER - DJPR 05.12.2003). Disponível a partir de www.trt9.jus.br

⁴¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6. Turma. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CUSTAS PROCESSUAIS. INVERSÃO E ISENÇÃO. ARTIGOS 87 DA LEI 8.078/90 E 18 DA LEI 7.347/85. Quanto ao pedido de isenção das custas, impõe-se deferi-lo, uma vez que tanto o CDC (Lei 8.078/90), quanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) são claras ao dispor que “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”. Embargos parcialmente acolhidos com efeito modificativo, para isentar o Sindicato do pagamento das custas processuais. Processo: RR - 536190-62.1999.5.17.5555. Data de Julgamento: 28/03/2007, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 20/04/2007. Disponível a partir de www.tst.jus.br

da ação.⁴¹²

A desistência da ação, por outro lado, é figura do Direito Processual. Mas está condicionada à concordância do réu após realizada a citação.⁴¹³ Também ato privativo do autor, porém extingue o processo sem análise do mérito e permite a reproposição da demanda.⁴¹⁴

Com relação à desistência da Ação Coletiva pelo Ministério Público, esta é possível. No entanto, faculta-se ao juiz a homologação e na hipótese de não ser deferida, ele remeterá os autos ao Procurador Geral do Trabalho que poderá concordar com a desistência da ação ou designará outro órgão do Ministério Público para conduzi-la como titular.⁴¹⁵

NERY JUNIOR e NERY manifestavam opinião de adequação do inciso VI⁴¹⁶, no enunciado 310, não deixando dúvidas da possibilidade do trabalhador poder realizar desistência, renúncia e transação individualmente.⁴¹⁷

Manoel Antonio TEIXEIRA FILHO entende pela necessidade do substituído primeiramente adentrar no processo na condição de assistente litisconsorcial, para, somente após o seu ingresso nesta condição, formular o pedido de desistência. Mesmo assim, alega o autor, deve o Juiz usar do bom senso para decidir pela aceitação ou não do pedido.⁴¹⁸

TEIXEIRA FILHO clarifica qual o cenário em que esta decisão deva ser tomada: “É razoável presumir que na maioria dos casos o substituído seja levado, por pressões sobre ele exercidas pelo réu (máxime quando o contrato de trabalho com este ainda esteja vigorando), a requerer a desistência da ação.”⁴¹⁹

⁴¹² Código de Processo Civil. Art. 269. Haverá resolução de mérito: V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁴¹³ Paraná. Tribunal Regional da 9ª Região. Aco. 00905-2008-245-09-00-3 – 2ª T. – Rel. Márcio Dionísio Gapski – J. 02.06.2009. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DE AÇÃO EM AUDIÊNCIA ANTES DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO – DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO RÉU – Com relação ao pedido de desistência da ação formulado antes mesmo da tentativa de conciliação (cuja previsão está no art. 846 da CLT), não há que se falar em necessidade de concordância da parte ré pois não havia decorrido prazo para a resposta, como estabelece o § 4º do art. 267 do CPC. Isso porque o prazo para defesa inicia-se apenas após tentativa frustrada de acordo (art. 847 da CLT). Disponível a partir de www.trt9.jus.br

⁴¹⁴ Código de Processo Civil. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VIII - quando o autor desistir da ação; § 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania. In: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (Coords.). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000. p. 429-430.

⁴¹⁶ VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto;

⁴¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 345.

⁴¹⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no Processo do Trabalho**: oposição, nomeação a autoria, denunciação da lide chamamento ao processo. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 1995. p. 54-55.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 58.

Mais adiante continua o autor: “Pondo à frente esse estado de sujeição, estará o órgão jurisprudencial dotado de sensibilidade suficiente para entender os motivos que soem conduzir o substituído a intervir no processo para externar o suposto desejo de desistir da ação.”⁴²⁰

GUNTHER, em artigo publicado em homenagem aos vinte anos da Constituição da República, conclui que: “A desistência pelo substituído, desde que ingresse na ação como assistente litisconsorcial, seria possível. Mas a renúncia não.”⁴²¹ Este entendimento coaduna com o pensamento de TEIXEIRA FILHO que trilha a hipótese necessária de integração dos substituído à lide na condição de litisconsorte para que então possa formular o pedido de desistência. Ressalva-se, entretanto, de forma adequada, a impossibilidade de renúncia ao direito postulado coletivamente tendo em vista o caráter de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Com o cancelamento das Súmulas 180⁴²² e 255⁴²³ do Tribunal Superior do Trabalho em 28/10/2003, pela Resolução 121, vislumbrou-se a possibilidade de guinar-se o entendimento jurisprudencial para impossibilidade de desistência individual do trabalhador em processos de substituição processual. Não foi esta a posição adotada.

Em recente julgamento o Tribunal Superior do Trabalho, em processo de relatoria do Ministro Fernando EIZO ONO, entendeu pela possibilidade de desistência, renúncia ou transação individual do trabalhador em processos de substituição processual por sindicatos.

Todavia, isso não significa que, uma vez exercida pelo sindicato a prerrogativa de atuar como substituto processual na defesa de interesse dos trabalhadores de sua categoria, estes perdem a legitimidade para, individualmente, buscar a tutela jurisdicional, desistir da demanda proposta pelo sindicato ou dispor do direito material controvertido.

Na qualidade de substituto processual, o sindicato integra a relação processual e, por isso, figura como parte no processo. Porém, embora seja o titular da relação processual, não é o titular da relação jurídica material discutida no feito.

Justamente por atuar em juízo na defesa de direito alheio, o sindicato não pode atuar contra a vontade dos substituídos, nem dispor do direito material discutido sem a concordância destes.⁴²⁴

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ GUNTHER, Luiz Eduardo. **O Fio de Ariadne do sindicato...**, p.513-527.

⁴²² Nº 180 - AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DESISTÊNCIA - CANCELADA

Nas ações de cumprimento, o substituído processualmente pode, a qualquer tempo, desistir da ação, desde que, comprovadamente, tenha havido transação.

⁴²³ Nº 255 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DESISTÊNCIA - CANCELADA

O substituído processualmente pode, antes da sentença de primeiro grau, desistir da ação.

⁴²⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 4ª Turma. Recurso de Revista número 3801700-06.2002.5.16.0900. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Decisão Unânime. Brasília, 25 de novembro de 2009. DEJT - 05/02/2010. Disponível a partir de www.tst.jus.br

Entretanto, este entendimento não é unânime no Tribunal Superior do Trabalho. Em outro processo que tramitou na segunda turma, de relatoria do Ministro Vantuil ABDALA, acolheu-se a tese de impossibilidade de desistência individual dos empregados em processos de substituição processual.

A reclamada, por sua vez, afirma que os pedidos de desistência se deram em conformidade com a lei, pelo que entende que o Regional ofendeu o artigo 267, inciso VIII, do CPC e divergiu do entendimento de outros órgãos julgadores. O apelo não merece conhecimento.

No caso, o sindicato-autor, legitimado extraordinariamente, nos termos do art. 6º do CPC, por meio do instituto da substituição processual, pleiteia em nome próprio, direito de terceiro, no caso, dos substituídos. Desse modo, somente o sindicato, na qualidade de substituto processual, possui legitimidade para desistir da ação por ele proposta, pelo simples fato de ser ele o titular do direito subjetivo da ação.⁴²⁵

Pronunciamento da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho também caminha no sentido de não admitir a desistência, em processo de relatoria do Ministro Lelio Bentes CORRÊA, que assim manifestou-se: “Frise-se, por fim, a impropriedade da alegação de maltrato ao artigo 5º, II, da Constituição da República, uma vez que o tema pertinente à possibilidade de desistência encontra regência específica na legislação infraconstitucional, cuja exegese deve observar os princípios relativos à substituição processual, consagrados no artigo 8º, III, da Lei Magna. A matéria encontra regência própria, portanto, seja na legislação infraconstitucional, seja na esfera constitucional.”⁴²⁶

MOTA reforça a idéia de titularidade material e processual do substituído, alinhando-se com o pensamento de possibilidade de desistência individual do trabalhador em processos de substituição processual por sindicatos.⁴²⁷ Muito embora que “em matéria de conflitos trabalhistas, que ainda há entre nós uma tentativa de dominação do trabalhador pelo empregador.” E mais adiante prossegue: “na visão destes empregadores, o trabalhador é propriedade sua, que não possui vontade própria e que, como qualquer outra coisa possuída, deve se sujeitar aos seus interesses.”⁴²⁸

FERNANDES espera que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho caminhe no sentido de restringir os atos de disposição dos trabalhadores substituídos.⁴²⁹

⁴²⁵ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 2ª Turma. Recurso de Revista número 8930300-56.2003.5.04. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Decisão Unânime. Brasília, 07 de outubro de 2009. DEJT – 06/11/2009. Disponível a partir de www.tst.jus.br

⁴²⁶BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista número E-RR - 713383-20.2000.5.03.5555. Relator: Ministro Lélío Bentes Corrêa. Decisão Unânime. Brasília, 05 de março de 2009. DEJT – 13/03/2009. Disponível a partir de www.tst.jus.br

⁴²⁷ MOTA, Marcílio Florêncio. Op. cit., p. 109

⁴²⁸ Ibidem. p. 111.

⁴²⁹ FERNANDES, Nadia Soraggi. Op. cit., p. 1.012.

CLAUS entende a possibilidade de desistência dos substituídos em processos coletivos por substituição processual uma contradição interna.⁴³⁰ E destaca que se a desistência não pode ser admitida, muito menos pode ser aceita a renúncia que extingue o direito substancial do trabalhador.⁴³¹

Neste aspecto tão significante para a consolidação da substituição processual, a jurisprudência ainda caminha no sentido de privilegiar o ato de disposição individual do direito. Muito embora já se vislumbrem alguns entendimentos no sentido de restringir o direito de disposição individual quando pleiteados em processos de substituição processual.

5.3 COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

Competência em razão da função diz respeito à distribuição das atribuições cometidas aos diferentes órgãos da Justiça do Trabalho, de acordo com o que dispõe a Constituição, as Leis de processo e os regimentos internos dos tribunais trabalhistas.⁴³² A competência em razão do lugar (*ratione loci*), ou seja, a competência territorial, é determinada com base na circunscrição geográfica sobre a qual atua o órgão jurisdicional.⁴³³

A competência material é dada conforme a matéria, assim, de acordo com as alterações advindas da Emenda Constitucional n.º 45/04, que redefiniu o art. 114 da Constituição Federal, é competente a Justiça do trabalho para processar e julgar as ações civis públicas decorrentes das relações de trabalho e cujo objeto são interesses transindividuais, envolvendo trabalhadores e empregadores, Administração Pública indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União.

Na competência funcional evidencia-se o grau de envolvimento da matéria discutida, ou seja, o grau de abrangência do direito metaindividual a ser preservado. Assim, esta dar-se-á conforme a localidade onde ocorreu o dano ao interesse que se pretende tutelar, estando também definida a competência territorial.

Apesar da aparente tranqüilidade, a determinação da competência territorial e funcional para julgamento das ações coletivas gera algumas polêmicas.

O artigo segundo da LACP, determina que as ações coletivas serão propostas no foro do local onde ocorrer dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a

⁴³⁰ CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. cit., p. 128.

⁴³¹ Ibidem, p. 132.

⁴³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual** ..., p. 231.

⁴³³ Ibidem, p. 240.

causa. O Código de defesa do Consumidor, em seu artigo 93, estabelece que, ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. A Orientação Jurisprudencial nº. 130, da SDI-II, do Tribunal Superior do Trabalho,⁴³⁴ também disciplina a matéria. Segundo o artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho a competência das varas do trabalho é determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador ou no foro da contratação.

Como visto, várias normas disciplinam a matéria acerca das competências territorial e funcional, gerando uma polêmica acerca desta questão processual. Não restam dúvidas, entretanto, que a competência para apreciação e julgamento desta ação é dos órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho, tendo em vista que o seu objeto é o reconhecimento do dever de reparar os danos perpetrados contra os direitos dos trabalhadores.

O Tribunal Superior do Trabalho visando aplicar o que prevê o Código de defesa do Consumidor, aprovou a Orientação Jurisprudencial número 130. Analisando esta norma pode-se chegar à seguinte conclusão: a) se o dano for local, a competência é da Vara do Trabalho, com jurisdição no local do dano; b) se o dano for regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da capital do Estado; c) se o dano for de abrangência nacional, a competência é de uma das Varas do Trabalho de um dos Estados ou do Distrito Federal.

O entendimento exarado pela OJ 130 do TST não é unanimemente aceito pela doutrina. Raimundo SIMÃO DE MELO expressa sua opinião, assentando que:

Todavia, no nosso entendimento, o art. 93 do CDC não deve ser aplicado na Justiça do Trabalho, por duas razões: primeiro, porque existe previsão expressa no Processo do Trabalho sobre a competência territorial das Varas do trabalho. Conforme estabelece o art. 651 da CLT, a competência das Varas do Trabalho é fixada, em regra, levando-se em conta a localidade de trabalho do empregado, de modo a facilitar o acesso do trabalhador à Justiça. Igualmente é essa regra que deve ser levada em conta sobre a competência funcional na jurisdição coletiva, ou seja, no local do dano, mais próximo das partes e do juiz. Havendo mais de um juiz competente ou ultrapassando o dano a jurisdição de um juízo, competente é aquele que primeiro receber a ação (CPC, art. 107: "Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado ou comarca, determinar-se-á o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel").

⁴³⁴Ação 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 supraregional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.

No entendimento do mesmo autor, o art. 93 do CDC não deve ser aplicado na Justiça do Trabalho também por outro motivo:

Segundo, porque o referido art. 93 do CDC é incompatível com as regras e princípios que informam o Direito do Trabalho, porque oferece maior dificuldade sobre a produção de provas e o deslocamento das partes, especialmente dos legitimados ativos, para outras comarcas nas Capitais dos Estados ou do Distrito Federal, o que é desnecessário. Neste ponto, cabe lembrar que o art. 769 da CLT somente admite a aplicação subsidiária do processo comum quando o Processo do Trabalho for omissivo e houver compatibilidade da norma emprestada com os princípios e peculiaridades trabalhistas. Também o art. 21 da Lei n. 7.347/85 deixa claro que as normas do CDC somente serão aplicadas genericamente na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, quando cabíveis e compatíveis, o que não é o caso.⁴³⁵

Verifica-se, também, que a competência determinada no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor é concorrente. Quando o legislador inclui a alocação “ou” no inciso segundo do referido artigo, o fez para que se pudesse manejar a ação coletiva em um ou em outro foro.

Advane de Souza MOREIRA e Maria do Carmo de ARAÚJO, entendem que “essa conclusão se robustece quando se observa que a seqüência lógica em que os vocábulos estão dispostos no artigo não autoriza a conclusão da competência de foro único.”⁴³⁶

Tomando-se como referência o disposto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se haver a possibilidade de se proferir sentença de qualquer natureza nas Ações Coletivas.

Existe a possibilidade de decisões mandamentais, condenatórias, constitutivas, declaratórias ou mesmo as executivas, sendo três os tipos de resposta jurisdicional: a procedência do pedido coletivo, sua improcedência por insuficiência de provas e sua improcedência depois de regular e suficiente instrução.

Os efeitos da sentença estendem-se à coletividade, uma vez que sendo julgada procedente a demanda possuirá efeito *erga omnes*. Este também é o efeito de uma sentença de improcedência, não havendo a possibilidade nem mesmo de nova tutela jurisdicional pela via individual por aqueles que se habilitaram como litisconsortes no curso da ação coletiva, ocorrendo todos os efeitos da coisa julgada.

Ademais, confrontando o disposto no artigo acima citado com o artigo 21 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se a impossibilidade de tal limitação devendo os efeitos da sentença ser realmente *erga omnes* e *ultra partes*.

⁴³⁵ MELO, Raimundo Simão de. Op. cit., p. 152.

⁴³⁶ SOUZA, Advane Moreira; ARAÚJO, Maria do Carmo. A OJ 130 da SDI-II do TST – competência territorial e alcance da decisão proferida na ação civil pública. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 16, n. 186, p. 122-145, dez. 2004. p. 141.

Thereza Christina Nahas discorda do entendimento estabelecido na OJ 130 do TST asseverando que o juiz quando decidir por sua competência deverá ter o bom-senso na aplicação da norma, não devendo obrigar o deslocamento das partes de uma região para outra quando na verdade não é essa a intenção da norma.⁴³⁷

Sustenta a autora que a decisão do C. TST parece contrariar o próprio fundamento e disposição do art. 93, embaixador de sua conclusão, não podendo servir de orientação absoluta a todos os casos de ações coletivas de âmbito nacional ou regional que venham a ser processadas no Juízo Trabalhista.⁴³⁸

Advane de Souza MOREIRA e Maria do Carmo de ARAÚJO, concluem o pensamento com objeções ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que dificulta o acesso ao Judiciário por concentrar as demandas nas capitais dos Estados e no Distrito Federal.⁴³⁹

O entendimento da competência territorial para conhecimento e apreciação das demandas coletivas deve atender ao princípio do acesso à Justiça. Realmente, o máximo de proximidade possível do Juízo competente aos prejudicados pelo dano coletivo deve ser a lógica da determinação da competência.

5.4 LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

Litispendência e coisa julgada são fenômenos processuais que impedem o conhecimento de uma nova demanda quando outra já tenha sido julgada ou esteja em andamento. Do parágrafo segundo do Código de Processo Civil, podemos extrair que uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. E o parágrafo terceiro prevê que há litispendência quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso.

Estas regras são perfeitamente compreensíveis e aplicáveis às demandas individuais. Porém, como é solucionada pela doutrina e pela jurisprudência a questão em demandas coletivas? Algumas soluções são apontadas: primeiro deve-se analisar o conflito entre ações coletivas e, posteriormente, entre ações coletivas e demandas individuais.

Existe a possibilidade teórica da litispendência entre duas ações coletivas que tenham

⁴³⁷ NAHAS, Thereza Christina. Considerações acerca da decisão do C. TST sobre competência para propositura de ações coletivas. **Resista Eletrônica Juris Síntese Iob**. Porto Alegre, n.52, mar-abr 2005.

⁴³⁸ Idem.

⁴³⁹ SOUZA, Advane Moreira; ARAÚJO, Maria do Carmo. op. Cit. p. 155.

as mesmas partes passivas, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Pode-se ilustrar este exemplo, na seara do Direito do Trabalho, imaginando uma ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho e outra ação com os mesmos elementos ajuizada pelo sindicato correspondente.

Rodolfo de Camargo MANCUSO ressalta que “só se pode conceber concomitância entre ações coletivas se o desenho delas – substancia e/ou processual - tiver um elemento discriminatório essencial, por exemplo: uma ação civil pública pede o fechamento da indústria poluidora (interesse difusos à proteção do ar atmosférico) e uma ação coletiva, em nome dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores dessa indústria, pede ressarcimento pelos danos à saúde dos obreiros, causados pelos gases tóxicos. Claramente, em casos que tais, as ações não são iguais(...)”⁴⁴⁰

LEITE manifesta entendimento de possibilidade de litispendência entre ações coletivas.

Por tais razões, ainda que não haja identidade entre os legitimados ativos, isto é, entre os autores (MP, Estado, associações civis, sindicais, etc) das demandas coletivas, sustentamos que pode existir litispendência (e via de consequência, coisa julgada) entre as demandas coletivas que tiverem causa de pedir e pedidos idênticos, o que implicará a extinção daquela que foi proposta posteriormente, porque em ambas os autores atuam como “representantes ideológicos da coletividade, grupo, classe, categoria ou indivíduos homogeneamente considerados titulares dos direitos ou interesses deduzidos na demanda coletiva.”É dizer, os entes coletivos agem como “legitimados autônomos para a condução do processo” na defesa de interesses difusos ou coletivos, ou “substitutos processuais”, na defesa de interesses individuais homogêneos.⁴⁴¹

Com relação à possibilidade de litispendência entre ações coletivas, LEITE ressalta ainda que “se duas (ou mais) ações coletivas *idênticas* forem ajuizadas em separado, seja perante o mesmo juízo ou juízos diversos, a primeira ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, sendo certo que a consequência processual será a extinção do(s) processo(s) ajuizado(s) posteriormente.”⁴⁴²

O autor supra ainda entende que o critério definidor da anterioridade da primeira ação é o horário de ajuizamento, tendo em vista que no Processo do Trabalho não há despacho inicial. Ademais, ressalta que inexistente litispendência se o Ministério Público do Trabalho

⁴⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 495.

⁴⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Inexistência de litispendência entre ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos (substituição processual) e ação individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v.74, n 3, p. 47-60, jul./set., 2008. p. 49.

⁴⁴² *Ibidem*, p.50.

ajuiza ação em defesa de interesses difusos e o sindicato ajuiza demanda na defesa de interesses individuais homogêneos ou coletivos.⁴⁴³

Dentro dos estritos critérios de identidade, aplicam-se os efeitos da litispendência e da coisa julgada, quando se defrontam duas ações coletivas. De outro lado, em relação ao confronto de ação individual e ação coletiva, a doutrina e jurisprudência, não encontram unanimidade, pois parte se inclina para reconhecer que não há litispendência e coisa julgada e a outra parte, obviamente, em sentido contrário.

Analisando-se o artigo 104⁴⁴⁴ do CDC pode-se concluir que não há litispendência entre ação individual e ação coletiva destinada à defesa de interesses difusos e coletivos. Tal conclusão pode ser aferida em face da ausência de identidade entre os titulares ativos e entre os pedidos.

Porém, sob a égide da vigência da Súmula 310, Mário GONÇALVES NETO, entendia inaplicável o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, posto que inexistia lacuna no Código de Processo Civil e a constatação de assimetria das relações de consumo com as hipóteses de substituição por sindicato.⁴⁴⁵

Inobstante, o pensamento de impossibilidade de litispendência entre ação coletiva e ação individual é defendido por LEITE que leciona: “realmente, não há litispendência entre quaisquer espécie de ações coletivas (ação civil pública, ação civil coletiva, dissídio coletivo, mandado de segurança coletivo) para a defesa de interesses difusos ou coletivos e as ações individuais, seja pela não coincidência da titularidade ativa, seja pela natureza do provimento jurisdicional solicitado, bem como do pedido.”⁴⁴⁶

Necessário frisar que o autor distingue a ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos. Neste caso somente na fase de liquidação da sentença por artigos é que se poderá verificar a litispendência ou coisa julgada. Entende, também, que outra providência a ser adotada é a suspensão da lide nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁴⁷

Argumenta Luiz Philippe Vieira de MELLO FILHO que:

⁴⁴³ Ibidem, p. 51.

⁴⁴⁴ As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁴⁴⁵ GONÇALVES JUNIOR, Mario. A substituição processual, a litispendência e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Gênese**, Curitiba, p. 78-85, jan.1998. p. 82.

⁴⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Inexistência de litispendência**...,p. 47.

⁴⁴⁷ Ibidem,p. 54.

sem embargo dos judiciosos fundamentos em sentido contrário e das peculiaridades que cercam o Processo do Trabalho, não se olvidando ainda que o titular do direito de ação é o empregado para a defesa de seus direitos ou interesses individuais sob ameaça de lesão ou efetivamente violados – art. 5, inciso XXXV, da CF/88 - , a solução indicada não deve ser no sentido da extinção do processo. Melhor seria, não verificada a hipótese de ciência do empregado da existência de ação coletiva com a mesma causa de pedir e pedido, o prosseguimento de reclamação individual ou a suspensão do processo, ex officio, pela aplicação do art. 265, inciso IV, a, do Código de Processo Civil, enquanto pendente de julgamento a ação coletiva com mesmo objeto, sob pena de fazer letra morta do princípio constitucional da acessibilidade à Justiça.⁴⁴⁸

Cotejando o acórdão proferido no julgamento do processo RO 01415.2006.055.19.00-9, de relatoria da Desembargadora Vanda LUSTOSA, do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª, verifica-se que aquele órgão caminhou no sentido de afastar a litispêndencia e coisa julgada de ação individual em face de ação coletiva.⁴⁴⁹

CLAUS afirma que “até o advento da Lei n. 8.078/90, era pacífico o entendimento de que se configurava litispêndencia na hipótese de ajuizamento, pelo trabalhador, de ação individual com o mesmo objeto daquela anteriormente proposta pelo sindicato profissional na condição de substituto processual.”⁴⁵⁰

Como observa este autor, o Código de Defesa do Consumidor inovou esta matéria, incorporando conceitos jurídicos mais consentâneos com a tutela dos direitos individuais homogêneos. Conclui mais adiante “No que pertine à litispêndencia, o art. 104 do CDC prevê que as ações coletivas não induzem litispêndencia para as ações individuais. Os efeitos da coisa julgada, porém, só beneficiarão o trabalhador que requerer a suspensão de sua demanda individual. Não se lhe exige a desistência da ação individual, mas apenas a suspensão de sua demanda pessoal.”⁴⁵¹

⁴⁴⁸ MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A ação coletiva induz litispêndencia para a ação individual no Processo do Trabalho? Breves reflexões para o debate. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 74, n. 3, julho/setembro. 2008. p. 35-42.

⁴⁴⁹ ALAGOAS. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª R. – RO 01415.2006.055.19.00-9. Relª Desª Vanda Lustosa. DJe 08.09.2009 – p. 4. RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO – AÇÃO COLETIVA E INDIVIDUAL COM IDENTIDADE DE OBJETO – ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COISA JULGADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – As ações coletivas não induzem litispêndencia para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada "erga omnes" ou "ultra partes", na ação coletiva, 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. A melhor interpretação da norma contida no artigo 104 do CDC é no sentido de que os efeitos da decisão proferida na ação coletiva só alcançarão o titular da ação individual caso este requeira sua suspensão dentro do prazo legal, configurando, dessa forma, como prerrogativa do autor a opção entre uma e outra via jurisdicional, não podendo ser imposta. Entendimento contrário implicaria na inconstitucionalidade da norma, pois estar-se-ia negando ao trabalhador o direito à prestação jurisdicional assegurado constitucionalmente. "In casu", as reclamantes não requereram a suspensão na presente demanda, ficando, por conseguinte, excluídas da ação coletiva, de modo que a declaração de coisa julgada deve ser afastada. Apelo provido parcialmente. (TRT 19ª R. – RO 01415.2006.055.19.00-9 – Relª Desª Vanda Lustosa – DJe 08.09.2009 – p. 4). Disponível a partir de www.trt19.gov.br

⁴⁵⁰ CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto**. São Paulo: LTr, 2003. p. 115.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p.117.

5.5 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

Aplicam-se às ações coletivas as regras que estabelecem a forma de execução da sentença no Código de Defesa do Consumidor e as omissões supridas pela subsidiariedade do Código de Processo Civil. Porém, no Processo do Trabalho, elas se revestem ainda das peculiaridades atinentes ao rito trabalhista, previstas nos artigos 876 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Lei de Ação Civil Pública nada dispõe sobre a liquidação da sentença. O Código de Defesa do Consumidor não expressa claramente a liquidação da sentença, mas este procedimento está incluso à fase de execução. Somente em seu art. 97, o faz no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos. Através da liquidação é que é possível verificar o valor equivalente à condenação imposta. Conclui-se que na execução a maioria das regras procedimentais será utilizada de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, algumas regras do Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Doutrinariamente entende-se que, embora não expresso em lei, mas também não proibido, pode o juiz do trabalho propor a execução da sentença na ausência de apresentação desta pelos legalmente legitimados. O juízo competente pode dar início à execução *ex officio*, na forma do artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, essa é a síntese do pensamento de FAVA.⁴⁵²

Ilse Marcelina Bernardi LORA assevera que “os trâmites subseqüentes deverão observar os art. 876 a 892 da Consolidação das Leis do Trabalho, tratando-se de ação coletiva trabalhista, com aplicação subsidiária das normas do CPC.”⁴⁵³

Dois caminhos a doutrina sugere a serem seguidos em face da liquidação e da execução em ações coletivas. Um deles é o que se destina aos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* e aos difusos. O outro é o que se destina aos direitos e interesses individuais homogêneos.

Joselita Nepomuceno BORBA assevera que “Com efeito, a sentença condenatória, do tipo mandamental, destinada à tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, ou seja, "essencialmente" coletivos, não exige procedimento liquidatório, e sim adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento (CDC, art.

⁴⁵² FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública...**, p.161

⁴⁵³ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Liquidação e execução nas ações coletivas. In SANTOS, José Aparecido (coord.). **Execução trabalhista**. São Paulo: LTr, 2008. p. 741.

84).”⁴⁵⁴

Previne a autora ainda que, “sendo assim, no processo coletivo, aplicam-se as suas próprias regras e princípios, somente admitindo-se subsidiariedade do processo tradicional em caso de omissão e desde que não haja incompatibilidade, sob pena de ocorrer tumulto em prejuízo da celeridade processual, com risco da completa ineficácia da tutela coletiva, ou pelo fato de não se chegar ao titular do bem material destinatário da indenização por danos sofridos, ou pelo desvio proposital dos resultados obtidos com a tutela coletiva.”⁴⁵⁵

No caso previsto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, para a defesa dos interesses individuais homogêneos, na procedência do pedido, a sentença será genérica, mas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, sendo que tal regra se aplica, por analogia, para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

De um modo geral as ações coletivas cuja reparação da lesão foi intentada em face de direitos ou interesses coletivos ou difusos, têm como objetivo a condenação do réu em uma obrigação de fazer ou não fazer. Neste caso a demanda é executada na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil. Também não haverá necessidade de liquidação caso o pedido seja o pagamento de quantia certa.

Havendo necessidade de liquidação, em caso de sentença ilíquida, será necessário realizar a liquidação na forma do artigo 475-A do Código de Processo Civil.⁴⁵⁶

Em caso de condenação em valores, estes serão revertidos ao fundo previsto no artigo 13 da LACP. FAVA menciona que “Em razão da natureza unívoca e indivisível do bem tutelado na espécie da ação em comento – para a defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* -, a sentença, impõe-se, será igualmente indivisível e o eventual ressarcimento do dano coletivo volta-se a um fundo – instituído por Lei, nos termos do art. 13 da LAC, estendido às hipóteses de aplicação do CDC, por força do art. 100, parágrafo único, deste último diploma.”⁴⁵⁷

Embora possa ser proposta por qualquer dos demais legitimados para intentar a Ação Coletiva, a execução de sentença não pode ter como objeto a liquidação individualizada, devido a sua natureza coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor prevê ainda a denominada execução coletiva-abstrata, se decorridos um ano do julgado e o ente legitimado coletivamente não propuser a execução da sentença, os individualmente legitimados poderão propô-la, mas não para obter

⁴⁵⁴ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 90.

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Liquidação e execução...**, p.741.

⁴⁵⁷ FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública...**, p. 161-162.

caráter satisfatório individual, e sim com o intuito de se ver concretizado coletivamente o imposto na sentença e vê-la satisfeita em relação ao ente causador do dano.

O artigo 15 da Lei da Ação Civil Pública estabelece que pode qualquer dos legitimados, e deve o Ministério Público propor a execução do julgado se, após sessenta dias do trânsito em julgado da sentença de natureza condenatória, não houver sido proposta a execução pela entidade sindical que propôs inicialmente a ação coletiva.

Em se tratando de Ação Coletiva proferida em sede de decisão cautelar relacionada a direitos difusos e coletivos, a responsabilidade primeira da liquidação e execução do julgado é do ente que propôs a ação coletiva e somente após decorridos seis meses do trânsito em julgado e ausente a propositura da execução, deverá o Ministério Público propor o cumprimento desta e facultativamente aos demais legitimados.

Em relação à sentença proferida em Ações Coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, verifica-se uma diferenciação quanto às características do objeto e as formas de propositura da execução. Os direitos individuais homogêneos por sua natureza permitem a individualização dos interessados e o objeto da condenação é passível de divisão.

O entendimento predominante na doutrina é de que a liquidação de sentença oriunda de demanda coletiva inerente a interesses individuais homogêneos seja realizada na forma do artigo 475-E do Código de Processo Civil, ou seja, por artigos. Neste sentido o entendimento de LORA ⁴⁵⁸, LEITE e ⁴⁵⁹ e FAVA que aduz: “o veículo da pretensão liquidatória constituir-se-á em processo de partes, operando-se a liquidação, necessariamente, por meio de artigos, uma vez que, como suso apontado, o autor deverá comprovar fatos novos relativos à sua titularidade, o nexo entre seu dano e o ato reconhecido na sentença genérica e, por fim, a magnitude de seu prejuízo indenizável.” ⁴⁶⁰

As sentenças proferidas em ações que visem à garantia de direitos individuais homogêneos pode ser objeto de liquidação de sentença individualizada por aqueles que sofreram diretamente o dano ou seus sucessores, em vista de ser possível nesta categoria de direitos a individualização dos sujeitos e a mensuração exata do dano sofrido por cada um deles. Em relação à execução da sentença de maneira coletiva, o que seria o mais adequado, apresentada pelo legitimado que propôs a ação coletiva, este aparecerá nos autos na forma de substituição processual, com os poderes já analisados no item três do presente trabalho.

CLAUS reforça ao idéia de manutenção ao sindicato dos poderes de substituto e não

⁴⁵⁸ Ibidem, p.742.

⁴⁵⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Inexistência de litispendência...**, p. 54.

⁴⁶⁰ CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. cit., p. 164.

de representante na fase de execução. Além disso, reforça a idéia de que a identificação dos substituídos é no sentido de viabilizar a liquidação.

Poder-se-ia redarguir que a indentificação dos beneficiários teria mesmo de ocorrer, de todo o modo, na execução. De fato, a quantificação do crédito não pode ser realizada senão mediante a respectiva indicação do beneficiário. Aqui, entretanto, estamos no âmbito de uma exigência lógica à conceção da liquidação. Preservada ao sindicato a condição jurídica de substituto processual na execução, a identificação dos beneficiários, por ser fator viabilizador da liquidação da sentença, figura como pressuposto lógico da execução, não exigindo nenhuma atitude que denote a intenção pessoal do substituído de litigar com o empregador.⁴⁶¹

Mais adiante o mencionado autor conclui afirmando que “a atuação do sindicato, na condição de substituto processual, deve prevalecer até a fase de execução inclusive, não se podendo, portanto, aderir à sistemática do CDC, neste particular incompatível com as contingências da ação coletiva trabalhista.”⁴⁶²

Uma das dificuldades de se realizar a liquidação em processo coletivo é a quantidade de documentos que podem se avolumar aos autos. Por outro lado, para tentar se esquivar do cumprimento da decisão, a ré não efetua a juntada correta dos documentos necessários para identificação dos direitos dos trabalhadores atingidos pelo dano coletivo.

Veja-se que o parágrafo quinto, do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor possibilita ao Juiz tomar as providências necessárias buscando o resultado prático, ou seja, dar efetividade a tutela jurisdicional.⁴⁶³

Deve o Juiz trabalhista, para dar efetividade à tutela coletiva, determinar a juntada pela ré, normalmente a empregadora, dos documentos necessários à realização do cálculo de liquidação. A liquidação de preferência deve se dar *ex officio*, com a determinação de um perito judicial para a realização desta tarefa.

Argumenta CLAUS que “a intervenção de perito-contador não só evitará a juntada, a princípio desnecessária, de um volume significativo de documentos aos autos do processo, como dará ao juízo e às partes uma segurança maior quanto aos cálculos. Além disso, a elaboração dos cálculos por perito-contador costuma observar questionamentos e impugnações, reduzindo os incidentes na execução.”⁴⁶⁴

Menciona também o autor que “sempre que os termos da sentença genérica permitam na respectiva liquidação a identificação dos beneficiários da condenação mediante

⁴⁶¹ Ibidem, p.142.

⁴⁶² Ibidem, 143.

⁴⁶³ § 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.

⁴⁶⁴ CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. cit., p.148.

constatação contábil – por exemplo, a partir do simples acesso à documentação funcional dos trabalhadores, a ser examinada pelo perito-contador junto ao empregador -, entendemos que não haverá óbice a que o juízo, de ofício, determine a liquidação. O perito-contador designado, compulsando documentos comuns às partes, identificaria os beneficiários da condenação à medida que fosse elaborando os cálculos.”⁴⁶⁵

O efetivo acesso à Justiça passa pela celeridade processual. A execução é um dos entraves da prestação jurisdicional em tempo razoável. Toda a conquista acerca do reconhecimento da substituição processual por sindicato não pode escorrer pelo ralo, em face de argumentos de que, supostamente, a execução coletiva estaria dificultada. Como observado no presente capítulo, a legislação coloca à disposição das partes e do magistrado mecanismos que possibilitam superar os alegados entraves que poderiam dificultar a execução da ação coletiva.

⁴⁶⁵ Ibidem, p.149.

CONCLUSÃO

Neste trabalho não se pretende criar uma nova modalidade de direitos, apenas dar efetividade aos direitos existentes. Como já apontado por LEITE, o objetivo do Estado Democrático de Direito é construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, corrigir as desigualdades sociais, promover o desenvolvimento sócio-ambiental, a paz e a democracia. Porém, o problema não é só desenvolver as teorias dos direitos sociais e humanos: é preciso garanti-los. Então, o fio condutor desta necessária intervenção estatal é a efetividade dos direitos vistos a partir de uma interpretação constitucionalista.

Não há que se falar que se trata de mera retórica política, posto que a validade do Estado democrático pressupõe a existência de segurança jurídica. Segurança esta vista não só de alguns direitos, mas entendendo a supremacia dos direitos da pessoa humana em detrimento ao direito de propriedade. De outro lado, a insegurança gera o descrédito e colocaria em questionamento a validade deste Estado. A desobediência civil, no primeiro momento, tomaria ares de solução da ânsia reformadora de uma maioria explorada. Mas, esta situação somente agravaria o conflito de interesses, e a passagem de uma via reformadora para uma via revolucionária seria inevitável.

Antes que se levantem vozes, vorazes pela sina de cavaleiros defendendo a santa e sagrada propriedade, e tentem aniquilar o fim dos paradigmas de modelos revolucionários, pode-se afirmar: é verdade. Nenhum modelo revolucionário serviu como um todo para afastar a aplicabilidade do modelo centrado na propriedade privada (muito mais agora com crescimento de seu deus messiânico: o mercado).

Mas certo grau de razoabilidade psíquica demonstra que este modelo também já deu provas de sua estagnação. Não fosse pelos moradores de rua, não fosse pelos levantes pela propriedade de terras rurais e urbanas, não fosse pelo amontoado de favelas, não fosse... Poderíamos ainda levantar o aumento dos gases de efeito estufa, que está gerando um descontrole meteorológico que coloca em risco o meio ambiente e o aumento significativo da violência que aprisionada a todos em suas próprias casas.

Na seara dos direitos dos trabalhadores, não se trata de ampliar o rol destes direitos, mas garantir sua efetividade. Não se trata de proposta de rompimento do atual modelo de Estado democrático de Direito, mas seu aprimoramento. Não se trata de sugerir novo modelo de sociedade, mas contribuir para o processo dialético de superação de estágios. Sugestão esta

que passa pela via institucional vigente.

Como nos ensina Tarso GENRO⁴⁶⁶, o Direito do Trabalho “carrega em todas as épocas o aprendizado dos dominadores e, ao mesmo tempo, os germens da resistência dos dominados.”

Dentre os principais motivos de crise de efetividade, como foi destacado, o acesso à Justiça justa representa o maior desafio. A necessidade de ampliação de manejo de ações coletivas passa pela compreensão social de sua utilidade. Este processo dialético de superação de estágios está, queiramos ou não, em andamento. A crise de efetividade está sendo amplamente discutida e algumas medidas têm sido realizadas (reformas legislativas, principalmente as processuais e novos posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais). As ações coletivas trabalhistas por substituição processual poderão colaborar em muito para o aprimoramento de nossa sociedade, superando o paradigma da Justiça de ex-trabalhadores (desempregados) para efetivamente ser a Justiça (na sua acepção principiológica) do Trabalho.

Como observado por RAMOS FILHO⁴⁶⁷ a eliminação do poder normativo é apenas o primeiro passo de inúmeras mudanças que deverão ser implementadas.

No sentido de dar efetividade aos direitos dos trabalhadores é preciso fortalecer os sindicatos, e para que isso aconteça talvez seja necessário por fim à unicidade sindical e das contribuições compulsórias. Enfim, tem-se a necessidade de uma reforma ampla, mas realizada com cautela sob pena de acabar com os sindicatos.⁴⁶⁸

O método da concertação social é o desafio ao sindicalismo como protagonista eficaz da representação social. É preciso que o sindicato reivindique em espaços alterados e mude sua lógica de atuação, como afirma Maria Ângela de NOVAES MARQUES.⁴⁶⁹ Mas tudo isso sem perder o seu caráter classista, de reivindicação e de confronto com o capital, quando preciso.

Os elementos para utilização de instrumentalidade processual já estão fartamente fornecidos aos sindicatos pela Lei, Doutrina e pela Jurisprudência. Basta que seus operadores

⁴⁶⁶ GENRO, Tarso. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988. p.15.

⁴⁶⁷ RAMOS FILHO, Wilson. Direito Coletivo Sindical na Reforma do Judiciário. In RAMOS FILHO, Wilson. (coord.). **Direito Coletivo do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005. p. 87-111.

⁴⁶⁸ BARBOSA, Renato Lima. A reforma do judiciário como primeiro passo para uma legítima negociação coletiva. In RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Direito coletivo do trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005. p. 145- 163.

⁴⁶⁹ NOVAES MARQUES, Maria Ângela. Sindicalismo desafiado: Reinvenção do ator social referencial na representação da subjetividade do trabalhador. In RAMOS FILHO, Wilson (coord.) **Direito coletivo do trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005. p. 13/40.

não se contaminem pela inércia e pela ausência de ética e sejam utilizados os mecanismos da substituição processual como mais um instrumento de luta dos trabalhadores.

Substituição processual por sindicato, melhor entendida como legitimação autônoma ou legal, como apontado por CLAUS e LEITE. Esta modalidade de legitimação apresenta a vantagem de romper os limites das demandas interindividuais, apresentando-se mais apropriada, conceitualmente, do que a concepção de substituição processual como modalidade de legitimação extraordinária. Apresenta a vantagem de não sugerir – diversamente do que ocorre com a substituição processual – o clássico vínculo em que se entrelaçam, no processo civil ortodoxo, legitimação para a ação e Direito litigioso.

A legitimação processual conceituada como legal ou autônoma aparenta ser a forma mais adequada dos sindicatos atuarem em juízo. Tal reconhecimento doutrinário, se aplicado às decisões judiciais, resolveria boa parte dos incidentes processuais que dificultam, quando não impedem, o acesso ao Judiciário por aqueles que mais precisam de socorro estatal.

Ademais, o direito ao acesso à Justiça deve ser uma preocupação central do Direito e de outras ciências sociais como reconhecido por CAPPELLETTI e GARTH. E o direito à efetividade do direito material é uma das preocupações centrais da lógica processualística visando se adaptar às novas realidades sociais. Para isto MARINONI propõe uma ampliação de utilização da tutela inibitória.

Esta tutela inibitória no campo do Direito Processual do Trabalho pode resultar em eficácia do direito substantivo do trabalhador. Porém, o papel da substituição processual trabalhista por sindicato assume seu caráter fundamental. Posto que, como visto, o trabalhador dificilmente demanda em face de seu empregador durante a relação empregatícia.

Por fim, a substituição processual por sindicato deve ser entendida como direito fundamental de acesso à Justiça. CAPPELLETTI e GARTH destacam que as ondas de acesso à Justiça se dão pelo reconhecimento da representação em juízo e pela ampliação dos métodos de solução de litígios.

A efetividade neste sentido, perseguida pela substituição processual trabalhista, é o cumprimento do direito material do trabalho consagrado na Legislação Brasileira durante a vigência da relação de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Letícia Pereira. Protesto interruptivo da prescrição no Processo do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Editora HS, n.º 258, jun/2005, p. 68-96.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo L. **Introdução à sociologia jurídica alternativa**. São Paulo: Acadêmica. 1993.
- BARBOSA, Renato Lima. A Reforma do judiciário como primeiro passo para uma legítima negociação coletiva. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho: depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005.
- BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- BOJART, Luiz Eduardo Guimarães. A competência material da Justiça do trabalho para a ação civil pública. **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, n. 4, ano 2, p. 17-19, abr. 1996.
- BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**. São Paulo, LTr, 2002.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Magistratura e Direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico**. Revista de Informação Legislativa, Brasília - DF, ano 37, n. 147, jul./set. 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541, in MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 2002.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1996, apud DALLARI, Dalmo. **O Poder Judiciário como Instrumento de realização da Justiça**. **Ajuris**. 1985.
- CATTANI, Antonio David Cattani (org.). **Trabalho e tecnologia: dicionário crítico**. Petrópolis: Vozes, 1997.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência, afinal?** 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHAVES, Luciano Athayde. Jurisdição trabalhista: bloqueios e desafios. **Revista trabalhista: Direito e processo.** São Paulo, n.26, abr./jun. 2008.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista:** uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA, Orlando Teixeira da Costa. **Novos rumos do sindicalismo no Brasil.** Revista LTr, vol. 61, nº 01.

CRUZ, Paulo Roberto da. A impossibilidade da utilização do *jus postulandi* como fundamento para o indeferimento de honorários de sucumbência nas causas trabalhistas que versem sobre a relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho.** Ano 34, n. 132. out/dez 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder Judiciário como Instrumento de realização da Justiça.** Porto Alegre. Ajures. 1985.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** LTr, 2007, São Paulo.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 7 ed. São Paulo: Editora Ltr, 2008.

_____. **Direito coletivo de trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Globalização e Hegemonia:** Globalização e Hegemonia: Cenários para a Desconstrução do Primado do Trabalho e do Emprego no Capitalismo Contemporâneo. **Síntese Trabalhista,** Porto Alegre, v.17, n. 194, p. 5-24 ago-2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DONATO, Messias Pereira. **Princípios do Direito coletivo do trabalho.** Revista LTR. São Paulo, v. 71, n. 12.

FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista:** Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. As ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho - leitura do artigo 114, VII da Constituição da República. **Revista da Escola da Magistratura do TRT da 2ª Região.** São Paulo, v.1, n.1, p.7-19, set./2006.

FERNANDES, Fábio de Assis. Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador – competência administrativa concorrente do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério da Saúde (SUS) – inteligência dos artigos 23, VI, 198, II e 200, VIII da CF/88. Constitucionalidade do art. 154 da Consolidação das Leis do Trabalho. **Revista LTr.** a. 73,

jan/2009.

FERNANDES, Nadia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, a.73, p. 1005-1014, ago. 2009.

FREITAS FILHO, João Bosco Won Held Gonçalves de. **Os modelos de representação dos interesses metaindividuais apresentados por Mauro Cappelletti**. A solução pluralista do Direito processual coletivo brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10311>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

GENRO, Tarso. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. **Resista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, n.172, p. 146-152, Porto Alegre: Editora Síntese. out. 2003.

GONÇALVES JUNIOR, Mario. A substituição processual, a litispendência e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Gêneseis**, Curitiba, p. 78-85, jan.1998.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **O Fio de Ariadne do sindicato**: a substituição processual trabalhista. In: VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord); SILKA DE ALMEIDA, Ronald (Org) **Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois Constituição Federal de 1988**. Curitiba, Juruá Editora Ltda. 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNING, Cristina Maria Navarro. A interrupção do Prazo prescricional e o novo código civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba. A.28. n. 49. jan/jun., 2003.

_____. Honorários Advocáticos na Justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba. a.28. n. 49. jan/jun 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade. 2º ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HELLER, Agnes. **Teoria de lãs necessidades em Marx**. Barcelona. 1978, p. 64/65, apud ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

HERKENHOFF, João Batista. **O Direito Processual e o Resgate do Humanismo**. Rio de Janeiro: Tex, 1997.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Coleção Debates. Ed. Perspectiva, 7. Ed. , 2003.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. Questões atuais sobre substituição processual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 74, n. 3, p. 93-104, jul./set. 2008.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**: formas de vida e produção de subjetividade. Trad. Mônica Jesus. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teoria geral do Direito civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEAL, Ronaldo Lopes. O sindicato como promotor de Justiça social: uma alternativa para o Processo do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, a.58, p. 655-659, jun. a.1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Inexistência de litispendência entre ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos (substituição processual) e ação individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v.74, n. 3, p. 47-60, jul./set., 2008.

_____. **Ministério Público do Trabalho**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ltr, 2002.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2008.

_____. O acesso à Justiça como direito humano e fundamental. **Revista LTr**, São Paulo, a. 72, p. 149-153, fev. 2008. p. 41-42.

LIMA, Amarildo Carlos de. **A legitimidade para o exercício da ação civil pública**. A ação civil pública e sua aplicação no Processo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002.

LOPES, Mônica Sette. A prescrição de ofício e o Processo do Trabalho: o interno e o entorno. **Revista LTr**, ano 72, out/2008.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A prescrição no Direito do Trabalho**: teoria geral e questões polêmicas. São Paulo: Editora LTr, 2001.

_____. Liquidação e execução nas ações coletivas. In SANTOS, José Aparecido (coord.). **Execução trabalhista**. São Paulo: LTr, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARCA, Maurício Machado. Os Sindicatos frente às novas formas de organização do capital e as peculiaridades do sindicalismo brasileiro – **Revista LTr**. 73-05.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Tutela antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela inibitória**: Individual e Coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. **Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTR, 1994.

MAZZILLO, Leonardo. Da prescrição nas reclamações trabalhistas meramente declaratórias e nas condenatórias de obrigação de fazer. **Revista LTr**, ano 72, out/08.

MEDEIROS, Luiz Cezar. **O formalismo processual e a instrumentalidade**: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A ação coletiva induz litispendência para a ação individual no Processo do Trabalho? Breves reflexões para o debate. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 74, nº 3, julho/setembro de 2008.

MELO, Eneida. O papel do juiz na sociedade globalizada. **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA**. Brasília, a. 21, n. 36, p. 34-35, maio, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**: Parte geral, t. 6. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Advane Moreira Souza; ARAÚJO, Maria do Carmo. A OJ 130 da SDI-II do TST – competência territorial e alcance da decisão proferida na ação civil pública. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 16, n. 186, p. 122-145, dez. 2004.

MOTA, Marcílio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos**: O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa (de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho). Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008.

NAHAS, Thereza Christina. **Garantias básicas para efetividade do processo**. Defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos no Processo do Trabalho, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Considerações acerca da decisão do C. TST sobre competência para propositura de ações coletivas. **Resista Eletrônica Juris Síntese Iob**. Porto Alegre, n.52, mar-abr 2005

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ainda a Substituição Processual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região**, São Luis. v.5. n.01, p. 19-30, jul.1996/jun.1997.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, jan-mar/1991.

NOVAES MARQUES, Maria Ângela de. **Sindicalismo desafiado: Reinvenção do ator social referencial na representação da subjetividade do trabalhador.** In RAMOS FILHO, Wilson (coord.) **Direito coletivo do trabalho depois da EC 45/2004.** Curitiba: Gênese, 2005.

NUNES, Rosana Marques. **Representação sindical: Limites e substituição processual.** **Suplemento Trabalhista LTr.**, São Paulo, n. 118/07, p. 499-505 out/2007.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A prescrição com nova cara.** **Revista LTr**, São Paulo, a.70, p. 519-522, maio/2006.

_____. **Da ação civil pública: instrumento de cidadania.** In: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (Coords.). **Temas relevantes de Direito material e processual do trabalho.** São Paulo: LTR, 2000.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 4. ed. ver., ampl., e atual. São Paulo: LTR, 2002.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição.** São Paulo: LTr, 2008.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas.** 10 ed. São Paulo: LTr, 2008.

POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação Inibitória no Processo do Trabalho.** São Paulo. LTr. 2001.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Coletivo Sindical na Reforma do Judiciário.** In: **Direito coletivo do trabalho: depois da EC 45/2004.** Curitiba: Gênese, 2005.

_____. **Direito, Economia, Democracia e o seqüestro da subjetividade dos juslaboralistas.** **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região.** Curitiba, v.26 n.1 (jan./jun. 2001), p.147-166.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo.** Curitiba: Juruá, 2008.

RESSEL, Sandra Maria da Costa. **As ações coletivas e o acesso à Justiça. Cancelamento do enunciado 310 TST.** **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,** Curitiba. a.28. n.51. jul./dez. 2003.

_____. **As ações coletivas e o acesso à Justiça do Trabalho.** 2002. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque. **Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da demensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.** **Revista LTr**, São Paulo, a. 72, p. 277-284, março, 2008.

ROCHA, Ibraim. **Ação civil pública e o Processo do Trabalho.** São Paulo: LTR, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro.** São

Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (Coords.). **Temas relevantes de Direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. Das alterações nos Enunciados do Tribunal Superior do Trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo. n. 12/04, p.45-47. dez/2004,

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual.e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Parecer opinativo apresentado perante o instituto Bahiano de Direito do Trabalho. Joselita Nepomuceno Borba. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**. São Paulo, LTr, 2002.

SEVERO NETO, Manoel. **Substituição processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 2a ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. O Ministério público do trabalho e a efetividade do processo trabalhista. p. 63-72. in SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Antônio Álvares da. **A Reforma do Judiciário: Uma Justiça para o século XXI**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Competência da Justiça do Trabalho para aplicação das multas administrativas**. Revista do TRT - 3ª Região. Belo Horizonte, n. 72, p. 45-63, jul./dez. 2005.

SILVA, Jose Antonio R. de Oliveira. A substituição processual como medida de acesso à Justiça. **Revista LTr**, São Paulo, a. 68, p. 1084-1087, set. 2004.

SIMÃO DE MELO, Raimundo. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, Ltr, 3ª edição, São Paulo, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Ação civil pública e inquérito civil. In: **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito Processual do Trabalho: Efetividade. Acesso à Justiça. Procedimento Oral**. São Paulo: LTr, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros**

no Processo do Trabalho: oposição, nomeação a autoria, denúncia da lide chamamento ao processo. 3ª ed. São Paulo. LTr, 1995.

VASCONCELOS, Denise Arantes Santos. A prescrição total na vigência do contrato de trabalho: análise crítica do instituto e sua aplicação. **Revista LTr**, ano 73, jan/09.

VELLINHO, Rubens Soares. O Direito do Patrono do Sindicato ao recebimento de honorários de AJ em ações coletivas onde o sindicato atue como substituto processual. **Revista LTr**, n. 69, P. 1098-112, set. 2005.

VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In: **Nova competência da Justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Os paradoxos da prescrição:** quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.47, n.77, jan./jun.2008.

VIGLIAR, José Marcelo. **Ação civil pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

WALDRAFF, Célio Horst. Prazo bienal do artigo 7º, inciso XXIX, alínea “A”, da Constituição, e sua natureza prescricional. **Revista Jurídica Faculdades Integradas Curitiba**, Curitiba, v. 14, n. 12, p. 7-19. 1998.

_____. **Direito Adquirido e (In) segurança jurídica:** As diferenças salariais dos planos econômicos. São Paulo: LTr, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª ed., São Paulo: Perfil, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Os “novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas:** Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” Direitos. Editora Saraiva, 2003.

XAVIER, Luciana Caringi. **Substituição Processual por Sindicato. Cancelamento da Súmula 310 do TST**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Florianópolis. n.19. 1º semestre de 2004.