

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA  
CAMILA SAILER RAFANHIM DE BORBA**

**A (IN)DISPONIBILIDADE INDIVIDUAL DE DIREITOS TRABALHISTAS NA  
EXECUÇÃO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:  
A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE DO TRABALHADOR  
E A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA**

**CURITIBA  
2015**

**CAMILA SAILER RAFANHIM DE BORBA**

**A (IN)DISPONIBILIDADE INDIVIDUAL DE DIREITOS TRABALHISTAS NA  
EXECUÇÃO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:  
A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE DO TRABALHADOR  
E A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário UniBrasil, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli

**CURITIBA**

**2015**

B726

Borba, Camila Sailer Rafanhim de.

A (in)disponibilidade individual e direitos trabalhistas na execução da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos: a separação do dogma da autonomia da vontade do trabalhador e a efetividade da tutela coletiva / Camila Sailer Rafanhim de Borba. – Curitiba: UniBrasil, 2015.  
vii, 165 p.; 29 cm.

Orientador: Leonardo Vieira Wandelli..

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.  
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2015.  
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direito fundamental à tutela jurisdicional. 3. Direito fundamental ao trabalho. 4. Processo coletivo. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil. Mestrado em direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

Elizabeth Dorigo Capriglioni – CRB-9/330

## TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA SAILER RAFANHIM DE BORBA

A (IN)DISPONIBILIDADE INDIVIDUAL DE DIREITOS TRABALHISTAS NA  
EXECUÇÃO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:  
A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE DO TRABALHADOR E  
A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli  
Centro Universitário UniBrasil

Membros: Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado  
Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska  
Centro Universitário Unibrasil

Curitiba, 27 de fevereiro de 2015.

Ao meu companheiro de vida,  
cúmplice de todos os meus  
sonhos e projetos, inclusive deste,  
meu esposo Filipe Borba

## AGRADECIMENTOS

Apaixonada pela pesquisa, um dia decidi ingressar no Mestrado. Imaginava que seria um trabalho árduo, principalmente para conciliar a pesquisa e o trabalho. Além dos compromissos acadêmicos e das infinitas horas de estudo, dos quais nunca tive medo, seria preciso lidar com outras variáveis, com o real que insiste em afrontar o planejado, como diz DEJOURS, e com sentimentos que tentam atrapalhar este trabalho. Para ultrapassar todos estes obstáculos e chegar ao final da corrida, muitas vezes precisamos de ajuda. Por isso, não poderia deixar de agradecer a alguns daqueles que estiveram presentes nesta jornada, mesmo que estes agradecimentos possam parecer longos demais aos olhos externos.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, não por mera retórica, mas por saber que verdadeiramente Ele me permitiu chegar até aqui. Colocou todas estas pessoas maravilhosas no meu caminho. Permitiu a realização deste sonho e, por meio dele, de outros que estavam guardados para mais tarde, comprovando que Ele "é capaz de fazer infinitamente mais do que tudo o que pedimos ou pensamos" (Efésios 3:20).

Em seguida, ao meu esposo Filipe Borba, que aceitou estar ao meu lado durante estes 24 meses, com todas as alegrias e dificuldades inerentes a eles. Mais do que só aceitar, me acompanhou, fez seu o meu sonho, abdicou de várias coisas e momentos aos quais "tinha direito" para que pudéssemos realizá-lo. No meio do caminho, tornou-se sócio na advocacia, carregando talvez mais do que seria esperado de qualquer outro e mais até do que estava previsto para que eu pudesse concluir este trabalho.

À minha família, meus pais de sangue e de coração, **Ludimar, Maria Ana, Luiz e Letícia**, e minha irmã, **Luiza**, que sempre me incentivaram a estudar. Desde os primeiros anos de vida, sempre me deram o suporte necessário para a realização dos meus sonhos e, no Mestrado, se orgulharam da minha decisão e estiveram presentes em todos os momentos de angústia, cada um a seu modo.

Ao meu pai, **Ludimar Rafanhim**, em especial, que, além do papel de pai, me substituiu diversas vezes no trabalho, para que eu pudesse participar dos eventos acadêmicos, realizar a pesquisa, inclusive na Alemanha. Tenho certeza que, por amor, abdicou de momentos de lazer e descanso para que eu pudesse ter tempo de estudar.

À minha mãe, **Maria Ana Sailer**, que, mesmo sem entender o conteúdo da minha pesquisa, sempre a admirou, se dispôs a ajudar em tudo o que era possível, e também impossível.

À minha sogra, **Valda Borba**, que sempre me teve como filha e que, neste período, foi uma verdadeira mãe, me deu suporte em vários aspectos para que eu pudesse estudar.

Às minhas grandes amigas de sempre, **Iandra Machado, Joana Döhler e Esther**

**Braun**, e às que se tornaram depois, Kele Biela, Kamila Klemtz, Fabi Nathalie e Priscila Marinho, pelo apoio e orações neste período e por compreenderem minhas ausências. Falando em amigos, agradeço aos meus amigos-irmãos da Igreja Batista do Novo Mundo, pelo apoio e pelas orações, principalmente na fase final de elaboração deste trabalho.

Às colegas do escritório **Rafanhim, Souza e Rosa Advogados Associados**, pelo apoio e compreensão, por tantas vezes que me substituíram e aceitaram minhas ausências.

À direção do **Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Araucária (Sismmar)**, pela flexibilidade e compreensão que foram essenciais para que eu pudesse frequentar as aulas do Mestrado e os demais compromissos acadêmicos. E à acadêmica de Direito Marina Koloszwa, pela colaboração e apoio.

Aos professores do Programa de Mestrado do Centro Universitário Unibrasil, pois com cada um eu aprendi muito e pude desenvolver esta pesquisa. Em especial, ao professor **Marcos Maliska** e à Prof.<sup>a</sup> **Rosalice Fidalgo Pinheiro**, por não só acreditarem em mim, desde a banca do processo seletivo, como também por continuarem a fazê-lo depois, me incentivando a realizar o estágio de pesquisa na Alemanha, que acabou sendo um segundo sonho realizado por meio do mestrado. Ao Prof. Maliska, em especial, o qual realizou os contatos, intermediou todo o processo com a Universidade de Trier, auxiliando com o projeto em alemão e pelas dicas e sugestões para que eu tivesse um tempo produtivo por lá.

Também à Prof.<sup>a</sup> **Adriana Schier**, de quem embora nunca fui formalmente aluna, se mostrou essencial na fase final da elaboração deste trabalho, com as conversas na sala dos professores e o incentivo constante para que continuasse a produzir e a vencer os obstáculos "humanos" que apareciam. Um exemplo de sensibilidade.

Ao Prof. **Wilson Ramos Filho**, o "Xixo", o qual, apesar do pouco contato, contribuiu com o incentivo ao ingresso no Mestrado, com os ensinamentos e a sugestão de delimitação do tema, pelo qual verdadeiramente me apaixonei durante esta pesquisa.

Ao meu orientador, Prof. **Leonardo Vieira Wandelli**, por aceitar me orientar, acolher o tema, compartilhar uma parte de seus conhecimentos e me incentivar a ir sempre além do que parecia ser o meu máximo.

À Prof.<sup>a</sup> **Andréa Roloff**, por todos os ensinamentos desde a Especialização no Instituto Romeu Felipe Bacellar, o incentivo à realização do Mestrado e, ao final, as precisas correções metodológicas e de apresentação do trabalho.

Às secretárias do Programa de Mestrado, **Rafaela e Gisele**, que, além de administrar os problemas burocráticos, se tornaram pacientes confidentes da angústia, companheiras de almoços e de várias tardes de estudo na Unibrasil.

Aos colegas mestrandos, com quem foi possível partilhar debates dentro e fora de sala de aula, os quais enriqueceram meu conhecimento. Em especial ao **Clayton Gomes** e ao **Igor Ruthes**, que, nos últimos meses, se tornaram também colegas de trabalho na

docência, e, mais que isso, amigos com quem compartilhei várias angústias. À **Priscila Andreotti**, anjo que Deus colocou no meu caminho em vários dos momentos de mais desespero, quando aparecia ou ligava de repente e me ajudava a respirar fundo e prosseguir racionalmente.

Aos professores **Sergio Cruz Arenhart**, **Aldacy Rachid Coutinho** e **José Aparecido dos Santos**, por participarem de minha banca de qualificação e pelas contribuições tecidas naquele momento, que muito enriqueceram minhas reflexões e a construção do presente trabalho. E, ainda, ao primeiro e aos professores **Gabriela Neves Delgado** e **Marcos Augusto Maliska**, por aceitarem participar da banca de defesa da dissertação.

À **Juliana Pondé Fonseca**, a quem tive a alegria de conhecer praticamente aos 45 minutos do segundo tempo, e que, muito prestativa, me disponibilizou seu acervo bibliográfico sobre processo coletivo.

Ao *Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehung in der Europäische Union*, na Universidade de Trier, na Alemanha, que me aceitou para o estágio de pesquisa de dois meses, entre dezembro de 2013 e janeiro de 2014. Aos seus integrantes, que me acolheram neste período, em especial, à Prof.<sup>a</sup> Dra. **Monika Schlachter**, a qual contribuiu com os ensinamentos e questionamentos sobre meu tema, e às funcionárias da biblioteca, pela presteza em ajudar e paciência com as dificuldades.

À Coordenação de Cooperação Internacional do Centro Universitário Unibrasil, na pessoa da Prof.<sup>a</sup> **Roseli Rocha dos Santos**, pelo apoio e por conceder a bolsa durante a realização do estágio de pesquisa na Alemanha.

Ao Ministério da Educação, por meio da Fundação de Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), da qual recebi, nos últimos meses, bolsa PROSUP, que me permitiu arcar com os custos da realização deste Mestrado.

Enfim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.



## **Se os tubarões fossem homens**

*Bertold Brecht*

*Se os tubarões fossem homens, eles fariam construir resistentes caixas do mar, para os peixes pequenos com todos os tipos de alimentos dentro, tanto vegetais, quanto animais.*

*Eles cuidariam para que as caixas tivessem água sempre renovada e adotariam todas as providências sanitárias, cabíveis se, por exemplo, um peixinho ferisse a barbatana, imediatamente ele faria uma atadura a fim de que não morressem antes do tempo.*

*Para que os peixinhos não ficassem tristonhos, eles dariam cá e lá uma festa aquática, pois os peixes alegres tem gosto melhor que os tristonhos.*

*Naturalmente também haveria escolas nas grandes caixas, nessas aulas os peixinhos aprenderiam como nadar para a goela dos tubarões.*

*Eles aprenderiam, por exemplo, a usar a geografia, a fim de encontrar os grandes tubarões, deitados preguiçosamente por aí. Aula principal seria naturalmente a formação moral dos peixinhos.*

*Eles seriam ensinados de que o ato mais grandioso e mais belo é o sacrifício alegre de um peixinho, e que todos eles deveriam acreditar nos tubarões, sobretudo quando esses dizem que velam pelo belo futuro dos peixinhos.*

*Se encucaria nos peixinhos que esse futuro só estaria garantido se aprendessem a obediência.*

*Antes de tudo os peixinhos deveriam guardar-se antes de qualquer inclinação baixa, materialista, egoísta e marxista e denunciaria imediatamente aos tubarões se qualquer deles manifestasse essas inclinações.*

*Se os tubarões fossem homens, eles naturalmente fariam guerra entre si a fim de conquistar caixas de peixes e peixinhos estrangeiros.*

*As guerras seriam conduzidas pelos seus próprios peixinhos. Eles ensinariam os peixinhos que entre eles os peixinhos de outros tubarões existem gigantescas diferenças, eles anunciariam que os peixinhos são reconhecidamente mudos e calam nas mais diferentes línguas, sendo assim impossível que entendam um ao outro.*

*Cada peixinho que na guerra matasse alguns peixinhos inimigos*

*Da outra língua silenciosos, seria condecorado com uma pequena ordem das algas e receberia o título de herói.*

*Se os tubarões fossem homens, haveria entre eles naturalmente também uma arte, havia belos quadros, nos quais os dentes dos tubarões seriam pintados em vistosas cores e suas goelas seriam*

*representadas como inocentes parques de recreio, nos quais se poderia brincar magnificamente.*

*Os teatros do fundo do mar mostrariam como os valorosos peixinhos nadam entusiasmados para as goelas dos tubarões.*

*A música seria tão bela, tão bela que os peixinhos sob seus acordes, a orquestra na frente entrariam em massa para as goelas dos tubarões sonhadores e possuídos pelos mais agradáveis pensamentos.*

*Também haveria uma religião ali.*

*Se os tubarões fossem homens, ela ensinaria essa religião e só na barriga dos tubarões é que começaria verdadeiramente a vida.*

*Ademais, se os tubarões fossem homens, também acabaria a igualdade que hoje existe entre os peixinhos, alguns deles obteriam cargos e seriam postos acima dos outros.*

*Os que fossem um pouquinho maiores poderiam inclusive comer os menores, isso só seria agradável aos tubarões pois eles mesmos obteriam assim mais constantemente maiores bocados para devorar e os peixinhos maiores que deteriam os cargos valeriam pela ordem entre os peixinhos para que estes chegassem a ser, professores, oficiais, engenheiro da construção de caixas e assim por diante.*

*Curto e grosso, só então haveria civilização no mar, se os tubarões fossem homens.*

## RESUMO

Esta pesquisa busca analisar a (in)disponibilidade individual da liquidação e execução de sentença coletiva por parte do trabalhador beneficiado. De um lado, tem-se a proteção legal conferida à atuação individual, que, em tese, permitiria ao obreiro tanto não exercer seu direito de liquidar e executar a sentença coletiva, quanto até mesmo dispor deste direito, conciliando, transacionando, desistindo da execução ou renunciando do seu objeto. De outro lado, contudo, tem-se a especial característica das partes envolvidas neste litígio, que são representantes de uma luta de classes, inseridos em uma estrutura social de relações de poder que predetermina e condiciona a liberdade individual e que não desaparece na esfera processual. No Direito Material, a existência desta luta de classes e da desigualdade estrutural dela decorrente justifica a incidência do princípio da proteção, enquanto porta de entrada dos direitos fundamentais à relação de trabalho, resultando na superação do dogma da autonomia da vontade, para reconhecer a restrição das hipóteses de disponibilidade de direitos trabalhistas. Introduzindo esta realidade ao âmbito do Direito Processual, mais especialmente das ações civis coletivas, tem-se que a legislação brasileira manteve disposições liberais individualistas, privilegiando a autonomia individual, que não só não condiz com a necessidade de superação do dogma da autonomia da vontade no Direito do Trabalho, como é contrário às próprias finalidades do processo coletivo, pois desintegra o grupo, torna novamente individual o que fora coletivizado, o que é especialmente ineficaz quando os indivíduos são trabalhadores sujeitos a uma relação de luta de classes, que pouco provavelmente buscarão o Poder Judiciário para executar estas pretensões, bem como podem ser levados a dispor delas em seu próprio prejuízo. Diante destes aspectos, a hipótese é de que a disponibilidade individual da execução coletiva, por parte do trabalhador beneficiado, pode afastar a efetividade da proteção jurisdicional, causando desproteção de direitos trabalhistas individuais e impedindo que o processo coletivo atue como transformador da realidade social das relações de trabalho.

**Palavras-chave:** Relações de trabalho. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Direito fundamental ao trabalho. Princípio da proteção. Indisponibilidade de direitos. Processo coletivo. Liquidação e execução coletivas.

## ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the worker's individual (un)availability settlement and execution of collective sentence. On one hand, there is the legal protection afforded to individual performance, which, in theory, would allow the individual to exercise this right or not to settle and execute the collective judgment. On the other hand, however, there is the special characteristic of these parties involved in the litigation, which are representatives of a class struggle, involved in a structural inequality of power relations that predetermines and conditions individual freedom and which does not disappear in the procedural sphere. In Material Law, this class struggle and the structural inequality that it brings justify the incidence of the Principle of Protection, resulting in surpassing the autonomy of the dogma of freedom of choice, recognizing the restriction of the availability of workers' rights. Thus, by introducing this reality to the environment of procedural law, especially to collective actions, what we see is that Brazilian law still has individualistic and liberal provisions, focusing on individual autonomy of will. This challenges both the need to surpass the autonomy of freedom of choice in Labor Law and the purposes of the collective actions themselves, as it disintegrates the group, and that which was collective becomes once again individual, which is specially ineffective when individuals are workers subjected to a class struggle and who probably will not seek the Judicial System to execute their claims and may be required to dispose of them to their own detriment. In the face of these aspects, the hypothesis is that the individual availability of collective settlement and execution may exclude the effectiveness of jurisdictional protection, thus causing a lack of protection to individual workers' rights and preventing collective actions from transforming the social reality of the labor relations.

**Keywords:** Labor Relations. Basic right to effective jurisdiction. Basic right to work. Principle of Protection. Unavailability of rights. Collective action. Collective settlement and execution.

## ZUSAMMENFASSUNG

Diese Forschung wird die (Un)verfügbarkeit der kollektiven Liquidation und Vollstreckung seitens des begünstigten Arbeitnehmers analysieren. Einerseits gibt es den rechtlichen Schutz der individuellen Prozess handlung, was das Individuum erlaubt, das Gerichtsurteil nicht zu liquidieren und nicht zu vollstrecken, aber auch über dieses Recht bei Vergleich, Verzicht oder Aufgeben verfügen. Andererseits gibt es das besondere Merkmal dieses Rechtstreits. Es ist ein Klassenkampf mit einer strukturellen Ungleichheit, die die individuelle Freiheit vorherbestimmt und in der Klagenicht verschwindet. Im materiellen Recht begründet dieser Klassenkampf und aus ihm hervorgerufenen strukturelle Ungleichheit die Anwendung des Schutzprinzips als Zugang der Grundrechte zum Arbeitsverhältnisses, was die Überwindung des Dogmas der Privatautonomie bedeutet, um die Schranken der Verfügbarkeithypothesen der Arbeitnehmerrechte anzuerkennen. Wenn man diese Wirklichkeit zum Prozess insbesondere zur Massenklage bringt, sieht man, dass die brasilianische Rechtsordnung individualistische und liberale Normen beibehalten hat, die die Privatautonomie privilegieren. Dies passt nicht zur Notwendigkeit der Überwindung des Dogmas der Privatautonomie im Arbeitsrecht und widerspricht der Absicht der Massenklage, weil es noch einmal individuelle macht, was schon einmal kollektiv war. Das ist besonders unwirksam, wenn die Personen abhängige Arbeitnehmer sind und sich in einem Klassenkampf befinden. Sie werden wahrscheinlich die Rechtsprechung wenig aufsuchen, um diese Forderungen zu vollstrecken und können dazu geführt werden, diese Rechte abdingbar zu machen. Angesichts dessen wird die Hypothese behauptet, dass die individuelle Verfügbarkeit des Arbeitnehmers in der kollektiven Vollstreckung und Liquidation die Effektivität des gerichtlichen Schutzes entfernen kann, was die individuellen Arbeitnehmerrechte nicht schützt und hindert, dass die Massenklage als veränderendes Instrument der sozialen Wirklichkeit der Arbeitsbeziehungen wirkt.

**Stichworte:** Arbeitsbeziehungen. Grundrecht auf einen effektiven gerichtlichen Schutz. Grundrecht auf Arbeit. Schutzprinzip. Unverfügbarkeit des Rechtes. Massenklage. Kollektive Liquidation und Vollstreckung.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>xi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>xii</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>xiii</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>01</b>
<b>1. O PANO DE FUNDO: A RELAÇÃO CAPITAL E TRABALHO, A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE</b> .....	<b>05</b>
1.1. O SISTEMA CAPITALISTA DE PRODUÇÃO .....	05
1.2. A FORÇA DE TRABALHO TRANSFORMADA EM MERCADORIA E SUA COMPRA E VENDA .....	12
1.3. A RELAÇÃO DE PODER E SUJEIÇÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR E A LUTA DE CLASSES ENTRE CAPITAL E TRABALHO .....	15
1.4. A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE E A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS E NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO .....	37
<b>2. A (IN)DISPONIBILIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO</b> .....	<b>53</b>
2.1. INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE COMO PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO .....	53
2.2. A DISTINÇÃO ENTRE AS DIVERSAS FIGURAS: RENÚNCIA, TRANSAÇÃO, NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO E DESISTÊNCIA DA AÇÃO .....	56
2.3. INDISPONIBILIDADE COMO PRINCÍPIO, O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O CARÁTER AMBIVALENTE DO DIREITO DO TRABALHO .....	68
2.4. A INDISPONIBILIDADE NO ÂMBITO DA AUTONOMIA COLETIVA .....	77
<b>3. A EXECUÇÃO DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS TRABALHADORES E SUA (IN)DISPONIBILIDADE INDIVIDUAL</b> .....	<b>81</b>
3.1. A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ESFERA PROCESSUAL TRABALHISTA. ....	81
3.2 OS FINS DA TUTELA COLETIVA PARA A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	86
3.3. A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS CONTRADIÇÕES COM AS FINALIDADES ORIGINARIAS .....	106
3.3.1. A Legitimação Ativa e a Representatividade Adequada .....	107
3.3.1.1. Entes Legitimados .....	107
3.3.1.2. A Adequação do Representante .....	117
3.3.2. Regime da Litispendência e da Coisa Julgada no Processo Coletivo .....	122
3.3.3. O Privilegio da Esfera Individual. Incentivo à Litigiosidade Individual .....	127
3.4. A LIQUIDAÇÃO E A EXECUÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA .....	133
3.4.1. Cognição Coletiva, Liquidação e Execução Individuais. Uma Cisão que Desfavorece a Efetividade da Tutela e, de novo, o Privilegio do Individualismo .....	133
3.4.2. A (In)disponibilidade da Execução da Sentença Coletiva. ....	140
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>154</b>

## INTRODUÇÃO

A legislação brasileira conferiu legitimidade a diversos entes (associações, sindicatos, Ministério Público, entre outros) para a propositura de ações para a tutela coletiva não só dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, como também, dos direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos. Estas ações, denominadas ações civis coletivas, são de extrema importância, pois garantem uma prestação jurisdicional mais justa. Isto por evitarem a proliferação de diversas sentenças individuais acerca do mesmo assunto, algumas vezes conflitantes, bem como possibilitarem uma prestação jurisdicional mais eficaz. Ao invés de incentivar a propositura de centenas ou milhares de ações individuais, permitem a propositura de uma única ação coletiva que beneficie todos os interessados, sem, contudo, prejudicá-los em caso de improcedência. Além disso, e talvez ainda mais importante, possibilitam a judicialização de direitos trabalhistas sem que os trabalhadores se exponham como litigantes frente ao empregador, pois, se assim o fizessem, possivelmente seriam objeto de despedida imotivada ou de qualquer outro tipo de represália, por exercerem seu direito de ação.

Ocorre que a mesma legislação, diga-se, o Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de execuções individuais por cada um destes beneficiados pela sentença coletiva. Possibilidade esta que vem sendo muito utilizada na prática, até mesmo privilegiada, fazendo com que uma única sentença coletiva gere centenas ou milhares de execuções individuais, contrariamente aos princípios do processo coletivo, em especial o da eficácia do processo e o da eficiência do Judiciário.

No campo das relações trabalhistas, esta possibilidade pode causar ainda maiores estragos. Grande parte dos trabalhadores não buscará o Poder Judiciário para liquidar e executar a pretensão reconhecida coletivamente, independentemente de ainda manterem ou não relação empregatícia com o demandado/executado ou com outro empregador do mesmo setor econômico.

Mesmo vencendo este obstáculo e priorizando-se a liquidação e a execução coletivas, promovida por um dos entes legitimados, outro mecanismo vem sendo utilizado para tornar ineficaz a sentença coletiva. Trata-se da disposição individual, por parte do trabalhador, dos direitos a ele reconhecidos na sentença coletiva, do

crédito a ele imputado na liquidação e execução coletivas. Possibilidade que acaba servindo a fins alheios aos do processo coletivo, já que "por força dessa possibilidade, diversos expedientes têm sido utilizados por empregadores menos escrupulosos, para frustrar, mercê da desistência individual imposta aos substituídos, a própria finalidade da demanda coletiva"<sup>1</sup>, o que faz surgir o problema da presente pesquisa, isto é, se a liquidação e a execução da sentença coletiva seriam ou não disponíveis individualmente.

De um lado, tem-se que a legislação brasileira de processo coletivo resguarda os direitos individuais das vítimas, permitindo, inclusive, a propositura de ação individual sobre mesmo tema em discussão por ação coletiva sem gerar litispendência (art. 104, CDC).

De outro lado, é verdade que as vítimas de lesão de direitos tutelados por ação coletiva, se encontram em uma situação de desigualdade fática e jurídica em relação aos réus deste tipo de ações, os quais costumam ser grandes empresas, o que é igualmente aparente no campo do Direito do Trabalho. Ou seja: de um lado, estão trabalhadores, que normalmente nunca participaram de uma ação judicial, nem sempre conhecem plenamente seus direitos, e têm dificuldades para chegar ao Poder Judiciário. De outro lado, estão litigantes habituais, profundos conhecedores do funcionamento do Judiciário e com estrutura institucionalizada de advogados para atuação nestas ações.

Ademais, muitas vezes, os trabalhadores beneficiados pela sentença da ação coletiva ainda estão vinculados ao mesmo empregador réu, seja por ainda serem seus empregados, seja porque, trabalhando no mesmo ramo, são empregados de outras empresas do mesmo setor.

A disponibilidade individual da liquidação e execução coletivas, nestas circunstâncias, pode tornar ineficaz, inócua, sentença genérica que tutela direitos do trabalhador, inclusive, afrontando o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, que pressupõe uma possibilidade de participação, em um procedimento adequado à proteção dos direitos.<sup>2</sup>

Muito mais do que isso, é preciso enxergar a realidade que se encontra por

---

<sup>1</sup> CLAUS, Bem-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista**: uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTr, 2003. p. 128.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 185-186



trás da relação jurídica processual. A verdade é que, entre capital e trabalho, existe uma relação de luta de classes, em que cada um dos lados se encontra em situações próprias, absolutamente desiguais. Luta esta que se manifesta, também, no âmbito processual, quando empregados, individual ou coletivamente (por meio do sindicato da categoria ou de associação) demandam seus empregadores ou mesmo ex-empregadores. Este cenário não é diferente no âmbito processual, nem mesmo no das ações coletivas promovidas por sindicatos de trabalhadores em face de empregadores.

Em todas as fases do processo coletivo, é necessário se ter em mente que a ótica dos processos individuais, não serve para a realidade dos processos coletivos. Mais do que isso, é preciso lembrar que o processo não acontece fora da realidade da luta desigual de classes. Assim, a resposta ao problema que aqui se propõe não pode se limitar às questões meramente processuais, nem mesmo bastar-se na alegação de uma dita indisponibilidade material de direitos por parte do trabalhador. "É preciso ir mais além e extrair, do desenvolvimento conceitual do instituto da substituição processual sindical, a incompatibilidade substancial que então há de poder ser percebida entre a demanda coletiva e desistência individual"<sup>3</sup>.

Assim, nesta pesquisa, busca-se analisar a disponibilidade ou indisponibilidade individual da liquidação e execução coletivas por parte do trabalhador, não apenas pelo viés processual, atentando-se para as especificidades dos litigantes em comento, mas também sem realizar um mero transplante das determinações de direito material para o âmbito processual, ignorando se tratarem de esferas diferentes.

Para isso, este texto foi dividido em três capítulos, na tentativa de permear a discussão por questões de direito material e de direito processual, e, assim, chegar-se a uma conclusão mais condigna com a realidade das relações de trabalho.

No primeiro deles, objetiva-se analisar o pano de fundo da questão, isto é, as especificidades materiais da relação que se apresentam no processo do trabalho, que não é simplesmente uma relação contratual marcada pela dependência ou subordinação, mas, sim, verdadeira luta de classes e que, por isso, se manifesta antes, durante e após o término da relação empregatícia, inclusive no âmbito

---

<sup>3</sup> CLAUS, Bem-Hur Silveira. Op. cit., p. 129.

processual. Ainda, se tratará da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, concluindo-se que o caminho para a constitucionalização do direito laboral é a aplicação do Princípio da Proteção entendido como um elemento valorativo das normas, uma diretiva prévia, verdadeiro princípio normativo e não apenas um "tapa-buracos" em caso de dúvidas.

No segundo capítulo, a análise se voltará para o instituto da indisponibilidade de direitos no campo das relações trabalhistas, distinguindo-se as formas de disposição de direitos, em especial, a renúncia, a transação e a desistência, bem como diferenciar indisponibilidade de irrenunciabilidade, estabelecendo-se uma regra geral e os critérios para sua aplicação.

Já no terceiro capítulo, faz-se o cotejo entre as disposições dos capítulos anteriores com a realidade do processo coletivo, passando-se pelos fundamentos da coletivização dos interesses originalmente individuais, pela ideologia que embasa a legislação brasileira neste ponto e a necessidade de sua superação para a efetividade da tutela jurisdicional prestada coletivamente. A partir destas bases é que se tratará, então, da disponibilidade (ou indisponibilidade) individual da liquidação e da execução coletivas como pressuposto para a implementação de direitos trabalhistas e para a transformação da realidade social por meio do processo coletivo.

O objetivo desta disposição do trabalho é apresentar o resultado de uma pesquisa que visa à concretização dos direitos trabalhistas, por meio dos instrumentos coletivos de tutela processual, a partir de uma perspectiva de constitucionalização do Direito, com fundamento no princípio normativo da proteção, e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, no viés da adequação ao direito material que é objeto do trabalho.

# 1. O PANO DE FUNDO: A RELAÇÃO CAPITAL E TRABALHO, A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE

## 1.1. O SISTEMA CAPITALISTA DE PRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente pesquisa é a análise de uma situação específica de disponibilidade por parte do trabalhador, a disponibilidade individual do obreiro no âmbito da execução coletiva promovida em seu favor por um dos entes coletivos para tal legitimados pela lei. Embora aconteça no contexto de uma relação processual, é, em verdade, decorrente da relação de trabalho, é dizer: da relação de trabalho capitalista. Portanto, ocorre dentro de um dado sistema de produção e regulação do trabalho, o sistema capitalista. Esta relação de trabalho tem características que se mantêm quando essa se torna uma relação de direito processual. Por isso, convém expô-las para que se possa perceber sua relevância para a análise da questão proposta.

O trabalho, por si só, é algo muito diferente ou não necessariamente igual àquilo que o capitalismo chama de trabalho. Wilson RAMOS FILHO esclarece que o vocábulo “*trabalho*” é polissêmico, abarcando diversos conteúdos”, sendo que um deles é o de “*atividade humana que transforma a natureza*”, concepção tal que, ao longo dos séculos, experimentou inúmeras metamorfoses, desde a Antiguidade clássica, passando pelo estatuto feudal até se chegar ao estatuto do “*salariado*”<sup>4</sup>.

Contudo, o que o capitalismo chama de trabalho é algo diverso, é uma relação de compra e venda da força de trabalho. Ele o reduziu a uma única forma, ou, ao menos, a uma forma hegemônica, a do trabalho assalariado, subordinado, “trabalho alienado capitalista, objetivante e desrealizador”<sup>5</sup>.

De acordo com POLANYI, a divisão social do trabalho, assim como as operações de permuta já existiam muito antes da invenção do sistema capitalista de produção<sup>6</sup>. A diferença é que, na Antiguidade, “el comercio existe en la vida del

---

<sup>4</sup> RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012. p. 14. (grifos no original)

<sup>5</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. p. 45.

<sup>6</sup> POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Trad.: Fanny Wrobel. 2. ed.

campesino, (...), pero no como una fuerza motriz”<sup>7</sup>. Enquanto o objetivo do trabalho e do comércio em tempos pretéritos sempre foi a subsistência, no capitalismo, o objetivo é o lucro.<sup>8</sup>

Poderia se pensar o trabalho sempre foi visto com bons olhos, supondo que, em uma determinada fase de evolução do capitalismo dita pré-capitalista, o trabalho era tido como “inferior e desprezado, em oposição à ociosidade dos ricos e privilegiados”<sup>9</sup>, de modo que “alguém se tornava assalariado apenas quando não tinha nada para trocar, salvo sua força de trabalho”<sup>10</sup>. Tanto o é que, conforme destaca BONTRUP, “em todos os idiomas europeus desde o grego antigo, o significado primitivo de trabalho está ligado com *fadiga, necessidade e sofrimento*”.<sup>11</sup>

Contudo, como explica WANDELLI, esta visão peca por ser “um relato apenas parcial”, que “padece de eurocentrismo e não considera outras experiências históricas e traduções discursivas, nas quais tempo de trabalho e tempo de vida não foram duas grandezas apartadas e opostas”.<sup>12</sup> Acrescenta, ainda, o autor, que “mesmo na tradição ocidental, não há como separar a história do trabalho das oscilações entre momentos de exaltação valorativa e momentos de sua recusa”<sup>13</sup>.

Assim, o que faz o capitalismo não é uma mudança de mentalidade sobre a virtude ou não do ato de trabalhar. Traz, contudo, uma nova visão sobre o trabalho, enquanto sinônimo da compra e venda da força de trabalho, da relação entre “trabalho abstrato, objetivado, subsumido, de um lado, e capital, de outro”<sup>14</sup>. O capitalismo impõe uma relação de trabalho que desconecta o ser humano do resultado de seu trabalho. Embora seja apresentada com uma “dupla virtualidade” ou “dupla dimensão”, no sentido de que o trabalho “é um dos fatores na produção da riqueza e, é também a condição para que os indivíduos, com autonomia, tenham

---

Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 63.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 241.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 47 e 75.

<sup>9</sup> BONTRUP, Heinz-J. **Arbeit, Kapital und Staat**. Plädoyer für eine demokratische Wirtschaft. 2. ed. Köln: PapyRossa, 2005. p. 17. Tradução livre do original: “Arbeit galt in vorkapitalistischer Zeit noch als minderwertig und war verachtet, im Gegensatz zum Müßiggang der Reichen und Privilegierten.”

<sup>10</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. cit., p. 14.

<sup>11</sup> BONTRUP, Heinz-J. **Arbeit, Kapital und Staat**. p. 18 (grifos no original). Tradução livre do original: “In allen europäischen Sprachen seit der griechischen Antike ist der ursprüngliche Bedeutungsgehalt von Arbeit mit *Mühsal, Not* und *Leid* verbunden.”

<sup>12</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 57.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 47

acesso à riqueza”<sup>15</sup>, esta concepção não deixa de ser reducionista, pois reduz o trabalho humano apenas a um meio para a obtenção da finalidade de maior rentabilidade, negando sua característica muito mais ampla, de “mediação humana essencial para a realização da corporalidade e da sociabilidade”<sup>16</sup>.

Para que se pudesse compelir os trabalhadores a trabalhar em troca de menos do que é o produto do seu trabalho, buscou-se, de diversas maneiras, a legitimação das relações de trabalho nos moldes capitalistas, o que, de algum modo, afetou, e afeta ainda, a subjetividade e o consentimento do obreiro, inclusive em situações como a disponibilidade de um crédito trabalhista em uma execução coletiva.

Max WEBER procura atribuir esta legitimação a uma “ética” de “ganhar mais e mais dinheiro, combinado com o afastamento estrito de todo prazer espontâneo de viver”, a “geração de dinheiro (...) como propósito final da vida (...)”, que seria, então, “um princípio-guia do capitalismo”<sup>17</sup>. Contudo, acrescenta que “tal atitude não é produto da natureza. Não pode ser estimulada apenas por baixos ou altos salários, mas só pode ser produzida por um longo e árduo processo educativo”<sup>18</sup>, papel que, segundo WEBER, foi exercido, em parte, pela doutrina protestante, em especial aquelas correntes denominadas como “puritanismo”, que, apesar de ver a riqueza como suspeita, por considerá-la como um perigo na busca de uma vida reta, pregou “um trabalho físico e mental duro e constante (...) como defesa específica contra todas as tentações que o puritanismo agrupou sob o nome de vida impura, cujo papel nunca foi insignificante”<sup>19</sup>. E, ademais, defendia a ideia de vocação concedida pela Divina Providência como “um mandamento de Deus ao indivíduo para que trabalhe para a glória divina”<sup>20</sup>.

WEBER explica, ainda, que estas doutrinas tiveram um importante papel na formação do ideário burguês da economia e, conseqüentemente, do trabalho, incentivando, inclusive, que o burguês empreendesse, exercendo atividades econômicas que visassem o lucro, “desde que permanecesse dentro dos limites da

---

<sup>15</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. cit., p. 15.

<sup>16</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 61.

<sup>17</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 51.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 125.

correção formal, que sua conduta moral estivesse intacta e que não fosse questionável o uso que fazia da riqueza”<sup>21</sup>.

Além disso, afirma WEBER, “o poder do ascetismo religioso punha-lhe à disposição trabalhadores sóbrios, conscienciosos e extraordinariamente ativos, que se agarravam a seu trabalho como a um propósito de vida desejado por Deus”<sup>22</sup>.

Por fim, WEBER esclarece que a doutrina puritana não agiu sozinha e nem trouxe, teoricamente, muita novidade para a visão burguesa-capitalista do trabalho, mas “criou a força que foi, sozinha, decisiva para sua eficiência: a sanção psicológica mediante o conceito de trabalho como vocação (...) por outro lado, legalizou a exploração desta vontade específica de trabalhar, interpretando também a atividade empresarial como vocação”<sup>23</sup>.

Ocorre que, além de a legitimação das relações capitalistas de trabalho ter se dado não apenas por meio da ética puritana<sup>24</sup>, a relação que existe entre capital e trabalho é muito mais ampla e a compulsão da vontade nestas relações vai muito além do convencimento a vender a força de trabalho por um valor inferior ao que ela produz. E isto, evidentemente, interfere na análise do problema que aqui nos colocamos, pois se a relação de trabalho é uma relação em que a vontade individual é irrelevante, por óbvio que a validade da renúncia praticada pela parte subjetivamente dominada estará prejudicada.

Isto porque o sistema de produção capitalista consiste, na visão marxista, num sistema em que “toda a sociedade se deve dividir em duas classes, os *possuidores* de propriedade e os *trabalhadores* sem propriedade.”<sup>25</sup> Os primeiros, classificados como capitalistas, por serem proprietários, são detentores dos meios de produção e, com isso, têm condições de produzir, o “direito” de coordenar a produção, e, finalmente, de obter lucro por meio do produto. Já aos segundos, não proprietários, não resta outra alternativa senão vender sua força de trabalho.

MARX explica que, para que o capitalista tenha lucro, é necessário vender o produto por um valor acima daquele que gastou para produzi-lo. Sem que seja simplesmente aceitando que se possa vender o produto por um preço maior do que

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>24</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 61.

<sup>25</sup> MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 110.

ele vale, só existe uma maneira de esse lucro ocorrer:

Para extrair valor do consumo de uma mercadoria, nosso possuidor de dinheiro deve ter a felicidade de descobrir, dentro da esfera da circulação, no mercado, uma mercadoria cujo valor-de-uso possua a propriedade peculiar de ser fonte de valor, de modo que consumi-la seja realmente encarnar trabalho, criar valor, portanto. E o possuidor de dinheiro encontra no mercado essa mercadoria especial: é a capacidade de trabalho ou a força de trabalho. Por força de trabalho ou capacidade de trabalho compreendemos o conjunto das faculdades físicas e mentais existentes no corpo e na personalidade viva de um ser humano, as quais ele põe em ação toda vez que produz valores-de-uso de qualquer espécie.<sup>26</sup>

MARX assevera que “como valor de uso i.e., como algo útil, só pode se contrapor ao capital enquanto tal aquilo que o aumenta, o multiplica e, por isso, o conserva como capital”<sup>27</sup>, sendo que “o único valor de uso que pode constituir uma antítese ao capital é o trabalho (*mais precisamente, trabalho criador de valor, i.e., trabalho produtivo*)”<sup>28</sup>.

Portanto, somente por meio do trabalho é que a mercadoria pode ser valorizada do ponto de vista do capital, para que o capitalista possa vendê-la por preço maior do que o que gastara para produzi-la, obtendo lucro. Ou seja, como assevera DUSSEL, só o trabalho é a “fuente creadora de valor de La nada”<sup>29</sup>.

Para MARX, dois fatores são essenciais para caracterizar algo como uma mercadoria: seu valor e seu uso<sup>30</sup>, de modo que um bem que não tenha uma utilidade econômica ou uma utilidade para outra pessoa além da que produz não pode ser tido como mercadoria.<sup>31</sup> Ainda, o tempo de trabalho necessário para produzir determinado bem influencia o seu valor e seu preço<sup>32</sup>.

Porém, é o capitalista, e não o trabalhador, quem se apropria deste excedente, ou, como conceitua MARX, da mais-valia. O que o trabalhador recebe é um salário em troca da disponibilidade de sua força de trabalho por um determinado período de tempo. Isto porque o que ele vende não é o produto do seu trabalho, mas

---

<sup>26</sup> MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I. Trad.: Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 197.

<sup>27</sup> MARX, Karl. **Grundrisse**. Trad.: Mario Duayer, Nélio Schneider, Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman. São Paulo: Boitemp, 2011.p. 211.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>29</sup> DUSSEL, Enrique. **El último Marx (1863-1882) y La liberación latinoamericana**. México: Siglo XXI, 1990. p. 370.

<sup>30</sup> MARX, Karl. **Das Kapital**. Ungekürzte Ausgabe nach der zweiten Auflage von 1872. Mit einem Geleitwort von Karl Korsch aus dem Jahre 1932. Köln: Anaconda, 2009. p. 49.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 54-55.

<sup>32</sup> MARX, Karl. **Das Kapital**. p. 53-54.

sua força de trabalho, enquanto capacidade de criar<sup>33</sup>, tida, pelo sistema capitalista, como mercadoria, sujeita às regras de mercado como qualquer outra mercadoria.

Isto significa que “o valor da força de trabalho é determinado, como o de qualquer outra mercadoria, pelo tempo de trabalho necessário à sua produção e, por consequência, à sua reprodução”, ou seja, “o tempo de trabalho necessário à produção da força de trabalho reduz-se (...) ao tempo de trabalho necessário à produção desses meios de subsistência, (...) necessários à manutenção de seu possuidor.”<sup>34</sup>

MARX acrescenta, sobre a relação de troca que se estabelece entre trabalhador e capitalista:

A troca do trabalhador com o capitalista é uma troca simples; cada um obtém um equivalente; um, um dinheiro, outro, uma mercadoria cujo preço é exatamente igual ao dinheiro pago por ela; o que o capitalista obtém nessa troca simples é um valor de uso; disposição sobre trabalho alheio. Do lado do trabalhador – e essa é a troca na qual ele aparece como vendedor - é evidente que o uso que faz o comprador da mercadoria por ele cedida, a determinação formal da relação, lhe interessa tão pouco quanto ao vendedor de qualquer outra mercadoria, de um valor de uso. O que ele vende é a disposição sobre o seu trabalho, que é um trabalho determinado, habilidade determinada, etc. (...) Sua própria disposição sobre o trabalho se limita apenas a um trabalho *determinado* e a um comando sobre ele *temporalmente determinado* (tanto ou quanto de tempo de trabalho).<sup>35</sup>

Deste modo, de acordo com MARX, “uma vez que obtém o equivalente na forma do dinheiro, (...) o trabalhador encontra-se nessa troca como igual frente ao capitalista, como qualquer outro participante da troca; ao menos de acordo com a *aparência*”<sup>36</sup>

No entanto, esta aparência não é exatamente o que ocorre na realidade. Na prática, de acordo com RAMOS FILHO, “o que singulariza as relações capitalistas de trabalho é a existência de uma parte não remunerada da força de trabalho que, apropriada por quem contrata o trabalhador, produz lucro ou resultado econômico”<sup>37</sup>. Do mesmo modo, CORREAS aduz que “para obter um benefício o patrão, necessariamente, deve pagar por um valor menor do que o obreiro entrega a este”<sup>38</sup>,

---

<sup>33</sup> DUSSEL, Enrique. Op. cit., p.376-377.

<sup>34</sup> MARX, Karl. **O capital**. p. 200-201.

<sup>35</sup> MARX, Karl. **Grundrisse**. p. 220-221.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 222.

<sup>37</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. cit., p. 15.

<sup>38</sup> CORREAS, Oscar. O contrato de compra e venda da força de trabalho. Trad.: Aline Cristina Alves e Alberto Silva Santos. In: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013. v. 4. p. 180.



acrescentando, ainda, que “a linguagem diária oculta a verdadeira essência da relação entre patrão e obreiro quando afirma que este último recebe um salário equitativo por seu trabalho”<sup>39</sup>.

E, se, diariamente, o trabalhador trabalha por um salário inferior ao valor do seu trabalho, é evidente que sua vontade foi, de algum modo, compelida a isto, pois, voluntariamente, ninguém se obrigaria a tamanho disparate. Se a compulsão da vontade chega a tal ponto, não há dúvida da interferência que tem no tocante à prática de atos de disposição de vontade, como é o caso daquela praticada no âmbito da execução coletiva, que aqui interessa.

Para que se possa esclarecer como se dá este processo de exploração do trabalho no sistema capitalista, aqui cabe fazermos a distinção entre a força de trabalho e o trabalho vivo, feita por MARX, cuja importância DUSSEL ressalta, esclarecendo que dela partem todas as suas demais distinções.<sup>40</sup>

O trabalho vivo é visto como atividade, como subjetividade (não como objetividade).<sup>41</sup> A força de trabalho, por outro lado, pode ser vendida e quantificada no tempo que se paga com um salário. Leonardo Vieira WANDELLI estabelece, do seguinte modo, a distinção entre trabalho objetivado e trabalho vivo: “no primeiro caso, trabalho é já subsumido pelo capital, ou seja, é capital enquanto trabalho objetivado. (...) No segundo caso, a subjetividade corporal do trabalhador, ainda não subsumida pela totalidade do capital, é o outro absoluto do capital.”<sup>42</sup>

Contudo, o trabalho vivo nunca se separa do sujeito, de modo que, para MARX, se o sujeito vende sua força de trabalho e é pago por ela, está sendo roubado, pois está disponibilizando também algo impagável, isto é, o trabalho vivo, capaz de atribuir valor ao produto<sup>43</sup>. Acrescenta que esta relação significa sempre o empobrecimento do trabalhador:

É claro, portanto, que o trabalhador não pode enriquecer por meio dessa troca, uma vez que ele, como Esaú, ao ceder sua primogenitura por um prato de lentilhas, cede sua força criativa pela capacidade de trabalho como uma grandeza dada. Ao contrário, ele tem mais de empobrecer, como veremos mais adiante, porque a força criativa de seu trabalho se estabelece perante ele como a força do capital, como poder estranho. Ele aliena o trabalho

---

<sup>39</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>40</sup> DUSSEL, Enrique. Op. cit., p.374.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 370-371.

<sup>42</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 51.

<sup>43</sup> DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 376-377.

como força produtiva da riqueza; o capital apropria-se dele enquanto tal.<sup>44</sup>

Deste modo, sendo a própria subjetividade do trabalhador que é entregue ao “comprador”, isto traz consigo uma relação diferente das relações contratuais de compra e venda habituais. Isto interfere na possibilidade (ou não) de que uma manifestação de vontade do trabalhador seja suficiente para despojá-lo de direitos, por meio de atos de disposição.

## 1.2. A FORÇA DE TRABALHO TRANSFORMADA EM MERCADORIA E SUA COMPRA E VENDA

Como se viu, a força de trabalho é equiparada a uma mercadoria, o que, sem dúvida, é uma ficção<sup>45</sup>. Para Karl POLANYI, a ideia de mercadoria é essencial para uma economia de mercado:

É com a ajuda do conceito de mercadoria que o mecanismo do mercado se engrena aos vários elementos da vida industrial. As mercadorias são aqui definidas, empiricamente, como objetos produzidos para a venda no mercado; por outro lado, os mercados são definidos empiricamente como contatos reais entre compradores e vendedores. Assim, cada componente da indústria aparece como algo produzido para a venda, pois só então pode estar sujeito ao mecanismo da oferta e procura, com a intermediação do preço. Na prática, isto significa que deve haver mercado para cada um dos elementos da indústria; que nesses mercados cada um desses elementos é organizado num grupo de oferta e procura<sup>46</sup>.

Acrescenta que “trabalho, terra e dinheiro são elementos essenciais da indústria”, porém, não são mercadorias, por não serem produzidos para a venda, no entanto, para POLANYI, “é com a ajuda dessa ficção que são organizados os mercados reais do trabalho, da terra e do dinheiro”<sup>47</sup>, tornando-se este “o princípio organizador da sociedade”<sup>48</sup> capitalista de mercado.

Sobre a organização dos processos produtivos, CORREAS esclarece que “em todo este processo, não somente no capitalista, se combinam força de trabalho e meios de produção. Porém, *unicamente no capitalismo* estes elementos são *ambos mercadoria*”<sup>49</sup>.

Com isto, surge uma nova forma de relação jurídica, o contrato de trabalho,

---

<sup>44</sup> MARX, Karl. **Grundrisse**. p. 240.

<sup>45</sup> POLANYI, Karl. Op. cit., p. 63.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>49</sup> CORREAS, Oscar. **O contrato de compra e venda da força de trabalho**. p. 200.

como uma relação contratual de compra e venda. Em tese, só diferiria da compra e venda mercantil porque, aqui, o objeto do contrato é a força de trabalho daquele que figura como vendedor.

Isto significa que o objeto deste contrato, ou seja, a mercadoria vendida, não é o trabalho ou o resultado deste, mas a força de trabalho e sua disponibilidade, para que o capitalista, fazendo uso dela, possa obter lucro em sua atividade. Desta forma, “o trabalhador troca a atividade ponente de valor por um valor predeterminado, independentemente do resultado de sua atividade.”<sup>50</sup>

Isto fica evidente quando se pensa na hipótese contrária, quando se supõe, como instiga MARX, “que o valor de troca que o capital paga ao trabalhador seja um equivalente exato do valor que o trabalho cria no processo de produção. Nesse caso, o aumento do valor de troca do produto seria impossível”<sup>51</sup>, o que seria absolutamente incompatível com o sistema capitalista de produção e circulação de mercadorias. A essência do capitalismo é a utilização do trabalho para a produção da “mais-valia”<sup>52</sup>, do “mais-valor”<sup>53</sup>, do “*plusvalor*”<sup>54</sup>, ou, no original alemão de MARX, “*Mehrwert*”<sup>55</sup>, que é justamente o acréscimo de valor que ocorre no produto em razão do trabalho e que ultrapassa o valor gasto para produzi-lo, incluindo os salários, enquanto preço da mercadoria força de trabalho.

Contudo, a mercadoria força de trabalho, como explicitado acima, não se separa da pessoa do trabalhador, do produtor de trabalho vivo. Por isso, a disponibilização da força de trabalho significa entregar ao “comprador” a integralidade do sujeito vendedor da força de trabalho, o que inclui sua subjetividade, sua capacidade criativa, entre outros. Em decorrência disso, POLANYI afirma que “nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções, mesmo por um período de tempo muito curto, a menos que a sua substância humana natural, assim como a sua organização de negócios, fosse protegida contra os assaltos desse moinho satânico”<sup>56</sup>.

Assim é que surge o direito capitalista do trabalho, enquanto “ramo do Direito

---

<sup>50</sup> MARX, Karl. **Grundrisse** p. 253.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 249.

<sup>52</sup> MARX, Karl. **O capital**.

<sup>53</sup> MARX, Karl. **Grundrisse...** p. 255.

<sup>54</sup> CORREAS, Oscar. **O contrato de compra e venda da força de trabalho**. p. 201.

<sup>55</sup> MARX, Karl. **Das Kapital**.

<sup>56</sup> POLANYI, Karl. Op. cit., p. 95.

encarregado de regular as condições de alienação dessa mercadoria”<sup>57</sup>, diferenciando, portanto, a compra e venda de trabalho da compra e venda mercantil ordinária.

Apesar disso, não deixa de ser a força de trabalho uma mercadoria. Em verdade, como explica CORREAS, trata-se de uma relação de intercâmbio entre força de trabalho e dinheiro e que, por isso, se caracteriza como um contrato<sup>58</sup>.

E esclarece que o contrato de trabalho, como qualquer outro, se estabelece em um momento específico:

O que representa a conversação prévia do trato entre o artesão e seu cliente, está seguida de uma oferta por parte do capitalista: se oferece ao obreiro um preço quinzenal por oito horas de trabalho cada dia.(...)

Seguidamente o trabalhador aceita, e se apresenta no dia seguinte na hora indicada. Neste momento finaliza-se o intercâmbio. A mercadoria *já foi vendida*, e o contrato está consumado como qualquer outra compra e venda que se aperfeiçoa com a tradição. No dia seguinte o patrão começará a dispor dela segundo suas “necessidades”. Ou seja, será indicado ao trabalhador quando, onde e como deve aplicar tal força aos meios de produção. E daí em diante, o problema é outro. O contrato de trabalho propriamente dito já está fora. É claro que podemos seguir chamando de “contrato de trabalho” ao que se sucede dentro da fábrica. Porém ali *já não há mais intercâmbio*; este elemento já foi consumado com a aceitação do preço e da força de trabalho.<sup>59</sup>

Há, portanto, dois momentos, o da celebração do contrato de trabalho e o da produção e, conseqüentemente, exploração da força de trabalho. O momento da celebração do contrato de trabalho, assim, é quando ocorre o intercâmbio da mercadoria força de trabalho por dinheiro (e vice-versa). A exploração da força de trabalho é apenas uma consequência deste contrato.

Posteriormente é que se tem a fase de produção, na qual o empregador passa a dispor da força de trabalho adquirida, obrigando-se o empregado a trabalhar, e que, de acordo com CORREAS, “é o momento da luta de classes”<sup>60</sup> e que, por isso, não deve ser tratado de modo idêntico à fase contratual.

Assim, na primeira fase, tem-se a celebração de um contrato com déficit de vontade, por parte do trabalhador, que, por si só, já interferiria na liberdade efetiva da prática de atos de disposição de bens ou direitos. Na segunda fase, a da produção, estabelece-se uma relação social (e não apenas econômica) de poder, que, ainda mais, prejudicaria a manifestação livre de vontade pelo obreiro, que figura no polo

---

<sup>57</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. cit., p. 92.

<sup>58</sup> CORREAS, Oscar. **O contrato de compra e venda da força de trabalho**. p. 183.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 204.

dominado.

A verdade é que, em nenhuma das duas fases há verdadeira liberdade para a manifestação da vontade, pois se trata de relação de dominação e desigualdade, que se estabelece não só dentro da relação de trabalho, mas que já se apresenta muito antes e, sem dúvida nenhuma, poderá permanecer após o término da relação formal de trabalho.

### 1.3. A RELAÇÃO DE PODER E SUJEIÇÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR E A LUTA DE CLASSES ENTRE CAPITAL E TRABALHO

A relação de trabalho é uma relação de dominação e desigualdade, cabendo-nos, aqui, verificar a que se deve e como se manifesta esta assimetria, principalmente, de que modo isto interfere na manifestação de vontade em atos jurídicos de disposição de direitos.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) brasileira estabelece, em seu art. 3º, a relação de trabalho objeto de sua regulação, a relação de emprego. Embora não seja a única forma de trabalho marcada por uma relação de desigualdade de forças, é a principal e mais significativa delas. A CLT o faz por meio da conceituação de seus sujeitos, o empregador e o empregado:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.  
(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Diante disso, a doutrina brasileira conceitua a relação de emprego como uma relação de trabalho subordinado, tendo a dependência ou subordinação como seu elemento caracterizador, e qualificando-a de diferentes formas. Em especial, haja vista a amplitude do conceito de dependência trazido pelo legislador trabalhista, a doutrina busca verificar qual sua qualificação, se jurídica, hierárquica, técnica, econômica ou social. Contudo, todas estas tentativas resultam numa redução do fenômeno real de exercício de poder por parte do capitalista em relação ao trabalhador, e, conseqüentemente, na criação de um mito que, como se verá, serve à legitimação da exploração do trabalho assalariado e da ocultação de suas reais contradições.

Délio MARANHÃO, por exemplo, afirma que “não se trata (...) de indagar das razões econômicas e sociais do surgimento desse direito, e sim de dizer em que consiste o elemento – subordinação – que caracteriza o contrato de trabalho”, entendendo-o em seu sentido jurídico.<sup>61</sup> Já em 1972, o mesmo autor entendia ser de caráter jurídico a subordinação do empregado ao empregador, refutando a teoria que a apontava como econômica, afirmando que esta “incorria no erro de confundir noções de ordem econômica com noções de ordem jurídica, escolhendo como critério distintivo o que não significa senão uma situação de fato, em que se encontra, ainda, a grande massa dos trabalhadores (...) assim como pode haver contrato de trabalho sem dependência econômica (...), tal dependência pode existir sem que se configure uma relação de trabalho subordinado”<sup>62</sup>.

E, no tocante ao fundamento desta subordinação, aduz estar no fato de ser a força de trabalho um dos fatores da produção.<sup>63</sup> E, conseqüentemente, afirma que a subordinação é fonte de deveres e direitos, sendo, por parte do empregador, os direitos de direção e comando, de controle e de aplicar penas disciplinares, e, por parte do empregado, os deveres de obediência, diligência e fidelidade.<sup>64</sup>

Arnaldo SÜSSEKIND também descarta as hipóteses de dependência econômica e social, afirmando que é à dependência hierárquica que a CLT se refere, “que resulta da subordinação jurídica assumida pelo próprio trabalhador ao ajustar o contrato de trabalho (...). Ela é, para o empregado, o reverso da medalha do poder de comando atribuído ao empregador”<sup>65</sup>, mas acrescenta que esta “não importa na subordinação social do homem que trabalha ao seu empregador”<sup>66</sup>, isto é, que “não transforma o trabalhador em servo, numa relação senhorial em que se sujeite à ilimitada vontade do empregador (“*status subjectiones*”).”<sup>67</sup>

De modo semelhante, Sônia Mascaro NASCIMENTO e Amauri Mascaro NASCIMENTO conceituam a subordinação jurídica:

---

<sup>61</sup> MARANHÃO, Délio. **Contrato de trabalho**. Atual. Por João de Lima Teixeira Filho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2000. p. 246.

<sup>62</sup> MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 43.

<sup>63</sup> MARANHÃO, Délio. **Contrato de trabalho**. p. 247.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 248-249.

<sup>65</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 212.

Conceituamos subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará. Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse. Ambas se completam.<sup>68</sup>

Douglas Alencar RODRIGUES também aponta como indispensável à configuração da relação de emprego “que haja dependência do operário ao empregador”, subdividindo-a “em três formas específicas: técnica, econômica e jurídica”<sup>69</sup>. O autor descarta as duas primeiras formas e, por fim, afirma que “a subordinação jurídica, ao contrário das outras espécies, é o mais forte elemento que permite a caracterização da relação de emprego. Já apontada como o seu *coração*, corresponde à sujeição da autonomia de vontade do empregado ao tomador de seus serviços na constância do vínculo.”<sup>70</sup>

Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK, em mais de uma edição do seu “Curso de direito do trabalho”, afirmaram que a dependência “seria uma peculiaridade do contrato de trabalho, e, por conseguinte, seu *traço* característico, seu *elemento fisionômico*”<sup>71</sup>. Sobre a qualificação desta dependência, sustentam a prevalência da subordinação jurídica enquanto “*aspecto passivo (...)* em contraposição ao *poder de comando* e de direção do empregador”, de maneira que “a atividade do empregado consistiria em se deixar guiar e dirigir, de modo que as suas energias convoladas no contrato (...) sejam conduzidas, caso por caso, segundo os fins desejados pelo empregador.”<sup>72</sup>

E, por fim, os autores declaram adotar o critério da subordinação jurídica ou hierárquica, porque os demais critérios “padecem de um vício de origem. Pretendem caracterizar um contrato com elementos metajurídicos. O erro de seus defensores provém de procurarem, preferentemente, analisar a condição social e econômica do

---

<sup>68</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: Ltr, 2014. p. 175

<sup>69</sup> RODRIGUES, Douglas Alencar. Direito individual do trabalho – a relação de emprego. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio Jose (Coord.). **Fundamentos do direito do trabalho**. Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França. São Paulo: Ltr, 2000. p. 229.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 118.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 119.

trabalhador, em vez de examinar a relação jurídica da qual ele participa. (...) no fato de não se preocuparem com a fixação do elemento característico, do contrato de trabalho, mas, sim, com a qualidade da pessoa que deve ser juridicamente protegida.”<sup>73</sup>

Ademais, estes doutrinadores pretendem apresentar um nexo de causalidade entre a autonomia da vontade das partes e a subordinação, afirmando que “a relação de trabalho subordinado encontra a sua causa determinante no acordo inicial das partes, isto é, no encontro de duas vontades: a do empregador e a do empregado. O encontro dessas vontades particulares determina o nascimento da relação, na qual são aceitas, desde o início, as previsíveis consequências: a mais importante e onerosa é a situação de subordinação.”<sup>74</sup>

Na doutrina estrangeira, também há explicações no mesmo sentido, com base em dispositivos legais autóctones.

Veja-se, exemplificativamente, a doutrina da Alemanha, onde não há um dispositivo legal análogo aos dos arts. 2º e 3º da CLT brasileira. Nesse país, portanto, são a doutrina e a jurisprudência as responsáveis por criar este conceito.

Apesar de nenhuma lei alemã conceituar expressamente o que se entende por empregado (*Arbeitnehmer*), RICHARDI afirma que “o conceito de *empregado* tem um significado central na aplicação das normas de direito do trabalho”<sup>75</sup>.

DÜTZ e THÜSING, por sua vez, aduzem que “se entende por empregado, de forma geral, aquele que, em razão de um contrato de direito privado, se obriga a prestação de serviço a um terceiro, sob dependência pessoal, mediante remuneração”<sup>76</sup>. E, diante deste conceito, os autores destacam como características do contrato de trabalho o fato de ser um contrato de direito privado, em oposição aos de direito público<sup>77</sup>, ser um contrato de prestação de serviços (*Dienstvertrag*) e não de obra (*Werkvertrag*), já que neste último o objetivo não é a força de trabalho, mas

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>75</sup> RICHARDI, Reinhard. Einführung. In: \_\_\_\_\_ **Arbeitsgesetze**. 83. Auflage. München: DTV, 2013. p. XIII. Tradução livre de: “Der Begriff des *Arbeitnehmers* hat deshalb für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen zentrale Bedeutung.”

<sup>76</sup> DÜTZ, Wilhelm; THÜSING, Gregor. **Arbeitsrecht**. 16. Auflage. München: C.H.Beck, 2011. p. 20. Tradução livre de: “Als Arbeitnehmer ist **allgemein** anzusehen, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Leistung von Diensten für einen anderen (...) in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt verpflichtet ist.”

<sup>77</sup> Idem.



a obra finalizada<sup>78</sup>, e, por fim, a dependência pessoal (*persönliche Abhängigkeit*), que também é responsável por diferenciar o contrato ou relação jurídica de trabalho (*Arbeitsverhältnis*) do contrato ou relação jurídica de prestação de serviço autônoma (*Dienstverhältnis*)<sup>79</sup>.

Apresentam como indícios de dependência pessoal, entre outros, “a manutenção do pagamento de salários em caso de doença, a aplicação de disposições decorrentes de contratos coletivos, a impossibilidade de (...) angariar clientes independentemente (...), prestação de serviço para somente um empregador”<sup>80</sup>. Todos eles, em verdade, são consequências do estado de assalariamento em que se encontra o trabalhador, mas nenhum deles é suficiente para caracterizar esta relação, embora estejam presentes em grande parte das relações subordinadas.

Semelhantemente, RICHARDI afirma que, para o direito do trabalho, “o conceito fundamental é o *trabalho dependente*”.<sup>81</sup> E explica que se trata da realização de um trabalho marcada pela heterodireção (*Fremdbestimmt*) e conclui que “quem pode, sozinho, decidir como executar seu trabalho não é um empregado”.<sup>82</sup>

Também neste sentido, têm-se algumas manifestações de doutrinadores italianos, cujo sistema legal possui dispositivo legal semelhante ao da CLT acima referenciado. O Código Civil italiano dispõe:

Art. 2094 Prestatore di lavoro subordinato  
E prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (2239).<sup>83</sup>

Diante disso, também a doutrina italiana se ocupa do conceito, como por exemplo, Arturo PAVESE, que expõe, acerca do critério de diferenciação entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo: “nel lavoro subordinato (...) l'attività

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 22. Tradução livre de: “(...) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Anwendung tariflicher Bestimmungen, (...) kein selbständiges Anwerben von Kunden, (...) Tätigkeit nur für einen Dienstherrn.”

<sup>81</sup> RICHARDI, Reinhard. Einführung. p. XIII. Tradução livre de: “Sein Grundtatbestand ist die *abhängige Arbeit*.”

<sup>82</sup> Idem. Tradução livre de: “Wer selbständig bestimmen kann, wie er seine Arbeit gestaltet, ist kein Arbeitnehmer.”

<sup>83</sup> ITALIA. **II Codice Civile Italiano**. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/codciv/codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/codciv.htm)> Acesso: 30 jun 2014.

viene prestata alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (...). In questo assoggettamento dell'attività lavorativa personale alle direttive dell'imprenditore (...) risiede, secondo la prevalente dottrina, il carattere essenziale della subordinazione"<sup>84</sup>.

Pietro ICHINO afferma che a “*dipendenza*” prevista pelo legislador no dispositivo acima colacionado do código italiano “non è una dipendenza *di fatto* del lavoratore nei confronti dell'imprenditore”<sup>85</sup>. Também expõe que, tradicionalmente, entendeu-se que, para se caracterizar a subordinação do trabalhador ou empregador, “non è sempre indispensabile l'assoggettamento del lavoratore ateso ad eterodirezione (...), ma è di regola necessario – lo era comunque quando il codice venne emanato – il coordinamento spaziale e temporale com gli altri fattori produttivi organizzativi dell'imprenditore”<sup>86</sup>. Contudo, o autor reconhece que, com a evolução tecnológica e o aumento do número de hipóteses do chamado teletrabalho ou do trabalho a domicílio, distante do local em que se encontram os demais fatores de produção e sem rígida fiscalização de horário, e, mesmo assim, sendo possível caracterizá-las como hipóteses de trabalho subordinado, propõe-se uma conceituação bem diversa.<sup>87</sup>

E diante destas novas situações, da “crescente multiformità dei rapporti di scambio tra lavoro e retribuzione che si instaurano nel mondo reale”<sup>88</sup>, situações que formam uma enorme zona cinzenta no tocante à classificação enquanto trabalho subordinado ou não, a doutrina italiana reconhece “l'esistenza, nel momento attuale, di una situazione di “tensione” o “crisi” del concetto di subordinazione”<sup>89</sup>. Neste contexto, a doutrina tem buscado estabelecer um novo conceito, pois, como afirma TOSI, “il suo sogno è sempre stato quello di costruire una fattispecie che consenta la qualificazione di ogni caso concreto, anche naturalmente di quelli che si collocano nelle zone grigie. Una fattispecie che consenta, quindi, una automatica sussunzione per identificazione”<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> PAVESE, Arturo. **Subordinazione, autonomia e forme atipiche di lavoro**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001. p. 5

<sup>85</sup> ICHINO, Pietro. **Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro**. Milano: Giuffrè, 1989. p. 83.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 89-95.

<sup>88</sup> TOSI, Paolo. La distinzione tra autonomia e subordinazione. *In*: \_\_\_\_\_ et. alii. (Dir.) **Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli**. Torino: UTET, 1998. p. 34.

<sup>89</sup> LUNARDON, Fiorella. L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale. *In*: TOSI, Paolo et. alii. (Dir.) **Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli**. Torino: UTET, 1998. p. 269.

<sup>90</sup> TOSI, Paolo. Op. cit., p. 36.

Também o tedesco Antonio JACOBS aponta a existência, no direito europeu contemporâneo, de figuras intermediárias, como as figuras jurídicas dos “equiparados ou assemelhados aos subordinados”, isto é, os denominados “*arbeitnehmerähnliche Personen*”, na Alemanha, ou dos “*parabubordinati*”, na Itália, bem como de outros institutos semelhantes previstos nos direitos francês, espanhol e sueco, afirmando entender que, por meio de tais institutos, há uma fragilização da proteção social do trabalhador<sup>91</sup>.

Marcio Tulio VIANA, ao analisar este instituto denominado de parassubordinação, afirma tratar-se de um mero artifício, “uma nova forma - disfarçada - de desemprego. Um desemprego que implica a perda não de um posto de trabalho, mas de um *posto de trabalho protegido*”<sup>92</sup>

No mesmo sentido, Jorge Luiz Souto MAIOR esclarece se tratar de um novo nome que se deu para uma hipótese de descon sideração de direitos do trabalhador, concluindo que “aquele a quem se denomina parassubordinado é, na verdade, quase sempre, um supersubordinado”<sup>93</sup>, o que explica do seguinte modo:

O supersubordinado, portanto, por definição, é o trabalhador, ser humano, reduzido à condição de força de trabalho, já que são desrespeitados, deliberadamente e como estratégia econômica, seus direitos fundamentais. O supersubordinado não é um tipo específico de trabalhador. É a designação do trabalhador, em qualquer relação de emprego, que tenha tido a sua cidadania negada pelo desrespeito deliberado e inescusável aos seus direitos constitucionalmente consagrados<sup>94</sup>.

Isto porque a configuração de determinado contrato como de trabalho, ou, no Brasil, mais especificamente, de emprego, é o requisito mínimo para que possa ser aplicado ao caso um âmbito específico de proteção social, que é o direito do trabalho. E é exatamente este o papel que exerce o direito humano e fundamental ao trabalho, na dimensão exposta por Leonardo Vieira WANDELLI, de direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho, isto é, direito à proteção da relação de

---

<sup>91</sup> JACOBS, Antoine. Arbeitnehmer und Selbständige – Einige Bemerkungen aus internationaler Sicht. In: **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**. München und Frankfurt, Heft. 1, 1999. p. 25.

<sup>92</sup> VIANA, Márcio Túlio. Trabalhadores Parassubordinados: Deslizando para Fora do Direito. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcellos; NIGRI, Fernanda. (Coord.) **Parassubordinação** : em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana. São Paulo : LTr, 2011. p. 31.

<sup>93</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcellos; NIGRI, Fernanda. (Coord.) **Parassubordinação** : em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana. São Paulo : LTr, 2011. p. 74.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 73.

emprego, enquanto condição para o acesso ao rol de direitos disposto pela Constituição Federal.

Em sua obra acerca do direito humano e fundamental ao trabalho, o autor demonstra que este não é apenas um direito a uma contraprestação, um meio para a sobrevivência, mas é “a condição para efetividade dos demais direitos fundamentais” e “uma reivindicação essencial para a emancipação das pessoas que vivem do trabalho”.<sup>95</sup>

Além disso, WANDELLI faz menção a vários direitos subjacentes a este direito fundamental ao trabalho, bem como a posições jurídicas por ele abarcadas:

O direito ao trabalho não é só uma mediação para outros bens e seu papel para a dignidade, saúde e autonomia não é substituível por prestações materiais que atendam àquelas necessidades antes referidas. Também não basta o acesso a um posto de trabalho remunerado. Para assegurar-se o desenvolvimento da personalidade por meio do trabalho, otimizando saúde e autonomia, ainda que em um patamar próprio ao mínimo existencial, fazem-se necessárias, além dessas, diversas outras dimensões relativas às condições organizacionais do trabalho, ao conteúdo do trabalho e um certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho.<sup>96</sup>

No tocante a este “certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho”, WANDELLI estabelece, como uma das dimensões do direito ao trabalho, o “direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido”<sup>97</sup>

Assim, sendo a subsunção ao conceito legal de empregado o portal de acesso a um amplo rol de direitos, cujo conjunto é denominado de Direito do Trabalho, uma crise do conceito de subordinação é precedida de um cenário de crise do próprio Direito do Trabalho. Este, nas últimas décadas, sofreu com fortes ondas de flexibilização<sup>98</sup>, bem como que está tendo que lidar com novas situações concretas, em especial em razão dos métodos pós-fordistas de produção, que não são abarcadas pela noção tradicional de subordinação<sup>99</sup>.

Diante da relevância do conteúdo do conceito de subordinação, a doutrina trabalhista do mundo ocidental, como um todo, e também especificamente a doutrina brasileira têm não só reconhecido a insuficiência das referidas conceituações, como

---

<sup>95</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 24.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 298-304.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. Curitiba: UFPR, 2011.264 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 21.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 20.

também buscado novas formas de qualificar as relações de trabalho como verdadeiramente subordinadas ou autônomas.

Ocorre que nenhuma destas conceituações é suficiente para explicar a ligação que existe entre trabalhador e patrão, nas relações de trabalho, e que tem interferência direta na análise da validade dos atos de disposição praticados pelo trabalhador, que é um dos polos desta relação materialmente desigual. Ou, como afirmou TOSI em relação ao sonho da doutrina de um conceito legal adequado a abarcar todas as situações da realidade: “Ma questo sogno si è subito rivelato illusorio. Tutte le operazioni di riflessione sulla fattispecie si sono dimostrate improficue dal punto di vista dei risultati delle operazioni di qualificazione”<sup>100</sup>.

Isto porque todas estas teorizações recaem no equívoco denominado por CORREAS como fetichismo jurídico, isto é, na tentativa de explicar o Direito pelo próprio Direito:

Ou seja: se o patrão tem a “possibilidade jurídica” de ordenar – ainda que de fato não a exerça –, estamos diante da subordinação. Mas quando teria o patrão esta possibilidade jurídica? Apenas quando uma norma legal o autorize. É dizer, são as mesmas normas que nos dizem quando existe e quando não existe a subordinação. Mas não estávamos a apoiar o direito do trabalho com uma teoria que o explique? Sim: estávamos tratando de encontrar algo que nos indicaria quando deveríamos aplicar a lei trabalhista e quando deveríamos aplicar a lei civil. E o resultado ao final é que a própria lei é quem nos dirá. Isto é o chamado fetichismo jurídico: explicar o direito com o direito.<sup>101</sup>

É como se o fato de a lei dizer que a relação de emprego se caracteriza pela dependência é que fizesse do empregado um trabalhador subordinado, como se ele já não fosse subordinado anteriormente e devido a outros fatores. Murilo Carvalho Sampaio OLIVEIRA, no mesmo sentido, explica que a noção de subordinação adotada por conceitos como os expostos anteriormente é positivista, fruto da repulsa desta corrente ideológica a quaisquer elementos interdisciplinares, “extrajurídicos”<sup>102</sup>. Sob a máscara da neutralidade e imparcialidade, podem esconder “uma prescrição legalmente perfeita, contudo, materialmente dirigida a favorecer um segmento ou, como normalmente ocorre, destinada à manutenção da ordem social vigente”<sup>103</sup>.

E assim ocorre com o conceito de subordinação enquanto viga mestra da

---

<sup>100</sup> TOSI, Paolo.Op. cit., p. 36.

<sup>101</sup> CORREAS, Oscar. O **contrato de compra e venda da força de trabalho**. p. 210-211

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica**. p. 84.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 83.

relação de emprego, tendo “o positivismo transforma(do) a principal consequência no próprio fenômeno”<sup>104</sup>. Aduz o autor que a subordinação, na verdade, “deve ser vista como consequência da relação de emprego e não sua causa”<sup>105</sup>, como “indício da condição de assalariado e não a própria condição de assalariado”<sup>106</sup>.

Tanto o é que, como demonstra Óscar CORREAS, a subordinação já está presente antes mesmo de ser firmado o contrato e, assim, antes de se iniciar a relação jurídica:

Como um artesão desejoso em vender seu produto que lhe foi encomendado deve sair ao mercado buscando compradores, o trabalhador procura a fábrica para oferecer sua força de trabalho ao capitalista. Ali preenche uma solicitação de emprego informando determinadas características de seu produto (idade, o mais importante, estudo, que faz com que a sua mercadoria apeteça mais, treinamento etc.). Não satisfeito com isso, o patrão *revisa* a qualidade da mercadoria através de escritórios especializados com psicólogos, médicos, capatazes, a quem informam sobre sua características “pessoais”<sup>107</sup>.

Portanto, por esta explanação, fica evidente que a subordinação do trabalhador ao patrão já se dá antes mesmo do início da relação jurídica trabalhista propriamente dita, no momento em que o trabalhador busca o capitalista a procura de um posto de trabalho e se submete à sua “avaliação”.

Sendo a força de trabalho uma mercadoria, sua compra e venda se dá no âmbito de um mercado. Por isso, se sujeita às leis da oferta e demanda, bem como à “ocorrência da relação de competição (comum) em todos os mercados: ofertantes e demandantes sempre competem com outros ofertantes e demandantes, contra os quais têm que afirmar-se, se quiserem ser bem sucedidos em sua oferta ou satisfazerem sua demanda.”<sup>108</sup>

Claus OFFE e Karl HINRICH explicam que esta relação de competição se dá com o uso de “determinadas *estratégias* racionais na oferta e na demanda”, como, por exemplo, “pelo lado da oferta, (...) estratégias de determinação do seu tipo, volume, local e momento o mais próximo possível à demanda, e de adequação do preço exigido (salário) à disposição de pagamento pelo lado da demanda.

---

<sup>104</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>107</sup> CORREAS, Óscar. **O contrato de compra e venda da força de trabalho**. p. 175.

<sup>108</sup> OFFE, Claus; HINRICH, Karl. Economia social do mercado de trabalho: diferencial primário e secundário de poder. *In*: OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 47.

Inversamente, (...) pelo lado da demanda, trata-se de reduzir as expectativas especiais (...) do produto demandado, ou então elevar o preço oferecido (salário)<sup>109</sup>.

E os mesmos autores esclarecem que os diferentes mercados se distinguem pela possibilidade de utilização destas estratégias:

(...) os diversos mercados de matérias primas, bens, capital, trabalho diferenciam-se fundamentalmente quanto ao grau em que os respectivos ofertantes e demandantes podem realmente usar esse catálogo, “em princípio” tão simétrico, de estratégias racionais de mercado. Se em determinado mercado um dos seus lados estiver em melhores condições de esgotar e realizar suas opções estratégicas, então teríamos que constatar a atuação, no próprio processo de mercado, de uma assimetria de poder, de relações de poder. A nós interessam as especificidades do mercado de trabalho que permitem falar de um desnível na disponibilidade das diversas estratégias racionais de mercado – em termos da relação entre os lados da oferta e da procura – e, em consequência, de um diferencial de poder a favor da demanda e em prejuízo da oferta.<sup>110</sup>

E acrescentam, ainda, que, pelas especificidades da mercadoria força de trabalho e das razões pelas quais ela se apresenta ao mercado, pode-se falar, neste caso, em uma desvantagem estrutural<sup>111</sup>, que, evidentemente, vicia a vontade do trabalhador para a realização de atos dispositivos como a renúncia, seja no momento da celebração do contrato, na sua constância ou após o seu término.

Em verdade, o que se tem, na relação existente entre patrão e trabalhador, é muito mais do que um simples contrato privado, como querem os contratualistas<sup>112</sup>, ou uma relação jurídica em que ambos buscam um objetivo comum. Há, isto sim, uma verdadeira relação de poder, ou, conforme Reginaldo MELHADO<sup>113</sup>, de poder e sujeição.

MELHADO afirma que “o exercício do poder de mando pelo capitalista, nas relações com seus empregados”<sup>114</sup> não deve ser tido como algo inelutável, incontestável. Isto porque “o trabalho coletivo requer, inelutavelmente, coordenação técnica, mas o poder nas relações entre capital e trabalho, tal como o conhecemos em sua forma atual, é originário da separação entre o trabalho intelectual e trabalho manual e é produto do capitalismo. Advém de fatores diversos, alguns intrínsecos à própria relação individual de trabalho e outros que podemos denominar

---

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>112</sup> Cf. MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**: Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: Ltr, 2003. p. 30-33

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 13

“heteronômicos”.<sup>115</sup>.

Aldacy Rachid COUTINHO afirma que “o campo do poder é um espaço relacional e, assim, de um lugar de conflito e de resistência que se busca mascarar sob o argumento de uma colaboração, estando determinado em face de sua posição e estratégia”.<sup>116</sup>

Assim, tendo confirmado não ser o poder exercido pelo patrão em relação ao trabalhador algo inerente às relações de produção capitalistas, MELHADO aponta para a necessidade da busca de fundamentos para o exercício deste poder, de “explicação, dos porquês, dos motivos pelos quais a dialética social engendrou estas e não outras formas de organização da produção e, para nós em particular, estas e não outras formas de realização e exteriorização de relações de poder e sujeição no plano da produção social”<sup>117</sup>.

Max WEBER teorizou acerca das relações de dominação e poder, buscando tal fundamentação. Tratou, inclusive, da relação que liga o patrão e seu trabalhador assalariado e da legitimidade do exercício deste poder.

WEBER define como dominação “a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas”, de modo que não se resume ao poder, mas pressupõe um “certo mínimo de vontade de obedecer”. E esta vontade pode se dar pelos mais diversos motivos, afetivos, de costume, racionais, etc. Mas nenhum destes motivos é suficiente para sustentar a dominação, pois esta se sustenta pela crença na legitimidade do dominador.<sup>118</sup>

Dominação é, pois, na teoria weberiana, “uma relação de autoridade marcada por um elemento subjetivo específico: a aceitação, a predisposição de sujeição ao mandamento, a conduta ativa de obediência. Entre o sujeito que manda e o sujeito que se subordina ao mandado há uma relação volitiva. A ausência absoluta dessa relação – o vazio de vontade – só esta presente, para *Weber*, no escravismo.”<sup>119</sup>

WEBER descreve três tipos de dominação: racional (ou legal); tradicional (baseada na tradição de que sempre foi assim); e carismático (baseado no “poder

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>116</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: Ltr, 1999. p. 14.

<sup>117</sup> MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 116.

<sup>118</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. v. 1. p. 139.

<sup>119</sup> MELHADO, Reginaldo. Op. cit., p. 135.



heroico ou do caráter exemplar” do dominador)<sup>120</sup>.

Embora se tratem de tipos ideias, que não são encontrados puros na realidade, o que prevalece nas relações de trabalho assalariado típicas do sistema de produção capitalista é a dominação racional ou legal, que se baseia no direito, enquanto “cosmos de *regras abstratas*”, de modo que o “superior”, enquanto ordena e, com isso, manda, obedece por sua parte à ordem impessoal pela qual orienta suas disposições” e, de outro lado, “quem obedece só o faz como *membro* da associação e só obedece “ao direito””.<sup>121</sup> Ou seja: não obedece à pessoa do superior, mas às ordens impessoais dadas por ele e somente dentro de sua competência.

É marcada pelo “princípio da *hierarquia oficial*, isto é, de organização de instâncias fixas de controle e supervisão para cada autoridade institucional”<sup>122</sup>, sendo que as autoridades procedem segundo determinadas regras, em cuja aplicação, “para atingir racionalidade plena, é necessária (...) uma *qualificação profissional*.”<sup>123</sup>

WEBER também destaca uma separação entre o cargo e a pessoa que o exerce, afirmando que “em caso de racionalidade plena, não há qualquer apropriação do cargo pelo detentor. Quando está constituído um “direito” ao “cargo” (como, por exemplo, no caso dos juízes e (...) dos funcionários públicos (...)), ele não serve normalmente para o fim de uma apropriação pelo funcionário, mas sim para garantir seu trabalho de caráter puramente objetivo (“independente”)<sup>124</sup>.

E WEBER reconhece a existência deste modo de dominação dos trabalhadores não só no âmbito da iniciativa privada, mas também na Administração Pública, do Estado, que conceitua como “uma relação de *dominação* de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima”<sup>125</sup>. E acrescenta:

(...) é errôneo supor que o trabalho intelectual na administração de uma empresa se distinga, de alguma maneira, daquele na administração pública. Os dois são, em sua essência fundamental, completamente iguais. O Estado moderno, do ponto de vista sociológico, é uma “empresa”, do mesmo modo que uma fábrica: precisamente esta é sua qualidade historicamente específica. E em ambos a relação de dominação dentro da empresa está também condicionada pelos mesmos fatores. (...) a dependência hierárquica do trabalhador, do empregado de escritório, do funcionário técnico, do assistente de um

---

<sup>120</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**. p. 141

<sup>121</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 526..

instituto universitário e também a do funcionário e soldado estatal baseia-se uniformemente no fato de que aqueles instrumentos, reservas e recursos monetários, indispensáveis à empresa e à existência econômica, encontram-se concentrados no poder de disposição, nos primeiros casos, do empresário, e nos últimos casos, do senhor político. Este fundamento econômico decisivo (...) é comum à moderna organização estatal, na área política, cultural e militar, e à economia capitalista privada. Em ambos os casos, a disposição sobre esses meios está nas mãos do poder ao qual obedece diretamente o *aparato* da burocracia (...) ou à cuja disposição este se coloca ao ser chamado.<sup>126</sup>

Assim, o que configura a dominação não é uma subordinação imposta pela CLT, pois, neste caso, não se apresentaria também nas relações entre os servidores públicos e a administração pública, como defende WEBER.

Murilo Carvalho Sampaio OLIVEIRA, por sua vez, propõe um retorno à dependência econômica, em substituição à subordinação jurídica e a heterodireção, como elemento caracterizador do trabalho assalariado, mas sustenta ser “demasiadamente vaga” a noção de dependência econômica como “a situação do trabalhador que tem na remuneração recebida a condição de sobrevivência”<sup>127</sup>, já que “este viver do salário representa apenas a epiderme do fenômeno, haja vista que todos os que prestam serviços, inclusive os autônomos, vivem da contraprestação pecuniária recebida”<sup>128</sup>.

COUTINHO sustenta que “quem detém e exerce o poder está respaldado em algum instrumento para que tal situação seja aceita”<sup>129</sup>, que são as fontes do poder, entre as quais se inclui a propriedade. OLIVEIRA propõe, então, refazer-se a delimitação jurídica do conceito, afirmando “reconhecer que o poder – e sua consequência potencial de subordinar os trabalhadores – de uma empresa capitalista decorre da sua propriedade”, mas que “a ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e neutralizadora desta relação entre proprietário e não-proprietário”<sup>130</sup>, concluindo, ainda, que, na verdade, “assume importância vital para a noção de assalariamento a apropriação do trabalho alheio e não necessariamente a heterodireção dos serviços do trabalhador”<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Ibidem, p. 530.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica**. p. 180.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>129</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. p. 24.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica**. p. 192.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 194.

Em suma, OLIVEIRA propõe como critério caracterizador da dependência econômica e, conseqüentemente, da situação de assalariado, a existência ou não de “apropriação do proveito econômico do trabalho”<sup>132</sup>, em virtude de uma das partes não ser possuidora de propriedade suficiente para produzir uma mercadoria que possa ser comercializada, sendo obrigada a vender sua força de trabalho.

Por isto, OLIVEIRA afirma que “o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “depende”.(...) O empregado é dependente porque sua força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado.”<sup>133</sup> De modo que o autor conclui que “o mais importante para definir a apropriação do trabalho é verificar qual a posição social do trabalhador na relação, ou seja, se vende a força de trabalho ou se vende um produto ou serviço.”<sup>134</sup>

Assim, não se poderia afirmar, com tanta certeza como o faz WEBER, que o fundamento da dominação no sistema de produção capitalista seja ligado à qualificação profissional daquele que executa a autoridade, mas, sim, à propriedade dos meios de produção, é dizer, do capital, como explica MELHADO:

O fundamento contratual da sujeição do operário como traço marcante do modo de produção capitalista resta perfeitamente demonstrado na comparação deste sistema com as relações de trabalho no interior das corporações da Idade Média. (...) Nas corporações mediélicas. (...) O mestre é possuidor da oficina artesanal e de alguns fatores objetivos da produção. (...) Não obstante, ele ocupa posição de comando hierárquico não em razão dessa propriedade e sim por ser também ele um artesão, e, sobretudo o artesão mais antigo. Seus conhecimentos do ofício outorgam-lhe o *status* necessário à direção dos trabalhos. (...) (204).A disciplina corporativa não é a mesma, não são iguais os elementos estruturais da produção artesanal e ademais os fundamentos da relação de poder e subordinação igualmente se distinguem visivelmente. No corporativismo medieval o mestre é “capitalista” por ser mestre; no capitalismo, é mestre por ser “capitalista”. (...) <sup>135</sup>

Portanto, o que fundamenta o exercício do poder pelo capitalista é sua propriedade dos meios de produção, e não alguma legitimidade ou propensão a obedecer, como dizia WEBER. Independentemente do grau de legitimidade de que goza o patrão, o poder não deixará de ser exercido, mesmo após o término da relação de trabalho, como pode ocorrer no caso dos atos de disposição individual no

---

<sup>132</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>135</sup> MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 205.

âmbito de execução coletiva.

De acordo com GALBRAITH, há três modos de exercício do poder: o poder condigno, o poder compensatório e o poder condicionado.

Os dois primeiros, o poder condigno e o poder compensatório, são marcados pela objetividade, visibilidade, isto é “aqueles que aceitam a vontade de outros estão conscientes de fazê-lo; agem em consequência de um cálculo razoavelmente deliberado de que esse é o melhor procedimento”<sup>136</sup>.

No caso do poder condigno, o dominado obedece com medo de uma punição, de uma retribuição negativa, como ocorria no trabalho escravo. Já o poder compensatório é exercido por esperança de uma recompensa positiva, que está mais presente nas relações de trabalho assalariado, de “trabalho livre”, em que em virtude desta característica de liberdade que o distingue da servidão e da escravidão, o nexu jurídico que se forma (...) é (...) distinto, não permitindo a *sujeição pessoal* do trabalhador perante o tomador de seus serviços”<sup>137</sup>, mas apenas a subordinação.

E, ademais, Mauricio Godinho DELGADO explica que, no modelo de produção contemporâneo, a coerção deixa de ser seu “elemento constitutivo”<sup>138</sup>, e passa, então a ser a principal forma de exercício do poder um tanto mais sutil, ou seja, por meio daquilo que GALBRAITH chama de poder condicionado, que, ao contrário das outras duas formas, é subjetivo, invisível ou pouco visível, e que é “a submissão que advém porque o indivíduo acredita ou foi persuadido de que esse é, de algum modo, o melhor caminho para ele. É uma submissão proveniente da convicção, da crença.”<sup>139</sup>, acrescentando que “essa submissão reflete uma forma de comportamento adequada, prestigiosa ou decente”, de modo que, em geral, “os adultos trabalham em parte porque é o que se deve fazer.”<sup>140</sup>

É o fenômeno que Wilson RAMOS FILHO denomina de “sequestro da subjetividade”, isto é, a utilização de práticas “visando à adesão dos trabalhadores ao modo de vida e de produção capitalistas”<sup>141</sup>, presente principalmente naqueles

---

<sup>136</sup> GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad. Hilário Troloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986. p. 15.

<sup>137</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 1996. p. 104.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>139</sup> GALBRAITH, John Kenneth. Op. cit., p. 24

<sup>140</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>141</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. cit., p. 274

períodos em que o capitalismo precisava se legitimar frente ao modelo alternativo, ao socialismo, qual seja: o chamado segundo espírito do capitalismo. Mas que também se apresenta no dito capitalismo descomplexado, no pós-taylorismo, em que, embora o capitalismo não precise convencer os trabalhadores a não aceitarem o caminho alternativo, vez que não há outro, “busca a eficiência por intermédio de novas técnicas de indução da sujeição de todos à maneira de existir preconizada pelo terceiro espírito do capitalismo”<sup>142</sup>.

RAMOS FILHO explica, ainda, que, “sofisticando a técnica de sequestro da subjetividade dos trabalhadores, todos os empregados, subordinados a qualquer das empresas que de modo reticular atuam no mesmo processo produtivo passam a ser convencidos de que teriam a obrigação *moral* de atender às "expectativas da empresa", (...) e às expectativas "dos clientes", dos bens ou serviços produzidos.”<sup>143</sup>

No mesmo sentido, Giovanni ALVES fala de uma “captura da subjetividade”, “para caracterizar o nexos essencial que garante o modo de organização toyotista do trabalho capitalista”<sup>144</sup>, de um novo “panoptismo”, em que “a figura do “inspetor” não está lá fora, mas sim “introjetada” nos operários e empregados. (...) O operário ou empregado torna-se “patrão de si mesmo” e dos outros”.<sup>145</sup>

E COUTINHO explica como a ideia de empresa como uma organização se presta, também, a colaborar com este fenômeno, afirmando que “há uma ligação indissociável entre a organização e o poder que leva quase sempre à crença de que o exercício do poder é imprescindível em uma estrutura organizativa”<sup>146</sup>, pois “as organizações ao mesmo tempo que determinam uma concentração de poder, dissimulada pela figura da empresa, determinam a sua difusão, pela despersonalização”<sup>147</sup>.

Isto contribui para obter do empregado uma obediência que extrapola os limites do local de trabalho e da função exercida, “impregnando a vida social com sua lógica paradoxal”<sup>148</sup>, “ultrapassa(ndo) os limites físicos da empresa e, ainda, o seu horário de trabalho, para apropriar-se da vida, dos pensamentos, do ar

---

<sup>142</sup> Ibidem, p. 297.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 300.

<sup>144</sup> ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade**: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 113.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>146</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. p. 25.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>148</sup> ALVES, Giovanni. Op. cit. p. 95.

respirado: tudo em nome da empresa”<sup>149</sup>. Assim, “a obediência do empregado diz respeito a um comportamento compatível com o bom andamento da empresa, que vai além do cumprimento da obrigação principal, de colocar a sua força de trabalho à disposição do empregador, imiscuindo-se numa genérica e ampla *conduta omissiva*, consubstanciada em não praticar quaisquer atos faltosos que afetem os interesses da empresa, respeitando a autoridade”<sup>150</sup>. Significa dizer que “cumprir o contrato de trabalho significa obedecer ao empregador e adequar-se aos interesses da empresa”<sup>151</sup>. O resultado disso é um “controle de consciência” que alcança, inclusive, os hábitos de consumo do sujeito, fora da empresa<sup>152</sup>.

Portanto, a relação que existe entre, de um lado, o poder do empregador de “dirigir” sua atividade econômica e, de outro, o dever do empregado em obedecê-lo, “exterioriza, a bem da verdade, uma submissão absoluta do trabalho ao capital, como garantia do atingimento da finalidade econômica produtiva”<sup>153</sup>, uma “integração “orgânica”, (...) “subordinação formal-intelectual (ou espiritual) do trabalho ao capital””<sup>154</sup>.

E tamanha submissão do trabalhador ao capitalista evidentemente não diz respeito apenas ao necessário para a realização coordenada da atividade produtiva, mas estabelece uma relação de poder, que envolve, inclusive, a tomada de decisões por parte do trabalhador fora do ambiente de trabalho e, até mesmo, após o término do contrato de trabalho, como no caso de um ato de disposição de um crédito trabalhista reconhecido e executado por meio de ação judicial coletiva, disposição que se dá, muito mais que por razões econômicas, por razões outras, decorrentes da própria relação de poder em que inserida, a relação capital-trabalho, independentemente de quem seja o empregador que concretamente ocupe a posição oposta na relação.

Esta explanação acerca da forma como o empregador exerce o poder sobre seus empregados, nos leva a concluir, com Nicos POULANTZAS, que “el concepto de poder *tiene como lugar de constitución el campo de las prácticas de clase*. (...)”

---

<sup>149</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. p. 70.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 28

<sup>151</sup> Ibidem, p. 28

<sup>152</sup> ALVES, Giovanni. Op. cit., p. 119.

<sup>153</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. p. 30.

<sup>154</sup> ALVES, Giovanni. Op. cit., p. 112.

*Las relaciones de las clases son relaciones de poder*<sup>155</sup>, concludindo que o poder poderia ser conceituado como “*la capacidad de una clase social para realizar sus intereses objetivos específicos.*”<sup>156</sup>

Assim, a relação de poder não deixará de existir enquanto permanecer a divisão da sociedade em classes como atualmente ocorre. Ainda que a intensidade ou as dificuldades enfrentadas para o exercício do poder no âmbito das relações trabalhistas possam ser afetadas por aquilo que MELHADO chamou de fatores secundários ou exógenos, “cujos efeitos sobre os trabalhadores, considerados em termos coletivos, agravam a situação de desigualdade política perante o capital no interior do mercado laboral”<sup>157</sup>, o que pode afetar esta capacidade de cada uma das classes em alcançar seus objetivos.

Esta divisão de classes não é apenas econômica, ao contrário, como explica Jessé SOUZA, a diferença entre as classes sociais é muito mais ligada a uma série de condições pré-existentes que levam a isto, rechaçando o que chamou de economicismo.<sup>158</sup>

POULANTZAS também busca afastar as teorias que utilizam como critério para determinação das classes sociais apenas o critério econômico, mais especificamente o da propriedade dos meios de produção; e conclui que, se assim o fosse, “se entendería por ello que las relaciones de producción son el fundamento exclusivo de las clases sociales, y que los outros niveles de la lucha de clases, por ejemplo el poder político o el poder ideológico, no son más que e simple fenómeno de lo economico.”<sup>159</sup>

Jessé SOUZA afirma que, muito mais do que a renda ou o lugar na produção, as classes sociais são determinadas “por uma visão de mundo “prática” que se mostra em todos os comportamentos e atitudes como esclarecida”<sup>160</sup>.

Assim, o autor sustenta que as classes média e alta são positivamente privilegiadas, tendo uma herança imaterial que se transfere entre as gerações e que

---

<sup>155</sup> POULANTZAS, Nicos. **Poder político y clases sociales en el estado capitalista**. Trad. Florentino M. Torner. 3. ed. Mexico.: Siglo veintiuno, 1971. p. 117. (grifos no original)

<sup>156</sup> Ibidem, p. 124. (grifos no original)

<sup>157</sup> MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 217.

<sup>158</sup> SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 19-21.

<sup>159</sup> POULANTZAS, Nicos. Op. cit. p. 119.

<sup>160</sup> SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?** 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p.45.

caracterizam seu modo de vida.<sup>161</sup> Paralelamente, explica o autor que existe a classe dos negativamente privilegiados, “uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o *aspecto fundamental*, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação”<sup>162</sup>, classe que é denominada de ralé pelo citado autor. E acrescenta, ainda, que “as classes dominantes – classes média e alta – se definem, antes de tudo, pelo acesso aos dois capitais impessoais que asseguram, por sua vez, todo tipo de acesso privilegiado a literalmente todos os bens (materiais ou ideais) ou recursos escassos em uma sociedade de tipo capitalista moderna”<sup>163</sup>.

E, conseqüentemente, o que caracteriza a classe trabalhadora não é outra coisa senão, de acordo com SOUZA, “a sua “inclusão subordinada” no processo de acumulação do capitalismo em todas as suas fases históricas”<sup>164</sup>.

A despeito destas pré-condições das chamadas classes de indivíduos positivamente privilegiados, a causa da condição de sujeição do trabalhador ao capitalista não é outra que sua posição na cadeia produtiva, que não necessariamente tem relação com a renda ou as riquezas. Tanto o é que determinado indivíduo que pertença a estas classes ditas dominantes, não só por razões financeiras, assim como por estas pré-condições expostas por SOUZA, e que venha a atuar como empregado, por exemplo, ainda que detentor de um “alto emprego”, estará numa posição mais que de subordinação jurídica, de verdadeira sujeição ao seu empregador. Isto porque a subordinação jurídica e as demais modalidades citadas são, nas palavras de OLIVEIRA, apenas a epiderme, a superfície da condição de assalariado.

Já a dependência econômica é decorrência da própria natureza do contrato de trabalho no capitalismo, que se configura como um contrato de compra e venda da força de trabalho. O fruto deste trabalho será apropriado pelo capitalista, e não pelo trabalhador. Isto confirma a divisão da sociedade, feita pelo capitalismo, entre os capitalistas, detentores de propriedade, e os assalariados, que, não tendo outra coisa além de sua força de trabalho, são obrigados a vendê-la para garantir sua subsistência.

---

<sup>161</sup> SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. p. 19-21.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>163</sup> SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros**. p 48.

<sup>164</sup> Ibidem, p 52



Portanto, a dependência econômica é apenas uma das faces do fenômeno do poder, que é multifacetário. É somente uma de suas consequências, mas, nem de longe, sua causa. Isto porque, o poder que é exercido no âmbito das relações de trabalho, fundado na luta de classes, muito mais do que na propriedade unicamente, se exerce “não mais pela violência, pelo castigo ou punição, mas pelo condicionamento”<sup>165</sup>, pelo sequestro da subjetividade de cada trabalhador, de modo que a obediência e sujeição se dá, muitas vezes, inconscientemente. Mesmo quando consciente, o poder é exercido no silêncio, sem que qualquer ordem seja expressamente emitida, com a obediência dentro e fora do ambiente de trabalho, pela simples existência da relação de poder, o qual condiciona as ações dos integrantes da classe dominada, como dito, dentro e fora da empresa, antes, durante e depois da constância do contrato de trabalho. Portanto, o poder não é sinônimo da obediência, mas verdadeiramente sua causa.

Assim, como exposto, as conceituações e teorias que ignoram esta realidade, em especial a característica de luta de classes existente entre trabalho e capital, que fundamenta a relação de poder aqui em análise, são positivistas justamente por excluir estes elementos verdadeiros, embora “extrajurídicos”, e, ademais, por tentarem reduzir o rol dos trabalhadores que são incluídos no âmbito de proteção pelo Direito do Trabalho, servem para “encobrir uma realidade de dominação e opressão injustas”<sup>166</sup>.

A relação de poder que se estabelece entre patrão e empregado é uma relação baseada na luta de classes. Assim, longe de ser apenas uma relação de subordinação jurídica ou de dependência econômica, é uma relação estruturalmente desigual, por isso, com um déficit de vontade por parte do trabalhador. Este, portanto, é compelido a trabalhar pela fome, e, durante e após a constância da relação de trabalho, é também obrigado a praticar determinados atos sem que necessariamente o faça de forma livre.

É o que acontece, por exemplo, nos programas de demissão voluntária, em que, de acordo com ALVES, não há tanta voluntariedade, mas, sim, um processo de reestruturação produtiva, “renovação” da força de trabalho, no qual “o sentido ideológico do “voluntariado” que, em última instância, procura “culpabilizar” as

---

<sup>165</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. p. 83.

<sup>166</sup> SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros**. p 21-22.

vítimas”.<sup>167</sup>

Contudo, não se trata de um sequestro ou captura total e pacífica da subjetividade do trabalhador, de algo como que a substituição da inteligência do trabalhador por uma “máquina de obedecer”, como na ficção de “Stepford Wives”<sup>168</sup> É o que explica, com clareza, Giovanni ALVES:

É importante destacar que, ao dizermos “captura” da subjetividade, colocamos “captura” entre aspas para salientar o caráter problemático da operação de captura, ou seja, a captura *não* ocorre, *de fato*, como o termo poderia supor. Estamos lidando com uma operação de produção de consentimento ou unidade orgânica entre pensamento e ação que *não* se desenvolve de modo perene, sem resistências e lutas cotidianas. Enfim, o processo de “captura” da subjetividade do trabalho vivo é um processo intrinsecamente contraditório e densamente complexo, que articula mecanismos de coerção/consentimento e de manipulação não apenas no local de trabalho, por meio da administração pelo *olhar*, mas nas instâncias socio-reprodutivas, com a pleora de valores-fetice e emulação pelo medo que mobiliza as instâncias da pré-consciência/inconsciência do psiquismo humano.<sup>169</sup>

Portanto, para além de ser um processo complexo, a captura ou o sequestro da subjetividade do trabalhador nunca é completa. Ainda resta-lhe, em maior ou menor medida, consciência e vontade. Se assim não fosse, não teríamos qualquer razão para discutir sobre a validade dos atos de disposição por parte do trabalhador, pois esta, sempre, pressupõe uma manifestação de vontade, que, na hipótese exposta, não existiria, nem mesmo em pequena escala.

Contudo, o papel exercido pela vontade individual do trabalhador, nas relações de trabalho, é ínfimo, de modo que permanecer analisando esta realidade sob o viés da liberdade individual ou da autonomia da vontade acaba por ser uma perspectiva denegatória de direitos fundamentais, “uma pedra, que no caminho foi atirada pelos juslaboralistas que ainda pensam pequeno”<sup>170</sup>. Por isso, o restante deste capítulo se concentrará em “tirar esta pedra do caminho”, antes que adentremos na análise da disponibilidade individual especificamente no âmbito do processo coletivo.

---

<sup>167</sup> ALVES, Giovanni. Op. cit., p. 108.

<sup>168</sup> Romance de Ira Levin, de 1972, que foi transformado em filme em 1975 e teve nova versão filmada em 2004. Trata de um vilarejo em que maridos vão morar com suas esposas bem-sucedidas profissionalmente, e as transformam em mulheres submissas e dedicadas ao lar, verdadeiras “máquinas de obedecer”. (The Stepford Wives. In: **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=The\\_Stepford\\_Wives&oldid=34835617](http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=The_Stepford_Wives&oldid=34835617)>. Acesso em: 19 ago. 2014.)

<sup>169</sup> ALVES, Giovanni. Op. cit. p. 114.

<sup>170</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais do trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 161.

#### 1.4. A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE E A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS E NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O art. 1º da Constituição Federal estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que, evidentemente, atinge os contratos de trabalho e os atos de manifestação de vontade que ocorram por força de tal relação.

Leonardo Vieira WANDELLI explica que “a noção de *dignidade* (...) implica a afirmação de uma anterioridade em relação a qualquer medida de comparação valorativa (...), remete a uma condição de anterioridade absoluta em relação a um sistema de valores, aquilo que se indica como primeiro, que de nada decorre, mas do qual algo pode decorrer”<sup>171</sup>. Diante disso, esclarece o autor que “dignidade humana significa, então, esse não ser a pessoa humana redutível a uma mediação inerente a qualquer sistema de valor”<sup>172</sup>, ou seja, ser a pessoa humana um fim em si mesmo e não poder, jamais, ser vista como um meio para qualquer finalidade.

Assim é que, no caso das relações de trabalho, ainda que exista uma desigualdade estrutural entre as partes, não se pode negar a natureza humana do trabalhador. Não se pode tê-lo como mero fator de produção. Não se pode esquecer que a separação do trabalhador do fruto do seu trabalho é uma ficção funcional ao capitalismo. Ao contrário, devem ser privilegiados a dignidade humana da pessoa do trabalhador, nos termos expostos, e, conseqüentemente, seus direitos fundamentais.

E negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em especial na relação entre trabalhador e capitalista, é, na verdade, uma contradição, pois, se não se aplicasse nenhum outro direito fundamental, o contrato de trabalho seria pautado unicamente pelo princípio da autonomia privada, que, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, nada mais é que uma manifestação do direito fundamental à liberdade, podendo, até mesmo, ser classificada como aquilo que Robert ALEXY denomina de normas de direitos fundamentais

---

<sup>171</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. Valor social do trabalho e dignidade na Constituição. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto (Coord. Assist.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 249.

<sup>172</sup> Idem,

atribuídas<sup>173</sup>.

O direito fundamental à liberdade, e sua decorrente autonomia da vontade, podem servir de argumento tanto para, de um lado, permitir a renúncia a quaisquer bens e direitos por qualquer sujeito, inclusive o trabalhador, por se dever respeitar as decisões tomadas neste âmbito, quanto para, de outro lado, vedar totalmente esta possibilidade sob o argumento, já ventilado acima, de que não poderia haver verdadeira manifestação de vontade da parte dominada da relação, o trabalhador.

Para uma resposta mais adequada, veja-se de que forma foi e é entendida esta específica manifestação do direito à liberdade. A noção de autonomia da vontade, ou autonomia privada, assim como a do próprio direito à liberdade, sofreu modificações ao longo dos últimos séculos.

De extrema importância, neste ponto, verificar a forma como se tratou da liberdade e do contrato no ideário denominado de liberalismo burguês, representado, historicamente, pelo fim do absolutismo monárquico, com a chegada da burguesia ao poder, em especial na França. O novo modelo de Estado implantado após a revolução francesa pretende defender os direitos do ideário burguês de qualquer influência estatal.

Rosalice Fidalgo PINHEIRO, neste sentido, explica que “voltando-se contra o absolutismo estatal, (...) a burguesia vale-se do juracionalismo e da ilustração para delimitar um espaço de liberdade a todo indivíduo, com vistas a protegê-lo do despotismo do Estado.”<sup>174</sup>. Isto porque, como esclarece Thiago Luís Santos SOMBRA, “a liberdade denota, neste momento histórico, um dever de não ingerência por parte do Estado, ou seja, uma inequívoca obrigação de respeito à autonomia privada.”<sup>175</sup>

De acordo com Daniel SARMENTO, a concepção filosófica que prevaleceu foi a da “liberdade dos modernos” de Locke, “preocupando-se sobretudo com a proteção dos direitos individuais em face do Estado.”<sup>176</sup> Acrescenta o mesmo autor que “por muito tempo, (...) o essencial era salvaguardar as liberdades privadas do

---

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 69.

<sup>174</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 27.

<sup>175</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5-6.

<sup>176</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-8.

indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo.”<sup>177</sup>

Assim, neste período, tem-se pouca ou nenhuma intervenção na liberdade de contratar, entendendo-se que “toda disposição contratual (...) era, por natureza, justa e oriunda da livre manifestação dos próprios contratantes, independentemente da desigualdade fática e do poderio econômico existentes em cada caso concreto”<sup>178</sup>, sendo que qualquer interferência estatal neste sentido era tida como violação ao direito de liberdade.

Sendo este sistema “fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas”<sup>179</sup>, de tal modo que, como explica Enzo ROPPO, embora se reconhecessem como legítimas algumas limitações nos casos envolvendo “sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios”<sup>180</sup>, como os menores e os deficientes mentais, o mesmo não ocorria quando a “inferioridade e debilidade contratuais derivavam de causas não já biológicas, mas económico-sociais”<sup>181</sup>, como nas relações entre empresários e trabalhadores, de maneira que as leis que tentavam minimizar esta desigualdade material “até cerca de 1910 (...) foram repetidamente declaradas inconstitucionais”<sup>182</sup>.

Contudo, este argumento da igualdade jurídica entre os contratantes e liberdade contratual como suficientes para tornar obrigatórias as disposições pactuadas, como explica Enzo ROPPO, fazia parte da ideologia burguesa, que, como tal, tinha “uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses”<sup>183</sup>, explicando o resultado disso no que diz respeito a esta ideologia aplicada ao contrato de trabalho:

(...) desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>178</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. Op. cit. p. 11-12

<sup>179</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>181</sup> Idem.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 29.

desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.<sup>184</sup>

Na realidade dos fatos, portanto, o que se demonstra é que a igualdade entre os sujeitos da relação jurídica de direito privado, fundamento da liberdade contratual, muitas vezes, é apenas formal, e, de acordo com Enzo ROPPO, escondia “contratos substancialmente injustos”<sup>185</sup>.

E a verdade é que, como bem pondera José Carlos Vieira de ANDRADE, “a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos (...) e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas”<sup>186</sup>.

Deste modo, esta concepção liberal-burguesa de liberdade, como afirma SARMENTO, “se tornou definitivamente insustentável com o advento da sociedade de massas, onde despontam, com força cada vez maior, os poderes sociais, que podem oprimir tanto ou até mais que os Estados”<sup>187</sup>.

Como bem sublinhou SARLET, observa-se na sociedade que o poder é exercido até muito mais por alguns setores privados do que pelo próprio poder público, sendo que, “é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”<sup>188</sup>. Diante deste fenómeno, impõe-se o reconhecimento da necessidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É neste contexto que surge o Estado Social de direito, reconhecendo que a sociedade (ou o mercado) não é capaz de se autorregular, senão criando terríveis desigualdades. E é no Estado Social de Direito, segundo BILBAO UBILLOS, que “se abre passo um nuevo entendimiento de las relaciones Estado-sociedad, que acaba desenmascarando la ficción que vinculaba el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del principio de igualdad jurídica”<sup>189</sup>.

Contudo, SOMBRA destaca que “a derrocada do Estado Liberal não

---

<sup>184</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>186</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 243.

<sup>187</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 47.

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 401.

<sup>189</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 264.

correspondeu à minimização da liberdade, enquanto cerne do pensamento liberal, contudo, proporcionou-lhe uma nova leitura, a qual demonstra ser mais condizente e harmoniosa com o princípio da igualdade”<sup>190</sup>.

A autonomia privada, então, neste novo contexto, deixou de ser absoluta para se tornar um chamado princípio formal, que, neste papel, “interage com os princípios materiais (princípios fundamentais), ambos com as características de princípios, ou seja, como mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível consoante às condições fáticas de cada caso concreto”<sup>191</sup>, de modo que, neste novo contexto, a autonomia privada cede e é restringida diante do conflito com outros princípios. Em especial na teoria alexyana, que reconhece o sopesamento entre princípios formais e princípios substanciais<sup>192</sup>. E isto, no campo que aqui tratamos, por conta da própria concepção de liberdade de ALEXY:

A concepção do direito geral de liberdade que aqui se definiu pode ser considerada como uma *concepção formal-material*. Ela é formal na medida em que pressupõe a liberdade negativa e a encara como um valor em si mesmo. E ela, é material na medida em que determina, nos casos de colisão, o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, levando-se em conta também outros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material.<sup>193</sup>

Ou seja: ALEXY reconhece a existência de colisão entre o princípio formal da autonomia privada, ou, como ele o denomina, a concepção formal de liberdade, e princípios materiais, ou a concepção material de liberdade. Por isso, Daniel SARMENTO defende que:

Para que a autonomia privada no campo das relações econômicas não se converta numa mera liberdade de fachada, cumpre sempre atentar para a existência ou não, em cada caso, das condições de liberdade que assegurem o seu efetivo exercício, sobretudo quando se tratar de relação jurídica caracterizada pela desigualdade material entre as partes.<sup>194</sup>

Este risco de tornar-se uma liberdade de fachada é muito bem percebido, por exemplo, por Thomas DIETERICH ao apontar que a utilização ou interpretação que se faz dos dispositivos legais ou constitucionais que tratam da autonomia privada pode servir de fundamento para um discurso liberal acerca da liberdade contratual, de modo que “os direitos fundamentais precisam ser protegidos deste tipo

---

190 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Op. cit., p. 20

191 MENDONÇA, Ana Paula Nunes. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 94.

192 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 295.

193 Ibidem, p. 359.

194 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 158

de usurpação”<sup>195</sup>, que, normalmente, apenas buscam uma desregulamentação das relações contratuais.

O mesmo autor destaca que, embora, nos contratos de direito civil, haja duas partes igualmente titulares de direitos fundamentais, na prática, nunca existe uma verdadeira igualdade entre as partes no contrato. Isto porque, os contratantes sempre estão em diferentes situações sociais, econômicas e emocionais, todavia, não é qualquer desigualdade que permite uma intervenção. Em razão disso, propõe-se a utilização do critério desenvolvido pelo Superior Tribunal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*) de “desigualdade estrutural” (*Struktureller Ungelegenheit*).<sup>196</sup> Diante desta disparidade estrutural entre as partes contratantes, caberia ao legislador, segundo o autor, a criação de instrumentos de compensação desta desigualdade.<sup>197</sup>

É neste sentido que se tem observado que, “na legislação especial destes últimos tempos, recorre-se cada vez mais a formas de condicionamento e de controle da autonomia privada”<sup>198</sup>, o que é resultado de um sopesamento ou valoração feito pelo legislador diante de alguns casos específicos.

E, especificamente quanto aos contratos de trabalho “hoje é absolutamente reconhecido que os direitos fundamentais influenciam o direito do trabalho”<sup>199</sup>.

Assim, neste caso, reconhecer a desigualdade material entre os contratantes é reconhecer, também, a debilidade do trabalhador e a pouca expressão da vontade individual na celebração e execução do contrato de trabalho. Isto porque, sua manifestação “limita-se aos estreitos espaços estruturalmente estabelecidos pelas relações sociais”<sup>200</sup>, já que a liberdade e a conseqüente manifestação de vontade, neste âmbito, estão ligadas à propriedade do sujeito:

---

<sup>195</sup> DIETERICH, Thomas. Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht. **Recht der Arbeit**. München, v. 48, n. 3, p. 129-136, mai/jun 1995. p. 129. Tradução livre de: “Die Grundrechte sollen vor solchen Eingriffen schützen (...)”.

<sup>196</sup> DIETERICH, Thomas. **Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht**. Köln: Bund-Verlag, 1995. p. 21.

<sup>197</sup> DIETERICH, Thomas. Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht. **Recht der Arbeit**. München, v. 48, n. 3, p. 129-136, mai/jun 1995. p. 131.

<sup>198</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 281-282.

<sup>199</sup> FABISCH, Dieter. **Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht**. Die Auswirkungen der von Hans Carl Nipperdey begründeten Lehre auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010. p. 77.

<sup>200</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica**. p. 212.



Toda a questão do capitalismo é que a propriedade constitui a real condição econômica para a atuação livre. Sendo o sujeito proprietário poderá escolher seus fornecedores, admitir força de trabalho e circunscrever seu âmbito de atuação empresarial. Não sendo proprietário, caberá ao sujeito, necessariamente, vender sua força de trabalho, numa conduta de reduzida liberdade em razão da ausência de propriedade. É, então, a propriedade que sustenta, em geral, a atuação dos sujeitos no mercado de trabalho, sendo, assim, a própria condição de liberdade plena.<sup>201</sup>

Maurício Godinho DELGADO vai ainda mais além, ao explicar a disparidade que existe entre empregado e empregador. O autor afirma que enquanto, de um lado, tem-se o empregado como “pessoa física específica e isolada”, portanto como um ente individual, de outro, tem-se o empregador, empresário, “*ser coletivo típico*”, em razão da amplitude de efeitos que tem as suas ações tanto internamente, em relação a uma coletividade de trabalhadores, como externamente, em relação a uma imensidão de consumidores. Assim, enquanto a relação permanece nestes termos, não se pode falar, jamais, em equivalência na manifestação das vontades, o que só pode, por ventura, ocorrer quando se está diante de uma relação entre dois entes coletivos, ou seja, quando quem está frente ao empresário é o ser coletivo obreiro<sup>202</sup>, o sindicato ou a associação de trabalhadores.

Ademais, Oscar CORREAS afirma que sequer o fato de se tratar de um contrato de compra e venda da força de trabalho muda esta situação de pouco ou nenhum espaço de manifestação da vontade, pois, segundo o autor, a própria “vontade” é um termo fetichista, na sua concepção já exposta acima, pois “os contratos são acordos de vontade somente na aparência”<sup>203</sup>, já que, na realidade, “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas”,<sup>204</sup> “é a categoria jurídica que expressa o intercâmbio (...) Sempre se trata de uma mercadoria que circula definitiva ou temporariamente em troca de dinheiro ou de outra mercadoria”<sup>205</sup>.

Portanto, acreditar, ou afirmar, estar o trabalhador em condições de manifestar adequadamente a sua vontade, em situação de igualdade frente ao patrão, seja antes da celebração do contrato, durante sua execução ou após o seu término, bem como negar-se a perceber a exata medida da luta de classes em que está inserido, implica necessariamente uma “distorção da realidade vivida e violência

---

<sup>201</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>202</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 1996. p. 154-156.

<sup>203</sup> CORREAS, Oscar. O contrato de compra e venda da força de trabalho. p. 187.

<sup>204</sup> ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 11.

<sup>205</sup> CORREAS, Oscar. O contrato de compra e venda da força de trabalho. p. 187.

simbólica, que encobre dominação e opressão injusta”<sup>206</sup>, em virtude da reprodução do discurso que serve aos interesses das classes dominantes e ao ideário liberal-burguês, permitindo a manutenção das atuais condições socioeconômicas, já que “encobrir a existência das classes é encobrir também o núcleo mesmo que permite a reprodução e legitimação de todo tipo de privilégio injusto.”<sup>207</sup>

Mas Oscar CORREAS afirma que “(...) o fetichismo jurídico pode e deve ser combatido. O instrumento adequado é a *crítica* do direito do trabalho e, claro, pela ação política (...). A crítica do direito conduz – deve conduzir – a despir seu caráter fetichista e a combater a ideologia jurídica mistificadora.”<sup>208</sup>

Assim, afastando-se os mitos fetichistas já desconstituídos acima, tem-se, em primeiro lugar, o reconhecimento da necessidade de proteção do trabalhador assalariado pelo Direito, o que se dá, entre outras formas, alargando-se o conceito de assalariamento para além dos limites da subordinação jurídica proposta pela doutrina.

Isto porque, como exposto, a relação de poder entre patrão e trabalhador se dá em virtude de uma luta de classes. Esta não é travada apenas com aquele limitado rol de trabalhadores que se subsume ao conceito legal de empregado, mas, sim, com todos aqueles que, não sendo proprietários dos meios de produção e necessitando ter com o que sobreviver, são coagidos a vender sua força de trabalho. E, muitas vezes, também impelidos a fazê-lo por meio de contratos que levam outros nomes, na tentativa de escapar da regulação específica do contrato de emprego.

E, em segundo lugar, imperioso reconhecer-se, conseqüentemente, a aplicação dos direitos fundamentais a estas relações jurídicas entre formalmente iguais, mas materialmente desiguais, possibilitando, dependendo do caso concreto, a limitação da autonomia privada, enquanto também direito fundamental de liberdade.

Aldacy Rachid COUTINHO sublinha que “a manutenção da visão de contratualidade explicitada pela autonomia da vontade serve para esvaziar a teoria dos direitos fundamentais”<sup>209</sup>, propondo a superação da visão tradicional de contrato

---

<sup>206</sup> SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros**. p 21-22.

<sup>207</sup> Idem,.

<sup>208</sup> CORREAS, Oscar. O contrato de compra e venda da força de trabalho. p. 196

<sup>209</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais do trabalhadores. p. 171.

e autonomia privada, com a mudança de perspectiva do direito do trabalho, de modo a não mais ocultar o sujeito, detentor de direitos fundamentais que é o trabalhador.

A autonomia da vontade diz respeito à chamada liberdade contratual, compreende a "viabilidade de eleição entre contratantes, a oportunidade de se celebrar ou não, o contrato e, sobretudo, a sempre presente definição do conteúdo contratual"<sup>210</sup>. Enquanto dogma da contratualidade moderna, surgida com a Revolução Liberal Francesa, pressupunha um sujeito livre e proprietário, e, por isso, se inclui entre os institutos da modernidade objeto de crítica<sup>211</sup>, apontando NALIN não mais ser "possível ao instituto contratual indicar a autonomia de vontade enquanto dogma nuclear do ordenamento privado"<sup>212</sup>.

Paulo NALIN explica que a autonomia da vontade foi instrumento colocado a serviço da burguesia, que, no contrato, tinha, "à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade, e o contrato definido com instrumento de sua convalidação"<sup>213</sup>.

Não obstante, o autor explica que, com o processo de massificação dos contratos, esta ideologia não mais é suficiente, "a exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico"<sup>214</sup>. Os contratos ditos paritários (em que os contratantes estão em situação de igualdade material) passam a ser a exceção, tornando-se regra os contratos massificados, ditos de adesão, em que a uma das partes cabe apenas aderir às cláusulas pré-fixadas pela outra parte. Para NALIN, "eis o caos do modelo clássico de contrato, emoldurado em um sistema jurídico que não mais reflete a realidade fática, por força da abrupta mudança da maneira de se contratar"<sup>215</sup>.

Diante disso, o autor rechaça a conceituação do contrato como simples

---

<sup>210</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação da perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.170.

<sup>211</sup> Neste sentido, FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: Do sujeito de Direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 83.

<sup>212</sup> NALIN, Paulo. Op. cit., p.170.

<sup>213</sup> Ibidem, p.111.

<sup>214</sup> Idem.

<sup>215</sup> Ibidem, p.113.

acordo de vontades, reputando-a insuficiente. Descreve-o de forma muito mais ampla, ao concebê-lo como uma "relação complexa solidária", "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares objetivos da relação, como também perante terceiros"<sup>216</sup>.

COUTINHO também explica equivocada a compreensão do contrato como pacto volitivo, baseado na vontade como um dogma, afirmando que "só há vontade transformada em mercadoria (...), o contrato não é um acordo de vontades, mas uma troca de mercadorias, em uma sociedade mercantil"<sup>217</sup>. Assevera, ainda, que a realidade constatou a ruína da contratualidade fundada no dogma da vontade, uma vez que "a ideologia da liberdade e da igualdade dos sujeitos acabou sendo desmascarada pela acumulação e concentração do capital, geradoras de maiores desequilíbrios"<sup>218</sup>.

Por isso é que, diante da necessidade de rompimento com o paradigma liberal da contratualidade e de constitucionalização do direito do trabalho, da "perspectiva de uma realização do direito ao trabalho e da preservação dos direitos fundamentais"<sup>219</sup>, a autora propõe que "a possibilidade de negociação, neste campo, deve ser extirpada, e a vontade reconhecida como inexistente"<sup>220</sup>. Por fim, conclui que "a contratualidade laboral pode então tanto ser o porta-voz da eficácia quanto a pá que enterra tal possibilidade, levando-se em conta que só há possibilidade real - e não retórica - de se falar em direitos fundamentais pela prática dos direitos"<sup>221</sup>

Assim, abandonamos o dogma da autonomia da vontade, tendo por inexistente na contratualidade laboral, tornando-se relevante não mais a análise da ausência de vícios na manifestação da vontade, mas a prática de direitos e, assim, o desenvolvimento do sujeito na perspectiva constitucional.

Thomas THEES também propõe uma mudança da "*Leitidee*" do direito do trabalho, isto é, da sua ideia guia. O trabalhador não se desliga de sua força de trabalho, e, assim, sua subjetividade é que está presente quando realiza o trabalho supostamente objetivado, o objeto do contrato de trabalho. Por isso, o autor afirma

---

<sup>216</sup> Ibidem, p.253.

<sup>217</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada. p. 168.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 172.

que não se pode mais aceitar uma análise do contrato de trabalho apenas sob o aspecto de prestação de serviço em troca de remuneração, mas se deve buscar a proteção da personalidade individual, da subjetividade do trabalhador.<sup>222</sup>

Neste sentido, explica Manuel Gándara CARBALLIDO que o discurso dos direitos humanos pode servir como um mero “encubridor de los intereses hegemónicos, permitiendo justificar y mantener un sistema profundamente injusto de relaciones sociales, políticas, económicas, culturales e ideológicas, en el que la gran mayoría de los hombres y mujeres del mundo permanecen en condiciones de subordinación”<sup>223</sup>.

Em especial, este discurso de aparente proteção e criação de direitos se percebe no direito capitalista do trabalho, um direito ambivalente. Se, de um lado, prevê direitos aos trabalhadores, de outro, o faz apenas com o objetivo de manter a estrutura de produção capitalista e, por fim, “objetiva assegurar certos direitos à classe trabalhadora para que a mesma não conteste a posição de subalternidade imposta pelo modo de produção”.<sup>224</sup>

Segundo Maurício Godinho DELGADO, é evidente que o Direito do Trabalho “não somente diminui(ía) o império do polo empresarial no contrato de emprego, como também impunha condições contratuais cogentes, de modo a aperfeiçoar e elevar o nível da contratação e da gestão laborativas”<sup>225</sup>, possuindo função democrática e civilizatória, “como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego”<sup>226</sup>. Porém, há, também, uma função econômica do Direito do Trabalho, a qual possui várias dimensões, sendo uma delas, em especial, voltada ao sentido concorrencial, que “torna mais homogêneas as condições de concorrência entre as próprias empresas, não permitindo que setores mais atrasados e primitivos realizem concorrência desleal e retrógrada em

---

<sup>222</sup> THEES, Thomas. **Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts: Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsentfaltung im Arbeitsverhältnis**. Berlim: Duncker und Humboldt, 1995. p. 78-79.

<sup>223</sup> CARBALLIDO, Manuel Gándara. Repensando los derechos humanos desde las luchas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 41-52, janeiro/junho de 2014. p. 43.

<sup>224</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. Cit., p. 96.

<sup>225</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia. In: \_\_\_\_\_; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição de República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 77.

<sup>226</sup> Idem.

face dos setores econômicos mais modernos e civilizados"<sup>227</sup>. Ainda, uma função conservadora e legitimadora do sistema capitalista, "de cimentar as bases de continuidade das próprias sociedade e economia capitalistas (...) à medida que esse ramo jurídico confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea - a relação de emprego"<sup>228</sup>. De tal maneira, o autor constata que o Direito do Trabalho, apesar de seu aparente "espírito fortemente transformador, deixa de ser plenamente revolucionário, realizando inegável função conservadora"<sup>229</sup>.

Assim, é primordial reconhecer, como o faz CARBALLIDO, que "el discurso de los derechos es un ámbito de disputa, de lucha de poder, pudiendo resultar funcionales o no a los procesos de lucha que llevan adelante los distintos sujetos sociales"<sup>230</sup>.

Deste modo, apesar da inferioridade em que se encontra o trabalhador em relação ao empregador, tendo em vista esta funcionalidade do direito do trabalho que, na verdade, é útil ao capital, imprescindível, também, desconstruir o "mito da outorga", ou "mito da doação da legislação trabalhista"<sup>231</sup>, surgida no Brasil com o governo de Getúlio Vargas, que prega que "os benefícios sociais teriam sido apresentados à classe trabalhadora no pós-40 como um presente outorgado pelo Estado"<sup>232</sup>, "independentemente de pressão exercida de baixo por boa parte da classe operária"<sup>233</sup>, porque teriam sido outorgados por um governo que, capaz de "antever situações, (...) teria evitado o conflito de classes"<sup>234</sup>. Afastar este mito, que ainda muito se apresenta no ideário brasileiro atual, significa reconhecer que o Direito do Trabalho é um campo de luta de classes, um ramo do Direito que é "útil às classes dominantes" ao mesmo tempo em que "interessa também aos

---

<sup>227</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> CARBALLIDO, Manuel Gándara. Op. cit. p. 44.

<sup>231</sup> PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala: Origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 142.

<sup>232</sup> GOMES, Angela de Castro. **A invenção do trabalhismo**. São Paulo: Vértice, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988. p. 196.

<sup>233</sup> VIANNA, Luís Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 31.

<sup>234</sup> PARANHOS, Adalberto. Op. cit., p. 143.

trabalhadores", embora por razões opostas.<sup>235</sup> Portanto, tem-se que o conjunto de normas que rege a relação trabalhista não é fruto de qualquer benesse da classe patronal ou dos setores governamentais, mas é, verdadeiramente, produto de luta da classe trabalhadora.

Contudo, isto não significa que não caberia mais ao direito do trabalho uma posição de proteção do trabalhador, de modo que deveria este, por exemplo, se abrir às novas exigências de competitividade e a uma pretensa necessidade de flexibilização.<sup>236</sup>

Ao contrário, como incitam Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da SILVA e Luiz Eduardo FIGUEIRA, embora “não h(aja) como afirmar acriticamente que a proteção é a razão de ser do Direito do Trabalho. (...), em aparente paradoxo, cabe reafirmar que a afirmação de um princípio jurídico de proteção, como regra de hermenêutica laboral, desempenha importante papel para a ampliação das dimensões emancipatórias que o direito pode ter”.<sup>237</sup>

Contudo, não se trata de defender, aqui, um princípio da proteção voltado a uma ideia simples de hipossuficiência do trabalhador, como o faz parte da doutrina, nem à visão tradicionalmente aceita do princípio da proteção, fundada nos ensinamentos de Américo PLÁ RODRIGUEZ. Este entende os princípios, inclusive o protetivo, como fonte inspiradora da produção normativa, mas não compreende que possuam força normativa autônoma, que, ao lado da regras, sejam espécies de normas<sup>238</sup>.

Trata-se de uma visão positivista do Direito, no sentido kelseniano<sup>239</sup>, que, apesar de não ignorar a existência dos princípios, serve-se da distinção entre regras e princípios, na verdade, com o objetivo de negar normatividade aos princípios, já que eram vistos como “enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa

---

<sup>235</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. Cit., p. 95.

<sup>236</sup> Neste sentido, por exemplo: ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Ltr, 2012. p. 403.

<sup>237</sup> SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 302-325, julho/dezembro de 2012. p. 322

<sup>238</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Gigio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

<sup>239</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1-5.

densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração”<sup>240</sup>, que não podiam ser interpretados por simples procedimento de subsunção lógica do fato à norma, como ocorria com as regras.

O positivismo, portanto, não lhes atribui normatividade, reservando-os a uma espécie de poder discricionário do juiz, a ser utilizado quando o direito não tivesse uma solução para o caso. De acordo com DWORKIN, segmentos positivistas como o de Kelsen e o de Hart “reconhecem que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (...) e (...) explicam os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação.”<sup>241</sup>

Mesmo quando se lhes reconhece alguma normatividade maior, “no contexto positivista, os princípios são os “tapa-buraco” do sistema”<sup>242</sup>, os quais só são aplicados depois de todas as tentativas anteriores (lei, costume, analogia, equidade) terem se mostrado ineficazes. Portanto, funcionam apenas como “válvula de segurança”, no dizer de ZAGREBELSKY, com “função supletiva, integradora ou corretiva das regras jurídicas”<sup>243</sup>.

Contudo, o positivismo acabou se mostrando uma ideologia incapaz de fazer frente à realidade concreta, incompatível com uma sociedade plural e com um Estado Democrático de Direito, que não é totalmente prevista pelas regras, razão pela qual, contemporaneamente o Direito tem enfrentado uma busca por um novo modelo jurídico capaz de superar as limitações do positivismo jurídico, e com capacidade de transformação da realidade social<sup>244</sup>. E o caminho para isso passa pela constitucionalização do direito infraconstitucional<sup>245</sup>.

---

<sup>240</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001. p. 98.

<sup>241</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 35.

<sup>242</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**, p. 99.

<sup>243</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, 2007. p. 117.

<sup>244</sup> Sobre isso, ver nosso BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. Teoria da norma e interpretação constitucional no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo e uma proposta de concretização constitucional dissociada do panprincipiologismo. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas**. v. 15, n. 1. Canoas, jan/jun 2014. p.119-137.

<sup>245</sup> Sobre a constitucionalização do direito do trabalho e a consequência disso para a eficácia interprivada dos direitos fundamentais, já que a relação de trabalho é, em tese, relação privada, ver: MALISKA, Marcos Augusto. Reflexões sobre a constitucionalização do direito do trabalho. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antonio César (Org.). **25 anos da Constituição e o direito do trabalho**.



Assim, busca-se uma hermenêutica que verdadeiramente concretize a Constituição. Uma resposta a esta busca poderia ser a metodologia denominada de “filtragem constitucional”. Este método vai muito além da simples “interpretação conforme”, pois ele é uma espécie de impregnação do direito infraconstitucional e decorre de uma visão mais comprometida com uma autêntica supremacia da Constituição. Isto porque, “a afirmação de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade jurídica superior e expressam uma reserva histórica de justiça da sociedade permite impor, aos operadores jurídicos, uma espécie de compromisso com a normatividade integral dos valores constitucionais e sua realização”<sup>246</sup>. A respeito disso, acrescenta Paulo Ricardo SCHIER:

Deveras, não basta apenas optar-se pela norma que confira maior eficácia jurídica aos valores constitucionais mas, sim, deve impor a construção de uma norma que atribua “a” maior eficácia e efetividade possíveis (ou seja, maior afirmação social dos valores constitucionais). Por isso, o princípio da interpretação conforme, sob a leitura da filtragem, transmuda-se para um princípio de dimensões formais e materiais porque deve conferir a maior eficácia jurídica e também social da norma constitucional.<sup>247</sup>

Assim, não basta mais uma verificação meramente formal da constitucionalidade do direito infraconstitucional, é necessário que ela seja verdadeiramente filtrada pela Constituição. É dizer: deve ser filtrada como a água que o é para virar café, a qual, após passar pelo filtro que contém o pó de café, sai mais suja, contudo, atinge seu objetivo de ser café. Do mesmo modo, o direito infraconstitucional que passa pelo filtro constitucional deve sair mais “sujo”, “impregnado” dos princípios da Constituição.

E, no Direito do Trabalho, o melhor filtrou para esta impregnação é, sem dúvida, o Princípio da Proteção, da forma como concebido por Aldacy Rachid COUTINHO<sup>248</sup>, que o propõe como, como a base de todo o Direito Trabalhista, como anterior a qualquer interpretação e até mesmo à produção normativa.

Isto porque, como expõe Murilo Carvalho Sampaio OLIVEIRA, é preciso um repensar do princípio da proteção, mas esta “perspectiva futura do Direito Laboral

---

Curitiba: Juruá, 2013. p. 425-438.

<sup>246</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999. p.130.

<sup>247</sup> Ibidem, p.137.

<sup>248</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revistado. **Revista Bonijuris**. v.13. Curitiba, jul. 2001.

deve-se coadunar com sua ontologia originária: a proteção ao ser humano"<sup>249</sup>.

Assim, completa o autor que "trata-se de absorver na doutrina ascendente o papel dos princípios e transpô-lo para o princípio protetivo laboral"<sup>250</sup>, ou seja, utilizá-lo como fundamento da elaboração de regras e, ainda, impor sua aplicação de forma cogente, como norma que é, independentemente de interpretação duvidosa.

E é exatamente o que já defendia COUTINHO, ao afirmar como um dos fundamentos da proteção o reconhecimento de que, além de subordinado, o trabalhador não se separa de sua força de trabalho, do corpo que trabalha, de modo que "proteger o trabalho é, ao mesmo tempo, proteger o sujeito trabalhador, resgatar o homem, preservar a dignidade da pessoa humana"<sup>251</sup>.

Segundo observa a autora, defender o princípio da proteção, nestes termos, não é defender uma posição paternalista do Estado ou do Direito do Trabalho. É, sim, reconhecer que trata-se de um Direito Capitalista do Trabalho e "não fosse protetivo do trabalhador...seria do capital. (...) E se não fosse protetivo de ninguém e de nada... certamente estaria a serviço do mais forte, do que domina"<sup>252</sup>.

Assim, o presente trabalho declaradamente analisa seu objeto pelo prisma da constitucionalização do Direito, não admitindo como princípio norteador outro que o da proteção, enquanto regra hermenêutica prévia, com força normativa autônoma e influenciadora, inclusive, da elaboração de leis. E isto, sem dúvida, influencia as análises adiante.

---

<sup>249</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção a contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009. p. 145

<sup>250</sup> Idem.

<sup>251</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. p. 6

<sup>252</sup> Ibidem, p. 7.

## 2. A (IN)DISPONIBILIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

### 2.1. INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE COMO PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Superado o ponto acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, cuja porta de entrada é o princípio da proteção, visto como a base de todo o Direito Trabalhista, como anterior a qualquer interpretação e até mesmo à produção normativa, é indispensável garantir que o que entra por esta porta não se perca escoando pelo ralo. E a tampa que fecha este ralo é a indisponibilidade de direitos trabalhistas.

Para isso, necessária se faz, neste momento, a análise, primeiramente, do instituto da indisponibilidade, enquanto gênero, e, em seguida, dos institutos que compõem suas espécies, quais sejam a renúncia, a transação e a desistência.

Indisponibilidade é gênero, do qual a irrenunciabilidade é espécie e, assim, têm características diferentes. É imprescindível ter cuidado para realizar um estudo sério a este respeito, diferenciando as duas figuras e tratando-as com a profundidade desejável.

A indisponibilidade, no campo do direito do trabalho é "questão (...) controvertida e pouco clara"<sup>253</sup>, apesar de aparecer com frequência neste âmbito, em que diversos são os direitos "não passíveis de atos de disposição translativos ou extintivos pelo titular, com vistas à salvaguarda de direitos"<sup>254</sup>.

A irrenunciabilidade e a intransacionabilidade são espécies do gênero indisponibilidade, assim como o são a intransmissibilidade, a incedibilidade, a insequestrabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade<sup>255</sup>.

De acordo com Piera FABRIS, a indisponibilidade é um instituto que visa à proteção de direitos, e não de bens ou coisas<sup>256</sup>, e é entendida como uma limitação do poder de disposição de tais direitos<sup>257</sup>.

Tal limitação pode ter fundamentos diversos. Tratando-se de direitos da

---

<sup>253</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A indisponibilidade de direitos trabalhistas. **Revista da faculdade de direito da UFPR**. v. 33. Curitiba, 2000. p. 9.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>255</sup> FABRIS, Piera. **L'indisponibilità del diritti del lavoratori**. Milano: Dott C. Giuffre, 1978. p. 7-8.

<sup>256</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 3.

personalidade, por exemplo, a doutrina afirma que sua fundamentalidade “não decorre apenas de sua previsão constitucional explícita ou implícita, mas também da indissociabilidade existente entre os bens tutelados e o sujeito titular dos direitos”<sup>258</sup>, e, conseqüentemente, por não poderem “ser destacados do seu titular”, por serem “direitos inerentes à pessoa (...), dessa forma, são inalienáveis”<sup>259</sup>. E, por esta visão, a própria força de trabalho deveria ser tida por inalienável, já que é inseparável da pessoa do trabalhador. Porém, a separação entre o sujeito e sua força de trabalho constitui um mito essencial à preservação do capitalismo, que possibilita sua compra e venda. E, como o direito do trabalho é um ramo capitalista, este mito não é negado pelo ordenamento jurídico, não se estabelecendo a sua inalienabilidade ou indisponibilidade. Do mesmo modo, quanto ao direito de personalidade, se reconhece que “em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. (...) Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso.”<sup>260</sup>

Outros constitucionalistas fazem a afirmação, nitidamente liberal<sup>261</sup> e apegada ao dogma da autonomia da vontade como fundamento da contratualidade e da criação de obrigações, de que todos os cidadãos teriam um direito geral de liberdade. Este permitiria a cada um dispor livremente de todos os bens e direitos, a não ser se houver razões suficientes para limitar tal direito. Isto é, reconhecem uma disponibilidade *prima facie* de todos os direitos, exigindo um ônus argumentativo daquele ente ou pessoa que decidir limitar o poder de disposição<sup>262</sup>.

Já no tocante ao direito do trabalho, Maurício Godinho DELGADO afirma que, “a indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a

---

<sup>258</sup> CANTALLI, Feranda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 130.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>260</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 120-121.

<sup>261</sup> A palavra aqui é entendida no sentido do liberalismo clássico tratado brevemente no capítulo antecedente, que privilegia a vontade individual e a considera livre, mas o faz a partir de uma perspectiva de liberdade formal, que nem sempre corresponde à liberdade material.

<sup>262</sup> Neste sentido, por exemplo: MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de doutorado. UERJ. Rio de Janeiro: 2010. 461 f.

assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação sócio-econômica de emprego (...) atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresário.”<sup>263</sup>

Também PLA RODRIGUEZ expõe que a indisponibilidade é uma limitação à autonomia da vontade do trabalhador e que isto significa que, neste âmbito do Direito, "o Estado considerou melhor excluir a possibilidade de que as partes acordem por decisão própria a regulamentação de sua conduta, de maneira diversa da que tenha estabelecido o legislador"<sup>264</sup>.

Assim, ao contrário do que se demonstrou que alguns autores, aqui já citados, afirmam quanto aos direitos de personalidade, no âmbito do Direito do Trabalho, não é a liberdade individual, mas, sim, a indisponibilidade que deve ter uma proteção *prima facie*, cuja restrição, ou seja, possibilidade de disposição exige um fundamento razoável.

O fundamento desta indisponibilidade, para a doutrina, é comumente apontado como sendo a natureza das normas “de natureza imperativa (*jus cogens*) que compõem o conteúdo dos contratos de trabalho”<sup>265</sup>.

Embora não se possa concordar com todas estas colocações, a divergência de critérios para o estabelecimento da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos em cada caso condiz com a observação que faz FABRIS, no sentido de que não é possível se estabelecerem características e uma conceituação de indisponibilidade genérica, que seja aplicável a quaisquer situações:

Sinteticamente, si può dunque concludere che, allo stato, non esiste una nozione unitaria di indisponibilità idonea a sussumere le varie fattispecie. Esistono piuttosto molteplici fattispecie, peraltro faticosamente individuabili, che possono essere raggruppate sulla base di alcuni tratti caratteristici comuni. (...) Tutti questi elementi variano da caso a caso a seconda della natura del diritto e soprattutto degli effetti che il legislatore si è proposto di conseguire.<sup>266</sup>

Ao contrário, portanto, o estabelecimento de características e das consequências do reconhecimento da indisponibilidade dependerá da espécie de direitos de que se está tratando.

---

<sup>263</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 47.

<sup>264</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., p. 152..

<sup>265</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho da lei e na jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 1997. p. 94.

<sup>266</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 10-11.

Isto significa dizer que, na presente pesquisa, muito mais do que analisar a possibilidade ou não de o trabalhador dispor de seus direitos, cabe verificar as especiais circunstâncias de sua ocorrência, que, neste caso, é o âmbito da execução de uma sentença coletiva. Somente assim, será possível concluir com uma explanação sistematizada e quiçá com uma teoria da indisponibilidade de direitos pelo trabalhador especificamente neste âmbito.

Para isso, neste capítulo, analisar-se-ão as diferentes espécies de atos de disposição de vontade, entendendo esta como gênero, assim como a indisponibilidade é gênero no qual estão incluídas diversas espécies. Adiante, analisar-se-ão os requisitos de validade destes atos dispositivos, com especial ênfase ao seu objeto, é dizer aos direitos tidos por disponíveis ou indisponíveis. Por fim, compreendendo a primazia da indisponibilidade no Direito do Trabalho, buscar-se-á estabelecer alguns critérios que determinem quando é possível abrandar este postulado, permitindo-se a disposição de direitos, para que, a seguir, possa-se trazer estas colocações para o espaço do processo, o que ocorrerá no capítulo seguinte.

## 2.2. A DISTINÇÃO ENTRE AS DIVERSAS FIGURAS: RENÚNCIA, TRANSAÇÃO, NÃO EXERCÍCIO DO DIREITO E DESISTÊNCIA DA AÇÃO

Assim como a indisponibilidade é gênero, também a categoria dos atos de disposição constitui um gênero, no qual se enquadram várias espécies, como a renúncia e a transação, que necessitam ser distinguidas.

O instituto da renúncia é colocado entre os atos jurídicos de disposição de vontade, extintivos de direito<sup>267</sup>, como um ato de “dejación de uma ventaja jurídica mediante uma declaración de voluntad dirigida a tal efecto”<sup>268</sup>, podendo ter, por vezes, natureza jurídica de “remissão de dívida” (*Erlass*)<sup>269</sup>. Caio Mario da Silva PEREIRA, por exemplo, conceitua a renúncia como “a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. (...) o abandono voluntário do direito.”<sup>270</sup>, assim como Ernst EYPELTAUER, que utiliza da palavra alemã *Aufgeben*,

---

<sup>267</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I. p. 334.

<sup>268</sup> OJEDA AVILES, Antonio. **La renuncia de derechos del trabajador**. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1971. p. 132.

<sup>269</sup> SZUCS, Christian. **Verzicht und Vergleich im ost, deu, und sch Arbeitsrecht**. [s.l.] 2006. p. 17.

<sup>270</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual.: Maria Celina Bodin de

que tem o significado de abandono ou desistência<sup>271</sup>.

Clóvis BEVILÁQUA conceitua a renúncia como “um ato jurídico, pelo qual o titular de um direito dele se despoja”.<sup>272</sup> Inclui a renúncia entre os “modos gerais pelos quais se extinguem os direitos”<sup>273</sup>, esclarecendo, quanto à extinção em termos gerais, que “depois de adquiridos, os direitos subsistem, como facetas do poliedro da personalidade, enquanto perduram os seus elementos constitutivos: sujeito, objeto e proteção legal. Consequentemente extinguem-se pela ausência de algum desses elementos”, afirmando que “desaparece a própria relação jurídica, quando o direito se exaure com o exercício, ou é de duração limitada, ou o titular o renuncia.”<sup>274</sup>

José Paulo CAVALCANTI aduz que “a renúncia é o ato ou negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue êsse direito”<sup>275</sup> e o compara ao suicídio, afirmando que “é o ato pelo qual o sujeito – à semelhança do suicida (...) - voluntariamente acaba com seu direito”.<sup>276</sup>

Jorge Reis NOVAIS conceitua a renúncia como o enfraquecimento de uma posição jurídica subjetiva, previamente existente, em decorrência de uma “expressão de vontade concordante do seu titular”<sup>277</sup>.

Já PONTES DE MIRANDA entende a renúncia como um instituto tanto do direito público quanto privado, por poder existir em diferentes contextos, sustentando, também que “não se podem subordinar todas as espécies de renúncia à mesma disciplina”<sup>278</sup>. O autor explica que o termo “renúncia” significa:

*re-nuntium*, o que traz ou leva novidade, *novuum*. (...) O que caracteriza a renúncia é a deixação do que é valor para alguém (direito, pretensão, ação, exceção) por manifestação de vontade. (...) Se a manifestação de vontade não tinha por fito o *novuum* (*renuntia*, *re-nuntium*, de *novuum*), ainda que, com isso, se extinga direito, pretensão, ou ação, ou exceção, não há renúncia.<sup>279</sup>

No mesmo sentido, BRIESKORN descreve vários termos latinos que se

---

Moraes. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 394.

<sup>271</sup> EYPELTAUER, Ernst. **Verzicht und Unabdingbarkeit im Arbeitsrecht**. Wien: Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1984. p. 15.

<sup>272</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 378

<sup>273</sup> Idem.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 377.

<sup>275</sup> CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.11-12.

<sup>276</sup> Ibidem, p.13.

<sup>277</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.) **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I. p. 267.

<sup>278</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. T. 3 p. 184.

<sup>279</sup> Idem.

incluiriam no conceito de renúncia (*Verzicht*), quais sejam: *abdicare, acceptum ferre, cedere, liberare, refutare, remittere, renuntiare* e *repudiare*, e conclui que “o fato de quatro entre os conceitos se iniciarem com a sílaba re- indica que o ato de renúncia está incluído num contexto, em que há um retorno a uma ordem e em que a renúncia deve ser entendida como o desfazimento de um processo de perturbação”<sup>280</sup>, isto é, o retorno a uma ordem de coisas anterior, o que fica ainda mais evidente na língua portuguesa, em que o termo utilizado também se inicia com a sílaba re-, qual seja: a renúncia.

Além da renúncia, há outros institutos que também têm como resultado a disposição de direitos, embora com características distintas e, por isso, precisam ser diferenciados da renúncia. É o caso, em especial, da transação, instituto comum no âmbito do Direito do Trabalho e que nem sempre é adequadamente conceituado.

SÜSSEKIND, em seu *Curso de direito do trabalho* distingue renúncia e transação afirmando ser a primeira um ato unilateral e a segunda bilateral.

Ainda, CAVALCANTI observa a distinção entre renúncia e transação, esclarecendo que “na transação há reciprocidade de sacrifícios, enquanto na renúncia o sacrifício é somente do renunciante”<sup>281</sup>.

Assim, vê-se que ambas, renúncia e transação, podem significar o despojamento de direitos por parte de seu titular, contudo, na essência, são diferentes. Enquanto a renúncia é ato unilateral de disposição de direitos existentes, a transação ocorre sempre que haja uma incerteza sobre quem é o detentor do direito, ou seja, diante da *res dubia*, em que os sujeitos, então, abrem mão de parcela do que reputam devido, para firmar um acordo e dar fim à controvérsia.

SZUCS conceitua a transação como um “acordo através do qual se afasta a controvérsia ou a incerteza sobre a existência ou extensão de um direito ou de uma relação jurídica, por meio de cessões de ambas as partes”.<sup>282</sup>

Do mesmo modo, CASTELO explica que “na transação não há renúncia a

---

<sup>280</sup> BRIESKORN, Norbert. **Verzicht und unverzichtbarkeit im Recht**. Stuttgart: Steiner-Verlag Wiesbaden, 1988. Tradução livre de: “Die in vier Begriffen an den Beginn gestellte Silbe re- weist auf die Einbettung des Verzichtsaktes in einen umfassenderen Zusammenhang hin, in dem es um die Wiederherstellung einer Ordnung geht und in dem der Verzicht als das Rückgängigmachen eines gestörten Prozesses verstanden wird.”

<sup>281</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Op. cit., p.133-134.

<sup>282</sup> Tradução livre de: “Unter **Vergleich** versteht man einen *Vertrag*, durch den der **Streit** oder die **Ungewissheit** über den Bestand oder den Umfang eines Rechtes oder eines Rechtsverhältnisses im Wege **gegenseitigen Nachgebens** beseitigt wird.” SZUCS, Christian. Op. cit., p. 20.



direitos irrenunciáveis: (...) ocorre apenas a composição de interesses pertinentes a uma situação litigiosa, ou a composição de interesses relativos à “*res dubia*”. (...) Porém, jamais há renúncia de outros direitos estranhos ao contexto individual ou coletivo”<sup>283</sup>.

PLA RODRIGUEZ expõe a dificuldade de distinção entre os institutos, demonstrando que esta costuma ocorrer como se uma fosse renúncia unilateral e a outra bilateral, e acrescenta: “Mas não é só isso”.<sup>284</sup> Explica, então, que, mais do que quantos são os sujeitos envolvidos, ou seja, se é ato unilateral puro ou ato bilateral, o que diferencia renúncia e transação é a certeza do direito objeto do ato. Ou seja, enquanto

a renúncia se refere a um direito certo e existente, ou pelo menos futuro, porém certo, e que não seja um direito impugnado, (...) a transação, inversamente, se refere sempre a duas prestações opostas (uma do empregador, outra do empregado) que se reduzem por mútuo acordo a uma só, por cessão mútua, donde se deduz a existência, quanto a tais prestações, respectivamente, de direitos incertos ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio.<sup>285</sup>

Portanto, fica evidente que a diferença entre os dois institutos é a certeza ou não do direito. Para que haja verdadeira transação, é imprescindível a *res dubia*, “isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do presente acordo. E a incerteza subjetiva deve concernir às duas partes que realizam a transação.”<sup>286</sup> E, por isso, acrescenta o autor que a má-fé de uma das partes gera a invalidade da transação, ou seja, se uma das partes “tem certeza da obrigação que deve cumprir, age obviamente de má-fé ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões convencionadas.”<sup>287</sup>

Mas cabe, ainda, distinguir a transação de outro instituto muito próximo, a conciliação, que também tem se tornado comum no âmbito do direito (processual) do trabalho, haja vista todos os esforços dos Poder Judiciário em levar as partes à conciliação.

Gabriela Neves DELGADO distingue os dois institutos a partir do momento de sua ocorrência, afirmando que “a transação pode manifestar-se no curso do contrato de trabalho ou com o seu término, enquanto a conciliação é

---

<sup>283</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. Estudos sobre renúncia e transação. In: FREDIANI, Yone. (Org.) **Tendências do Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 197.

<sup>284</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., p. 175.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> Ibidem, p. 177.

necessariamente ato judicial”<sup>288</sup>. E este ponto de distinção é de extrema relevância ao debate em questão porque, apesar de a luta desigual de classes não desaparecer após o término da relação contratual, a presença do juiz tem o objetivo de diminuir as desigualdades e poderia, em tese, coibir acordos prejudiciais. Por esta razão é que a autora observa, ainda, que o âmbito possível de ser acordado na conciliação judicial é maior que fora dela: “como a conciliação é realizada na presença de uma autoridade judicial, sendo, no plano formal, o último momento de tentativa de solução pacífica do litígio, entre as partes, nela tem-se admitido a transação de parcelas trabalhistas indisponíveis (que, evidentemente, não são transacionáveis na esfera privada)”<sup>289</sup>.

Assim, fica evidente que renúncia, transação e conciliação se enquadram nas espécies do gênero de atos de disposição. A doutrina, porém, faz, ainda, algumas observações sobre situações que, exercidas unilateralmente, não se encaixam no instituto da renúncia, embora também possam gerar a consequência de inefetividade de direitos. Em primeiro lugar, a renúncia, por objetivar o deixar o direito, tem na extinção seu único efeito jurídico, de modo que o fato de, eventualmente, a consequência fática ser o aproveitamento para outrem não é relevante nem é efeito jurídico do ato de renúncia em si, não se podendo falar, por exemplo, em renúncia translativa<sup>290</sup>.

Além disso, distingue-se a renúncia de outros atos ou fatos extintivos de direitos, os quais dela diferem substancialmente. Em especial, a perda do direito, ocorrida em razão de fato que o ordenamento jurídico eleja como extintivo do direito, como é o caso da prescrição, a extinção do direito pelo transcurso de determinado prazo sem que o titular do direito o tenha pleiteado, independentemente da manifestação de vontade do titular em extinguir o direito, ou seja, “em consequência de uma atitude objetivamente considerada pela lei, sem qualquer consideração pela determinação da vontade no titular, nesse ou naquele sentido”<sup>291</sup>. Não se tratando de espécie de renúncia, portanto, não está esta situação protegida pela

---

<sup>288</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006. p.213-214.

<sup>289</sup> Idem.

<sup>290</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Op. cit., p.16-20.

<sup>291</sup> Ibidem, p.159.

irrenunciabilidade de direitos<sup>292</sup>.

Ademais, exclui-se do conceito de renúncia o mero não-exercício do direito, já que, neste último, "o titular não usa do seu direito, mas sua vontade não se pronuncia pela eliminação dêsse direito, o que acontece na renúncia"<sup>293</sup>, tratando-se, de acordo com NOVAIS, de uma situação diversa de exercício mesmo do direito: "o particular tem uma posição jurídica que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer, sendo que ambas as possibilidades podem ser configuradas como modalidades de exercício"<sup>294</sup>.

Também diverso da renúncia, embora aparentemente muito próximo, é o instituto da desistência, que tem cunho processual. Desiste-se de uma ação ou de sua execução, ao passo que se renuncia, apenas, ao objeto sobre o qual se funda a ação.

E esta distinção entre desistência e renúncia é também essencial no que diz respeito às suas consequências no processo. Isto porque a desistência da ação é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito<sup>295</sup>, ou seja, não faz coisa julgada material e não impede a repositura de ação idêntica. Por outro lado, tanto a transação entre as partes, quanto a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, são causas de extinção do processo com julgamento do mérito<sup>296</sup>, gerando coisa julgada material, que impede a repositura da ação.

Assim, fica evidente que, no âmbito da execução judicial coletiva, é possível que o trabalhador compareça para desistir da execução em si, situação em que, teoricamente, ainda lhe restará a possibilidade de executar a sentença individualmente. Mas, ainda, pode ser que o trabalhador se manifeste por renunciar ao próprio direito que lhe é reconhecido, ao crédito que lhe foi atribuído na execução, hipótese em que não poderia mais buscar seu recebimento no futuro, pois

---

<sup>292</sup> BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. v. 1. p. 102-103.

<sup>293</sup> CAVALCANTI, José Paulo. Op. cit., p.157.

<sup>294</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 273.

<sup>295</sup> No atual Código de Processo Civil: Art. 267: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VIII - quando o autor desistir da ação". No Projeto de Novo Código, que aguarda sanção presidencial: Art. 495: "O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: (...)VIII – homologar a desistência da ação".

<sup>296</sup> No atual Código de Processo Civil: Art. 269: "Haverá resolução de mérito: (...) III - quando as partes transigirem; (...) V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.". No Projeto de Novo Código, que aguarda sanção presidencial: Art. 497: "Haverá resolução de mérito quando o órgão jurisdicional: (...)III – homologar: (...)b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção."

a renúncia seria ato que se refere ao direito em si e que faz coisa julgada material.

Já a transação, embora possa ocorrer, tem suas hipóteses reduzidas quando se fala em execução coletiva, já que só se fala em verdadeira transação se seu objeto for questão acessória (como critérios de cálculo, índice de atualização, período de apuração, entre outros). Isto porque, uma vez existindo sentença coletiva transitada em julgado que reconhece a existência de algum direito aos integrantes de determinada categoria, quanto a este direito, ou seja, quanto à questão principal do processo, faltará o elemento da *res dubia* para que se trate de transação.

Deste modo, no âmbito da execução coletiva, o trabalhador pode comparecer afirmando não querer prosseguir com a execução, quando praticará ato de desistência; pode, ainda, dispor de crédito devido em virtude da execução coletiva, praticando ato de verdadeira renúncia; ou, por fim, pode transacionar com o empregador acerca de detalhes do adimplemento do crédito.

Em todos estes casos, pode haver prejuízo individual ou coletivo, ou seja, pode não só o trabalhador individualmente deixar de receber o que lhe é devido por conta da prática de algum destes atos, como pode ser prejudicada a categoria e os próprios objetivos da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, como se tratará no capítulo seguinte.

Resta, então, verificar quando é admissível a prática de atos de disposição de direitos pelo trabalhador, no viés do direito material, para que, adiante, se possa adaptar estes preceitos ao âmbito do processo coletivo.

No tocante à validade do ato de renúncia no âmbito do direito privado, tem-se que, em se tratando de um ato jurídico, deve obedecer aos parâmetros previstos pelo art. 104 do Código Civil brasileiro, que requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III - forma prescrita ou não defesa em lei.

No que toca à capacidade do agente, os arts. 3º e 4º do Código Civil estabelecem as situações de incapacidade absoluta e relativa. Quanto a este requisito, o dispositivo legal traz uma descrição objetiva acerca de quem são os incapazes e os relativamente capazes, e, ademais, no caso das relações de trabalho, poucos são os trabalhadores que não são absolutamente capazes para os atos da vida civil, embora possa se tratar, em determinado caso, de trabalhador ébrio habitual ou incapaz temporariamente de exprimir sua vontade. Comum, apenas, são os casos de trabalhadores que não adquiriram a capacidade plena em virtude de sua

idade, uma vez que os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são relativamente incapazes, necessitando estarem acompanhados de seus pais ou representantes, mas não são proibidos de trabalhar, bem como os aprendizes, que podem atuar a partir dos 14 anos de idade, quando, civilmente, ainda são absolutamente incapazes. E, nestes casos, a assistência ou representação garantem a validade do ato, ou seja, os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis deverão ser assistidos e os aprendizes menores de dezesseis anos representados<sup>297</sup>.

Ainda quanto ao agente ou sujeito da renúncia, diz-se necessária a manifestação de vontade livre e inequívoca de abdicar do direito. Aqui se encontra a grande questão para a renúncia no âmbito das relações de trabalho, uma vez que a vontade do trabalhador não só está absolutamente restringida, mas verdadeiramente inexistente no contexto do contrato de trabalho.

Neste ponto, afirma Jorge Pinheiro CASTELO, categoricamente, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, acrescentando que “a aferição da violação dessa irrenunciabilidade é feita de forma objetiva, ou seja, não há necessidade de se perquirir os elementos subjetivos da vontade. (...) Basta a constatação do fato objetivo renúncia em toda a sua extensão (exoneração, atenuação de direitos, etc.), sem qualquer necessidade de se adentrar no exame do elemento subjetivo das partes, para se estabelecer automaticamente a nulidade de pleno direito.”<sup>298</sup>

FABRIS também explica ser irrelevante a análise da vontade do sujeito nestes casos, sendo que “il legislatore si è però preoccupato di far sì che le prestazioni non siano rigidamente prefissate e standardizzate ma siano adeguate di volta in volta alle esigenze del soggetto stesso”<sup>299</sup>.

E isto nos leva ao tema dos fundamentos da irrenunciabilidade no Direito do Trabalho, já que alguns doutrinadores erroneamente a fundamentam numa suposta presunção de vício de consentimento, que é explicada por PLÁ RODRIGUEZ, ainda que por ele não acolhida, como um “tipo de fundamentação que difere substancialmente das anteriores, porque não parte da índole das normas nem de sua importância social, mas das partes no plano psicológico. É a que fundamenta a

---

<sup>297</sup> Sobre isso, trata DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. p. 212-213.

<sup>298</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Estudos sobre renúncia e transação**. p. 201.

<sup>299</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 307.

irrenunciabilidade nos *vícios de consentimento presumidos* ou reais que invalidariam a renúncia do trabalhador."<sup>300</sup>

Fica evidente o equívoco destas teorias e sua incompatibilidade com tudo o que se disse até aqui acerca do papel exercido pela vontade do trabalhador no contrato de trabalho. Isto porque, ela é irrelevante até mesmo quando se trata de entender o próprio instituto do contrato, quanto mais quando se fala de verificar a validade de um ato de despojamento de direitos, como o é a renúncia. Ou seja: se superado o dogma da autonomia da vontade do trabalhador, não faz sentido retornar a ele para tentar fundamentar a irrenunciabilidade em vícios da vontade, quaisquer que sejam.

Quanto ao momento da renúncia, SÜSSEKIND afirma ser impossível que ocorra antecipadamente, quando da celebração do contrato, pois, neste momento, se trata de mera expectativa de direito e não de um direito já consolidado. Já quanto à renúncia na constância da relação de emprego, afirma que “prevalece, como regra, o princípio de que o empregado não pode renunciar aos direitos que lhe correspondem ou aos que advirão no curso do contrato”<sup>301</sup>, como uma consequência da necessidade de proteção do trabalhador. No tocante aos critérios para se reconhecer a validade da renúncia, nas situações de exceção àquela regra, afirma que “tratando-se de direitos oriundos de normas de ordem pública, a renúncia só é válida nos casos em que a lei venha admiti-la, observados os procedimentos nela estatuídos. Tratando-se de direitos atinentes ao ajuste de cláusulas que independem da aplicação das regras imperativas, a renúncia terá validade desde que não acarrete prejuízos diretos ou indiretos ao trabalhador”<sup>302</sup>, assim como o faz o art. 468<sup>303</sup> da CLT quando trata das modificações dos contratos individuais de trabalho.

Em outra obra, mais antiga, SÜSSEKIND afirmou que, quanto às hipóteses de renúncia no momento ou depois da cessação do contrato de trabalho, as possibilidades são mais amplas, mas ressalva que cabe, ainda, avaliar se, mesmo após o término da relação, o trabalhador não permanecia sob a coação invisível ou sutil da pressão econômica, de modo a viciar-lhe o consentimento e a livre

---

<sup>300</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., p. 160-161.

<sup>301</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 267-268.

<sup>303</sup> Art. 468: "Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia."

manifestação da vontade de renunciar, aceitando que “com o término do contrato de trabalho, (...) sem embargo de cessar a *soggezione impiegatizia*, pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador, capaz de levá-lo a renunciar a certos direitos, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou, mesmo sua indenização”.<sup>304</sup>

Assim, é de se retomar o já exposto no capítulo anterior, no sentido de que a relação entre empregado e empregador não é uma relação apenas de subordinação, que se mantém somente durante a constância do vínculo empregatício, mas, verdadeiramente, uma relação de poder, de luta de classe entre capital e trabalho. Sendo este um dos fundamentos para a superação do dogma da autonomia da vontade no âmbito do Direito do Trabalho, não faz sentido imaginar que estas circunstâncias deixem de existir, de forma estrutural, após o fim do vínculo empregatício, deixando de se tornar óbice para que o ato de disposição de direitos trabalhistas, em especial os indisponíveis, seja realizado após o fim da relação de emprego.

Apesar da importância da análise de todos estes requisitos jurídico-formais, tem-se que a questão sobre a validade da renúncia é uma verdadeira colisão entre princípios ou direitos fundamentais, é dizer: de um lado, a liberdade formal, que permitiria *prima facie* a renúncia a quaisquer direitos do patrimônio jurídico do sujeito, e, de outro, a liberdade material, que consiste na verdadeira possibilidade de decidir abdicar de determinado direito.

Jorge Reis NOVAIS explica de que forma se pode atrelar a possibilidade de renúncia aos princípios da dignidade humana, da autonomia e da auto-determinação individual:

É que, se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um "trunfo" nas mãos do indivíduo (DWORKIN), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de auto-determinação individual - que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais - decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusive no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. (...) através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um

---

<sup>304</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Indisponibilidade e flexibilização de direitos trabalhistas. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2000. p. 221.

exercício "positivo" do direito.<sup>305</sup>

Ou seja: para NOVAIS, o ato de dispor de um direito, ele próprio, é o exercício de um direito fundamental de auto-determinação do indivíduo.

Jairo Néia LIMA explica que a análise da renúncia a direitos fundamentais expressa um impasse: "Como conciliar a concepção de direitos fundamentais como irrenunciáveis, com a possibilidade de se garantir, no âmbito privado, o poder dos indivíduos de autodeterminação e de livre disposição de seus direitos?"<sup>306</sup> Diante disso, LIMA apresenta alguns pressupostos para a validade desta renúncia, aduzindo que, além dos requisitos de validade exigidos pelo direito civil, "a renúncia a um direito fundamental deve, em qualquer situação, respeitar o núcleo axiológico do sistema jurídico, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Não se pode autorizar, com base na autonomia da vontade, que o indivíduo possa abrir mão de sua própria condição de sujeito de direitos."<sup>307</sup>

Isto porque, tratando-se de um ato jurídico exercido voluntariamente pelo titular do direito, a renúncia seria expressão da autonomia da vontade, decorrência do direito fundamental à liberdade. Contudo, enquanto um direito atribuído ao direito de liberdade, trata-se de uma expressão da liberdade ou autonomia privada formal, a qual será restringida quando não houver condições materiais de verdadeiro e genuíno exercício da liberdade do ponto de vista material.

Até porque é sabido que, mesmo nos casos que envolvem a renúncia a um direito fundamental, nem sempre ela é de todo vedada. Se o fosse, proibida seria a participação dos cidadãos nos *reality shows*, que tão populares já se tornaram entre nós, para a qual os participantes são obrigados a renunciar ao seu direito de preservação da intimidade e da privacidade e, em alguns casos, do seu direito de locomoção.

Do mesmo modo, seriam proibidas todas as atitudes do trabalhador que importassem algum tipo de renúncia, como o é, por exemplo, a de se submeter a um contrato que exige plantões em locais determinados por várias horas seguidas, restringindo, assim, sua liberdade nestes períodos.

Neste ponto, contudo, discorda-se frontalmente da afirmativa de NOVAIS, no

---

<sup>305</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 287.

<sup>306</sup> LIMA, Jairo Néia. Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 5, n. 5, jan/jun 2009. p. 11.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 12.



sentido de que a renúncia deve ser *prima facie* admitida porque “só o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio”<sup>308</sup>. Não há dúvida de que desta forma não podem ser tratadas as relações de trabalho assalariado, por excelência, relações de classes em situações gritantemente desiguais de poder. Portanto, também não resta dúvida da necessidade de se restringir, em alguma medida, as possibilidades de renúncia pelo trabalhador. Não obstante, dizer isto não é suficiente.

É evidente que as limitações à renúncia não devem se dar de modo a escravizar o trabalhador ou quem quer que seja o titular do direito a ser objeto da renúncia. Como afirma BRIESKORN, “A renúncia deve liberar nova força e energia, não deve paralisar. Não o empobrecimento humano, mas o enriquecimento é seu propósito moral.”<sup>309</sup>

Contudo, verificando-se estas hipóteses, fica claro, também, que a renúncia será permitida ou proibida dependendo de alguns critérios, além dos requisitos jurídico-formais de validade dos atos jurídicos, que, por outro lado, não ficam evidentes diante de uma primeira análise das situações. Ainda que se afirme que “uma “ética do direito de renúncia” deva ser construída a partir da base valorativa da dignidade humana”<sup>310</sup>, sistematizar os requisitos que permitem esta verificação é essencial para que se possa constatar, com alguma previsibilidade e segurança, se a renúncia é válida.

Neste sentido, Pedro Augustin ADAMY afirma que “a principal lacuna na análise reside na definição dos pressupostos da renúncia e dos critérios para a sua aceitação e o controle de sua validade”<sup>311</sup>. E prossegue, procurando afastar qualquer análise mais superficial, ao afirmar que “a mera explicitação do que seja a renúncia, de quais são as hipóteses previstas na Constituição e nas leis que a regulam (...) não oferece segurança ao aplicador”<sup>312</sup>. No restante de sua obra, então, ADAMY busca estabelecer alguns pressupostos e um procedimento de verificação de sua

---

<sup>308</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 287-288.

<sup>309</sup> BRIESKORN, Norbert. Op. cit., p. 166. Tradução livre de: “Der Verzicht sollte neue Kraft und Energie freisetzen, er sollte nicht lähmen. Nicht menschliche Verarmung, sondern Bereicherung ist sein sittlicher Zweck.”

<sup>310</sup> Idem. Tradução livre de: “(...) einer “Ethik des Rechtsverzichrs” gründet auf dem Basiswert der Würde des Menschen.”

<sup>311</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 21.

presença diante do caso concreto, utilizando-se, por exemplo, da proporcionalidade entre o direito de se renunciar ao benefício que possa ter o sujeito que renuncia.

Ocorre que esta sistemática se revela mais uma expressão do liberalismo, uma vez que privilegia a liberdade individual do sujeito titular de direitos para deles dispor em detrimento da proteção e da origem destes direitos. Isto não condiz com uma teoria que se pretenda alicerçada em direitos fundamentais e sua incidência nas relações de trabalho, já que a constitucionalização do direito do trabalho se dá pela superação do dogma da autonomia da vontade e sua substituição pelo princípio da proteção. Por isso, no próximo tópico, se buscará a reconstrução da noção de indisponibilidade adequada ao direito do trabalho emancipador que ora se defende.

### 2.3. INDISPONIBILIDADE COMO PRINCÍPIO, O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O CARÁTER AMBIVALENTE DO DIREITO DO TRABALHO

Até aqui, já se expôs que o fundamento basilar do Direito do Trabalho Constitucionalizado é o Princípio da Proteção, que pode ser visto como o melhor filtro para se estabelecer a dita filtragem constitucional deste ramo do Direito. E não apenas como um tapa-buracos, como uma opção hermenêutica diante da dúvida, mas, conforme explica Aldacy Rachid COUTINHO, como a base de todo o Direito Trabalhista, como anterior a qualquer interpretação e até mesmo à produção normativa.<sup>313</sup>

Também já restou demonstrado, com base em FABRIS, que a indisponibilidade não tem características únicas e iguais para todos os tipos de direitos e que sua conceituação deve se atentar para o tipo de direito em questão.<sup>314</sup>

Diante disso, cabe expor uma noção de indisponibilidade própria do Direito do Trabalho e, mais que isso, adequada para o âmbito do processo trabalhista coletivo, deste espectro de estudo.

Primeiramente, trata-se de um instituto maior que o da irrenunciabilidade apenas, qual seja, o da (in)disponibilidade, que é gênero do qual aquele apenas é espécie.

Neste sentido, Maurício Godinho DELGADO explica que, enquanto a

---

<sup>313</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. p. 6.

<sup>314</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 10-11.

irrenunciabilidade se refere apenas à renúncia, como ato unilateral, a indisponibilidade atinge também outros atos que importem na perda voluntária de direitos, como é o caso da transação.<sup>315</sup>

No entanto, como afirma BERNARDES, a indisponibilidade não é a regra no direito do trabalho, a irrenunciabilidade é que o é. Esta regra, segundo o autor, não alcança nem a prescrição nem a transação, por não serem espécies de renúncia<sup>316</sup>. E, além de todas estas categorias genéricas, a irrenunciabilidade, uma das expressões da indisponibilidade e que se refere apenas ao instituto da renúncia, tem características próprias. Embora os conceitos de ato de disposição, de renúncia, transação e conciliação, aqui expostos, não tenham diferenças entre o Direito do Trabalho e outros ramos do Direito, as restrições à disponibilidade são diversas lá e cá e também em cada um destes institutos, razão pela qual cabe agora estabelecê-las de uma forma sistematizada.

Em geral, a doutrina estabelece a irrenunciabilidade como regra no direito do trabalho. Por outro lado, estabelece a possibilidade de disposição de direitos por meio da transação, o que, gera um fenômeno de consciente ou inconsciente confusão entre os institutos, resultante em burla a esta regra geral.

Isto porque, como muito bem observou CASTELO, atualmente, se utiliza o rótulo de transação para algo que, na verdade, é renúncia de direitos, ou seja, "alguns operadores do direito laboral, vem utilizando o "veículo" transação para levar "passageiro" de outro conteúdo, que nada mais é do que a disposição e a renúncia de direitos"<sup>317</sup>. Isto porque, apesar de ambas serem espécies do gênero atos de disposição, se dão em níveis diferentes e, assim, causam consequências diferentes.

Aldacy Rachid COUTINHO alerta para o fato de que, em relação ao conceito de indisponibilidade, há uma "carência de uniformidade de tratamento quanto ao seu conceito e conteúdo; outrossim, não poucas vezes a noção de indisponibilidade vem confundida com a de irrenunciabilidade de direitos ou de imperatividade de regras jurídicas"<sup>318</sup>.

OJEDA AVILES, por exemplo, estabelece um rol de limites legais ao poder de disposição, no qual inclui a inderrogabilidade da lei imperativa, segundo a qual o

---

<sup>315</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. p. 48.

<sup>316</sup> BERNARDES, Hugo Gueiros. Op. cit., p. 102-103.

<sup>317</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Estudos sobre renúncia e transação**. p. 197.

<sup>318</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **A indisponibilidade de direitos trabalhistas**. p. 9.

legislador estabeleceria uma plataforma ou um ponto de partida para os contratos de trabalho, que não poderia ser objeto de disposição<sup>319</sup>, a ordem pública, enquanto "la estructura jurídica fundamental", na qual se encontram "las raíces de vida de la comunidad, la médula del convivir social"<sup>320</sup>, a moral social<sup>321</sup> e o princípio da proteção do trabalhador<sup>322</sup>.

Quanto a isto, é de se ressaltar, entretanto, a distinção que faz COUTINHO, já que a autora não reputa adequada a confusão que faz grande parte da doutrina entre indisponibilidade e imperatividade das normas. Explica que "a indisponibilidade refletiria uma "fase dinâmica do direito", estando vinculada ao seu exercício, ao passo que as noções de "imperatividade", "ordem pública" e, ainda, "inderrogabilidade" estariam a se referir ao momento estático do direito"<sup>323</sup>.

Ou seja: não se pode falar em direitos subjetivos inderrogáveis, pois, como também explica FABRIS, a característica de inderrogabilidade é das normas e não dos direitos, que podem, no máximo, ser derivados de normas inderrogáveis, enquanto que a indisponibilidade é um "atributo próprio dos direitos"<sup>324</sup>.

Portanto, ainda que se possam compreender estas características do direito do trabalho como, de alguma forma, relacionadas com o poder de disposição dos direitos, ou à sua limitação, como expõe OJEDA AVILES, trata-se de momentos diversos, um do surgimento ou positivação do direito, e outro do seu exercício, que é o âmbito no qual se pode dispor de direitos e no qual este poder pode ser limitado.

Relevante a explicitação feita por PLA RODRIGUEZ, no sentido de que a noção de irrenunciabilidade "deve ser mais abrangente, ou seja, abarcar tanto a privação ampla como a restrita, tanto a que se realize por antecipação como a que se efetue posteriormente."<sup>325</sup> Em razão disso, o autor propõe conceituar a irrenunciabilidade como "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio. A renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito

---

<sup>319</sup> OJEDA AVILES, Antonio. Op. cit., p.43-44

<sup>320</sup> Ibidem, p.45.

<sup>321</sup> Ibidem, p.48-50

<sup>322</sup> Ibidem, p.50-52.

<sup>323</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **A indisponibilidade de direitos trabalhistas.** p. 11.

<sup>324</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 31 (Tradução livre)

<sup>325</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. cit., p. 141.

reconhecido a seu favor e o abandona." <sup>326</sup>

Outros doutrinadores procuram, de outras maneiras, encontrar fundamentos para se ter a irrenunciabilidade como princípio, portanto, aceito *prima facie*, sendo a possibilidade de renúncia sua exceção, a ser devidamente motivada e fundamentada. Acerca disso, por exemplo, Francisco Meton Marques de LIMA sustenta que "dois elementos justificam a adoção do princípio: a) o estado de inferioridade do trabalhador perante o beneficiário da renúncia; e b) o interesse da sociedade em ver efetivado o direito tutelar, para o seu próprio bem."<sup>327</sup> E este último torna-se ainda mais relevante tratando-se da disposição de direitos por parte do trabalhador no âmbito da execução de sentença coletiva, já que o reconhecimento de direitos na seara judicial através de ações de cunho coletivo precisa efetivar-se verdadeiramente na vida destes trabalhadores, sob pena de tornar-se inócuo.

Mas LIMA sublinha, ainda, que "a maior justificativa está no fato de que os direitos conferidos por lei ao trabalhador representam um mínimo necessário à sua sobrevivência com dignidade, seja por motivo alimentar, de saúde ou de participação social. Sob essa colocação, a renúncia de parte de um mínimo de elementos, a subtração de um deles, total ou parcialmente, a desconstitui."<sup>328</sup>

O que se propõe, no presente trabalho, é uma leitura da disponibilidade de direitos no âmbito trabalhista inversa daquela que se tem feito em outros ramos do Direito. De maneira liberal e individualista, apegada ao já superado dogma da autonomia da vontade, aquela leitura reconhece a disponibilidade *prima facie* dos direitos com fundamento num direito geral de liberdade. Jorge Pinheiro CASTELO alerta sobre a aplicação destas ideologias no âmbito do direito do trabalho:

A atual preocupação com relação ao tema da transação e da renúncia de direitos trabalhistas mudou de direção ou rumo.(195) Isto porque, a doutrina que, esotericamente, se pretende "moderna" passou a abordar o tema não com o objetivo de assegurar a tutela e o cumprimento do direito. Porém, com o claro escopo de estabelecer segurança jurídica ao mau pagador ou do devedor inadimplente a partir da validade da renúncia obtida mediante uma suposta transação individual do trabalho. Trata-se de preocupação deslocada de sentido e objetivo sério, na medida que aquele que efetivamente cumpriu o direito não tem com que se preocupar. Além disto, não comporta na racionalidade jurídica a tentativa de se dar segurança jurídica ao inadimplente ou o mau pagador, em especial quando está em jogo direitos irrenunciáveis considerados pelo sistema jurídico como fundamentais.<sup>329</sup>

---

<sup>326</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>327</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho da lei e na jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 1997. p. 91.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>329</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Estudos sobre renúncia e transação**. p. 195-196.

Aqui, não se pretende estabelecer segurança jurídica ao empregador que é constituído devedor em sede de ação coletiva, ao mau pagador, como afirma o autor. O que se propõe, neste trabalho, é uma noção apartada das correntes que elevam ao nível máximo a liberdade individual em detrimento, inclusive, de outras garantias. Busca-se uma conceituação derivada de uma visão constitucionalizada do direito do trabalho. Para tanto, a regra que se coloca é a de que, tratando-se de Direito do Trabalho, ter-se-á a indisponibilidade *prima facie*, sendo a disposição, ou até mesmo o não exercício dos direitos, somente cabível nas hipóteses expressamente previstas em lei, ou naquelas em que a limitação da faculdade de renunciar significará a escravidão e não liberdade material do trabalhador. Porém, o ônus argumentativo de afastar a premissa geral será daquele que pretender reconhecer a validade do ato de disposição de direitos e não da garantia de indisponibilidade de direitos.

Assim, os critérios para se admitir um ato de disposição de direitos pelo trabalhador, ou seja, para se afastar a indisponibilidade *prima facie*, são ligados ao seu objeto, antes de qualquer análise dos requisitos jurídico-formais de validade do ato, expostos acima, a partir da legislação civilista. Isto porque, somente se haverá de falar de ato válido ou inválido se juridicamente possível sua prática. Neste sentido, DELGADO recomenda se iniciar a análise pelo requisito do objeto da transação, vez que "somente será passível de transação lícita parcela juridicamente não imantada por indisponibilidade absoluta"<sup>330</sup>.

E estes critérios prévios dizem respeito, principalmente, ao âmbito de direitos que se diz serem disponíveis e sua compatibilidade com as finalidades do direito do trabalho, notadamente do princípio da proteção, da preservação do sistema e evitação de atos de concorrência desleal, e da coerência do ato individual com os interesses da coletividade em que se insere.

Quanto às finalidades do Direito do Trabalho, Maurício Godinho DELGADO explica que há, também, uma função econômica, que possui várias dimensões, sendo uma delas, em especial, voltada ao sentido concorrencial, "não permitindo que setores mais atrasados e primitivos realizem concorrência desleal e retrógrada

---

<sup>330</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Sao Paulo: LTr, 2014. p. 216.

em face dos setores econômicos mais modernos e civilizados (...). O ramo jurídico, portanto, tem um papel racionalizador quanto ao funcionamento do próprio mercado econômico, evitando concorrência desleal e deletéria."<sup>331</sup> E a relevância disso, para o tema aqui tratado, é que, assim como a estipulação de padrões mínimos de contratação da força de trabalho, a vedação a que os trabalhadores disponham destes padrões representa uma garantia de que nenhum empregador se beneficiará disto para, gastando menos com o fator de produção trabalho, obter maiores lucros ou oferecer serviços e produtos a preços mais baixos, operando uma concorrência desleal.

E, neste sentido, as delimitações a seguir expostas acerca do objeto passível de disposição no Direito do Trabalho, assim como já se disse em relação a este ramo jurídico como um todo, tem uma característica ambivalente, de tanto proteger o trabalhador, já que, como afirma GIGLIO, " sem essa limitação à atividade comercial das partes as normas protecionistas do empregado nenhum benefício lhe trariam pois não seriam cumpridas"<sup>332</sup>, como também de servir ao capital, garantindo a preservação e continuidade do sistema capitalista de produção.

A principal destas limitações diz respeito às características do direito que se pretende seja objeto do ato de disposição. Quanto a isto, a doutrina costuma distinguir entre direitos marcados por uma indisponibilidade absoluta e aqueles caracterizados pela indisponibilidade relativa. É o que explica, por exemplo, no âmbito do direito do trabalho, Maurício Godinho DELGADO, afirmando que são cobertos pela indisponibilidade absoluta aqueles direitos que dizem respeito a "um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico", como é o caso do direito à assinatura da CTPS ou os relativos à saúde e à segurança do trabalho.<sup>333</sup> Além disso, classifica como de indisponibilidade absoluta os direitos "protegido(s) por norma de interesse abstrato da respectiva categoria", indicando que "a área de indisponibilidade absoluta no Direito Individual é, desse modo, mais ampla do que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito

---

<sup>331</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia**. p. 80.

<sup>332</sup> GIGLIO, Wagner D. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 43.

<sup>333</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. p. 50.

Coletivo."<sup>334</sup>

De outro lado, afirma ser apenas relativamente indisponível "quando a vantagem jurídica enfocada traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico"<sup>335</sup>, sustentando que "as parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), *desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado*"<sup>336</sup>.

Gabriela Neves DELGADO também explica que, tratando-se de direitos considerados absolutamente indisponíveis, nem mesmo quando todos os demais requisitos jurídico-formais estiverem presentes, nem que haja consentimento do empregado, caberá transação. Isto porque, esta deve respeitar "a diretriz nuclear da indisponibilidade de direitos trabalhistas que assegura ao empregado um patamar mínimo, mas civilizatório, de direitos. (...) é proibida qualquer transação de direitos cuja indisponibilidade seja considerada absoluta."<sup>337</sup>

E a autora, então, complementa considerar-se "função estatal proteger e preservar o valor do trabalho digno por meio da regulamentação jurídica"<sup>338</sup>, acrescentando que, para isto, "pelo menos os direitos de indisponibilidade absoluta devem ser assegurados a todo e qualquer trabalhador. (...) Portanto, os direitos de indisponibilidade absoluta devem ser considerados patamar mínimo para a preservação da dignidade do trabalhador"<sup>339</sup>.

E é exatamente este o papel que exerce o direito humano e fundamental ao trabalho, em uma das dimensões expostas por Leonardo Vieira WANDELLI, de direito a um padrão juridicamente protegido de trabalho. Trata-se de um direito à proteção da relação de emprego, enquanto condição para o acesso ao rol de direitos disposto pela Constituição Federal.

Na obra acerca do direito humano e fundamental ao trabalho, o autor demonstra que este não é apenas um direito a uma contraprestação, um meio para a sobrevivência, mas é "a condição para efetividade dos demais direitos

---

<sup>334</sup> Idem.

<sup>335</sup> Idem.

<sup>336</sup> Idem (grifos no original).

<sup>337</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. p. 213.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>339</sup> Idem.



fundamentais”<sup>340</sup> e “uma reivindicação essencial para a emancipação das pessoas que vivem do trabalho”.<sup>341</sup>

WANDELLI esclarece que os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. A dimensão subjetiva é aquela que gera direitos subjetivos exigíveis individualmente por seus titulares. De outro modo, a dimensão objetiva se refere mais à perspectiva da coletividade, e impõe, ao Estado e aos particulares, obrigações de respeito, proteção e implementação dos direitos fundamentais.<sup>342</sup>

Também o direito fundamental ao trabalho, portanto, tem sua dimensão objetiva, que gera para o Estado e os particulares as obrigações citadas.<sup>343</sup> Neste ponto, WANDELLI faz menção a vários direitos subjacentes a este direito fundamental ao trabalho, bem como a posições jurídicas por ele abarcadas:

O direito ao trabalho não é só uma mediação para outros bens e seu papel para a dignidade, saúde e autonomia não é substituível por prestações materiais que atendam àquelas necessidades antes referidas. Também não basta o acesso a um posto de trabalho remunerado. Para assegurar-se o desenvolvimento da personalidade por meio do trabalho, otimizando saúde e autonomia, ainda que em um patamar próprio ao mínimo existencial, fazem-se necessárias, além dessas, diversas outras dimensões relativas às condições organizacionais do trabalho, ao conteúdo do trabalho e um certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho.<sup>344</sup>

No tocante a este “certo grau de proteção e segurança nas relações de trabalho”, WANDELLI estabelece como uma das dimensões do direito ao trabalho o “direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido”<sup>345</sup>

Tratando do regime de emprego, ou seja, das relações jurídicas regidas pela CLT, o autor afirma que há “uma obrigação, de parte do Estado e dos particulares, de **respeito**, que impõe não o violarem, inclusive mediante leis definidoras do suposto fático de incidência desse padrão, assim como mediante práticas jurídicas concretas de fraude ao regime legal de proteção”<sup>346</sup>, demonstrando-se tratar da dimensão objetiva do direito fundamental em questão.

Deste modo, ainda que se estabeleça um determinado espaço de

---

<sup>340</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. p. 24.

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 239-243.

<sup>343</sup> Ibidem, p. 241-247.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 298-304.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 299. (grifo no original)

disponibilidade de direitos pelo trabalhador, este deve ser compatível com a natureza da relação de trabalho, em especial resguardando-se este direito fundamental a um padrão juridicamente protegido de trabalho, enquanto *standard* mínimo, que é a forma de acesso a outros direitos fundamentais.

A CLT, inclusive, estabelece, em seu artigo 9º, que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, o que, evidentemente, inclui os atos contrários à proteção da relação de emprego.

Diante disso, o que se verifica é que a renúncia de direitos do trabalhador e os seus atos de disposição de direitos de uma forma geral, sejam os realizados por ele mesmo, no plano individual, sejam aqueles efetuados no âmbito da negociação coletiva, não podem atingir direito fundamental do trabalhador. Em razão disso, não devem englobar as condições inerentes à relação de emprego, a qual é protegida enquanto manifestação do direito fundamental ao trabalho, isto é, do direito fundamental a um padrão de trabalho juridicamente protegido.

Além deste, há o aspecto da ligação que tem o objeto do ato de disposição com os interesses do grupo ou coletividade. De um lado, para dispor de um direito é necessário que se tenha a titularidade deste direito. De outro lado, principalmente no caso do direito do trabalho, trata-se de uma dupla titularidade: do sujeito e do grupo (ou categoria profissional) que integra.<sup>347</sup> E isto mesmo que não se trate de titularidade de direito material, como se dá na legitimação extraordinária, que ocorre na situação objeto do presente trabalho. FABRIS afirma que “il gruppo è riconosciuto anche titolare di un'azione – processuale o sostanziale – *ad hoc*”<sup>348</sup>, acrescentando que “non solo il diritto indissolubilmente al titolare, ma è anche interesse della comunità che tale concessione permanga”<sup>349</sup>, o que faz toda a diferença quando se trata de dispor de direitos reconhecidos através do e para o grupo ou categoria, por meio de uma ação coletiva.

COUTINHO sublinha, a propósito, que não se trata de uma indisponibilidade sob o aspecto subjetivo, ou seja, em razão da pessoa ou do sujeito envolvido, capaz de gerar a ineficácia do ato, mas sim sob o aspecto objetivo, que gera sua

---

<sup>347</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 267-268.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 269.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 272.

invalidade. E isto porque, de acordo com COUTINHO, da indisponibilidade sob o aspecto subjetivo "decorreria a função de garantias de terceiros, em especial credores, contra atos depauperativos do patrimônio do titular do direito, no caso de um devedor"<sup>350</sup>. Enquanto que, no direito do trabalho, "o escopo visado não é a garantia de credores ou terceiros, senão o próprio trabalhador, tido como hipossuficiente, em uma dada relação jurídica"<sup>351</sup>.

Além disso, FABRIS também explica que, embora a faculdade de gozo do direito subjetivo integre o seu conteúdo, "sia che si aderisca alla impostazione di chi vuole che tale risultato, costituisca lo "scopo ultimo" del diritto, appare delineata, nella sua reale dimensione, l'incidenza della tesi proposta "sull'effettività" di tali diritti"<sup>352</sup>, isto é que "l'ordenamento si deve allora preoccupare non solo dell'aspetto negativo della tutela, garantendo che nessuno turbi il godimento di questo diritto, ma deve far sì che il soggetto si attivi per goderne effettivamente",<sup>353</sup> de maneira que, igualmente, o escopo da indisponibilidade é permitir a efetividade do direito.

Assim, se reconhecido que o rol de direitos trabalhistas estabelecidos pela lei ou por outro instrumento normativo é fruto de luta de classes, é dizer, de conquista<sup>354</sup>, trata-se de algo que pertence não só a cada indivíduo, mas à integralidade da classe ou categoria que o conquistou. Permitir sua disponibilidade individual seria aceitar a aniquilação do resultado das lutas, seria desperdiçar todas as conquistas. Isto não diz respeito apenas ao direito individual do trabalhador, porém, à conservação dos direitos de toda uma categoria, e, ainda, à necessidade de se manter um padrão mínimo de contratação trabalhista, que evite a concorrência desleal neste ponto.

Quando se adentra no âmbito do processo coletivo, em especial no da execução coletiva, também esta perspectiva deve ser tomada em consideração, como far-se-á no capítulo seguinte.

## 2.4. A INDISPONIBILIDADE NO ÂMBITO DA AUTONOMIA COLETIVA

---

<sup>350</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **A indisponibilidade de direitos trabalhistas**. p. 10.

<sup>351</sup> Idem.

<sup>352</sup> FABRIS, Piera. Op. cit., p. 294.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 272-273.

<sup>354</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Op. Cit., p. 95.

Do mesmo modo como traçado em relação à disposição de direitos por ato praticado individualmente pelo trabalhador, quando se trata da autonomia coletiva, há controvérsias acerca de suas restrições.

Vólia Bomfim CASSAR alerta para o fato de que, entre as correntes existentes quanto às possibilidades de renúncia e transação no direito do trabalho, há uma no sentido "de que tudo é possível através de norma coletiva, em face da flexibilização autorizada pela Carta/88. Defendem que se a Constituição permitiu o mais, que é a redução salarial pela via negocial, o menos está automaticamente autorizado."<sup>355</sup>

Entre aqueles que adotam esta corrente, está Arion Sayão ROMITA, afirmando não existir razão para a proibição de renúncia no âmbito coletivo por deixar de existir seu elemento fundamentador, a desigualdade, a debilidade do sujeito:

(...) quando entra em cena a entidade sindical, o indivíduo deixa de ser débil. A debilidade do empregado cessa quando, em seu lugar, negocia o sindicato, cuja característica essencial é exercer contrapoder em face do empregador (que tem, por natureza, poder econômico). Equilibrados os pratos da balança pela negociação coletiva, já não se justifica a inderrogabilidade da lei. Justifica-se, assim, a estipulação *in peius*, porquanto o sindicato assegura vantagens coletivas mais relevantes em certos casos, sacrificando determinados direitos patrimoniais para obtenção, por exemplo, de garantia dos empregos existentes.<sup>356</sup>

Apesar disso, o mesmo autor reconhece existir um limite específico à disponibilidade de bens e direitos na negociação coletiva: os direitos fundamentais<sup>357</sup>, como, aliás, é comum entre a maioria dos doutrinadores.

Maurício Godinho DELGADO, por outro lado, afirma que, sendo o empresário um "ser coletivo típico"<sup>358</sup>, assim como o são as organizações obreiras (principalmente os sindicatos), "o debate que se abre, nesse contexto, é entre seres teoricamente equivalentes, já que ambos coletivos (...), sumamente diverso da linha assimétrica de comunicação existente entre o empregador e o empregado, tomado este como pessoa física específica e isolada"<sup>359</sup>, mas, ainda assim, a negociação por

---

<sup>355</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 04, abr 2004. p. 411.

<sup>356</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. p. 412.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 413.

<sup>358</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Poder, democracia e empresa**. São Paulo: LTr, 1996. p. 155.

<sup>359</sup> Ibidem. p. 156.

parte do ente sindical em nome da categoria, também está sujeita a algumas restrições. Explica que não é possível que exista, por parte do ente coletivo (o sindicato) uma renúncia de direitos, enquanto “despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso”, ao passo que se aceita a transação, “despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos”.<sup>360</sup>

O mesmo autor afirma não ser possível prevalecer o pacto coletivo “*concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa) (...) parcelas (...) imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional*”<sup>361</sup>.

Poder-se-ia trazer esta visão para o âmbito do processo coletivo ao considerar o pedido feito pelo ente legitimado numa ação coletiva, que, em virtude da limitação da sentença ao que consta do pedido da petição inicial, pode significar deixar de reconhecer algum ou alguns direitos ou parte deles. Por isso, é que Sergio Cruz ARENHART defende uma revisão do princípio da demanda no ordenamento atual, a fim de se reconhecer que o juiz, tendo como missão a concretização de direitos, pode agir, inclusive, suprimindo uma deficiência da parte na postulação do direito<sup>362</sup>.

Contudo, tanto no âmbito da negociação coletiva, como na esfera do processo coletivo, não é a atuação do ente coletivo em si que aqui interessa, mas a atuação individual do integrante desta categoria frente aos instrumentos coletivos, é dizer, apenas, a possibilidade de disposição individual dos direitos decorrentes desta atuação.

Neste ponto, quanto aos direitos constantes de instrumentos de normatização coletiva, a CLT é expressa em impedir que a livre pactuação do contrato de trabalho ultrapasse o disposto nos contratos coletivos, isto é, nos

---

<sup>360</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011. p. 1330. No mesmo sentido em outra obra do mesmo autor: DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001. p. 137.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>362</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 178-186.

acordos coletivos de trabalho e nas convenções coletivas de trabalho<sup>363</sup>.

Já em relação aos direitos reconhecidos por sentença coletiva, como já restou evidente, não há disposição legislativa expressa, o que faz surgir o problema que inaugura a presente pesquisa.

---

<sup>363</sup> Art. 444: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes."

### 3. A EXECUÇÃO DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS TRABALHADORES E SUA (IN)DISPONIBILIDADE INDIVIDUAL

#### 3.1. A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ESFERA PROCESSUAL TRABALHISTA.

O princípio da proteção é tradicionalmente visto como base do direito do trabalho e a doutrina costuma citar como princípio dele decorrente o princípio da irrenunciabilidade, assim como o faz em relação ao princípio da aplicação da norma mais benéfica e do *in dubio pro operario*<sup>364</sup>.

Ocorre que a visão tradicionalmente aceita do princípio da proteção é fundada nos ensinamentos de Américo PLÁ RODRIGUEZ<sup>365</sup>. Este autor apresenta uma visão de princípios distinta da que se tem como adequada a uma visão constitucionalizada do Direito do Trabalho por entender que princípios são fontes inspiradoras da produção normativa, mas não compreender que possuam força normativa autônoma, que, ao lado das regras, sejam espécies de normas.

Isto porque, conforme exposto no primeiro capítulo da presente pesquisa, numa perspectiva constitucionalista do Direito, em que vige a supremacia dos valores fundamentais, no entanto, o princípio da proteção, no âmbito do Direito do Trabalho, pode ser visto como o melhor filtro para se estabelecer a filtragem constitucional<sup>366</sup> deste ramo. O princípio deve servir não apenas como um tapaburacos, como uma opção hermenêutica diante da dúvida, mas, como explica Aldacy Rachid COUTINHO, como a base de todo o Direito Trabalhista, anterior a qualquer interpretação e até mesmo à produção normativa<sup>367</sup>. Tal noção decorre da sua característica de princípio dotado de normatividade, nos termos expostos no primeiro capítulo.

---

364 É o caso, por exemplo de PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. cit.

365 Idem.

366 Expressão utilizada, aqui, no sentido proposto por CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 54, jan/mar 2006. p. 33. E SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

367 COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**.

Apesar de ser normalmente relacionado apenas às questões de direito material do trabalho, do mesmo modo, este deve ser o princípio norteador do processo judicial que objetiva efetivar o Direito do Trabalho. Isto porque, de um lado, o princípio da proteção é anterior à criação e aplicação deste direito. De outro, a Jurisdição no Estado Democrático de Direito não se presta mais apenas à finalidade liberal-positivista<sup>368</sup> de solução de conflitos ou de atuação da vontade concreta da lei, mas, sim, de efetivação do Direito material, conforme se verá a seguir. Então, quando se trata de efetivar judicialmente o direito material trabalhista, para verdadeiramente concretizar estes direitos na prática, não se pode esquecer da natureza da relação entre empregado e empregador, enquanto relação desigual de poder.

Isto porque é ensinamento elementar do direito processual o caráter instrumental do processo, ou seja, de não ser um fim em si mesmo, porém, um meio para se atingir a finalidade de tutela do direito material. Assim, CAPPELLETTI afirma que o processo e o direito processual "deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho."<sup>369</sup>

Por isso, não se pode olvidar da especificidade dos sujeitos envolvidos nestas relações processuais, do conflito que constitui seu objeto, um "confronto (que) se dá, basicamente, entre litigantes desiguais: o trabalhador subordinado e seu empregador subordinante, ou um prestador de serviço e o beneficiário destes"<sup>370</sup>. Apesar de se tornar relação jurídica de direito processual, não perde sua característica de relação de conflito de classes, pois, como diz Marcio Tulio VIANA,

---

<sup>368</sup> Entende-se por liberal aquela atuação estatal que não intervem nas relações entre particulares, ou intervem o mínimo possível, pois privilegia a vontade individual como fonte criadora de obrigações. Já positivista refere-se à corrente doutrinária que entende o Direito como uma ciência pura, que não deve se contaminar com outros ramos da ciência, e que exerga o ordenamento jurídico como um conjunto de regras perfeito, sem falhas, cujas antinomias são resolvidas por critérios objetivos. Assim, falar de uma atividade jurisdicional liberal-positivista é tratar de uma atuação estatal que pouco interfere nas relações entre particulares, que aplica as regras, mas não lida adequadamente com os princípios enquanto espécies de normas, e que tem como objetivos a solução dos conflitos e a atuação da vontade concreta da lei, mas não necessariamente a concretização e efetivação do direito material na prática.

<sup>369</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tompas A. Banzhaf. Buenos Aires: europa-america, 1974. p. 6.

<sup>370</sup> CORRÊA, Claudia Gigio Veltri; GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. rev. ampl. atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.



"não é só no dia-a-dia do contrato que empregador e empregado se situam em posições desiguais. Ao contrário, a disparidade de forças tende até a crescer nas barras dos tribunais."<sup>371</sup> A simples presença do juiz não retira esta característica, não tem o condão de restabelecer a igualdade. A ausência desta não é meramente circunstancial da relação empregatícia, mas decorrente do conflito de classes por ela apenas representado.

Segundo GIGLIO e CORRÊA, a desigualdade no âmbito processual é ainda maior que no âmbito material. Além da subordinação social, o trabalhador que busca o Judiciário está, também, sujeito a uma inferioridade probatória, pois é da empresa, "sede do poder econômico, (..) desse ambiente hostil (...) que o trabalhador deve extrair as provas documental e testemunhal (...), obtidas com toda a facilidade pelo empresário"<sup>372</sup>.

Além desta questão, os autores apontam para o fato de as características do detentor do capital o incluírem entre aqueles chamados de "litigantes habituais"<sup>373</sup>, uma vez que "a superioridade do beneficiário dos serviços prestados se revela, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico que pode obter, pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados ou dependentes econômicos, e pela maior idoneidade financeira para suportar as delongas e as despesas processuais"<sup>374</sup>.

Por estas razões, os autores incluem o princípio protetor entre os específicos do direito processual do trabalho, sustentando tal posição em princípios constitucionais, afirmando que "justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desigalam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade"<sup>375</sup>.

Leonardo Vieira WANDELLI explica a forma como o princípio da igualdade se aplica ao processo, afirmando que "se para que haja participação simétrica no processo deve haver igualdade de oportunidades, essa igualdade deve ser propiciada em função das desigualdades materiais das partes e das peculiaridades

---

<sup>371</sup> VIANA, Marcio Tulio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 414.

<sup>372</sup> CORRÊA, Claudia Gigio Veltri; GIGLIO, Wagner D. Op. Cit., p. 90.

<sup>373</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpr. 2002. p. 25.

<sup>374</sup> CORRÊA, Claudia Gigio Veltri; GIGLIO, Wagner D. Op. Cit., p. 85.

<sup>375</sup> Idem.

da controvérsia, sob pena de, decaindo em mera formalidade, fazer-se do processo um instrumento de legitimação da desigualdade social"<sup>376</sup>. Assim, a incidência do princípio da proteção está apenas a compensar a desigualdade entre as partes.

Ainda, o princípio protetor, enquanto base do direito trabalhista, está implicitamente previsto na Constituição Federal. Isto porque, é decorrente da dignidade da pessoa humana e "concretiza princípios constitucionais que constituem princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito"<sup>377</sup>. Assim, não há como negar a existência de duas dimensões do princípio: a dimensão de "direitos subjetivos públicos, ou seja, direitos do indivíduo perante o Estado que podem ou não ser exercitados, mas também possuem uma dimensão objetiva (...) na medida em que justifica e, mesmo, vincula a atuação estatal à produção de condições de trabalho que garantam uma existência digna ao trabalhador"<sup>378</sup>.

Por vincular o Estado, o princípio protetor vincula o Poder Legislativo a não apenas criar normas de direito substancial a partir dele, assim como de concretizá-lo por meio de normas processuais. Conseqüentemente, o princípio protetor vincula, também, o Poder Judiciário, na aplicação destas normas na prática, diante de relações jurídicas que, apesar de processuais, são representativas de uma luta de classes, entre capital e trabalho.

Como explica CASTELO, ainda que se possa falar de uma teoria geral do processo, reguladora do exercício do poder jurisdicional, "não há dúvida de que existem diferenças entre os vários ramos do direito processual que os distinguem uns dos outros (...), visto que lidam com valores, especificamente considerados, diferentes."<sup>379</sup> E complementa o autor: "no processo trabalhista cuida-se de valores, especificamente considerados, ligados ao direito objetivo laboral, no processo civil de valores aderentes ao direito objetivo de natureza civil, no processo penal de valores adstritos ao direito objetivo penal".<sup>380</sup>

Deste modo, o Direito Processual do Trabalho deve ser adequado ao direito

---

<sup>376</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 410.

<sup>377</sup> GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 43.

<sup>378</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>379</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tratado de direito processual do trabalho na teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo : LTr, 2012. p. 19.

<sup>380</sup> Ibidem, p. 20.

material que constitui seu objeto. Assim, também neste âmbito, deve ter influência o princípio protetor, tanto nas relações jurídicas processuais individuais clássicas, como naquelas coletivas, em que se apresenta, como autora, toda uma categoria, por meio de um representante.

Há quem se oponha à aplicação do princípio da proteção, como Arion Sayão ROMITA. Este autor baseia-se num suposto caráter sinalagmático da relação de trabalho para afirmar não ser “função do direito (...) proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é *regular* a relação em busca da realização do ideal de justiça”<sup>381</sup>.

Entretanto, não se pode acolher tais fundamentos diante de tudo o que se tratou até aqui. Por ser verdadeira luta de classes, na qual não há sequer igualdade nas prestações (o trabalho é remunerado por valor inferior àquilo que agrega à mercadoria), não há como defender uma igualdade de tratamento nas relações trabalhistas. Como afirma COUTINHO, se não proteger o trabalhador, protegerá o capital, o centro de poder da relação<sup>382</sup>.

Assim, negar influência do princípio da proteção ao processo trabalhista é negar a existência prévia de uma luta de classes, de uma relação muito mais ampla do que de mera subordinação jurídica.

Aplicar este princípio como vetor hermenêutico, além de guiar a interpretação normativa, pode significar, por vezes, inclusive o caminho inverso. Ou seja, deixar de aplicar a CLT para aplicar o direito processual comum quando este contar com "regra (...) nitidamente mais avançada em termos de efetividade"<sup>383</sup>, pois "é preciso encontrar um caminho para a proteção do empregado. (...) este não pode ficar prejudicado"<sup>384</sup>. Portanto, é não se prender à CLT, não vislumbrá-la como boia de salvação e melhor instrumento legal à disposição da proteção da classe trabalhadora, mas interpretar todo o ordenamento jurídico com esta finalidade.

Deste modo, este é o princípio que continua norteando a pesquisa daqui em diante. Não se abandona tudo o que se disse até aqui, acerca da natureza da relação

---

381 ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 7.

382 COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. p. 7.

383 CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173.

384 Idem.

entre capital e trabalho e acerca da indisponibilidade de direitos trabalhistas. Todas as observações já construídas a partir do princípio protetor, na forma de instrumento de incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, serão trazidas para o âmbito processual. Este novo cenário não apaga a especificidade das relações. O âmbito em que acontece a situação de disposição de direitos, que é tipicamente de direito material, não terá importância além da necessária, ou seja, a substancialidade da relação não será substituída pela formalidade do ambiente processual, ignorando-se a realidade existente entre os litigantes.

### 3.2 OS FINS DA TUTELA COLETIVA PARA A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Poder Judiciário é expressão do poder estatal na função de heterotutela, pois, no Estado de Direito, a autotutela é, em regra, vedada, impondo-se àquele que entende estar sendo lesado um direito seu a busca pelo Estado-juiz, ou seja, pelo Poder Judiciário, para que intervenha, solucionando o conflito<sup>385</sup>. No Direito do Trabalho, maiores são as exceções a esta vedação, do ponto de vista do empregador, o qual tem, como devedor do salário e credor da prestação do serviço, um certo poder de autotutela, podendo, por exemplo, efetivar descontos salariais e aplicar penalidades se o serviço não tiver sido prestado adequadamente (aos seus olhos). No entanto, em relação ao trabalhador lesado em seus direitos, o mesmo não acontece, razão pela qual criou-se o Poder Judiciário Trabalhista para solucionar estas situações<sup>386</sup>, portanto, poder estatal que exerce função jurisdicional. Esta função, denominada Jurisdição, constitui um dos institutos fundamentais da Ciência do Direito Processual.

Por esta fundamentalidade do instituto, de longa data se busca conceituá-lo. Dois grandes processualistas italianos tiveram suas conceituações consagradas no estudo do direito processual: Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Giuseppe CHIOVENDA definiu jurisdição como "a função do Estado que tem

---

<sup>385</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 26-31.

<sup>386</sup> Neste sentido: ALEMÃO, Ivan. O jurídico na relação de trabalho. **Confluências – Revista Interdisciplinar de sociologia e direito**. v. 10, n. 2, 2008. p. 127-137.

por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva".<sup>387</sup> Já Francesco CARNELUTTI afirmou se tratar da função que objetiva a justa composição da lide, a cessação da contenda<sup>388</sup>.

Embora os dois conceitos aparentem diferenças, MARINONI observa que ambos "beberam na mesma fonte"<sup>389</sup>, a fonte do liberalismo, do Estado Legislativo de Direito, antecessor do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Tratava-se, em primeiro lugar, de um Estado em que o juiz atuava como "boca da lei", sem qualquer preocupação acerca da compatibilidade do conteúdo do texto legal com qualquer outro diploma, que dirá com uma Carta Constitucional. Além disso, consistia numa atuação do Estado-juiz que interferisse o mínimo possível na relação entre as partes, e menos ainda que atingisse terceiros não integrantes do processo.

Contudo, com o movimento de constitucionalização do Direito, o qual teve como pressuposto a ideia de supremacia da Constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico, também o direito processual foi atingido pela impregnação dos princípios constitucionais e teve alterados seus pilares, como é o caso do conceito de Jurisdição e da finalidade do processo.

No Estado Constitucional de Direito, a finalidade da jurisdição vai muito além da atuação da vontade concreta da lei de CHIOVENDA ou da solução da lide de CARNELUTTI, tendo estas apenas como conseqüências. A Jurisdição, agora, conforme MARINONI, deve atuar no sentido de serem "os direitos (...) efetivamente tutelados (ou executados)"<sup>390</sup>, tudo em conformidade com a Carta Magna.

Conseqüência, também, da evolução da ciência do direito processual, que, não necessitando mais reafirmar sua autonomia científica, pode alcançar um terceiro momento metodológico, após vencidos o sincretismo e o autonomismo, qual seja: o da instrumentalidade do processo.

Contudo, como afirma DINAMARCO, "é vaga e pouco acrescenta ao

---

<sup>387</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 8

<sup>388</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 82-83 e 93.

<sup>389</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: < marinoni.adv.br > Acesso: 22 ago 2014. p. 16

<sup>390</sup> Ibidem, p. 83.

conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego"<sup>391</sup>. Assim, CAPPELLETTI afirma ser a instrumentalidade "la primera "puerta" y, quisiera decir, la puerta grande a través de la cual las ideologías penetran en el proceso", ideologías que não são apenas do direito processual, mas "forman la base del derecho sustancial, público y privado, y de sus institutos"<sup>392</sup>.

Portanto, além de falar na instrumentalidade do sistema processual, é preciso dizer instrumental em relação a quê, ou seja, quais são as ideologias que, sendo base do direito material, adentram o processo, a quais objetivos o processo deve alcançar.

Neste sentido, DINAMARCO também explica que "é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ele passa"<sup>393</sup>. Tanto o é que, como expõem CAPPELLETTI e GARTH, "nos estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente"<sup>394</sup>

Atualmente, no entanto, o Brasil se configura como um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que "repudia a filosofia política dos "fins limitados do Estado"<sup>395</sup>, o liberalismo político, um Estado "declaradamente intervencionista"<sup>396</sup>, no qual o processo deve ser visto como "o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*"<sup>397</sup>,

Para tanto, é evidente a necessidade de técnicas e atividades que vão muito além daquelas do processo civil tradicional de resolver conflitos entre duas partes. Assim é que surgiram diversos outros instrumentos processuais, como aqueles destinados ao controle de constitucionalidade concentrado, tanto por ação, como por

---

<sup>391</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149

<sup>392</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. p. 6.

<sup>393</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 30.

<sup>394</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 9.

<sup>395</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 31.

<sup>396</sup> Idem.

<sup>397</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, jan/dez 2006. p. 305.

omissão (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção), provimentos de urgência (antecipação dos efeitos da tutela e cautelar), entre outros.

Além disso, discute-se a questão do acesso à justiça, de uma forma bem mais ampla que a simples esfera de poder chegar ao Poder Judiciário, e, sim, na forma como DINAMARCO entende a instrumentalidade do sistema processual em seu aspecto positivo, a qual engloba: "a) a admissão em juízo; b) o modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade"<sup>398</sup>.

Como uma corrente metodológica do processo civil posterior à instrumentalidade de DINAMARCO, tem-se o formalismo-valorativo, teorizado, por exemplo, por Daniel MITIDIERO, o qual defende uma nova visão do processo, por meio da constitucionalização e impregnação deste com valores constitucionais. Afirma o autor que "o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação"<sup>399</sup>.

Assim, esta visão constitucionalista do processo se mostra adequada à presente pesquisa na medida em que se busca, por meio do aperfeiçoamento da tutela coletiva, o atingimento dos objetivos previstos na Constituição.

Não é à toa que, no Brasil, esta preocupação com as finalidades atingidas pelo processo se aprofundou ainda mais nas últimas décadas. Como resultado da constitucionalização de todos os ramos do Direito e, em especial, da redemocratização do país e da promulgação da Constituição de 1988, houve o surgimento de inúmeros "novos direitos". Além disso, aumentando-se o conhecimento das pessoas acerca de seus direitos, seguiu-se, também, um aumento na litigiosidade e, conseqüentemente, a incapacidade do Poder Judiciário de atender a todas as demandas adequada e efetivamente.

Isto fica evidente, por exemplo, nos dados empíricos e estatísticos trazidos na pesquisa de Gustavo Milaré ALMEIDA, que demonstram o aumento vertiginoso do

---

<sup>398</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 273.

<sup>399</sup> MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**. O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 32.

número de novas causas anualmente, assim como daquelas já em trâmite no Poder Judiciário, incrementando a chamada taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro<sup>400</sup>. Assim, o autor conclui que "o Estado tem assegurado o simples acesso à justiça, mas não a efetiva garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXV), isto é, o acesso a um Poder Judiciário que disponha de instrumentos aptos a proverem uma tutela de direitos rápida, prática e satisfatória"<sup>401</sup>.

Assim, fica claro que o sistema jurídico e, em especial, o direito processual tradicional, seja no âmbito civil ou trabalhista, não é suficiente para responder às demandas dos jurisdicionados, para efetivar direitos, muito menos para verdadeiramente entregar justiça. Algumas iniciativas tentaram dar uma resposta a este quadro, como é o caso da Emenda Constitucional n.º 19/98, que estabeleceu o princípio da eficiência a ser seguido por todos os Poderes, inclusive o Judiciário, e a Emenda n.º 45/04, que realizou verdadeira reforma do Judiciário.

Importante atentar-se para a colocação de CAPPELLETTI e GARTH de que o acesso à justiça vai muito além da possibilidade de buscar o Poder Judiciário, mas inclui obter dele uma solução justa, adequada e efetiva, em um prazo também razoável. Esta última parte foi positivada em nossa Carta Magna, por meio da EC 45/04, a qual incluiu no art. 5º, o inciso LXXVIII<sup>402</sup>, determinando a razoável duração e a celeridade do processo. Porém, não tratou especificamente do resultado desta prestação jurisdicional, isto é, não falou de sua adequação e efetividade ao objeto. Desta forma, a prestação jurisdicional deve ser eficiente, o que inclui a sua celeridade, embora nisto não se resuma.

Além da ineficácia decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional, outro fator levou a uma profunda alteração na forma de enxergar o processo, e que é justamente a que aqui interessa. Trata-se, primeiramente, do reconhecimento de direitos cuja titularidade não pertence a ninguém em especial e, ao mesmo tempo, pertence a toda uma coletividade. São aqueles direitos que o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro denomina de direitos ou interesses

---

<sup>400</sup> ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 2012. 275f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 37.

<sup>401</sup> Ibidem, p. 38

<sup>402</sup> LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."



difusos e coletivos em sentido estrito, como é o caso do direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, à preservação do patrimônio histórico e paisagístico, e, no âmbito do direito do trabalho, questões relativas à segurança e ao meio ambiente do trabalho. São direitos marcados substancialmente pela indivisibilidade, vez que “não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”<sup>403</sup>, e, portanto, “frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”.<sup>404</sup>

Isto porque, decorrência do caráter instrumental do processo é sua relação de interdependência com o direito material e com suas necessidades, bem como o objetivo das diferentes espécies de tutelas o de “dar conta destas necessidades. É neste sentido que se diz que os direitos têm necessidade de várias tutelas. Como estas tutelas devem ser prestadas através da jurisdição, é preciso encontrar, no plano do direito processual, técnicas processuais que viabilizem a sua efetiva concessão.”<sup>405</sup>

O direito processual, tradicionalmente, é um âmbito “sociologicamente empobrecido”, pois, como explica Owen FISS, é (ou, talvez, era) um âmbito no qual “grupos sociais tais como internos de um presídio ou pacientes de um hospital não têm lugar (...) não há espaço para o sistema público de ensino, o presídio, o hospício ou o sistema público de habitação. Portanto, no âmbito dessa história, o mundo é composto exclusivamente por indivíduos”<sup>406</sup>.

Assim, diante da incapacidade do “processo individual – a lide individual – (...) de atender às necessidades atuais, que exigem meios mais eficazes para solução de conflitos de massa”<sup>407</sup> e da constatação de que “o processo clássico – idealizado sob o impacto dos princípios liberais do individualismo – que norteou as codificações

---

<sup>403</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

<sup>404</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 69.

<sup>405</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117.

<sup>406</sup> FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: \_\_\_\_\_ **Um novo processo civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad.: Carlos Alberto Salles (Coord.), Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 108-109.

<sup>407</sup> CESAR, João Batista Martins. **Tutela Coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr. 2013. p. 67.

do século XIX não se presta à solução concreta dos conflitos coletivos<sup>408</sup>, a resposta do Direito Processual a esta nova necessidade material foi a tutela coletiva de direitos, internacionalmente conhecida principalmente por instrumentos como os do Direito Estadunidense (em especial as *class action*), e que também serviu de inspiração pelo Direito Brasileiro.

Há um crescimento da legislação brasileira que dispõe sobre instrumentos de tutela coletiva, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito antes disso, entretanto, o ordenamento pátrio já previa algumas figuras, que hoje integram o chamado direito processual coletivo.

O instituto da ação popular, por exemplo, foi primeiramente previsto na Constituição Federal de 1934, tendo sido repetido pela maioria das constituições posteriores, exceto a de 1937. Referida modalidade de ação só foi regulamentada em 1964, com a Lei n.º 4.717/64, que permanece em vigor.

Posteriormente, em 1985, surge a Lei n.º 7.347/85, que institui a ação civil pública. Adiante, diversas outras leis regulam ações civis públicas especificamente para defesa de algum direito ou parcela da população. São elas, por exemplo: a Lei n.º 7.853/89, que prevê a possibilidade de propositura de ação civil pública para a defesa dos direitos dos portadores de deficiência, a Lei n.º 7.913/89, que institui a ação coletiva de defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários, a Lei n.º 8.069/90, relativa aos direitos das crianças e adolescentes, a Lei n.º 8.429/92, que tutela a probidade na administração pública, a Lei n.º 8.884/94, em defesa da ordem econômica e a Lei n.º 10.741/03, para a tutela dos interesses dos idosos.

Em 1990, finalmente, em obediência ao disposto nos arts. 5º, XXXII, CF e 48, do ADCT, foi promulgada a Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que regula amplamente a tutela jurisdicional coletiva, não apenas no âmbito consumerista, mas aplicável a outros ramos, como no trabalhista.

Embora não se possa ter o CDC como um Código de Processo Coletivo ou mesmo como diploma legal fundante de tal espécie de tutela no Brasil, vez que já existiam outros instrumentos e muitos deles permanecem vigentes, sua importância é inegável. Além de simplesmente reconhecer a possibilidade de ações coletivas, o referido Código trouxe definições das espécies de direitos coletivos *lato sensu*,

---

<sup>408</sup> Idem.

motivo de intensa controvérsia no campo da doutrina até então, e tratou de matérias processuais. Regulamentou a legitimação ativa para as ações coletivas, disciplinou os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e criou a modalidade de ação que é apenas artificialmente coletiva, por se voltar à defesa de direitos individuais em sua essência, mas que foram chamados de “individuais homogêneos”, de acordo com VENTURI, “nos moldes da *class action for damages* do direito norte-americano”<sup>409</sup>.

Atualmente, este conjunto de leis, em especial a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, por força do disposto no art. 90 do Código consumerista, é que rege a tutela coletiva de direitos no Brasil. Em breve, serão a elas acrescidas, ainda, as disposições do novo Código de Processo Civil, o qual aguarda sanção presidencial, em especial dois dispositivos: o art. 139, X<sup>410</sup>, ao determinar a necessidade de o juiz oficiar o Ministério Público e os demais entes coletivos legitimados diante da repetição de ações individuais com mesmo objeto; e o art. 333<sup>411</sup>, que possibilita a conversão de uma ação individual em coletiva em

---

409 VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

410 X: "quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva."

411 Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

determinadas situações.

É de se destacar a característica citada do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de elencar os direitos tuteláveis pela via coletiva, incluindo, entre eles, além dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, os individuais homogêneos. Estes últimos são de especial relevância para a compreensão do objeto de estudo da presente pesquisa, já que, por suas características, são os que comportariam, em tese, não só execução individual, como também disposição de direitos individualmente.

Cabe, então, verificar em que consiste cada uma destas espécies de direitos tuteláveis coletivamente.

O CDC, em seu art. 81, parágrafo único, fala em tutela coletiva e busca conceituar os direitos passíveis de defesa por este instrumento. Em seu inciso I, prevê como direitos ou interesses difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São, assim, nitidamente coletivos, ou transindividuais, marcados pela indeterminabilidade de seus titulares, e, ainda, de acordo com Kazuo WATANABE, pela “inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade de bem jurídico, no aspecto objetivo”.<sup>412</sup>

Sobre este aspecto subjetivo, segundo Ricardo de Barros LEONEL o que une estes titulares é “uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável”, como “o fato de residirem em determinado local ou região”<sup>413</sup>.

Quanto à sua natureza, já se disse ser indivisível, sendo caracterizados por aquilo que Antonio Herman V. BENJAMIN chama de “comunialidade do bem objeto da tutela”<sup>414</sup>, afirmando o autor que “os benefícios são fruídos pelo grupo de forma

---

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

<sup>412</sup> WATANABE, Kazuo. Capítulo I. Disposições gerais. In: \_\_\_\_\_ et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. p. 71.

<sup>413</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

<sup>414</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Título III. Da defesa do consumidor em juízo. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de**

coletiva e não exclusiva", ou seja, "a exclusão de um membro implicaria a exclusão de todo o grupo"<sup>415</sup>.

Em resumo, os direitos difusos têm como característica, primeiramente, a indivisibilidade de seu objeto, só podendo ser protegido no conjunto, de modo que a lesão a um integrante do grupo representa uma lesão ao todo. Além disso, são marcados pela indeterminabilidade de seus titulares, os quais são indeterminados e indetermináveis, e não têm, entre si ou com a parte contrária, uma relação jurídica-base anterior. Assim, o que os liga é a origem do direito numa mesma situação de fato.

Em seguida, no inciso II do art. 81, parágrafo único do CDC, trata-se dos direitos coletivos, chamados de direitos coletivos *stricto sensu*, uma vez que, em sentido *lato*, também os direitos difusos podem ser classificados como direitos coletivos.

Os direitos coletivos *stricto sensu*, de acordo com o CDC, são “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”.

Quanto à natureza destes direitos, tal qual ocorre em relação aos direitos difusos, o CDC explicitamente os caracteriza como direitos “transindividuais”, portanto, coletivos *lato sensu*. A doutrina, neste aspecto, não costuma divergir<sup>416</sup>.

Os titulares destes direitos são integrantes de determinado grupo, categoria ou classe, por terem uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária. Por isto, Ricardo de Barros LEONEL afirma que uma das distinções entre os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu* é justamente o fato de os direitos difusos não terem “atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos”<sup>417</sup>. Da mesma forma, LEONEL coloca como notas identificadoras dos direitos coletivos em sentido estrito um “mínimo de organização, a fim de que

---

**Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1301.

<sup>415</sup> Idem.

<sup>416</sup> Neste sentido, ZANETI JUNIOR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **O novo processo civil coletivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137-160.

<sup>417</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit. p. 105.

tenham a coesão e a identificação necessárias; a afetação destes interesses a grupos determinados ou determináveis”<sup>418</sup>.

Ainda, pertinente a ressalva de Kazuo WATANABE de que a relação jurídica base caracterizadora deste tipo de direitos coletivos deve ser preexistente - “não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão”<sup>419</sup>.

Aqui, o legislador não falou da indeterminabilidade dos sujeitos dos direitos. Isto porque, embora possa aparentar ser indeterminada, a titularidade destes direitos é sempre determinável, uma vez que composta unicamente pelos integrantes de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas.

Por fim, quanto ao seu objeto, também é indivisível, de modo que, assim, como nos direitos difusos, “não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”<sup>420</sup>, bem como não se tratam de “somatório simples dos interesses individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe”<sup>421</sup>.

Mas, além destes direitos, cuja defesa em juízo é absolutamente incompatível com o processo individual tradicional, em razão de não terem como titular uma única pessoa ou um grupo determinado de pessoas e de serem indivisíveis, o Código de Defesa do Consumidor alargou o rol de possibilidades de utilização destes instrumentos, na medida em que não fala apenas em defesa de direitos coletivos, mas, sim, na “defesa coletiva” de direitos.

Em razão disso, além dos direitos verdadeiramente coletivos, o legislador respondeu às demandas da realidade fática com instrumentos mais adequados também para a tutela dos direitos e interesses ditos de massa. Estes, apesar de essencialmente individuais, têm características e repercussões que justificam um tratamento coletivo.

O CDC, no inciso III do 81, parágrafo único, conceitua os direitos individuais homogêneos como “os decorrentes de origem comum”, omitindo a expressão “transindividuais”, utilizada quando se tratou dos direitos difusos e coletivos (em sentido estrito). E isto serve, inclusive, de fundamento para afirmar não se tratar de verdadeiros direitos coletivos.

---

<sup>418</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>419</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 73.

<sup>420</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 45.

<sup>421</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 106.

José Carlos BARBOSA MOREIRA<sup>422</sup>, já em 1984, ao falar dos direitos individuais homogêneos, cunhou expressão que vem sendo repetida até os dias de hoje, especialmente pela doutrina tradicional, afirmando serem direitos “acidentalmente coletivos”, em contraposição aos “essencialmente coletivos” que seriam os difusos e os coletivos *stricto sensu*.

Representante desta dita doutrina tradicional, ZAVASCKI afirma que os direitos individuais homogêneos são direitos individuais. Por isso, podem ser objeto de lesão a apenas alguns de seus titulares sem prejudicar os demais. A tutela coletiva destes direitos não os transforma, segundo o autor, em coletivos ou transindividuais, mas é, apenas, um instrumento que visa a facilitar e tornar mais efetiva sua proteção em juízo<sup>423</sup>. Também são adeptos desta forma de pensar DONIZETTI e CERQUEIRA<sup>424</sup> e Antonio Herman V. BENJAMIN<sup>425</sup>.

ZAVASCKI faz, ainda, um alerta em relação às teorias críticas, no sentido de que a “empolgação inicial” com a criação destes novos mecanismos teria levado a algumas confusões conceituais. Uma delas é entender que os direitos individuais tutelados coletivamente seriam equivalentes aos direitos coletivos propriamente ditos e estariam sujeitos todos ao mesmo tratamento.<sup>426</sup>

De outro lado, tem-se a doutrina rebatida por ZAVASCKI, a chamada doutrina crítica à tradicional<sup>427</sup>. Para estes autores, entre os quais se inclui ZANETI JUNIOR<sup>428</sup>, os direitos individuais homogêneos são, sim, espécie de direitos “transindividuais, *para fins de tutela coletiva*”<sup>429</sup>, o que leva o autor a descrevê-los, também, como “indivisíveis, *para fins de tutela coletiva*”<sup>430</sup> e “indisponíveis, *enquanto*

---

<sup>422</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-197.

<sup>423</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit., p. 43.

<sup>424</sup> DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49.

<sup>425</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Op. cit., p. 1303.

<sup>426</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 40-41.

<sup>427</sup> Neste sentido, ZANETI JUNIOR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137-160.

<sup>428</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo**. 147-156.

<sup>429</sup> Ibidem, p. 150. (grifos no original)

<sup>430</sup> Ibidem, p. 151. (grifos no original)

*objeto de tutela coletiva*<sup>431</sup>. Portanto, ZANETI JUNIOR reconhece serem direitos individuais, que podem ser individualmente considerados, mas também entende tomarem uma nova feição, quando forem tutelados coletivamente, por conta da colocação deles no rol de direitos tutelados desta forma.

As diferenças entre cada uma destas categorias não são verdadeiramente de direito material, não havendo “informação do direito material que possa determinar a criação de uma nova categoria de direitos substanciais”<sup>432</sup>. Diante disso, resta ao plano processual suas distinções.

Por esta razão, Nelson NERY JUNIOR reputa errônea a tentativa de classificar estes direitos segundo matéria genérica. Sustenta que “o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo*”<sup>433</sup>. Neste sentido, também PIMENTA e FERNANDES afirmam ser este o critério mais adequado, “uma vez que um mesmo fato pode dar origem aos três tipos de direitos, de acordo com a formulação do pedido”<sup>434</sup>.

Independentemente de se considerar que sejam “acidentalmente coletivos / transindividuais” ou “transindividuais apenas para fins de tutela coletiva”, por previsão expressa do legislador do CDC, estes direitos passam a ser tuteláveis pela via coletiva.

Trata-se de direitos que são individuais e, assim, poderiam ser tutelados individualmente por cada um dos seus titulares lesados. Porém, buscando a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional, possibilita-se a tutela de forma coletiva. Ou, como explica, na doutrina italiana, Remo CAPONI, “a tutela de interesses, na realidade, individuais, mas que tem seu caráter coletivo no fato de encontrar semelhanças com mais sujeitos (...), onde a tutela coletiva designa a tutela de uma

---

<sup>431</sup> Ibidem, p. 152. (grifos no original)

<sup>432</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. p. 133.

<sup>433</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 125.

<sup>434</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 293.



pluralidade de direitos individuais que protegem interesses homogêneos"<sup>435</sup>

Tanto o é que, reconhecendo estas características, o novo Código de Processo Civil brasileiro prevê dois instrumentos voltados a coletivizar situações que possam ser melhor atendidas desta forma, embora tenham chegado ao Poder Judiciário pela via individual.

O mais tímido deles é o disposto no art. 139, X, que determina ao juiz que "quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva", mas ainda deixa ao crivo de algum dos legitimados a análise da conveniência e oportunidade de propor ou não a ação coletiva.

Além deste, o segundo exemplo é o instrumento trazido pelo novo CPC para a conversão do processo individual em coletivo, previsto no art. 333 do novo diploma legal. Este possibilita ao Ministério Público e à Defensoria Pública requerer a transformação de demanda individual em coletiva se o alcance do pedido deduzido em juízo for coletivo (reafirmando aquilo que se expôs acima acerca da caracterização da categoria de direitos a partir do seu pedido e causa de pedir). Entretanto, limita-se o uso de tal instrumento a direitos difusos e coletivos em sentido estrito, isto é, para aqueles previstos nos incisos I e II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, não servirá para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Assim, pode-se dizer que a tutela coletiva, no direito brasileiro, é cabível em duas situações. A primeira delas quando se tratar de direitos substancialmente coletivos, os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, conforme denominação do CDC, e cujas distinções entre si são, nesta pesquisa, irrelevantes, vez que, em ambos, trata-se de objeto que é por natureza indivisível. No tocante a estes direitos, se for possível depreendê-los do pedido feito em juízo em demanda individual, caberá, de acordo com o novo CPC, sua conversão em demanda coletiva. É o que

---

<sup>435</sup> CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali. In: BELLELLI, Alessandra. **Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva**. Padova: CEDAM, 2009. p. 129,139. Tradução livre de: "(...) la tutela de intesessi in realtà individuali, che rivengono Il loro carattere collettivo nel fatto di ritrovarsi com analoga consistenza in capo a più soggetti." (129) e de: "(...) laddove tutela collettiva designa la tutela di uma pluralità di diritti individuali che proteggono interessi "omogenei" (...)" (139).

Romolo DONZELLI chama de "*giudizi collettivi in senso proprio*"<sup>436</sup>, ou seja, juízo ou tutela coletiva em sentido próprio.

A segunda delas é a tutela coletiva de direitos substancialmente individuais, chamada por DONZELLI de "*giudizi collettivi impropri*" ou "*azioni collettive improprie*"<sup>437</sup>, justamente o âmbito desta pesquisa. Isto porque, ainda que de uma única situação ou de um único ato ilícito possam se originar diferentes direitos, tanto difusos e coletivos em sentido estrito, como individuais (homogêneos), a verdade é que apenas estes últimos, "dos quais são titulares os indivíduos singularmente"<sup>438</sup>, são passíveis de execução individual e de disposição (renúncia, transação, entre outros) por meio individual, cuja validade aqui se investiga.

Mesmo que uma única conduta gere diversos direitos, cada um deles receberá uma tutela específica. Assim, as observações que serão feitas adiante, acerca da possibilidade de disposição individual ou mesmo de execução individual, se restringem à tutela coletiva de direitos individuais (homogêneos), ou à parte da tutela que a eles se refira.

Como explica Sergio Cruz ARENHART, "a caracterização de um interesse como individual homogêneo (...) está ligada, *exclusivamente*, a questões processuais, ou seja, a maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único"<sup>439</sup>.

De outro lado, Romolo DONZELLI diferencia as duas hipóteses de tutela coletiva, não em razão de características do direito material tutelado, mas sim a partir da técnica processual preponderantemente utilizada. Afirma que, em se tratando de direitos coletivos, ou seja, de tutela coletiva em sentido próprio, a tutela exercida é de cunho inibitório<sup>440</sup>, com o intuito de evitar a causação de danos por um ilícito praticado ou que se esteja praticando em face de direitos indivisíveis. Já a técnica utilizada na tutela coletiva de direitos individuais (homogêneos), a tutela

---

<sup>436</sup> DONZELLI, Romolo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi**. Napoli: Jovene editore, 2008. p. 421.

<sup>437</sup> Ibidem, p. 424.

<sup>438</sup> CAPONI, Remo. **Tutela collettiva**. p. 139. Tradução livre de: "(...) bensì vi è una única condotta illecita, ovvero più condotte illecite contestuali o parallele, che aggrediscono più beni individuali e quindi ledono diritti di cui sono titolari singoli individui".

<sup>439</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 42.

<sup>440</sup> DONZELLI, Romolo. Op. Cit., p. 421.

coletiva imprópria, seria a de tutela ressarcitória dos danos<sup>441</sup>.

Contudo, ARENHART explica que, mesmo em se tratando de direitos individuais tutelados pela via coletiva, não se pode limitar a sentença coletiva à eficácia condenatória, sendo cabíveis, inclusive, tutelas preventivas<sup>442</sup>. Isto porque, em primeiro lugar, a tutela coletiva de direitos individuais, assim como sua tutela individual tradicional, fundamenta-se no chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, exposto no art. 5º, XXV, da Constituição Federal. Deste modo, "se não se pode inviabilizar o recurso ao Judiciário para a reclamação de lesão ou ameaça a direito, está garantida a proteção dos interesses individuais, seja na forma unipessoal, seja em processos em que haja formação de litisconsórcio, seja, *a fortiori*, por meio das ações coletivas"<sup>443</sup>.

Em segundo lugar, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, I, estabelece como direito do consumidor também a prevenção de danos, sejam individuais, coletivos ou difusos, e, em seu art. 83, explicitamente determina que "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela"<sup>444</sup>. Diante disso, o autor conclui que "não há, pois, o que justifique qualquer limitação ao campo das eficácias admissíveis na proteção dos interesses individuais de massa."<sup>445</sup>

Ainda sobre o princípio previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o autor destaca sua influência na proteção dos chamados interesses de massa, alertando que "além de impedir que o Estado crie óbices à tutela dos direitos reconhecidos, a garantia em comento exige a concepção de instrumentos hábeis a lidar, *de maneira completa*, com estes interesses."<sup>446</sup>

Assim, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, consiste em "opção de política legislativa", de concretização dos mandamentos constitucionais, de técnica que "colima o alcance da economia processual e da efetividade do processo, evitar o conflito lógico de julgados em situações absolutamente similares e

---

<sup>441</sup> Ibidem, p. 424-425.

<sup>442</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 291.

<sup>443</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>444</sup> Ibidem, p. 293

<sup>445</sup> Ibidem, p. 294.

<sup>446</sup> Ibidem, p. 290.

permitir a imprescindível implementação do acesso à justiça"<sup>447</sup>. De acordo com João Batista Martins CESAR, "é uma forma de democratizar o acesso à justiça, considerando-se que pequenas lesões, individualmente consideradas, podem ser reparadas coletivamente. De outra forma, dificilmente os lesados pleiteariam seus direitos"<sup>448</sup>.

É a resposta que a justiça dá a uma sociedade de massa, cuja produção, o consumo e até mesmo a conflituosidade são massificados, causando, conseqüentemente, "um desrespeito generalizado, repetitivo e padronizado aos direitos dos trabalhadores"<sup>449</sup>, de modo que, conforme PIMENTA e FERNANDES "nada mais lógico que a Justiça Trabalhista, responsável direta pela efetividade de tais direitos, comece a agir também de maneira coletiva"<sup>450</sup>.

Isto porque, no caso dos interesses de massa, inclusive quando se trata de interesses ou direitos de grupos de trabalhadores ou de categorias profissionais, a tutela coletiva apresenta vantagens inegáveis na busca pela concretização dos valores constitucionais.

Antônio GIDI, ao tratar dos objetivos e vantagens da tutela coletiva, afirma serem sintetizados em três grandes grupos: "visam promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material"<sup>451</sup>.

Quanto ao primeiro destes grupos, GIDI sustenta que a eficiência e a economia processuais constituem objetivo imediato das ações coletivas, "ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva"<sup>452</sup>. Proporciona, também, economia ao Judiciário, pois terá que resolver uma única controvérsia, e ao réu, que preferirá uma solução única e uniforme<sup>453</sup>.

No mesmo sentido, Naida Soraggi FERNANDES aponta para a vantagem do

---

<sup>447</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit. p. 108.

<sup>448</sup> CESAR, João Batista Martins. **Tutela Coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr. 2013. p. 85.

<sup>449</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. **A importância da coletivização do processo trabalhista**. p. 290.

<sup>450</sup> Idem.

<sup>451</sup> GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

<sup>452</sup> Ibidem, p. 25-26.

<sup>453</sup> Ibidem, p. 26.

ponto de vista de administração da justiça ao expor que "a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva e de seu eficaz processamento evitará a multiplicidade de demandas com o mesmo objeto e atenuará o risco de prolação de decisões judiciais contraditórias em relação a uma mesma situação fático-jurídica"<sup>454</sup>.

No segundo grupo de objetivos, GIDI insere o acesso à justiça, na medida em que as ações coletivas permitem a judicialização de "pretensões que, de outra forma, dificilmente poderiam ser tuteladas pelo Judiciário"<sup>455</sup>. Seja em situações cujo valor do dano, individualmente causado, é pequeno demais para incentivar cada lesado a buscar seu ressarcimento, seja para "tutelar os interesses de pessoas temerosas de enfrentar diretamente o responsável pela conduta ilícita, com receio de represálias ou porque mantêm com ele uma relação que não querem ou não podem interromper"<sup>456</sup>.

Este último caso é exatamente o que ocorre no âmbito da judicialização de direitos trabalhistas, no qual se torna ainda mais evidente a utilidade da tutela na forma coletiva de direitos individuais, mesmo quando os valores devidos são expressivos, e, por isso, em tese, comportariam a judicialização na forma individual. Isto por conta de todas as características da relação de trabalho capitalista expostas nos capítulos antecedentes, em que o medo de perder o emprego, sua fonte de sustento, mas, principalmente, a relação de poder aí consubstanciada. Estas características levam o trabalhador a nunca buscar o Poder Judiciário para pleitear seus direitos durante a vigência do contrato de trabalho, e a nem sempre buscá-lo após o término do contrato. É o que explicita Estêvão MALLET:

Ao lado de outros que ainda poderiam ser mencionados, há mais um fundamento para a utilização de formas coletivas de tutela, fundamento que é especialmente importante no Direito do Trabalho. Muitas vezes a lesão a direito trabalhista não suscita reação individual, durante a vigência do vínculo de emprego, muito mais por conta do receio, sério e fundado, de comportamento retaliatório do empregador. Se não há proteção eficaz contra a rescisão imotivada do contrato de trabalho, prefere o empregado, receoso de comprometer o emprego, deixar de lado seu crédito, para não perder a sua fonte de renda, única ou principal. Permanece inerte, em tal cenário, não por incúria e tampouco pela irrelevância econômica da lesão, mas por temor de sofrer dano maior.<sup>457</sup>

---

<sup>454</sup> FERNANDES, Nadia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. **Tutela metaindividual trabalhista**. São Paulo: LTr. 2009 p. 109.

<sup>455</sup> GIDI, Antônio. Op. Cit., p. 29.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>457</sup> MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela

Neste sentido, WANDELLI relaciona a possibilidade jurídica de livre despedida como inviabilizadora da defesa de direitos pelo trabalhador<sup>458</sup>. Aponta que, por serem contrárias ao direito de ação do trabalhador, e, assim, afrontarem o direito fundamental de acesso à justiça, “práticas de represália ou coibição ao exercício do direito de ação, ainda que mediante o manejo de direitos do empregador, como o de contratar, despedir ou promover, são inadmissíveis ante o sistema jurídico brasileiro”<sup>459</sup>. Acrescenta, ainda, o autor: “o Estado não pode ser conivente com tal tipo de prática, mantendo-se omissivo ante o sequestro de prerrogativas constitucionais essenciais”<sup>460</sup>. Além da punição pela despedida discriminatória nestes casos, como sugere o autor, é de se fomentar instrumentos preventivos desta discriminação, como é o caso da tutela processual coletiva de direitos trabalhistas.

Além disso, GIDI aponta para a utilização das ações coletivas como instrumentos de efetivação do direito material e de prevenção de novos ilícitos. Segundo o autor, “o principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida da tutela coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade”<sup>461</sup>, uma vez que, dificilmente, se buscará judicialmente o ressarcimento de valores pouco expressivos. E acrescenta:

A simples possibilidade da tutela coletiva, e da conseqüente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas e resistam à tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável.<sup>462</sup>

Apesar de GIDI se referir a este objetivo, preponderantemente, no tocante aos ilícitos que causam pequenos danos individuais, as “causas seriais de pequena

---

coletiva de direitos individuais. *In*: \_\_\_\_\_; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coord.). SANTOS, Ronaldo Lima dos; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Tutela processual coletiva trabalhista**. São Paulo: LTr, 2010. p. 13.

<sup>458</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. p. 419.

<sup>459</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>460</sup> *Idem*.

<sup>461</sup> GIDI, Antônio. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 36.

expressão econômica,"<sup>463</sup> é de se frisar que, assim como se constatou acerca do acesso à justiça, também a efetivação do direito material e o caráter punitivo e preventivo de novos ilícitos por meio da tutela coletiva têm grande utilidade e justificam sua utilização no âmbito do direito do trabalho.

Neste sentido, Ricardo Wagner Rodrigues de CARVALHO aponta para o fato de a "sistemática processual ainda (...) de cunho essencialmente individual"<sup>464</sup>, inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho, contribuir para o descumprimento e a não concretização dos direitos fundamentais sociais, justamente por inviabilizar sua judicialização na vigência do vínculo empregatício.

Da mesma forma, ainda que o trabalhador leve seu direito ao Judiciário individualmente após o término da relação empregatícia, terá grande parte de seus créditos atingida pela prescrição. Este é mais um argumento para o fortalecimento do processo coletivo neste âmbito, pois permite interromper a prescrição e possibilitar o reconhecimento e a efetivação de direitos trabalhistas mesmo na constância do contrato de trabalho.

Deste modo, fica evidente que a pequena utilização da tutela coletiva ou mesmo sua pouca efetividade prática podem colaborar com o descumprimento de direitos trabalhistas. Se depender apenas da tutela individual, o trabalhador não poderá ver ressarcidos todos os direitos que lhe foram lesados durante anos.

Assim, não restam dúvidas acerca da grande utilidade da tutela coletiva de direitos individuais na esfera trabalhista, da sua aptidão a "racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional"<sup>465</sup> e facilitar a proteção, pelo Poder Judiciário, de direitos trabalhistas não só após o término das relações empregatícias, mas, também, na sua constância.

É necessário ir além disso, analisar as condições de o sistema processual brasileiro efetivamente atingir todos estes objetivos na prática da tutela de direitos trabalhistas.

Isto porque se "efetividade é passar do direito imaginado ou imaginável para

---

<sup>463</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 124.

<sup>464</sup> CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de. A busca da efetividade da tutela jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais sociais. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; SCHUVARTZ, Neiva; RIBEIRO, Luciane Marques (Coord.). **Temas de direito do trabalho e de direito processual do trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2013. p. 421.

<sup>465</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 126.

o direito realizado", se "efetivar um direito é torná-lo realidade; é assegurá-lo no plano fático"<sup>466</sup>, o que importa é a tutela coletiva tornar reais os direitos individuais na vida de cada trabalhador. Atingir, portanto, na prática, cada um dos objetivos citados.

Por isso, no decorrer deste capítulo, será descrito o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais, em especial naquelas suas características que influenciam na execução dos direitos reconhecidos na sentença coletiva. Assim, se verificará até que ponto estas características são compatíveis com todos os objetivos até aqui citados e em que aspectos, na verdade, legitimam outras ideologias, que, prejudicam a efetividade da tutela coletiva na prática.

### 3.3. A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS CONTRADIÇÕES COM AS FINALIDADES ORIGINARIAS

Para a defesa de direitos individuais por meio coletivo, os principais instrumentos possíveis no direito brasileiro são a ação civil pública, regida pela Lei 7.347/85 e a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, que pode ser denominada de ação civil coletiva, e que é o objeto desta pesquisa<sup>467</sup>.

De acordo com João Batista Martins CESAR, trata-se de "um gênero, que é a ação coletiva, dele surgindo as espécies de ação civil pública e ação civil coletiva, sendo esta, destinada especificamente à defesa dos interesses individuais homogêneos e tendo natureza reparatória da lesão sofrida pelos atingidos"<sup>468</sup>.

Esta segunda espécie, a ação civil coletiva, é regulada principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código de Processo Civil, este último subsidiariamente.

O Código de Defesa do Consumidor, entre outras disposições de cunho processual, traz um rol de legitimados para a ação civil coletiva, regula a coisa

---

<sup>466</sup> COOPER, Flavio Allegretti de Campos. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: LTr, 2010. p. 29.

<sup>467</sup> Conforme citado acima, o novo Código de Processo Civil trouxe dois novos instrumentos relacionados à coletivização das demandas, que estão previstos nos arts. 139, X, e 334. Contudo, nos dois casos, quando há o surgimento de uma demanda coletiva, seja por conversão determinada pelo juiz, seja por ter sido proposta por um dos legitimados coletivos após ofício do juiz, a nova demanda se regerá pelas determinações dos diplomas legais já existentes acerca de ações coletivas. Por isto é que não se elencou estes instrumentos entre os principais existentes para a tutela processual coletiva dos direitos individuais homogêneos.

<sup>468</sup> CESAR, João Batista Martins. Op. Cit., p. 88.



julgada da sentença coletiva, as relações entre a tutela individual e a coletiva e as diretrizes para a liquidação e execução da sentença coletiva.

Neste âmbito, se questiona sobre a possibilidade, ou não, de o trabalhador, individualmente, deixar de exercer seu direito a executar uma sentença coletiva e, assim, deixar de ser beneficiado por ela, ou ainda dispor do direito a ele reconhecido em fase de execução, ou seja, renunciar do direito, desistir da execução ou transacionar a respeito deste direito, sendo neste ponto que repousa o objeto da pesquisa.

Assim, adiante, analisar-se-á, primeiramente, quem são os legitimados ativos para os procedimentos cognitivo e executivo da demanda coletiva e as condições para que exerçam esta legitimidade. A seguir, se verá de que forma o CDC regula a questão da litispendência e da coisa julgada, em especial na relação entre a demanda coletiva e as individuais, verificando-se uma proteção à autonomia individual.

Por fim, se tratará, brevemente, do procedimento executivo da sentença coletiva, da possibilidade de ocorrer por iniciativa do indivíduo ou por iniciativa de um dos legitimados coletivos, constatando-se, novamente, em especial pela jurisprudência, uma primazia da execução individual em relação à coletiva.

A partir destas premissas, construir-se-á uma posição acerca da (in)disponibilidade individual do trabalhador na execução coletiva. Isto é, se a manifestação de vontade do obreiro, no sentido de não executar uma pretensão, já reconhecida em sentença coletiva, de renunciar ou transacionar acerca desta pretensão em fase de execução coletiva, ou de desistir da execução em si, pode afastá-la.

### 3.3.1. A Legitimação Ativa e a Representatividade Adequada

#### 3.3.1.1. Entes Legitimados

Antes de tratar das dificuldades relacionadas às relações entre a tutela coletiva e individual, deve ser observada outra questão de fundamental importância para se prosseguir com o estudo, a da legitimação ativa.

O Código de Processo Civil, em sua índole essencialmente individual e que

tem a tutela coletiva como marginal, aponta como legitimado ativo aquele que, titular do direito material, postular, em nome próprio, direito próprio. E isto tanto no Código atual, prestes a ser revogado, em seu art. 6º, como no Projeto de Código de Processo Civil, recentemente aprovado pelo Poder Legislativo, aguardando sanção presidencial, em seu art. 18<sup>469</sup>, com redação semelhante.

Ambos também reconhecem, ainda que como exceção, aquilo que os processualistas chamam de legitimidade extraordinária ou substituição processual, ou seja, a possibilidade de alguém atuar em nome próprio postulando direito alheio (portanto, não como simples representante ou mandatário, mas, como parte de direito processual). É exatamente isto que acontece na ação civil coletiva.

No caso da ação civil coletiva regulada, preponderantemente, pelo Código de Defesa do Consumidor, este diploma traz um rol de legitimados ativos, no qual não está presente o indivíduo que faça parte do grupo ou categoria lesado. Deste modo, para este tipo de ação coletiva, a legitimidade nunca será, na sistemática atual do direito brasileiro, individual, como ocorre no caso da Ação Popular (Lei 4.717/65), em que é legitimado ativo qualquer cidadão<sup>470</sup>

Já no novo CPC, estabeleceu-se a possibilidade de conversão da demanda individual em coletiva, quando seu pedido englobar direitos difusos ou coletivos *strictu sensu* e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade. Contudo, a conversão se dará por requerimento de um dos entes legitimados pela Lei da Ação Civil Pública ou pelo Código de Defesa do Consumidor, que passará a ser o novo autor, cabendo ao autor originário (individual) apenas a posição de litisconsorte, de maneira que, igualmente, não se terá uma ação coletiva capitaneada por um indivíduo como autor principal.

---

<sup>469</sup> Art. 18: "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico."

<sup>470</sup> Quanto à legitimidade ativa na ação popular, embora não seja aqui nosso objeto de pesquisa, é de se observar que, por se tratar de legitimação conferida a um cidadão para defender interesse da coletividade à qual pertence, não existe consenso entre a doutrina sobre se tratar de legitimação extraordinária, em que o cidadão autor seria substituto processual de todos os demais, ou legitimação ordinária, uma vez que estaria litigando em nome próprio, defendendo direito do qual, assim como todos os demais cidadãos, é titular, ou, ainda, se não se encaixaria em nenhuma das duas hipóteses, mas se daria por direito próprio do cidadão, um direito de "participação na vida pública do país". Sobre esta última hipótese, ver SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. Doutrina e processo. 2.ed. rev. , ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 184-186. Sobre as outras duas, ver VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 165-172.

Assim, os legitimados ativos para a propositura de ação civil coletiva objeto do presente trabalho, no atual sistema brasileiro, são apenas os entes coletivos, os "demandantes ideológicos"<sup>471</sup>. Entre eles estão entes públicos e os chamados corpos intermediários, que não são nem públicos nem totalmente particulares, como é o caso das associações e dos sindicatos. Estabelece o CDC, em seu art. 82, os seguintes entes legitimados a propor ação civil coletiva:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Todos os entes constantes deste dispositivo legal são legitimados para a propositura de ações civis coletivas, não apenas no âmbito do direito do consumidor, mas para a tutela coletiva de quaisquer direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. Isto inclui, assim, a legitimidade de todos os entes para a propositura de ações coletivas para a defesa de direitos trabalhistas. Ressalte-se que, embora no tocante às entidades associativas a Constituição limite a legitimidade ativa para a representação de seus filiados<sup>472</sup>, quanto aos sindicatos, o constituinte estabeleceu a legitimidade para a representação dos interesses de toda a categoria, e não só daqueles filiados ao sindicato<sup>473</sup>.

Quanto à legitimidade das pessoas jurídicas de direito público interno representantes dos entes da federação (União, Estados, DF e Municípios), bem como os órgãos e entidades integrantes da Administração direta e indireta, previstas nos incisos II e III do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se que tem fundamento no fato de que "lhes é confiada, pela Constituição Federal, a *gestão imediata e direta dos interesses públicos* concernentes, em síntese, à proteção do

---

<sup>471</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p.55.

<sup>472</sup> Art. 5º, XXI: "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente"

<sup>473</sup> Art. 8º, III: "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas"

patrimônio público, do meio ambiente, dos consumidores, do bem-estar social<sup>474</sup>.

Isto significa que só é possível a estes entes a utilização desta via para a defesa do interesse público primário, e não do secundário (interesse individual ou econômico do ente em questão). Por esta razão, ainda, é necessária a pertinência temática entre o direito que se busca proteger (objeto da ação) e os interesses próprios da pessoa jurídica de direito público que propõe a demanda<sup>475</sup>, bem como deve haver esta mesma ligação em relação ao espaço geográfico em que ocorre a lesão<sup>476</sup>.

Portanto, embora seja legalmente possível a propositura de ações coletivas por estes entes, inclusive no âmbito trabalhista, eles só poderão ser considerados verdadeiramente legitimados se cumpridas as condições acima. São elas: a defesa do interesse público primário, pertinente aos interesses da própria pessoa jurídica e sua ligação com o espaço geográfico em que ocorre a lesão. Deste modo, quase não se constata, na prática, a atuação destes entes na tutela coletiva de direitos trabalhistas.

No âmbito trabalhista, portanto, os incisos I e IV são os de maior relevância, pois estabelecem aqueles legitimados que mais comumente propõem ações civis coletivas no campo do Direito do Trabalho, em especial para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Quanto ao Ministério Público, uma vez que tenha sido arrolado pelo CDC, é de se considerar que recebeu legitimidade para a propositura de demandas coletivas para defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, incluindo, em função da classificação adotada pelo Código, os direitos individuais homogêneos. Apesar disso, parte da doutrina e da jurisprudência se coloca contrária a este posicionamento. Isto em virtude de a Constituição Federal, que é anterior àquele Código, colocar entre as atribuições do Ministério Público a defesa apenas dos interesses difusos e coletivos, sem tratar dos individuais homogêneos, bem como por a Lei Complementar n.º 75 estabelecer, em seu art. 15<sup>477</sup>, a vedação à defesa em juízo de direitos individuais, e,

---

<sup>474</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil**. p. 210-211

<sup>475</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>476</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 94.

<sup>477</sup> Art. 15: "É vedado aos órgãos de defesa dos direitos constitucionais do cidadão promover em juízo a defesa de direitos individuais lesados."

no art. 83<sup>478</sup>, referir-se apenas aos direitos individuais indisponíveis.

Alega-se, inclusive, que não caberia ao MP defender direitos privados e disponíveis, sustentando que "essa categoria de interesses, mesmo aqueles considerados coletivos somente para efeito de defesa coletiva, atrai a legitimidade de organizações sociais, dentre elas, o sindicato e as associações."<sup>479</sup>

Quanto a isto, a parcela da doutrina que acolhe o entendimento favorável à legitimação do MP, sustenta que seria necessária a *relevância social* dos direitos que se pretende sejam protegidos, em cada caso concreto.<sup>480</sup> De acordo com Kazuo WATANABE<sup>481</sup>, a defesa destes direitos pelo Ministério Público deve ser viabilizada nestes casos em que existe relevância social, para se evitar que lesões fiquem "impunes". Isto porque, há inúmeras situações, cujas lesões causadas são tão insignificantes do ponto de vista individual, que nenhum dos lesados irá procurar reparação judicial, porém, na perspectiva coletiva, se mostram lesões relevantes, que necessitam de proteção judicial.

Para Elton VENTURI<sup>482</sup>, em especial, a análise sobre a existência ou não desta relevância social dos direitos individuais homogêneos disponíveis que se pretenda tutelar cabe ao próprio Ministério Público, tal qual ocorre em relação à possibilidade de o *Parquet* decidir se irá ou não propor a ação penal, não cabendo ao Judiciário questionar esta decisão, vez que discricionária.<sup>483</sup>

O Tribunal Superior do Trabalho possui julgados no sentido de reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, embasando-se nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição Federal, 6º, VII, 83 e 84 da Lei Complementar nº 75/93<sup>484</sup>. O Superior Tribunal de Justiça,

---

<sup>478</sup> Art. 83: "Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores"

<sup>479</sup> BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**: Sindicato, associação, Ministério Público, entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013. p.128.

<sup>480</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil**. p.191. E WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 86.

<sup>481</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 88-89.

<sup>482</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil**. p. 194-198

<sup>483</sup> Ibidem, p.196.

<sup>484</sup> Por exemplo, em BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. RR 52800-16.2008.5.09.0562, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 11 maio 2011, Diário

órgão ao qual incumbe a interpretação da legislação federal, pacificou entendimento abrangente acerca da legitimidade ativa do Ministério Público nas ações coletivas. Afirmou ser este órgão legítimo para pleitear "inclusive os individuais homogêneos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes"<sup>485</sup>. Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem se direcionado no sentido de entender que "há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade"<sup>486</sup>. Desta forma, seriam tuteláveis pelo Ministério Público<sup>487</sup>.

Este posicionamento de ambos os tribunais se baseia em interpretação combinada dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, com a previsão de legitimidade ativa para tutela coletiva atribuída ao Ministério Público pelo Código de Defesa do Consumidor.

É de se ressaltar que a concretização dos objetivos da tutela coletiva, por si só já se configura em interesse social. Como afirma Gregório Assagra de ALMEIDA, "é interesse da sociedade a resolução em um mesmo processo de várias lides individuais. (...) que não haja na esfera jurisdicional muitas decisões conflitantes. (...) que as condutas que causem prejuízos a um número expressivo de pessoas, mesmo que determinadas, sejam combatidas de modo uniforme"<sup>488</sup>.

Deste modo, independentemente de o direito individual em questão ser disponível ou indisponível, se tiver sido lesado em toda uma categoria ou classe, configurando-se como uma questão "acidentalmente coletiva", seu julgamento conjunto é de interesse social e, assim, o Ministério Público é legitimado ativo para

---

Eletrônico da Justiça do Trabalho 20 maio 2011. E BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. RR 115400-28.2006.5.14.0005, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 17 nov 2010, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 26 nov 2010.

<sup>485</sup> Neste sentido, por exemplo: AgRg no REsp 1038389 - MS, REsp 1033274-MS, REsp 945785-RS, REsp 726975-RJ, REsp 984005-PE.

<sup>486</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 631111, Relator: Min. Teori Zavascki, 07 ago 2014, Diário da Justiça Eletrônico 30 out 2014.

<sup>487</sup> Neste sentido, por exemplo: ARE 791237 AgR, RE 631111, AI 788542 AgR, ARE 725774 ED, RE 664040 ED.

<sup>488</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 600.

buscar esta tutela.

Este mesmo entendimento cabe perfeitamente às questões envolvendo direitos trabalhistas na forma de direitos individuais homogêneos. Isto porque, ainda mais na esfera trabalhista, têm-se situações de violação de direitos individuais trabalhistas por um único empregador ou até mesmo por vários empregadores que atingem inúmeros trabalhadores.

Nestas situações, "dada a semelhança das condições de trabalho que caracterizam a categoria profissional, a lesão aos direitos trabalhistas de um trabalhador é fator de potencial rebaixamento das condições de trabalho de toda sua categoria"<sup>489</sup>. Este fato não só exige a proteção judicial dos interesses destes trabalhadores, como também reclama do Estado uma atitude no sentido de penalizar aquele que violou a norma. Seja pela via reparatoria, seja pela via inibitória, como também no intuito de coibir novas violações no futuro.

A proteção ao ordenamento jurídico e a punição às violações de normas sociais trabalhistas são questões de relevância e interesse social, assim como afirma Gregório Assagra de ALMEIDA ser "interesse da sociedade que as condutas que causem prejuízos a um número expressivo de pessoas, mesmo que determinadas, sejam combatidas de modo uniforme"<sup>490</sup>.

Assim, por ser Ministério Público um ente estatal, não se pode retirar-lhe a possibilidade de levar ao Judiciário situações de lesões a interesses individuais homogêneos de ordem trabalhista. Em especial quando os demais legitimados não o fazem, já que estes, como expõe José Cláudio Monteiro de BRITO FILHO, não atuam na frequência necessária ou desejável<sup>491</sup>. Segundo o autor, "é a fraqueza das entidades sindicais, regra geral, mais por culpa de um modelo de organização sindical ultrapassado e que conduz à ineficiência, que as leva a buscar a defesa dos interesses da categoria pelo Ministério Público do Trabalho"<sup>492</sup>.

Conforme BRITO FILHO, no âmbito da defesa dos direitos trabalhistas, o Ministério Público do Trabalho, enquanto ente que não possui interesses próprios e

---

<sup>489</sup> CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. Cit., p. 19.

<sup>490</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 600.

<sup>491</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Limites da Legitimidade Ativa do MPT em Ação Coletiva. In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 64.

<sup>492</sup> Idem.

cuja estrutura é mantida pelo Estado, é “o ente melhor aparelhado para a defesa”<sup>493</sup>. Ressalta que “privá-lo dessa atuação, e até reduzir sua legitimidade, é punir a massa de trabalhadores por ele defendidos, bem como toda a comunidade”<sup>494</sup>.

Isto, porém, não exclui a legitimidade dos demais entes, a qual é concorrente. Entre os demais legitimados, é de se ressaltar aqueles que se enquadram no inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, as associações e os sindicatos. É possível compreender, na previsão de legitimação ativa às associações de acordo com suas finalidades estatutárias, também outras associações, cujas finalidades sejam a defesa de outros direitos transindividuais e também os sindicatos, que objetivam a defesa dos direitos dos trabalhadores de determinadas categorias e cuja legitimação está expressa no art. 8º, III, da Constituição Federal.

Esta legitimação ativa se deve ao fato de que as associações de classe e sindicatos são *representantes ideológicos* dos interesses de seus filiados.

Contudo, em especial no tocante à atuação dos sindicatos como autores de ações civis coletivas na justiça do trabalho, a história tem sido de muitos obstáculos.

A Constituição Federal já previa, expressamente, em 1988, que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (art. 8º, III), e o Código de Defesa do Consumidor também inclui as associações no rol de legitimados ativos para as ações civis coletivas a partir do ano de 1990. Apesar disso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em maio de 1993, o seu Enunciado n.º 310<sup>495</sup>, que vigorou por

---

<sup>493</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>494</sup> Ibidem, p. 66-67.

<sup>495</sup> Súmula 301: "**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO** 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 7.788/1989. 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 processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores



dez anos, até ser cancelada em outubro de 2003, quando já vigia o Código de Defesa do Consumidor há treze anos. É dizer: somente constatou-se o equívoco do entendimento sumulado com treze anos de atraso.

Durante este período, vigorou na Justiça do Trabalho sistemática restritiva da atuação dos sindicatos enquanto substitutos processuais, negando-se a letra do artigo 8º, III, da Constituição, ao estabelecer-se que tal dispositivo não era suficiente a garantir a substituição processual. Tal possibilidade estaria restrita às hipóteses previstas na legislação infraconstitucional. Ainda, deu-se prevalência à autonomia da vontade individual, ao permitir que os substituídos (trabalhadores integrantes da categoria) pudessem "acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto", ponto que será aprofundado adiante.

Este enunciado, assim como outras interpretações ainda feitas no âmbito do processo coletivo, são resultado de uma perspectiva liberal histórica do Direito e do processo. Esta concepção se funda no "dogma da supremacia da autonomia da vontade individual"<sup>496</sup>, levando à equivocada compreensão de que "a substituição processual na esfera trabalhista representaria uma forma de usurpação, pelo sindicato profissional, da liberdade individual do trabalhador"<sup>497</sup>.

Já à época de sua vigência, o Enunciado do TST sofreu críticas no sentido de que sua "interpretação restritiva não é compatível quando estejam em jogo direitos ou garantias fundamentais e direitos sociais"<sup>498</sup>.

Ainda antes do cancelamento do Enunciado pelo TST, e mesmo à época da sua edição, o Supremo Tribunal Federal já tinha entendimento diverso. Em maio de 1993, por exemplo, quando do julgamento de Mandado de Injunção, o STF declarou não ser possível negar que o disposto no art. 8º, III, da Constituição Federal, dê autorização ampla ao sindicato para defender os interesses da categoria judicialmente<sup>499</sup>. O reconhecimento da substituição processual pelos sindicatos

---

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."

<sup>496</sup> CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. Cit., p. 90.

<sup>497</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>498</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 521.

<sup>499</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO. ISONOMIA DE VENCIMENTOS. CONSTITUIÇÃO, ART. 39, PAR. 1. SINDICATO DE SERVIDORES FEDERAIS, EM UMA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, QUE VINDICA IGUALDADE DE VENCIMENTOS PARA CERTA CATEGORIA FUNCIONAL, TENDO EM CONTA OS

continuou ocorrendo nos anos seguintes em outros tipos de ações judiciais<sup>500</sup>.

Felizmente, em 2003, por meio da Resolução n.º 119/2003 (DJ 01.10.2003), o TST cancelou a súmula 310, reconhecendo a autoaplicabilidade do disposto no art. 8º, III, da Constituição, e, assim, a inconstitucionalidade da restrição da substituição processual pelo sindicato, que é, atualmente, aceita por este Tribunal<sup>501</sup>.

Somente a partir de então, se passou a aventar a legitimidade dos sindicatos

---

VENCIMENTO DE OUTRA CATEGORIA FUNCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO REQUERENTE. CONSTITUIÇÃO, ART. 8.,III. EMBORA LEGITIMADO O SUPPLICANTE, O MANDADO DE INJUNÇÃO, NO CASO, NÃO PODE SER CONHECIDO, POR NÃO SER VIA ADEQUADA A VINDICAR ISONOMIA DE VENCIMENTOS, QUE SÃO FIXADOS EM LEI. OS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES QUE COMPOEM A CATEGORIA A QUE SE REFERE A INICIAL DECORREM DE LEI, TANTO QUANTO OS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES INDICADOS COMO PARADIGMAS. NÃO CABE DISCUTIR, EM MANDADO DE INJUNÇÃO, OS CONTEUDOS OCUPACIONAIS DOS CARGOS EM CONFRONTO, AOS EFEITOS DO ART. 39., PAR. 1., DA CONSTITUIÇÃO, NEM E ELE MEIO ADEQUADO PARA OBTER AUMENTO DE VENCIMENTOS MEDIANTE ALTERAÇÃO DE LEI JA EM VIGOR. PRECEDENTES DO STF. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO, POR NÃO SER VIA ADEQUADA A DISCUSSÃO DO QUE PRETENDE O REQUERENTE. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 347, Relator: Min. Néri aa Silveira, 07 maio 1993, Diário da Justiça 08 abr 1994, p. 722)

<sup>500</sup> Como, por exemplo, no julgamento do AI 156338 AgR, em 12/09/1995, e do AI 153148, julgado em 26/09/1995, ambos de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO, da Primeira Turma, bem como do julgamento pelo Tribunal Pleno, do RE 193382, em 28/06/1996, que teve como relator o Min. CARLOS VELLOSO.

<sup>501</sup> RECURSO DE REVISTA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. PLEITO DE HORAS EXTRAS DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE AUTORIAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DE BANCO DE HORAS. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE. REVISÃO DA SÚMULA Nº 310/TST - EFEITO. PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO STF. O art. 8º da Constituição Federal, textualmente, pontua, no -caput-, que -é livre a associação profissional ou sindical-, esclarecendo, no inciso III, que -ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas-. Não se pode deixar de notar que o legislador constituinte, buscando, justamente, preservar a liberdade de associação sindical, enquanto intentava o fortalecimento do sistema, não restringiu aos associados a função representativa do sindicato. Antes, elasteceu-a, expressamente, de forma a abranger toda a categoria, em todos os seus direitos e interesses individuais e coletivos. Ao manter-se o regramento sindical atrelado à unicidade, à liberdade de associação e à contribuição compulsoriamente exigível à categoria, na Constituição de 1988, não se pode conceber que a atuação sindical, em Juízo, esteja restrita, sob qualquer nível, de um lado, aos associados e, de outro, a determinados direitos. De outro norte, a natureza social do Direito do Trabalho faz necessária tal prerrogativa, em face da qualidade de interesses representados, viabilizando a reunião de pretensões individuais em um único processo, de forma a favorecer o acesso ao Judiciário e a economia e celeridade processuais. O Pretório Excelso, em controle difuso de constitucionalidade, tem adotado o mesmo entendimento. Na busca de interpretação do art. 8º, III, da Carta Magna, chega-se à conclusão de que, para postular qualquer direito relacionado ao vínculo empregatício, o sindicato profissional tem legitimação extraordinária plena para agir no interesse de toda a categoria. Recurso de revista não conhecido. 2. HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. Ausente a violação constitucional evocada, improsperável o apelo. Recurso de revista não conhecido. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Indevidos os honorários advocatícios de assistência, na medida em que o sindicato atua na condição de substituto processual e não há evidência de miserabilidade jurídica dos substituídos. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. RR 133900-34.2007.5.04.0831, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 11 maio 2011, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 20 maio 2011)

para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Mais do que isso, "com o cancelamento da Súmula n.º 310 do TST, foi aberto o caminho para a reformulação do instituto da substituição processual sindical no processo do trabalho"<sup>502</sup>.

O referido enunciado vigorou por uma década, período durante o qual foi responsável por regular a substituição processual dos sindicatos na justiça do trabalho. Porém, é de se observar que, como sublinha Ronaldo Lima dos SANTOS, "mesmo após o seu cancelamento, muitos operadores do Direito ainda continuam aplicando alguma das suas disposições"<sup>503</sup>.

Isto não só porque "o uso do cachimbo entorta a boca", como em razão, de muito antes, e até os tempos atuais, serem para isso treinados os bacharéis em Direito no Brasil. Tanto a geração daqueles que foram responsáveis pela edição do enunciado do TST, como aqueles que ingressaram na graduação muito depois de ter entrado em vigor o Código de Defesa do Consumidor e até mesmo depois de cancelado o enunciado n.º 310 da Súmula do TST.

Foi o que muito bem observou Gregório Assagra de ALMEIDA, ao constatar tal deficiência na formação acadêmica jurídica, afirmando que "um dos grandes problemas que impedem a correta interpretação e aplicação das normas do *direito processual coletivo* decorre da formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil, que (...) é doutrinado durante todo o curso para enfrentar somente conflito interindividual"<sup>504</sup>.

Assim, apesar de reconhecida a possibilidade de substituição processual pelo sindicato nas ações civis coletivas, inclusive naquelas que tutelam direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, esse ranço individualista ainda aparece tanto na jurisprudência como na legislação. Não só em questões ligadas à legitimidade ativa, como a diversos outros pontos do direito processual coletivo, alguns dos quais incluem o objeto da presente pesquisa.

### 3.3.1.2. A Adequação do Representante

---

<sup>502</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**, São Paulo: v. 24, n. 278, ago 2012. p. 93.

<sup>503</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>504</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 587.

Outro ponto de relevância acerca do tema da legitimação ativa na ação civil coletiva diz respeito à adequação do representante. Isto porque, a princípio, para que determinado ente atue em uma ação civil coletiva, basta comprovar seu enquadramento em alguma destas hipóteses. Há, pelo direito brasileiro, uma presunção de representatividade adequada por estes entes, ou seja, uma representatividade *ope legis*.

Não é o que ocorre no direito estadunidense, em que aquele que pretenda propor demanda coletiva deverá comprovar ser o adequado representante daquele grupo.

Um ente legitimado não é, necessariamente, o representante adequado daquele grupo. Não são conceitos sinônimos. Flávia Hellmeister Clito FORNACIARI sustenta que "a representatividade adequada é instituto que, no campo processual, integra o seu conceito (de legitimidade) e (...) sua aferição não está adstrita à análise legislativa prévia"<sup>505</sup>.

É de se ressaltar a importância desta análise para o cumprimento do princípio do devido processo legal e seu corolário, o contraditório, que são considerados basilares do direito processual. Isto porque, no processo coletivo, afasta-se a ideia de que, para ser atingido por uma decisão, é necessária participação pessoal nos autos.

Owen FISS, neste sentido, explica que o garantido ao jurisdicionado, nesta perspectiva, é "not a day in court but the right to have one's interest adequately represented"<sup>506</sup>. Ou seja, não se assegura a cada um o seu dia na corte, mas, sim, o direito de ter seus interesses adequadamente representados em juízo. Assim, para que alguém possa ser atingido por uma decisão de cunho coletivo, ainda que de procedência, é imprescindível que seus interesses tenham sido adequadamente representados.

Por isso, de acordo com FORNACIARI, o controle judicial da representatividade adequada do autor de ação coletiva "é essencial para a efetiva tutela dos direitos coletivos, já que a análise (...) englobará a credibilidade, a

---

<sup>505</sup> FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 166-167.

<sup>506</sup> FISS, Owen. The allure of individualism. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. Rev. 965. jan 1993. p. 971.

seriedade e a postura do legitimado diante de outras situações violadoras do mesmo objeto, evitando, inclusive, a promoção pessoal do legitimado ou o conluio entre esse e a parte contrária, em prejuízo dos direitos coletivos"<sup>507</sup>.

No direito brasileiro, apesar de o legislador ter se omitido acerca da análise, pelo juiz, da representatividade adequada do ente que se apresenta como legitimado, é possível defender que isto efetivamente ocorra. É dizer: apesar de haver uma presunção de representatividade, não se trata de presunção absoluta, isto é, admite-se derrubá-la com prova em contrário.

Kazuo WATANABE<sup>508</sup> é um dos autores que defende existir, sim, a possibilidade de verificação pelo juiz da representatividade adequada nas ações coletivas. Tal se confirma pela previsão expressa do art. 82, §1º, CDC, autorizando o juiz a, nos casos das associações com menos de um ano de constituição, dispensar este requisito.

A análise da representatividade adequada do autor da ação civil coletiva se justifica porque, em muitos casos, o legitimado ativo autorizado pela lei vem a juízo defender interesses que podem não expressar verdadeiramente aqueles da categoria supostamente representada. Isto significaria não garantir o "right of representation"<sup>509</sup> indicado por FISS, isto é, o "direito de representação".

Em especial, no tocante à tutela coletiva de direitos trabalhistas, é de se analisar a representatividade das associações e sindicatos que, mesmo cumprindo os requisitos formais para serem tidos como legitimados ativos para uma ação civil coletiva, podem não ser os verdadeiros representantes do grupo ou categoria.

Ainda mais se considerado o fato de que, para novas ações coletivas, há litispendência e coisa julgada, inclusive em caso de improcedência (exceto por insuficiência de provas). Assim, a propositura de ação civil coletiva por ente que não verdadeiramente representa os interesses da categoria, por sindicato "pelego"<sup>510</sup>,

---

<sup>507</sup> FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Op. cit., p. 166-167.

<sup>508</sup> WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 97-100.

<sup>509</sup> FISS, Owen. **The allure of individualism**. p. 971.

<sup>510</sup> Pelego é a "pele de carneiro com a lã, usada sobre a montaria, para amaciar o assento" e esta palavra, no meio sindical, é utilizada para denominar aqueles sindicatos ou integrantes de sindicatos que "disfarçadamente trabalham contra os interesses dos sindicalizados", e que, portanto, não representam verdadeiramente os interesses dos integrantes da categoria, atuando, por vezes, em conluio com o empregador, vindo a prejudicar os interesses do trabalhador, o que pode ocorrer tanto no âmbito da negociação coletiva extrajudicial, como também pela via das ações judiciais coletivas. (PELEGO. Dicionário Houaiss. Disponível em:

pode gerar litispendência e coisa julgada, impedindo a repositura de ação coletiva com idêntico objeto, por exemplo, por uma associação que represente esta categoria.

Esta análise se mostra ainda mais importante, quando falamos de tutela de direitos individuais homogêneos de trabalhadores, no caso dos sindicatos. Isto porque o ordenamento brasileiro estabelece um sistema sindical baseado na unicidade sindical. Esta é "uma unidade imposta por lei, (...) um monopólio de representação"<sup>511</sup>. De acordo com o art. 8º, II, da Constituição Federal, "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial".

A verificação da existência de um único sindicato representativo de uma categoria se dá pelo registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego. Este órgão, em virtude da proibição de interferência estatal inculpada no art. 8º, I, da Constituição, não analisa a representatividade de cada ente sindical, se limita a registrá-lo ou a negar o registro quando já existir outro ente com mesma base territorial para a representação de determinada categoria.

Isto significa que qualquer pessoa pode requerer, junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, o registro de um sindicato representativo de categoria em determinada base territorial que já não o tenha, sem que necessite comprovar ter o apoio de uma parcela significativa da categoria para isto.

Uma vez registrado, o sindicato passa a ser considerado, oficialmente, o representante judicial e extrajudicial de toda a categoria e não apenas de seus filiados, passando a ser credor do imposto sindical, ou seja, da contribuição compulsória devida por todos os integrantes da categoria, em conformidade com o disposto nos arts. 578<sup>512</sup> e 579<sup>513</sup> da CLT.

---

<[http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/pelego%20\\_1018546.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/pelego%20_1018546.html)> Acesso 18 jan 2015)

<sup>511</sup> FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Sindicalismo no Brasil. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antonio César (Org.). **25 anos da Constituição e o direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 239.

<sup>512</sup> Art. 578: "As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do "imposto sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo."

<sup>513</sup> Art. 579: "A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo

Portanto, este modelo sindical ambíguo, um misto de "liberdade sindical com traços de corporativismo"<sup>514</sup>, permite que ocorram verdadeiras distorções, com o registro de tantos sindicatos quantos se oferecerem para registro<sup>515</sup>. O fator temporal (o primeiro registro) é o único critério oficial de verificação do cumprimento da unicidade sindical. O resultado, conforme FRANCO FILHO, é "a pulverização dos sindicatos e, com isso, fica reduzido o poder de barganha e diminuem expressivamente as reivindicações dos trabalhadores"<sup>516</sup>.

Assim, o fato de um sindicato ter personalidade jurídica e ser o representante da categoria profissional ou econômica registrado junto ao Ministério do Trabalho não equivale à sua representatividade adequada, ou seja, não existe qualquer garantia de que este ente efetivamente represente os interesses da categoria e não de um pequeno grupo que o compõe.

Em virtude de ser o sistema processual coletivo brasileiro adepto da presunção de representatividade adequada dos legitimados ativos previstos no Código de Defesa do Consumidor, esta problemática se transporta, também, para o campo do processo. Isto porque, a atual realidade sindical brasileira permitiria, em tese, que uma ação civil coletiva fosse proposta por um sindicato que não verdadeiramente representa os interesses da categoria, mas é apenas a representação dos ideais de uns poucos filiados, podendo, inclusive, gerar o efeito da coisa julgada coletiva.

Para o tema objeto da presente pesquisa, é relevante o fato de ter o autor da ação agido enquanto adequado representante da categoria ou não. Só se pode sustentar a indisponibilidade de direitos neste campo, se os interesses dos trabalhadores tiverem sido adequadamente defendidos e, assim, a sentença de procedência a ser executada representar uma resposta a um pleito verdadeiro do grupo.

Diante disso, é de extrema relevância a atuação do magistrado, na verificação da adequação material do legitimado que se apresenta como autor, é dizer, de sua

---

da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo êste, na conformidade do disposto no art. 591"

<sup>514</sup> BORBA, Joselita Nepomuceno. Op. Cit., p.160.

<sup>515</sup> Até 18 de janeiro de 2015, o Ministério do Trabalho e Emprego registrava um total de 15.739 sindicatos ativos, dos quais 10.711 de trabalhadores e 5.028 de empregadores. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp>> Acesso: 18 jan 2015.

<sup>516</sup> FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Op. Cit., p. 247.

adequação enquanto verdadeiro representante dos interesses da categoria e não apenas enquanto ente formal e previamente autorizado por lei a fazê-lo. É errôneo imaginar que, por esta lacuna que permitiria uma distorção por parte do legitimado ativo, o instrumento se torna de todo inútil. A tutela processual coletiva ainda é mais adequada à natureza dos direitos em questão do que a tutela individual.

Por isto, a saída não é retroceder para uma individualização das demandas, contudo, é progredir no sentido de aperfeiçoar a coletivização das demandas, verificando, por exemplo, as condições de o legitimado ativo exercer seu papel frente a um processo que objetiva a concretização de direitos e a transformação da realidade.

Além de legal, esta verificação é recomendável em relação a todos os legitimados, incluindo-se os sindicatos, pelas razões citadas, e o Ministério Público. Quanto a este último, analisar-se-á a relevância social do interesse pleiteado. Isto, como também ressalta FORNACIARI, "além de confirmar a adequação do porta-voz, (...) evita o mau-uso da ação coletiva"<sup>517</sup>.

Deste modo, quando se fala da sentença proferida em ação civil coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos de trabalhadores, se presume ser decorrente de um processo em que os interesses trabalhistas foram adequadamente representados pelo legitimado ativo. Embora não caiba aqui aprofundar esta análise, sob pena de se escapar do objeto da pesquisa, não se ignora que todas as seguintes observações, em especial, as críticas e as propositivas, necessitam, para sua efetividade, da verificação de adequada representatividade do autor das ações civis coletivas aqui tratadas.

### 3.3.2. Regime da Litispêndência e da Coisa Julgada no Processo Coletivo

O regime da litispêndência e da coisa julgada no processo coletivo também se diferencia daquele do processo civil tradicional e se trata, também, de ponto cuja análise é necessariamente precedente às conclusões desta pesquisa.

O procedimento de tramitação da demanda coletiva será o do Código de Processo Civil, mesmo em se tratando de demanda que tenha por objeto direitos

---

<sup>517</sup> FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Op. Cit., p. 169.



individuais homogêneos trabalhistas<sup>518</sup>. Assim, após a distribuição da demanda, ocorrerá a citação do réu<sup>519</sup>, sua resposta, o despacho saneador, a fase instrutória e, finalmente, a prolação de sentença (sujeita aos recursos previstos também na legislação processual ordinária).

Várias das diferenças substanciais entre a tutela coletiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor, e a tutela individual do Código de Processo Civil ou mesmo da Consolidação das Leis Trabalhistas, tratando-se de conflitos por ela regidos, dizem respeito em especial à sentença e seus efeitos.

Quanto à configuração de identidade de ações, ou seja, quanto à litispendência e à coisa julgada material, que diz respeito diretamente aos efeitos da sentença de mérito, o CDC traz uma regulação diversa da tradicional.

Eduardo TALAMINI ressalta que, por ser a coisa julgada uma regra processual constitucional, as ações coletivas também a ela se submetem, embora isso possa ocorrer de modo diferenciado<sup>520</sup>, como de fato ocorre. Isto porque, diferentemente do CPC, que prevê, em seu art. 472 que a coisa julgada não atingirá quem não tenha sido parte no processo, o CDC determina o seguinte:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

E este regime diferenciado da coisa julgada se deve, também, ao modelo de legitimação ativa adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste, os entes legitimados para as ações coletivas gozam de uma presunção legal de representatividade, não necessitando demonstrar, pelo menos a princípio, que representam adequadamente os indivíduos lesados / vítimas. Diante disso e de

---

<sup>518</sup> Isto porque o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos litígios coletivos regulados pelo CDC.

<sup>519</sup> No atual Código, citação para responder, e, no Código aprovado, que aguarda sanção presidencial, citação para comparecer em audiência, quando, não havendo conciliação, deverá ser apresentada resposta.

<sup>520</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123.

outras particularidades da realidade brasileira, o legislador brasileiro optou por uma coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, dependendo do resultado do julgamento.

Neste ponto, TALAMINI ressalta existir uma impropriedade técnica por parte da legislação, pois bastaria que a coisa julgada só operasse seus efeitos entre as partes. Isto, por si só, não impediria outro legitimado a propor ação idêntica à proposta por outro ente, julgada procedente ou improcedente<sup>521</sup>.

No caso dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, previstos nos incisos I e II do art. 103 acima, a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, ou seja, de acordo com o que restou provado nos autos. Neste caso, se for julgada improcedente a ação por insuficiência de provas, a sentença não fará coisa julgada material. Assim, pode a mesma ação ser proposta novamente se apresentadas novas provas, inclusive pelo mesmo ente legitimado que a propusera anteriormente.

Por outro lado, se julgada improcedente no mérito, a sentença fará coisa julgada material. Deste modo, impedirá que outros entes legitimados pelo art. 82 do CDC proponham a mesma demanda coletiva. O Código ressalvou, no entanto, os interesses e direitos individuais de cada uma das vítimas, os quais poderão propor ações individuais no caso de improcedência da ação coletiva, como se vê do §1º do mesmo art. 103:

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Em caso de procedência da demanda coletiva, como consta dos incisos do *caput* do artigo 103, a coisa julgada será, quando se tratar de direitos difusos, *erga omnes*, uma vez que, pela característica de indivisibilidade dos direitos em questão, a sentença deve atingir toda a coletividade.

Tratando-se de direitos coletivos *stricto sensu*, em caso de procedência, a coisa julgada será *ultra partes*, o que significa que atingirá todos os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas representadas, não só os associados ou filiados ao ente coletivo que propôs a demanda. Contudo, não será *erga omnes*, justamente porque limitada ao grupo representado. Assim, por exemplo, uma demanda coletiva proposta pelo sindicato dos trabalhadores do magistério de

---

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 123-127.

determinada cidade abrangerá todos os profissionais do magistério que integram a base representada e que, por isso, poderiam, em tese, ser filiados ao sindicato, mesmo que não o sejam, mas não alcançará os demais trabalhadores daquela cidade não representados por aquele sindicato e que, portanto, sequer poderiam ser a ele filiados.

Por fim, nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos, o regime da coisa julgada é verdadeira e unicamente *secundum eventum litis*. A sentença só fará coisa julgada em caso de procedência da demanda, e esta será *erga omnes*, atingindo todos aqueles indivíduos que possam se beneficiar do resultado positivo.

Além disso, o CDC dispõe, em seu art. 104<sup>522</sup>, que o indivíduo que tenha proposto demanda individual com objeto idêntico ao da coletiva, quando cientificado da existência desta última, poderá pedir a suspensão daquela no prazo de trinta dias, para que possa ser beneficiado por uma sentença coletiva de procedência. A coisa julgada desta não atingirá aquele que não tiver requerido a suspensão da demanda individual. Por outro lado, caso a sentença coletiva seja desfavorável, ainda poderá o indivíduo retomar a demanda que ficara suspensa, na tentativa de obter uma sentença de procedência.

Em apertada síntese, portanto, pode-se estabelecer que a coisa julgada, nas demandas coletivas, nunca será para prejudicar os indivíduos que dela não tenham participado ativamente, mas apenas para beneficiá-los. Assim, qualquer sentença de improcedência, ainda que possa fazer coisa julgada em relação à outra demanda igualmente coletiva, não impedirá a propositura de ação individual com idêntico objeto.

Da mesma forma, no que toca à litispendência, que depende também de serem duas ações tidas por idênticas, estabelece o art. 104 do CDC que a propositura de ações coletivas que tenham por objeto direitos difusos e coletivos em sentido estrito não induz litispendência para as ações individuais. Desta forma, não impede a propositura de ação individual com idêntico objeto. Contudo, determina

---

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

que, em se tratando de demanda coletiva que verse sobre direitos coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, havendo sentença favorável, os autores de ações individuais só poderão se beneficiar caso tenham requerido a suspensão do feito.

Isto significa que todos os indivíduos lesados pelo ato ilícito, que constitui objeto da demanda coletiva, poderiam, em tese, propor demandas individuais com o mesmo objeto (quando isto for possível, em razão da indivisibilidade do objeto em muitos casos), sem que se configure a litispendência.

Nestes casos, sendo comunicada a existência de demanda coletiva, cabe ao autor da ação individual optar por suspender a sua demanda até o julgamento da coletiva ou não. Em caso de optar pelo prosseguimento de sua ação individual, não será atingido pelo resultado da demanda coletiva, não importando se será de procedência ou improcedência.

Já se o autor individual optar pela suspensão e a demanda coletiva for julgada improcedente, após o trânsito em julgado da coletiva, aquele poderá prosseguir com seu feito individual na tentativa de obter uma sentença diversa. De outro lado, se a sentença coletiva for de procedência, ocorrerá o fenômeno do transporte *in utilibus* do julgado da ação coletiva. Portanto, este fenômeno é semelhante ao que ocorre quando uma sentença penal condenatória inclui o dever de indenizar, que apenas será objeto de liquidação e execução no juízo cível, sem necessidade de processo de conhecimento. É o que explica Ada Pellegrini GRINOVER:

Quando o Código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação *ope legis*, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar.

Trata-se de fenômeno conhecido, mas até agora restrito, no nosso ordenamento, aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do art. 91, I, CP, a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63, CPP e 475-N, II, CPC). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora, por força do Código de Defesa do Consumidor, quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas.

(...)Seja como for, e qualquer que seja a explicação científica que se lhe dê (eficácia preclusiva, efeito secundário da sentença, ou ampliação do objeto do processo coletivo, para que o julgado inclua o pronunciamento sobre o dever de indenizar, *ope legis*), trata-se de fenômeno bem conhecido, agora incorporado ao Código do Consumidor, mercê do transporte, *in utilibus*, do julgado da ação coletiva para as ações individuais de

responsabilidade civil.<sup>523</sup>

Portanto, em caso de procedência da demanda coletiva, seja em defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, o resultado favorável alcançará todas as vítimas que poderiam se beneficiar dele. Assim, os que propuseram ações individuais (desde que, após noticiada, nos autos, a existência da ação coletiva, tenham requerido a suspensão de seu processo individual até o julgamento do coletivo), terão transportado, para suas demandas, a sentença de procedência da demanda coletiva. Como também aqueles que nunca propuseram ações individuais, nem mesmo manifestaram concordância com a propositura ou tomaram conhecimento da existência de demanda coletiva, poderão executar, em seu favor, a sentença coletiva que reconhece o dever de indenizar, de forma genérica. Apesar disso, a sentença de improcedência não prejudica os indivíduos, que poderão ainda propor suas demandas individuais.

### 3.3.3. O Privilégio da Esfera Individual. Incentivo à Litigiosidade Individual

Embora o sistema coletivo de tutela de direitos individuais represente uma tentativa de resposta adequada aos conflitos de massa e às especificidades da sociedade contemporânea, ainda guarda muito da ideologia liberal e individualista do processo civil tradicional. É um "confiar desconfiando".

Sobre isto, expõe ARENHART: "o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais privilegiou a autonomia individual, optando por um regime em que as ações individuais têm sempre preferência sobre as demandas coletivas e em que o particular só é atingido pelos efeitos da sentença coletiva se assim expressamente pretender (sistema do *opt in*)"<sup>524</sup>.

Diz-se ser isto um ranço do liberalismo, enquanto ideologia que tem suas bases na Revolução Francesa, quando se fazia necessário revogar os privilégios do *Ancien Régime*, estabelecer a igualdade de todos perante a lei, publicizar a justiça e limitar os poderes dos juízes para evitar abusos e arbitrariedades<sup>525</sup>. Naquele momento, "os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a

---

<sup>523</sup> Ibidem, p. 182-183. (grifos nos original)

<sup>524</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 49.

<sup>525</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad.** p. 39-40.

filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante"<sup>526</sup>, a concepção da autonomia da vontade individual enquanto dogma.

Contudo, não é mais este o sentimento que deve inspirar o direito, nem mesmo o processual, como já dito no tocante à superação do dogma da autonomia da vontade no campo da contratualidade. A realidade mostrou que a atuação do Estado limitada a um não fazer era insuficiente, "o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais (...), desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social"<sup>527</sup>.

A resposta a isto foi a instituição de um novo modelo de Estado, o Estado Social e Democrático de Direito, que atribui novas obrigações de atuação positiva ao Estado. No Brasil, está insculpido na Constituição Federal de 1988, "por atribuir expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas de caráter social, e ao Estado uma vasta gama de deveres da mesma natureza dispostos ao longo do texto constitucional"<sup>528</sup>.

No campo do direito processual, a criação de meios de tutela coletiva para os direitos metaindividuais e também para aqueles considerados individuais homogêneos foi uma inovação no sentido de tornar a tutela jurisdicional mais adequada à realidade fática contemporânea. Trata-se de uma sociedade de massa na qual, embora haja uma igualdade formal entre os contratantes (consumidores e fornecedores, empregados e empregadores), não há uma igualdade material, verdadeira.

Assim, vê-se um conflito de valores e ideologias que se consubstancia naquilo que CAPPELLETTI chamou de o "gran desaffío de nuestra época: el de conciliar la libertad privada individual con la justicia social"<sup>529</sup>.

O legislador brasileiro, ao instituir a tutela coletiva de direitos transindividuais e individuais homogêneos, caminhou no sentido dos valores da justiça social. Entretanto, algo ainda o segurou com uma perna na proteção da liberdade privada

---

526 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 9.

527 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115.

528 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan/jun 2013. p. 345.

529 CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. p. 86.

individual, na reafirmação do dogma da autonomia da vontade.

Isto fica bastante evidente no regime da litispendência e da coisa julgada nas ações civis coletivas, exposto acima, no qual a propositura de ação coletiva não gera litispendência em relação às ações individuais com o mesmo objeto. Além disso, tem-se a disposição de que a coisa julgada só operará seus efeitos em relação a todos os integrantes da categoria se a decisão for de procedência. Por isso, ARENHART afirma ser um sistema de *opt in*, pois, em caso de improcedência, os integrantes da categoria poderão optar por não sofrerem os efeitos da coisa julgada.

Então, em caso de improcedência, ainda caberia a cada indivíduo propor sua ação individual. No caso da realidade brasileira, isto é inviável, uma vez que dificilmente se terá uma decisão coletiva de mérito transitada em julgado antes de terminado o prazo prescricional para a ação individual<sup>530</sup>.

O resultado disso, do ponto de vista estrutural, de acordo com ARENHART, é um incentivo à litigiosidade individual, com a conseqüente "multiplicação de demandas individuais que tenham o mesmo objeto da ação coletiva, permitindo a multiplicação de demandas com a mesma finalidade e admitindo (ao menos potencialmente) decisões conflitantes sobre a mesma matéria (em ofensa ao princípio da igualdade)"<sup>531</sup>.

Por este privilégio da autonomia privada, pode se dizer tratar de uma disposição liberal, ou, de acordo com Gregório Assagra de ALMEIDA, neoliberal<sup>532</sup>, no sentido de privilegiar a liberdade individual e de exigir do Estado um não fazer a fim de não violar esta liberdade.

Ocorre que, camuflado de proteção à liberdade individual, o que o neoliberalismo realmente causa é a precarização, "o desprezo pelos direitos, principalmente os de cunho social, os quais são resultado de conquistas que levaram séculos e séculos de lutas, especialmente da classe mais oprimida"<sup>533</sup>. Justamente porque, considerando-se o desafio da época atual, exposto por

---

530 Há, por isso, quem defenda a suspensão do prazo prescricional individual na constância da demanda coletiva, embora pudéssemos dizer que também este é um posicionamento que privilegia a autonomia individual. Mas não se trata do nosso ponto de debate aqui. Defende esta interrupção, por exemplo, SILVA, Homero Batista Mateus da. *Ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas?* In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 219-236

531 ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 50.

532 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 90 e seguintes.

533 *Ibidem*, p. 94.

CAPPELLETTI, prestigiar a liberdade individual significa afastar-se do outro lado do desafio, a justiça social, o privilégio da igualdade e liberdade materiais, efetivas. Portanto, é amarrar-se a um dogma já superado, o da autonomia da vontade.

No caso dos direitos trabalhistas, como já frisado ao longo desta pesquisa, é necessária a superação do dogma da autonomia da vontade. Exatamente porque a proteção da liberdade individual resulta em verdadeira desproteção do trabalhador, na medida em que permitiria a pactuação de condições piores do que as legais ou mesmo de retrocesso. Isto por conta da natureza da relação, de luta de classes, que vai muito além da relação apenas entre um empregador e um empregado, da simples subordinação na constância do vínculo empregatício. Assim, a ausência de vontade permanece mesmo após o fim deste vínculo. E, repita-se, este quadro permanece quando se parte para o âmbito do processo.

Uma das principais razões para a instituição de processos coletivos na esfera trabalhista é para que se tenha efetividade, uma vez que a relação conflituosa de classe entre capital e trabalho dificulta, se não impede, a busca do Judiciário pelo trabalhador. Consequentemente, não há qualquer razão para que se prestigie a liberdade individual. Isto porque, ainda que aparentemente este prestígio não possa prejudicar o trabalhador, desconstitui os fundamentos da tutela jurisdicional coletiva, ignora o que já foi construído para permitir a efetivação judicial de direitos sem a necessidade de busca individual pelo Poder Judiciário (seja na fase cognitiva, seja nas posteriores).

Owen FISS chama este fenômeno de uma "sedução do individualismo"<sup>534</sup> ("Allures of Individualism"<sup>535</sup>), afirmando que "todos podemos sentir a atração do individualismo, mas uma insistência demasiadamente rígida nos valores individuais (...) virtualmente destruiria a decisão estrutural"<sup>536</sup>. Destaca que, nas *class actions* estadunidenses, ainda que se possa imaginar o contrário, "a notificação é enviada aos membros da classe, mas apenas como uma maneira de verificar a adequação

---

534 FISS, Owen. A sedução do individualismo. In: \_\_\_\_\_ **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. Trad.: Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204-232. (Trata-se da tradução do artigo citado na próxima nota de rodapé).

535 FISS, Owen. **The allure of individualism.** p. 965-979.

536 FISS, Owen. **A sedução do individualismo.** p. 229.



da representação, não para proteger os direitos individuais de participação"<sup>537</sup>.

É de se frisar que a mitigação da autonomia individual no âmbito do processo, assim como no campo do direito material, não significa violação de direitos, mas pode, muito pelo contrário, resultar em concretização e efetivação de direitos.

Isto fica claro na exposição de ARENHART acerca deste fenômeno no processo, afirmando que "o texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção"<sup>538</sup>.

CAPONI e ARENHART explicitam caber a aplicação, ao processo, da máxima da proporcionalidade, de modo que sopesando-se, de um lado, os princípios derivados do modelo tradicional de processo, como é o caso do contraditório, e, de outro, a eficiência da administração da justiça<sup>539</sup>, "vê-se que o critério da proporcionalidade facilmente justifica a preponderância da tutela coletiva sobre a individual. (...). As vias de proteção individuais dadas a esses valores coletivos, no mais das vezes, têm-se mostrado desastrosas e totalmente desajustadas às necessidades de tutela desses bens"<sup>540</sup>.

O legislador brasileiro foi vanguardista em instituir a tutela coletiva, tanto para os direitos essencialmente coletivos, como aqueles de massa, apenas acidentalmente coletivos, com a finalidade de propiciar uma proteção mais efetiva. Contudo, não se libertou totalmente das ideologias liberais, do "medo" de arbitrariedades se for mitigada a liberdade individual dos sujeitos de direitos. Continua, desta forma, se atendo às formalidades clássicas, às ficções de liberdade e igualdade das partes no processo, ao dogma da autonomia da vontade.

Estas constatações confirmam a afirmativa de que "as ações coletivas, como instrumento poderoso, de profundo impacto social, (são) uma área do direito processual extremamente sensível às concepções ideológicas do aplicador do direito"<sup>541</sup>. Assim, é preciso questionar, como faziam CAPPELLETTI e GARTH,

---

537 Ibidem, p. 228.

538 ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 51.

539 CAPONI, Remo. Op. Cit., p. 141-142.

540 ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 41.

541 GIDI, Antônio. Op. cit., p. 39.

"como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam"<sup>542</sup>. A resposta é de que se trata de postura ideológica que vem resultando em "efeitos nefastos (...) aos direitos sociais e coletivos fundamentais no Brasil"<sup>543</sup>, principalmente no campo da proteção de direitos trabalhistas, espaço no qual a busca pelo Poder Judiciário individualmente é cada vez mais difícil. Assim, tal ideologia necessita ser não só reconhecida e declarada, como se faz agora, mas, principalmente, afastada. Não se pode olvidar da afirmação de COUTINHO<sup>544</sup>, aqui já repetida, de que aquilo que não protege ao trabalhador, protege o capital. Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo no âmbito do processo coletivo.

Em especial, no campo da execução da tutela coletiva, a influência destes ideais na legislação e também na jurisprudência causa ainda maiores desastres, o que será analisado no ponto seguinte.

---

<sup>542</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 7.

<sup>543</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 103.

<sup>544</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. p. 7.

### 3.4. A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA.

3.4.1. Cognição Coletiva, Liquidação e Execução Individuais. Uma Cisão que Desfavorece a Efetividade da Tutela e, de novo, o Privilegio do Individualismo

Outro ponto que deixa transparecer o individualismo liberal da regulação do Código de Defesa do Consumidor diz respeito à liquidação e à execução da sentença coletiva, previstas nos arts. 95, 97 e 98, e a interpretação que deles se faz.

O próprio Código demonstra esta ideologia e a desconfiança em relação ao procedimento capitaneado totalmente pelos entes coletivos ao resguardar a possibilidade de o beneficiado da sentença coletiva, a vítima, ou, aqui, o trabalhador, liquidar e executar individualmente a pretensão (individual) reconhecida por meio da tutela coletiva.

O art. 95 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". Em razão disso, embora o dispositivo não exija que assim sempre ocorra, apenas possibilitando esta hipótese<sup>545</sup>, na prática, a grande maioria, senão todas as sentenças de ações coletivas que fixam parcelas divisíveis, ou seja, que reconhecem direitos individuais homogêneos, são genéricas. Assim, necessitam de liquidação, pois, embora sejam certas, são ilíquidas, e, portanto, faltam um dos requisitos de exequibilidade do título, o da liquidez, que só existirá após a liquidação<sup>546</sup>.

Em geral, tendo em vista o sincretismo do processo, em especial após a Lei 11.232/05, a liquidação não é um processo autônomo, mas apenas mais uma fase após a sentença, tal qual a execução, desde então. No entanto, no caso da liquidação e execução individuais de sentença coletiva, não é isto o que acontece.

---

<sup>545</sup> Sobre isso, ARENHART refuta a limitação da atuação jurisdicional da tutela coletiva na tutela condenatória genérica (ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 239). Também Ilse Marcelina Bernardi LORA afirma que " não obstante o disposto no art. 95 do CDC, nada impede que o magistrado, havendo elementos suficientes nos autos, em circunstâncias especiais, deixe de proferir sentença genérica, situação em que mero cálculo, ou ainda eventual liquidação por arbitramento, poderá permitir a apuração do *quantum* devido a cada uma das vítimas" (LORA. Ilse Marcelina Bernardi. Liquidação e execução nas ações coletivas. In SANTOS, José Aparecido dos (coord.). **Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos AMATRA IX**. São Paulo: LTr, 2008. p. 742).

<sup>546</sup> Neste sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 2009. p. 154-155.

Para dar-se início à liquidação e à execução de uma sentença proferida em ação civil coletiva, o Código de Defesa do Consumidor estabelece legitimidades individual e coletiva concorrentes. Dispõe, em seu art. 97, que "a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82", que são os entes coletivos já expostos. Com isto, o CDC estabelece a possibilidade de dois tipos de liquidação e execução. A individual, promovida pela própria vítima ou seus sucessores, que ocorre em autos apartados e dá início a uma nova relação processual. Ainda, a coletiva, promovida por um daqueles entes legitimados, normalmente nos mesmos autos nos quais proferida a sentença.

A liquidação, diferentemente do cumprimento de sentença, tem caráter cognitivo e não verdadeiramente executivo, é um "elo cognitivo entre a fase de conhecimento e a fase de cumprimento da sentença"<sup>547</sup>. Isto porque, é nesta fase que a sentença genérica será integrada e se tornará exequível e é nela que "cada liquidante (...) deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexó etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (o *quantum*)"<sup>548</sup>.

Já na atual sistemática de processo coletivo no Brasil, Wolney de Macedo CORDEIRO<sup>549</sup> sublinha que a liquidação não tem apenas a função de determinar o *quantum debeatur*, ou seja, de quantificar o crédito, mas também de verificar quem são os credores, que deverão ser indentificados e comprovar o nexó com a sentença proferida, isto é, a existência do dano.

Isto significa que, sendo a liquidação promovida individualmente, cada beneficiário da sentença coletiva necessitará buscar o Poder Judiciário, por meio de um advogado constituído para este fim, e submeter-se a procedimento de natureza cognitiva mais amplo do que é tradicional nos processos individuais, no qual

---

547 BUCCI, Eduardo Sadalla. Legitimidade de associação na fase de liquidação de sentença de direitos individuais homogêneos com inversão do ônus da prova: estudo de caso. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 135, n. 189, nov/2010. p. 290.

548 GRINOVER, Ada Pellegrini. Capítulo II. Das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. In: \_\_\_\_\_ et. alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 154.

549 CORDEIRO, Wolney de Macedo. A delimitação procedimental da liquidação das sentenças de tutela de direitos individuais homogêneos no processo do Trabalho. In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 329-340.

provará o seu dano pessoal. Este procedimento, de acordo com Wolney de Macedo CORDEIRO, “não se enquadra com facilidade no procedimento liquidatório reclamado para as sentenças tuteladoras de direitos individuais homogêneos”<sup>550</sup>.

Mesmo depois de liquidada, a parte da sentença relativa aos direitos individuais homogêneos poderá ser executada tanto por cada beneficiário como pelo ente coletivo legitimado. É o que consta do art. 98 do Código: "a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções"

Portanto, assim como se constatou em relação ao regime da coisa julgada e da litispendência, também a regulação do procedimento de liquidação e execução da sentença coletiva não se dá de forma plenamente coletiva, ressalva a suposta liberdade individual para a promoção dos procedimentos individualmente. Ainda mais grave é a interpretação que tem sido feita deste dispositivo legal por alguns juízes e tribunais, que vai além de apenas ressaltar a possibilidade de individualização do procedimento em questão, priorizando a liquidação e execução da sentença coletiva pela forma individual<sup>551</sup>.

Com isto, após um extraordinário esforço de reconhecimento coletivo de direitos, retorna-se à estaca zero, exigindo que o que era coletivo se multiplique em dezenas, centenas, milhares ou até milhões de liquidações e execuções individuais.

Ainda, significa dizer que aquele beneficiado, ou trabalhador, que não buscou o Poder Judiciário individualmente por uma série de razões, muitas decorrentes da luta de classes inerente a estas relações, precisará tomar a iniciativa de buscá-lo

---

<sup>550</sup> Ibidem, p. 329.

<sup>551</sup> No Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por exemplo, no seguinte julgado: AÇÃO COLETIVA PROPOSTA PELO SINDICATO PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. NECESSIDADE DE POSTERIOR INDIVIDUALIZAÇÃO PELOS LESADOS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AUTOS APARTADOS. MEDIDA QUE ATENDE A CELERIDADE PROCESSUAL. Conforme arts. 97 e 98 da Lei nº 8.078/90, as peculiaridades dos direitos individuais existentes devem ser atendidas em liquidação de sentença, a ser promovida individualmente. Tal procedimento atende, ainda, à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), cara ao Processo do Trabalho em que são veiculadas pretensões de natureza alimentar, evitando que os diversos lesados que a entidade sindical buscou tutelar, passem a integrar a mesma lide, embarçando-a. De tal arte, a execução de sentença nos processos coletivos, calcada no rito individualista do CPC, não prescinde da postulação individualizada em autos apartados. Recurso do Reclamante a que se nega provimento. (PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Sétima turma. Autos n.º 03139-2013-303-09-00-2. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 07 nov 2014)

agora para liquidar e executar uma pretensão reconhecida coletivamente.

Ocorre que, além de representar mais um resquício de individualismo no processo coletivo, a individualização da liquidação e execução das sentenças coletivas, se transformada em regra, traz alguns efeitos extramente prejudiciais. Estes prejudicam tanto à administração da justiça e às partes do processo, como principalmente à efetividade da tutela coletiva, em especial quando seu objeto é a proteção de direitos trabalhistas de determinada categoria profissional ou econômica.

Por consequência, Vicente de Paula ATAIDE JUNIOR afirma ser esta sistemática ineficiente para a maior parte dos casos de execução de sentença coletiva, "porque apesar de se ter uma só ação, um só processo e uma só sentença coletiva, atendendo ao postulado geral do processo coletivo, de concentrar a discussão do litígio (...), diminuindo o número de ações, sem diminuir a qualidade da prestação jurisdicional, a fase de execução da sentença coletiva contraria esse postulado"<sup>552</sup>. É dizer: a legislação "transforma a ação coletiva em, apenas, uma "meia ação coletiva"<sup>553</sup>, já que a característica coletiva acaba ficando restrita à fase cognitiva do processo.

O processo coletivo busca, do ponto de vista jurídico, se adequar aos novos direitos criados pelo direito material. Do ponto de vista social, visa pacificar conflitos sociais e afirmar a cidadania. Do ponto de vista econômico, pretende reduzir o número de processos que estão a congestionar o Poder Judiciário, bem como desonerar os autores e beneficiários das demandas coletivas das custas e emolumentos processuais. Diante destas aspirações, não há como se negar as vantagens da execução coletiva em face das liquidações e execuções individuais.

Não se pode dizer ser afirmação da cidadania, conforme assevera Eduardo Sadalla BUCCI<sup>554</sup>, a imposição de um procedimento que exige de todos os possíveis lesados contratarem advogado particular para propor a liquidação apenas para saber se há ou não o que ser executado e, em seguida, promoverem execuções individuais.

---

<sup>552</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 2013. 278f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 126.

<sup>553</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 55.

<sup>554</sup> BUCCI, Eduardo Sadalla. Op. cit., p. 303.

Isto gera, a cada um dos credores individualmente, um custo que pode até ser superior ao crédito disponível, o que, se não impossibilita, ao menos dificulta o recebimento de todos os valores devidos.

Sem falar no abarrotamento do Judiciário com dezenas, centenas ou até milhares de liquidações e execuções individuais. Estas poderiam ter sido substituídas por uma única ação que tramitasse coletivamente do início ao fim, isto é, desde a fase cognitiva até a execução.

Neste sentido, Ricardo Geraldo Rezende SILVEIRA, ao tratar da liquidação de sentença coletiva promovida individualmente por cada uma das vítimas, se posiciona resistente à sua utilização em todos os casos. O autor afirma que “a insegurança jurídica causada ao réu da ação coletiva é enorme e o desiderato da pacificação social buscada pelo exercício da jurisdição não é alcançado”<sup>555</sup>. Segundo a conclusão do autor, apenas deveriam se sujeitar aos procedimentos individuais casos específicos, que fujam muito do constante da sentença coletiva e que não tenham condições de serem liquidados coletivamente.

Além disso, sob o enfoque dos credores da sentença coletiva, a execução coletiva mostra-se muito mais eficaz e com melhores resultados prático. Isto porque, se restrita às execuções promovidas individualmente, no mais das vezes, as sentenças coletivas não atingirão todos os interessados e, assim, não cumprirão integralmente suas missões.

Em resumo, replica-se a afirmação de ARENHART de que “impondo-se a execução individual (ao menos como regra geral), o efeito vantajoso da aglutinação de demandas que foi operado na fase de conhecimento, é sacrificado na fase de efetivação, na medida em que, a partir deste momento, a avalanche de causas individuais tende a reaparecer”<sup>556</sup>.

Por conseguinte, doutrinadores como Eduardo Sadalla BUCCI<sup>557</sup> se posicionam no sentido de que, no caso da liquidação, por se tratar de incidente de natureza cognitiva, seria plenamente possível à atuação dos legitimados ativos coletivos na qualidade de substitutos processuais.

---

555 SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Execução coletiva: teoria geral e novas perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 184.

556 ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 73.

557 Ibidem, p. 309.

Outros enxergam a mesma possibilidade também para a execução, ainda que o façam por meio da figura da representação ao invés da substituição processual, debate pontual no qual não se adentrará nesta pesquisa. Por exemplo, Ricardo Geraldo Rezende SILVEIRA aduz que “nada impede que a associação ou o legitimado coletivo, (...), que até então figurava na qualidade de representante da coletividade ou substituto processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados”<sup>558</sup>.

Elton VENTURI, por sua vez, sustenta a obrigatoriedade por parte dos legitimados ativos coletivos de dar início à liquidação e à execução da sentença coletiva. Afirma que “a execução de sentença condenatória que determine reparação a direito transindividual revela-se obrigatória, indisponível, ainda que meramente facultada aos co-legitimados, que não o Ministério Público, sua propositura, como se extrai da redação do art. 15 da LACP”<sup>559</sup>.

Na verdade, todas estas proposições baseiam-se justamente no previsto pelo art. 83 do CDC, ou seja, que tanto as partes como o juiz devem agir de forma cooperativa e criativa para que os direitos tutelados coletivamente o sejam da melhor forma possível.

Destaca-se, como o faz Elton VENTURI, que “a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’ (CDC, art. 6º, VI), mais do que enunciado pragmático, constitui imposição legal a ser perseguida incessantemente tanto pelos entes exponenciais arrolados pelo art. 82 do CDC, como pelo próprio Poder Judiciário.”<sup>560</sup>

À vista disto, o mesmo autor afirma que “a tutela executiva dos direitos difusos e coletivos, pois, só pode ser considerada como efetivamente prestada quando proporciona aos seus titulares (ainda que indeterminados) a prestação específica da obrigação ou seu equivalente ou, ainda, o correspondente em pecúnia.”<sup>561</sup>

O que se busca não é apenas declarar a existência de direitos coletivos ou

---

558 SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. Op. Cit., p. 185.

559 VENTURI, Elton. **Execução da tutela**. p. 105.

560 Idem.

561 Ibidem, p. 113-114.



condenar alguém ao ressarcimento de danos causados a uma coletividade. Mais do que isto, se pretende alcançar "os resultados úteis que o processo pode trazer à vida daqueles que integram uma relação jurídico-processual (...) se os interessados, com a sistemática processual existente, destinada à defesa dos interesses transindividuais, são destinatários de uma efetiva tutela jurisdicional, se as suas situações restam alteradas após o término da atividade jurisdicional."<sup>562</sup>

Se a legislação atinente ao processo coletivo deve ser interpretada pragmaticamente e, ao mesmo tempo, a tutela coletiva deve ser absolutamente instrumental na defesa de tais direitos, é certo que devem se voltar à efetividade da tutela jurisdicional coletiva.

MARINONI e MITIDIÉRO tratam de um direito fundamental à tutela adequada e efetiva como um prolongamento do direito de ação, atento ao "*ângulo teleológico* do assunto. (...) o *foco* é deslocado do *conceito* para o *resultado* propiciado pelo seu exercício"<sup>563</sup> Afirmam que o direito fundamental à tutela jurisdicional tem três principais perspectivas: "(i) do acesso à justiça; (ii) da adequação da tutela; e (iii) da efetividade da tutela."<sup>564</sup> Isto significa que, além de se proporcionar o acesso adequado de todos ao Poder Judiciário, é necessário se adequar os meios de tutela para que sejam compatíveis com os direitos materiais que cada um tutela<sup>565</sup>. Ainda, a execução deve contar com técnicas efetivas e idôneas<sup>566</sup>. Em relação a esta última, os autores expõem o seguinte:

A tutela jurisdicional tem de ser *efetiva*. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do Direito fica obviamente combalida quando esse carece de *atuabilidade*. Não por acaso a *efetividade* compõe o princípio da *segurança jurídica* - um ordenamento jurídico só é *seguro* se há *confiança* na *realização* do direito que se *conhece*. A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao *resultado* do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o direito material.<sup>567</sup>

---

562 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 34.

563 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. *In*: \_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 628.

564 *Idem*.

565 *Ibidem*, p. 630.

566 *Ibidem*, p. 633.

567 *Ibidem*, p. 637.

Ou seja, segundo os autores, todo cidadão tem direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Consequentemente, o beneficiário da sentença coletiva que reconhece direitos individuais homogêneos, muito mais do que qualquer direito individual a executar esta pretensão, tem garantido o direito à sua efetivação verdadeira.

Assim, sendo o direito à tutela jurisdicional efetiva um direito fundamental, e constatando-se que a tutela executiva só é plena quando proporciona uma reparação adequada (seja pela prestação específica ou por seu equivalente) ao maior número possível de lesados, só será objeto de concretização do direito fundamental a espécie de execução que atenda a estes requisitos, ainda se isto significar a mitigação de sua liberdade individual em relação ao processo ou mesmo de seu direito de participação no processo.

Entretanto, não é isto o que tem acontecido na realidade da liquidação e da execução da tutela coletiva. A individualização do procedimento das execuções, ao "exigir que sempre os indivíduos devam apresentar-se em juízo para "execuções individuais", acaba por retirar com uma mão o que foi dado pela outra"<sup>568</sup>, tanto em relação ao Poder Judiciário como ao indivíduo, que necessitava da tutela coletiva justamente pelas dificuldades em buscar individualmente os seus direitos.

"Em síntese, pode-se concluir que os mecanismos hoje utilizados para a efetivação das sentenças coletivas – especificamente no que se refere à proteção de direitos individuais homogêneos - constitui mais um instrumento que frustra a efetividade da tutela coletiva e desestimula o recurso a essa via como forma de composição dos litígios de massa."<sup>569</sup>

#### 3.4.2. A (In)disponibilidade da Execução da Sentença Coletiva.

Diante do que se percorreu até aqui, já começa a se delinear a resposta à pergunta sobre a possibilidade ou não de o trabalhador dispor de seus direitos no âmbito da execução de sentença coletiva.

Há duas formas de se solucionar esta questão. A primeira delas, presente na revogada Súmula n.º 310 do TST, busca privilegiar a autonomia individual, "impedir

---

<sup>568</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 320.

<sup>569</sup> Ibidem, p. 76.

que a vontade do titular do direito possa ser sobrepujada pela vontade de sua representação sindical"<sup>570</sup>. Por isto, o revogado enunciado previa, em seu inciso VI, o seguinte: "É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto." Além de privilegiar a autonomia individual, a súmula parecia acreditar na existência de alguma liberdade de manifestação de vontade pelo trabalhador. Para tanto, sequer precisaria de anuência do ente que representa a categoria e, nesta posição, interessa-se pela efetivação o mais ampla possível da decisão coletiva.

De outro lado, defende-se que somente a parte em sentido processual poderia vir a juízo para desistir da ação ou de sua execução, de maneira que somente o sindicato poderia fazê-lo na ação, liquidação ou execução coletivas. Contudo, esta limitação não se aplicaria às liquidações e execuções individuais da sentença coletiva.

No entanto, ainda que se conclua pela não admissão da disponibilidade individual de direitos na execução coletiva, "essa conclusão se impõe menos em função do aspecto formal – se o titular da ação é o substituto processual, dela não pode substituir o substituído – e mais em razão do aspecto substancial do problema"<sup>571</sup>.

Quando se fala de direitos individuais homogêneos titularizados por trabalhadores integrantes de uma categoria profissional ou econômica, sua tutela coletiva não busca apenas desafogar o Judiciário ou substituir inúmeras demandas individuais por uma coletiva. Objetiva, verdadeiramente, possibilitar o acesso à justiça destas pretensões, independentemente da manifestação de vontade de cada indivíduo, bastando tratar-se de interesse da categoria, adequadamente representado.

Isto porque, como se viu, tratando-se de relações laboratícias capitalistas, reconhece-se a inexistência da vontade e, assim, sua irrelevância para a concretização de direitos. É dizer: além da incidência do princípio da proteção, na fase de criação de direitos, impede-se ou restringe-se a possibilidade de o trabalhador dispor destes direitos, entendendo-se que a vontade individual não pode negar efetividade ao Direito do Trabalho.

---

<sup>570</sup> CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. Cit., p. 125.

<sup>571</sup> Ibidem, p. 127.

Além disso, reconhece-se a importância das representações coletivas dos trabalhadores como única possibilidade real de enfrentamento do empregador, já que este é ente de natureza coletiva<sup>572</sup>.

Esta coletivização do debate no âmbito das relações de direito material se apresenta ainda mais no campo processual. De acordo com Elizabeth Chamblee BURCH, está presente nos debates acerca de demandas coletivas o balanceamento entre duas realidades. De um lado, a perda de autonomia do indivíduo de manifestar-se por si próprio. De outro, o ganho de poder que a voz coletiva obtém em comparação com a individual<sup>573</sup>. O resultado disso é compreender que este indivíduo, agora, não está mais sozinho, faz parte de um espectro comunitário maior, uma história coletiva, compartilhada pelos demandantes. Afirma a autora que "ninguém escolhe ser lesado por um medicamento ou produto. Todavia, uma vez que um mesmo medicamento ou produto lesa pessoas de maneiras semelhantes, isto as transforma, transforma suas histórias, e as liga de uma maneira que elas nunca escolheram ou iriam escolher. Isto se torna parte da identidade destas pessoas"<sup>574</sup>.

Assim também acontece com os trabalhadores de uma mesma categoria. Mesmo sendo indivíduos, cada um com sua própria história pessoal, passam a fazer parte de uma única realidade coletiva quando integram a categoria e/ou quando sofrem um dano decorrente de um ato ilícito cometido em face de uma coletividade de trabalhadores, integrantes da mesma ou de outras categorias. A reparação do dano<sup>575</sup> sofrido pelo trabalhador não importa mais só a ele próprio, interessando a toda a categoria e a sociedade como um todo, que institui, em seu ordenamento

---

<sup>572</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. p. 154-156.

<sup>573</sup> "On the one hand, the individual may be enveloped within the aggregate and lose the ability to speak for herself; on the other, the collective voice is far more powerful than hers alone". (BURCH, Elizabeth Chamblee. Group Consensus, Individual Consent. **The George Washington Law Review**, v. 79, 2010-2011. p. 507)

<sup>574</sup> Tradução livre do original: "(...) the circumstances leading up to litigation, and thus litigation itself, belong to a larger narrative: they are part and parcel of plaintiffs' shared, collective story. No one chooses to be injured by a drug or product. But when the same drug or same product injures people in comparable ways, it changes them, changes their stories, and ties them together in a way that they never chose nor would ever choose. It becomes part of their identity". (Ibidem, p. 521)

<sup>575</sup> Evidentemente que a tutela jurisdicional não se presta apenas à reparação do dano já sofrido, até porque há danos, em especial aqueles ocorridos à pessoa, que não são reparáveis, sequer por um "equivalente em pecúnia". Por isso, reconhece-se a existência e a grande importância da atuação preventiva e inibitória, porém esta não inclui o objeto do presente trabalho, já que ao se falar de liquidação e execução pecuniária, como aqui fazemos, fala-se em reparações desta espécie.

jurídico, um rol de direitos sociais que precisam ser cumpridos, inclusive pelas necessidades do próprio capitalismo.

Deste modo, o cumprimento da sentença que reconhece direitos individuais homogêneos a um grupo de trabalhadores não deve estar no âmbito de disponibilidade individual destes trabalhadores. Ele integra o interesse da categoria como um todo e a manutenção dos objetivos do Direito do Trabalho enquanto ramo ambivalente.

Como já exposto, o Direito do Trabalho não se presta a apenas "proteger" o trabalhador. Ele também serve aos interesses do capital, inclusive com finalidade anticoncorrencial. Assim, o empregador que deixa de cumprir normas trabalhistas e, por isso, é demandado coletivamente, se não for compelido a cumpri-las, a reparar o dano, ou, ao menos, se não for de alguma forma punido por este descumprimento, como, por exemplo, pela execução possibilitada pelo art. 100 do CDC<sup>576</sup>, não só não será desestimulado à prática de novos ilícitos, como estará em uma situação de concorrência desleal em relação àqueles cumpridores das normas trabalhistas. Ao descumpri-las, reduz seus custos com o fator de produção força de trabalho e, assim, pode praticar preços menores no mercado ou, até mesmo, obter maiores lucros.

Todas estas finalidades do Direito do Trabalho, que limitam a disponibilidade individual no âmbito do contrato de trabalho, devem também ser trazidas para o direito processual.

Neste sentido, Elton VENTURI sustenta a obrigatoriedade por parte dos legitimados ativos coletivos de dar início à liquidação e à execução da sentença coletiva. Afirma que "a execução de sentença condenatória que determine reparação a direito transindividual revela-se obrigatória, indisponível, ainda que meramente facultada aos co-legitimados, que não o Ministério Público, sua propositura, como se extrai da redação do art. 15 da LACP"<sup>577</sup>.

Embora isto pudesse se limitar ao chamado *Fluid Recovery* previsto pelo art. 100 do CDC, de grande importância por não deixar "impune" aquele demandado

---

<sup>576</sup> Art. 100: "Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985."

<sup>577</sup> VENTURI, Elton. **Execução da tutela**. p. 105.

coletivo que "tem a sorte" de não ser compelido a cumprir a sentença por execuções individuais, é de se defender a atuação na execução coletiva prioritariamente no sentido de permitir a reparação aos próprios trabalhadores lesados, a fim de que, para estes, a tutela jurisdicional seja efetiva.

Como explica Valdyr PERRINI<sup>578</sup>, procurar resguardar a liberdade individual do trabalhador de desistir da ação coletiva ou de sua execução ou de renunciar o direito sobre o qual se funda a ação coletiva é negar o pressuposto do próprio Direito do Trabalho. Este é a limitação para contratar e, com ela, também para a prática de atos de disposição, com base no princípio da proteção, como já se expôs nos capítulos antecedentes. Assim, segundo o autor, o desejo do indivíduo de desistir da ação é uma ficção jurídica, que, por isso, deve ser desconsiderado.

Acrescenta:

(...) o reconhecimento da validade da 'desistência tem o condão de tornar inócua a figura da substituição processual, instituto que tem justamente o mérito de eximir o empregado do desgaste de litigar com a empresa buscando seus direitos enquanto subsiste a relação de emprego. (...) na medida em que os magistrados passam a aceitar o comparecimento dos empregados substituídos, conduzidos por seus empregadores, com o escopo de promoverem a desistência da ação, a vantagem preconizada pelo legislador, quando concebeu a substituição processual, fica de todo esvaziada.<sup>579</sup>

Em razão disso, o autor tece algumas conclusões, entre elas a de que "uma vez instaurado o processo pelo substituto, ficam os substituídos excluídos de quaisquer direitos processuais, mormente o de desistência, visto que parte, na ação é o substituto processual"<sup>580</sup> e a de que "ao figurar como substituto processual, a entidade sindical age no interesse de toda a categoria, não podendo esta atuação ser excluída pela conveniência deste ou daquele substituído"<sup>581</sup>.

No entanto, as peculiaridades de cunho processual, como quem é a parte em sentido processual da ação, da liquidação ou da execução coletivas, são, como já exposto, de menor importância. É preciso lembrar que a realidade do contrato de trabalho é a de uma luta de classes, existente antes do vínculo empregatício se iniciar e mantida após o seu término, se apresentando ainda mais evidente na

---

578 PERRINI, Valdyr. Substituição processual. A desistência da ação pelos substituídos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 57, n. 07, jul 1993. p. 849-850.

579 Ibidem, p. 851.

580 Ibidem, p. 853.

581 Idem.

constância deste vínculo. Não se fala apenas daquilo que diversos autores sublinham, a utilização de "expedientes (...) por empregadores menos escrupulosos, para frustrar, mercê da desistência individual imposta aos substituídos, a própria finalidade da demanda coletiva"<sup>582</sup>, com algum grau de coação. Trata-se, também da própria relação de poder que abrange não apenas o empregador atual de cada trabalhador, porém, toda a classe por ele representada. Esta se consubstancia em um verdadeiro "universo intimidador" incidente sobre toda a sociedade, que inclui o medo de represálias por outros empregadores, por conta das listas negras<sup>583</sup>.

Sem falar nos efeitos que possui a dita "captura da subjetividade"<sup>584</sup> do trabalhador neste aspecto, levando o indivíduo a imaginar que, ao executar uma pretensão coletiva ou simplesmente dispor dela (desistindo ou renunciando), estaria traindo seu empregador, o qual lhe oferecera a oportunidade de trabalho. Ainda, acredita ser mal visto na sociedade, pois esta, também capturada, reputaria mais vergonhoso ao indivíduo executar aquilo que é devido que ao empregador descumprir sistematicamente as normas trabalhistas e lesar, assim, o patrimônio de seus empregados.

Assim, não importa se na constância ou após o término da relação empregatícia, o não exercício, pelo trabalhador, do direito de executar uma sentença coletiva individualmente ou a disposição deste ou do direito nela reconhecido, normalmente não refletirão um desejo verdadeiro, resultante de uma liberdade material. Entender em sentido contrário ou mesmo procurar avaliar se a vontade manifestada é livre significa retornar ao dogma da autonomia da vontade, superado para dar lugar a um Direito constitucionalizado, efetivo, concretizado.

A não efetivação daquilo que foi reconhecido na sentença coletiva, ou seja, sua não concretização na vida dos beneficiários, em especial no campo das relações trabalhistas, anula qualquer possibilidade de que o processo coletivo atue como "instrumento (...) de "proteção" e de "efetivação" material do Estado Democrático de Direito e de transformação positiva da realidade social."<sup>585</sup> Gregório Assagra de ALMEIDA explica como só se pode falar em Estado Democrático de

---

582 CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. Cit., p. 128.

583 LEAL, Ronaldo Lopes. O sindicato como promotor de justiça social: uma alternativa para o processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 58, n. 06, jun 1994. p. 656.

584 ALVES, Giovanni. Op. cit., p. 113-115.

585 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit. p. 144.

Direito quando houver efetiva proteção dos direitos coletivos: "somente haverá a transformação da realidade social com a real implementação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e a efetivação dos direitos primaciais da sociedade"<sup>586</sup>

É evidente que a simples declaração de direitos em uma sentença sem sua adequada execução não transforma a realidade. Ou seja: quando não concretizados os direitos insculpidos nas decisões judiciais coletivas, há um desperdício da atividade jurisdicional, pois não terá qualquer utilidade prática.

É o que acontece quando se permite que uma sentença coletiva deixe de ser concretizada para toda uma categoria por depender da iniciativa individual de cada integrante para executá-la ou por permitir que os indivíduos individualmente disponham destes direitos. Em verdade, "a desistência individual desconstitui, num instante, o resultado de todo um processo histórico que a ciência jurídica precisou percorrer para responder à insuficiência da legitimação individual para a causa."<sup>587</sup>

Deste modo, é inútil toda a construção que se apresentou até aqui, o sentido da necessidade de uma proteção jurisdicional coletiva para as lesões a direitos trabalhistas, se isso não se concretizar, não se materializar na vida do trabalhador. É este o significado do já citado direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não é concluir um processo com uma bela sentença de conhecimento "para ser emoldurada e pendurada na parede". É necessário que a sentença se torne realidade.

Assim, não se pode chegar a outra conclusão, de forma coerente com os princípios do Direito do Trabalho, do Direito Processual Coletivo e do próprio Estado Democrático de Direito, que não a da indisponibilidade individual da execução de sentença coletiva.

Se indisponibilidade é conceito mais amplo que irrenunciabilidade, abrangendo também o simples não exercício do direito, sua desistência, transação ou conciliação dos direitos declarados na sentença coletiva não podem ser renunciados pelos trabalhadores, a execução iniciada por algum dos legitimados coletivos não pode ser objeto de desistência, nem de transação individuais danosas.

Isto significa que a indisponibilidade afeta o direito de executar a pretensão

---

<sup>586</sup> Idem.

<sup>587</sup> CLAUS, Ben-Hur Silveira. Op. Cit., p. 128.



reconhecida e também o objeto dela.

A CLT, em seu art. 444, possibilita a livre estipulação das cláusulas contratuais "em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes". Além disso, a transação e a conciliação só serão aceitas naqueles pontos que constituem *res dubia*. Deste modo, também no âmbito do processo coletivo, só se pode admitir transação ou conciliação relativas a uma questão verdadeiramente controversa e acessória (como índices de correção, forma de cálculos, entre outros) e desde que isso não signifique uma perda para o direito do trabalhador, já que, neste momento, a perda será de toda a categoria.

Isto é, mesmo quando couber alguma negociação quanto à forma de pagamento ou a outros detalhes a ele relativos, tal só poderá ocorrer se mantida a finalidade daquele processo coletivo, se o direito reconhecido não estiver sendo vilipendiado por esta conciliação. Assim, estas pactuações devem ser objeto de controle, em última análise, pelo juiz da causa, o qual poderá não homologar tanto a desistência ou a renúncia totais, quanto também àquelas parciais, que ainda se ocorrerem travestidas de transação ou conciliação, terão o condão de diminuir significativamente a efetividade da decisão proferida na demanda coletiva.

Neste ponto, é de se observar, mesmo rapidamente, que o Poder Judiciário não demonstra ter compreendido sua função de efetivação da tutela coletiva, em especial nas relações de trabalho, preferindo, muitas vezes, dar prevalência à vontade individual.

Quando se trata de demandas propostas por servidores públicos perante a Justiça Comum, têm-se decisões que possibilitam amplamente a desistência da execução coletiva com fins de propositura de execução individual<sup>588</sup>.

---

<sup>588</sup> Por exemplo: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. REAJUSTE DE 3,17% AOS SERVIDORES FEDERAIS E PENSIONISTAS. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO COLETIVA COMPROVADA. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA. ABANDONO DE CAUSA NÃO CONFIGURADO. 1. Os beneficiários de título coletivo podem renunciar expressamente às benesses da execução coletiva e ajuizar execução individual do título judicial formado na ação civil pública. Mais ainda quando a execução coletiva foi extinta, em prol de execuções individuais, embora essa decisão ainda penda de reexame pelos Tribunais Superiores. 2. Despachos de fls. 05 e 275 que foram cumpridos, por meio da comprovação da desistência da execução coletiva pelos substituídos, inclusive com cópia de petição apresentada nos autos dos embargos à execução (fls. 600/601). Abandono de causa que não se configura. 3. Apelo provido, para determinar o prosseguimento da execução individual. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da segunda região. Sexta Turma Especializada. AC 201251010092330 , Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto, 15 mai 2013)

Também no âmbito da Justiça do Trabalho, especializada em julgar relações trabalhistas, marcadas pela já citada desigualdade estrutural, embora haja decisões que consideram ilegal e inconstitucional o condicionamento da adesão à estrutura salarial à desistência de ações pelo empregado<sup>589</sup>, quando se trata do cabimento de desistência do trabalhador em relação à demanda coletiva, as poucas<sup>590</sup> decisões que enfrentam o tema são no sentido de possibilitar a desistência, privilegiando a autonomia individual do sujeito<sup>591</sup>.

Ao que parece, o Poder Judiciário ainda é tímido em determinar medidas, em sede de demandas coletivas, que possam restringir a autonomia individual do trabalhador. No caso do Judiciário Trabalhista, a constatação dá conta de que o cachimbo da Súmula 310 do TST entortou a boca de muitos dos juízes, o que é muito grave.

Isto porque, como exposto, o enunciado, datado de 1993, ignorava a existência de dispositivos legais (do Código de Defesa do Consumidor, de 1990) acerca da regulação do processo coletivo, e contrariava o próprio art. 8º, III da Constituição Federal de 1988, restringindo a atuação jurisdicional coletiva dos sindicatos. Só foi revogada em 2003, ou seja, com 13 anos de atraso em relação ao

---

<sup>589</sup> Como, por exemplo, nesta: CIRCULAR INTERNA. PREVISÃO DE DESISTÊNCIA DE AÇÕES E RENÚNCIA GENÉRICA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE. A circular interna que prevê como condição para adesão à nova estrutura salarial da empresa a desistência de ações, pelo empregado, com renúncia genérica a direitos, está eivada de nulidade, na medida em que a estipulação ultrapassa os limites impostos pelo princípio protetor e o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, além de agredir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, consagrados constitucionalmente (CF, arts. 1º, III e IV e 170, caput), e contrariar o disposto nos arts. 421 e 424 do Código Civil Brasileiro. (omissis)" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Terceira Turma. RO 579200701110004 DF 00579-2007-011-10-00-4 , Relator: Desembargador Braz Henrique de Oliveira, 03 jul 2008, Publicação 11 jul 2008)

<sup>590</sup> No Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no Paraná, por exemplo, a busca de julgados a partir dos verbetes "desistência" e "substituído" resulta em apenas três ocorrências, sendo que nenhuma delas é no sentido de não homologar desistência individual por indisponibilidade individual da execução coletiva

<sup>591</sup> Por exemplo: AÇÃO DE CUMPRIMENTO. RENÚNCIA DO SUBSTITUÍDO. O trabalhador substituído que apresenta desistência nos autos de ação de cumprimento ajuizada pelo sindicato da categoria na qualidade substituto processual tem direito a ingressar com ação individual e questionar um universo muito mais amplo de direitos, o que restaria prejudicado com sua substituição em outro feito. Neste aspecto, não há como fragilizar a autonomia do substituído, deixando-o preso a uma vontade que não corresponda a seus anseios, posto que não se afigura indene de dúvidas o desejo de ver-se substituído pelo sindicato. Nesse sentido, somente mediante prova de que a vontade do substituído seria fruto de vício é que seria imperiosa a decretação de sua nulidade. Ademais, considerando o amplo poder de direção do magistrado (arts. 130 do CPC e 765 da CLT), salutar seria o procedimento do julgador de primeiro grau chamar o substituído em Juízo, a fim de ratificar ou não a intenção manifestada, sob o enfoque da desistência. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Segunda Turma. Autos 00206-2009-019-09-00-1-ACO-34037-2009. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Diário da Justiça 09 out 2009)

Código de Defesa do Consumidor, e 15 anos depois da promulgação da Carta Magna.

Portanto, o que parece é que a mentalidade (e, quem sabe, a ideologia) que paira nos tribunais brasileiros, acerca das demandas coletivas e da valorização da autonomia individual do trabalhador neste campo, é aquela que já deveria ter sido, há muito, superada. Mesmo quando influenciou a edição da Súmula n.º 310, esta concepção já não se mostrava adequada ao sistema constitucional brasileiro. Isto, por conta de toda a fundamentação acerca do processo coletivo, já exposta, e mesmo da necessidade de superação do dogma da autonomia da vontade do trabalhador na contratualidade do trabalho para que se possa efetivamente concretizar os direitos trabalhistas.

Assim, embora o objetivo da presente pesquisa seja científico, de investigar uma hipótese, não se pode ignorar que a prática judiciária trabalhista brasileira atual não se coaduna com os preceitos teóricos aqui expostos. Necessita, urgentemente, de uma revisão de seus conceitos, a fim de que possa realmente exercer sua função pacificadora de conflitos, e, principalmente, de concretização do Direito Material.

Deste modo, defende-se, aqui, a confirmação da hipótese de indisponibilidade individual da liquidação e execução coletivas. Entende-se que, na prática forense, só assim será possível efetivar a tutela jurisdicional coletiva de forma completa e verdadeira, capaz de transformar a realidade social, de promover a concretização dos direitos trabalhistas, de coibir a prática de novos ilícitos e, finalmente, dar mais um passo no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, fundada no valor social do trabalho e na dignidade humana da pessoa que trabalha.

## CONCLUSÃO

Concluir uma pesquisa como esta é, sem dúvida, constatar que as conclusões são provisórias e mínimas diante da imensidão da realidade fática que se apresenta. Mesmo assim, algumas considerações devem ser tecidas, para solidificar as observações feitas até aqui, amarrando-se na tentativa de confirmar uma hipótese e, quem sabe, propor uma nova forma de enxergar o problema e tentar solucioná-lo em conformidade com nosso sistema constitucional.

A chamada relação jurídica processual que se estabelece entre empregado e empregador ou mesmo entre o representante obreiro (sindicato) e o tomador dos serviços não é, na essência, diferente da relação que existe entre ambos para fora dos Tribunais. Encontram-se, perante o juiz, novamente, o detentor do capital e o fornecedor de força de trabalho, representantes de duas classes distintas, envolvidas em uma luta marcada pela desigualdade estrutural, condicionante da vontade da parte mais fraca, o trabalhador. A presença de um terceiro, o juiz, ainda que diminua as desigualdades, por buscar aplicar instrumentos com esta finalidade, não é capaz de afastar completamente a natureza desta relação, uma luta de classes.

Assim, trata-se de uma luta de classes que causa uma desigualdade estrutural e não apenas entre dois indivíduos isoladamente no papel de empregado e empregador. Ainda assim, é uma luta de classes prévia até mesmo ao primeiro vínculo de trabalho do sujeito, pois, se necessitar vender a sua força de trabalho, integrará a classe trabalhadora, ao passo que, se for detentor dos meios de produção e se utilizar da força de trabalho alheia, representará o capital.

Sendo prévia e estrutural, pouco tem a ver com a constância ou não da relação empregatícia para que se exerça o poder do capital sobre o trabalhador, pois a luta de classes não deixa de existir quando o trabalhador deixa de prestar serviços a um empregador.

Por conta disso, torna-se insuficiente a análise das questões de disposição de direitos pelo trabalhador apenas a partir da subordinação. Esta só existe durante a relação de emprego, e, assim, não é o único fator de desigualdade nem o único causador da compulsão da vontade do trabalhador.

Igualmente, buscar-se, apenas, verificar se há vícios na vontade do

trabalhador ao se manifestar pela disposição de determinado direito é inadequado. Isto ignora o fato de que a vontade do trabalhador é irrelevante, se não inexistente, nas relações trabalhistas, pois quem não é detentor dos meios de produção não tem outra forma de obter o seu sustento que não o trabalho subordinado (no sentido mais amplo possível da palavra, incluindo os parassubordinados, os trabalhadores precarizados e os autônomos apenas aparentes).

Frente a estas constatações, é impossível manter uma noção de contratualidade embasada na autonomia da vontade, porque esta pressupõe uma igualdade entre os sujeitos contratantes, que, nas relações trabalhistas, em especial, é apenas formal e não material, verdadeira. Trata-se de noção herdada do Liberalismo e do Individualismo da Revolução Francesa, os quais centravam-se na vontade individual, idealizando um sujeito com liberdade (formal) para tomar as decisões que entendesse adequadas. No entanto, esta noção não se coaduna com uma realidade fática de contratos massificados, em que a uma parte cabe apenas aderir às cláusulas formuladas pela outra, sem qualquer liberdade contratual verdadeira. Nem mesmo com um Estado que se diz Democrático de Direito, cujos fundamentos são a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, Constituição Federal), que proclama como seus objetivos, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o de erradicar a pobreza e o de promover o bem de todos (art. 3º, Constituição Federal) e que estabelece como um de seus princípios a prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, Constituição Federal).

Então, uma concepção constitucionalizada da contratualidade só é possível se abandonado o dogma da autonomia da vontade, substituindo-o por uma noção de concretização de direitos por meio das relações contratuais. Também no âmbito da contratualidade laboral, só é possível falar-se em uma perspectiva de direitos fundamentais verdadeiramente se superado este dogma.

No Direito do Trabalho, o meio pelo qual isto ocorre, ou seja, o instrumento que constitui a porta de entrada dos direitos fundamentais, da constitucionalização do contrato de trabalho, é o Princípio da Proteção.

Neste ponto, é de se sublinhar, novamente, que o Princípio da Proteção, para que tenha esta utilidade, deve ser concebido de um modo pós-positivista, no sentido de atribuir-lhe normatividade própria, de retirar-lhe a função de mero "tapa-

buracos". Ao contrário, deve-se utilizá-lo como filtro de todas as disposições normativas trabalhistas, não apenas quando houver dúvida sobre qual a norma a ser aplicável, mas até mesmo antes da elaboração do Direito Positivo, e até a ponta de sua aplicação na prática.

Consequência disso, a disponibilidade de direitos pelo trabalhador é restrita, uma vez que, por serem os atos de disposição entendidos como atos de vontade, abandonando-se o dogma da vontade, não é possível conceber que o trabalhador possa despir-se de seus direitos, nem mesmo voluntariamente. A vontade do obreiro, no contrato de trabalho, por inexistente, deve ser irrelevante para a concretização de direitos.

A própria CLT tem algumas disposições neste sentido, como por exemplo, no art. 468, que, apesar de possibilitar alterações nos contratos de trabalho por mútuo consentimento, impede que a vontade do trabalhador possa modificar a pactuação para prejudicá-lo<sup>592</sup>. Em seu art. 444, o legislador da CLT é expresso em impedir que a livre pactuação do contrato de trabalho ultrapasse o disposto nos contratos coletivos, isto é, nos acordos coletivos de trabalho e nas convenções coletivas de trabalho<sup>593</sup>.

Apesar disso, nem a CLT nem qualquer outra legislação brasileira tratou expressamente da disponibilidade individual da liquidação e execução coletivas. O Código de Defesa do Consumidor, principal instrumento normativo a regular o processo coletivo, no entanto, estabeleceu uma proteção à esfera individual. Permitiu tanto que o trabalhador beneficiado pela ação civil coletiva promova individualmente sua liquidação e execução, bem como que proponha ação individual autônoma com idêntico objeto, sem que ocorra a litispendência.

Isto demonstra que o legislador brasileiro foi tímido ao estabelecer a tutela coletiva de direitos individuais, que confiou legitimidade a determinados entes representantes ideológicos das categorias, mas não confiou neles plenamente, tendo reservado, como uma carta na manga, a atuação individual.

---

<sup>592</sup> Art. 468: " Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia."

<sup>593</sup> Art. 444: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes."

Mais significativo que isto, no tocante aos processos coletivos que beneficiam trabalhadores, é que estas disposições retomam o dogma da autonomia da vontade, já superado com os apontamentos do primeiro capítulo da presente pesquisa. Isto é manter (ou ressuscitar) uma concepção que, essencialmente liberal e individualista, ignora a realidade fática de desigualdade estrutural e luta de classes, resultando em desproteção aos direitos fundamentais e contrariedade aos próprios princípios constitucionais.

A presente pesquisa buscou superar esta ideologia, também no que diz respeito ao processo coletivo. Para isto, reconheceu-se que a única possibilidade de se ter um processo coletivo efetivo, que transforme a realidade social e concretize os direitos da classe trabalhadora, é por meio da indisponibilidade individual da liquidação e execução coletivas, permitindo-se, apenas, transação e conciliação de questões acessórias, que não resultem em prejuízo ao trabalhador, individualmente, nem à sua categoria, bem como que não sejam tão significativas a ponto de esvaziar o reconhecimento coletivo de direitos, resultado da fase cognitiva do processo.

Portanto, esta é a única maneira de realizar os objetivos do processo coletivo, de transformação positiva da realidade social, e, ainda mais, de fazê-lo instrumento de concretização de direitos trabalhistas e, assim, de solidificação dos objetivos e fundamentos da República, em especial da dignidade humana e do valor social do trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEMÃO, Ivan. O jurídico na relação de trabalho. **Confluências – Revista Interdisciplinar de sociologia e direito**. v. 10, n. 2, 2008. p. 127-137

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 2012. 275f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 241-261.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. 2013. 278f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In*: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-197.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Título III. Da defesa do consumidor em juízo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. v. 1. p. 102-103.

BEVILÁQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do



Advogado, 2010. p. 263-293.

BONTRUP, Heinz-J. **Arbeit, Kapital und Staat**. Plädoyer für eine demokratische Wirtschaft. 2. ed. Köln: PapyRossa, 2005.

BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. Teoria da norma e interpretação constitucional no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo e uma proposta de concretização constitucional dissociada do panprincipiologismo. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas**. v. 15, n. 1. Canoas, jan/jun 2014. p.119-137.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**: Sindicato, associação, Ministério Público, entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRIESKORN, Norbert. **Verzicht und unverzichtbarkeit im Recht**. Stuttgart: Steiner-Verlag Wiesbaden, 1988.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Limites da Legitimidade Ativa do MPT em Ação Coletiva. In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 59-68.

BUCCI, Eduardo Sadalla. Legitimidade de associação na fase de liquidação de sentença de direitos individuais homogêneos com inversão do ônus da prova: estudo de caso. In: **Revista de Processo**. ano 135. N. 189, Nov/2010. P. 285-316.

BURCH, Elizabeth Chamblee. Group Consensus, Individual Consent. **The George Washington Law Review**.v. 79, 2010-2011. p. 506-541.

CANTALLI, Feranda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali. In: BELLELLI, Alessandra. **Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva**. Padova: CEDAM, 2009. p. 129-142.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpr. 2002

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tompas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america, 1974.

CARBALLIDO, Manuel Gándara. Repensando los derechos humanos desde las luchas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 41-52, janeiro/junho de 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de. A busca da efetividade da tutela jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais sociais. *In*: KOURY, Luiz Ronan Neves; SCHUVARTZ, Neiva; RIBEIRO, Luciane Marques (Coord.). **Temas de direito do trabalho e de direito processual do trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2013. p.413-430.

CASSAR, Vólia Bomfim. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas. **Revista LTr**, v. 70, n. 04, abr 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tratado de direito processual do trabalho na teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo : LTr, 2012.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Estudos sobre renúncia e transação. *In*: FREDIANI, Yone. **Tendências do Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

CESAR, João Batista Martins. **Tutela Coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto**. São Paulo: LTr, 2003.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 54, jan/mar 2006

COOPER, Flavio Allegretti de Campos. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: LTr, 2010.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. A delimitação procedimental da liquidação das sentenças de tutela de direitos individuais homogêneos no processo do Trabalho. *In*: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.327-348.

CORRÊA, Claudia Gigio Veltri; GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. rev. ampl. atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREAS, Oscar. O contrato de compra e venda da força de trabalho. Trad.: Aline Cristina Alves e Alberto Silva Santos. *In*: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013. v. 4. p. 175-232.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais do trabalhadores. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159-173.

COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revistado. **Revista Bonijuris**. v.13. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001

COUTINHO, Aldacy Rachid. A indisponibilidade de direitos trabalhistas. **Revista da faculdade de direito da UFPR**. v. 33. Curitiba, 2000. p. 9-17.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: Ltr, 1999.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Sao Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia. *In*: \_\_\_\_\_; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição de República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012. p. 71-89.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Poder, democracia e empresa**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, vol. 4.

DIETERICH, Thomas. Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht. **Recht der Arbeit**. München, v. 48, n. 3, p. 129-136, mai/jun 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DONZELLI, Romolo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi**. Napoli: Jovene editore, 2008.

DUSSEL, Enrique. **El último Marx (1863-1882) y La liberación latinoamericana**. México: Siglo XXI, 1990.

DÜTZ, Wilhelm; THÜSING, Gregor. **Arbeitsrecht**. 16. Auflage. München: C.H.Beck, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EYPELTAUER, Ernst. **Verzicht und Unabdingbarkeit im Arbeitsrecht**. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1984.

FABISCH, Dieter. **Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht**. Die Auswirkungen der von Hans Carl Nipperdey begründeten Lehre auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

FABRIS, Piera. **L'indisponibilità del diritti del lavoratori**. Milano: Dott C. Giuffre Editore, 1978.

FERNANDES, Nadia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. **Tutela metaindividual trabalhista**. São Paulo: LTr. 2009 p. 91-110

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. *In*: \_\_\_\_\_ **Um novo processo civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. Trad.: Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 105-120.

FISS, Owen. The allure of individualism. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**. Rev. 965. jan 1993. p. 965-979.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: Do sujeito de Direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Sindicalismo no Brasil. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana

Cristina; VILLATORE, Marco Antonio César (Org.). **25 anos da Constituição e o direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 237-250.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad. Hilário Troloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

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

GIGLIO, Wagner D. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

GOMES, Angela de Castro. **A invenção do trabalhismo**. São Paulo: Vértice, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Capítulo II. Das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos . In: \_\_\_\_\_ et. alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 125-165..

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013. p. 340-399.

ICHINO, Pietro. **Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro**. Milano: Giuffrè Editora, 1989.

ITALIA. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm)> Acesso: 30 jun 2014.

JACOBS, Antoine. Arbeitnehmer und Selbständige – Einige Bemerkungen aus internationaler Sicht. In: **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**. München und Frankfurt, Heft. 1, 1999. p. 23-26.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LEAL, Ronaldo Lopes. O sindicato como promotor de justiça social: uma alternativa para o processo do trabalho. **Revista LTr**, v. 58, n. 06, jun 1994. p. 655-659.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho da lei e na jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 1997.

LIMA, Jairo Néia. Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 5, n. 5, janeiro/junho 2009.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Liquidação e execução nas ações coletivas**. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). **Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos AMATRA IX**. São Paulo: LTr, 2008. p. 730-747

LUNARDON, Fiorella. L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale. In: TOSI, Paolo et. alii. (Dir.) **Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli**. Torino: UTET, 1998. p. 265-282.

MALISKA, Marcos Augusto. Reflexões sobre a constitucionalização do direito do trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antonio César (Org.). **25 anos da Constituição e o direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 425-438.

MALLET, Estevão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. In: \_\_\_\_\_; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coord.). SANTOS, Ronaldo Lima dos; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Tutela processual coletiva trabalhista**. São Paulo: LTr, 2010. p. 9-37.

MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. Atual. Por João de Lima Teixeira Filho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2000. p. 235-291.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: \_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 615-681.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**. Curitiba, jan-dez 2006. p. 275-305.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: < marinoni.adv.br > Acesso: 22 ago 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis** – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de doutorado. UERJ. Rio de Janeiro: 2010. 461 f.

MARX, Karl. **Das Kapital**. Düsseldorf: Anaconda, 2009. (Reimpressão inalterada da edição de Berlim: Gustav Kiepenheuer Verlag, 1932).

MARX, Karl. **Grundrisse**. Trad.: Mario Duayer, Nélio Schneider, Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Trad.: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: livro I**. Trad.: Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: Ltr, 2003.

MENDONÇA, Ana Paula Nunes. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo. O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação da perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIELS, Joelcio Flaviano. **A substituição processual como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. Curitiba, 2010. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia), Unibrasil.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge (Org.) **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I. p.263-335.

OFFE, Claus; HINRICH, Karl. Economia social do mercado de trabalho: diferencial

primário e secundário de poder. *In*: OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade**: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 43-81.

OJEDA AVILES, Antonio. **La renuncia de derechos del trabajador**. Madrid: Instituto de estudios politicos, 1971.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica**: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. Curitiba: UFPR, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção a contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala**: Origens da ideologia do trabalhismo no Brasil. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

PAVESE, Arturo. **Subordinazione, autonomia e forme atipiche di lavoro**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual.: Maria Celina Bodin de Moraes. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERRINI, Valdyr. Substituição processual. A desistência da ação pelos substituídos. **Revista LTr**, v. 57, n. 07, jul 1993. p. 849-853.

PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social**: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010. p. 289-305.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Gigio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Trad.: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. T. 3



POULANTZAS, Nicos. **Poder político y clases sociales en el estado capitalista**. Trad. Florentino M. Torner. 3. ed. Mexico, D.F.: Siglo veintiuno, 1971.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012.

RICHARDI, Reinhard. Einführung. In: \_\_\_\_\_ **Arbeitsgesetze**. 83. Auflage. München: DTV, 2013.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Direito individual do trabalho – a relação de emprego. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio Jose (Coord.). **Fundamentos do direito do trabalho**. Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França. São Paulo: Ltr, 2000. p. 221-238.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Ltr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción e reproducción de la vida humana y trabajo vivo. **Revista de investigaciones jurídicas**. Mexico, D.F.: Escola Livre de Derecho, 2000, n. 24.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**, São Paulo: v. 24, n. 278, ago 2012. p.86-108.

SARLET, Igo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas? *In*: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juizes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 219-236.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. Doutrina e processo. 2.ed. rev. , ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 302-325, julho/dezembro de 2012.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Execução coletiva**: teoria geral e novas perspectivas. Curitiba: Juruá, 2012.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros**: nova classe média ou nova classe trabalhadora? 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Indisponibilidade e flexibilização de direitos trabalhistas. *In*: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2000.

SZUCS, Christian. **Verzicht und Vergleich im ost, deu, und sch Arbeitsrecht**. 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

THEES, Thomas.. **Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts**: Persönlichkeitsschutz und Persönlichkeitsentfaltung im Arbeitsverhältnis. Berlim: Duncker und Humboldt, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 2009.

TOSI, Paolo. La distinzione tra autonomia e subordinazione. *In: \_\_\_\_\_ et. alii.* (Dir.) **Subordinazione e autonomia**: vecchi e nuovi modelli. Torino: UTET, 1998. p. 33-49.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANNA, Luís Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Valor social do trabalho e dignidade na Constituição. *In: CLÈVE, Clemerson Merlin (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto (Coord. Assist.).* **Direito Constitucional Brasileiro**. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. Fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

WATANABE, Kazuo. Capítulo I. Disposições gerais. *In: \_\_\_\_\_ et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. v. 1.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000. v. 2.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. *In: RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de.* **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137-160.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.