PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MECANISMOS PROCESSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS CUMULADOS, MASSIFICADOS E REPETITIVOS

ISABELA MÁRCIA DE ALCÂNTARA FABIANO

Belo Horizonte
2011

ISABELA MÁRCIA DE ALCÂNTARA FABIANO

MECANISMOS PROCESSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS CUMULADOS, MASSIFICADOS E REPETITIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Fabiano, Isabela Márcia de Alcântara
F118m Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos / Isabela Márcia de Alcântara Fabiano. Belo Horizonte, 2011.
215f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
.

1. Litisconsórcio. 2. Tutela. 3. Justiça do trabalho. 4. Processo civil. I. Pimenta, José Roberto Freite. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.921.2

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos

Dissertação defendida e _____ com média final igual a _____, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Trabalho, junto à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2011.

_____

Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta (Orientador) – PUC Minas

_____

Professor Doutor Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas

_____

Professora Doutora Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt - UNA

Aos meus pais, Fabiano e Regina, que tanto amo e admiro.

Ao meu querido Guto, com quem divido esta e tantas outras caminhadas.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Roberto Freire Pimenta, admirado mestre, magistrado e jurista, que, na qualidade de orientador, atuou de forma sincera, minuciosa, paciente e decisiva para a elaboração deste trabalho e para o aprimoramento da minha formação acadêmica e pessoal.

Aos Professores Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana e Mauricio Godinho Delgado, grandes mestres, que, com extrema inteligência e delicadeza, tornam o estudo do Direito ainda mais estimulante e belo.

Aos queridos colegas de mestrado, que, além do apoio constante e dos valiosos debates jurídicos, tornaram a minha vida mais rica com a amizade que surgiu do nosso convívio. Como foi bom conhecê-los!

Aos queridos colegas da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que compreenderam a minha vontade de aprender mais e que contribuíram diretamente para a realização desse objetivo.

Aos meus pais e ao meu marido, por tudo!

Aos demais amigos e familiares, que também me acompanharam nesta jornada.

"Compreende-se a necessidade de dar resposta ao grande número de processos (e de recursos) que abarrotam os tribunais – fenômeno, em muito, provocado pela chamada "litigância de interesse público" – e os impede de oferecer uma resposta célere; entretanto, a atividade judicial não é movida apenas pela rapidez (e por uma lógica numérica e exata de 'custo-benefício'), mas reclama também correção ***(justesse)*** *da decisão aos princípios do modelo constitucional do processo próprio ao Estado Democrático de Direito."*

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia

RESUMO

A presente dissertação é destinada ao estudo dos mecanismos processuais de solução dos conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos. Para tanto, são abordados os regimes jurídicos do litisconsórcio, da tutela metaindividual e do julgamento por amostragem, com técnicas pontuais já previstas no ordenamento jurídico pátrio, como o julgamento liminar, a repercussão geral, o pressuposto da transcendência do recurso de revista trabalhista e o recurso extraordinário representativo. Também são feitas considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil brasileiro. A perspectiva adotada enfatiza o redimensionamento da tutela dos direitos fundamentais trabalhistas a partir dos fenômenos do neoconstitucionalismo, da constitucionalização do direito, do instrumentalismo substancial, da democratização do Estado e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Tutela metaindividual. Julgamento por amostragem. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Processo do trabalho.

ABSTRACT

This dissertation concerns the procedural mechanisms of solution for influenced and repetitive cumulative labor conflicts. Therefore, the joinder of collective regimes for lawsuits, the individual tutela and the judgement by sampling, with punctual techniques already foreseen in the parental juridical ordainment, such as preliminary judgement, general repercussion, presupposition of the transcendence from the jur appeal and extraordinary representative jud appeal are boarded. There are also considerations on the incident of resolution from the repetitive lawsuits, foreseen in Senate the law project number 166/2010, that intends to institute the new Brazilian Civil Process Code. The adopted perspective emphasizes the redimensioning of the labor fundamental rights tutela begining from the phenomena of the neoconstitucionalism, the constitucionalization of the cience of Law, the substantial instrumentalism, the democratization of the State and the Principle of Human Dignity.

Keywords: The joinder of collective regimes for lawsuits. Individual aim tutela. Judgement for sampling. Incident of resolution from the repetitive demands. Process labor law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

adapt. – adaptada
ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
ampl. – ampliada
AR – Ação Rescisória
art. – artigo
arts. – artigos
atual. – atualizada
aum. – aumentada
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
Coord. ou Coords. – Coordenador ou Coordenadores
CPC – Código de Processo Civil
CR/88 – Constituição da República de 1988
DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DJ – Diário da Justiça
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
EC – Emenda Constitucional
ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ed. – edição
Ed. – Editora
ED – Embargos de Declaração
ER – Emenda Regimental
E-RR – Embargos em Recurso de Revista
etc. – *et cetera* (e outros)
EUA – Estados Unidos da América

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

GLO – Group Litigation Order (ordem de litígio em grupo)

inc. – inciso

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

KapMug – Kapitalanleger-Musterverfahren (procedimento-modelo alemão)

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MP – Medida Provisória

MP – Ministério Público

n. – número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

Op. cit. – Opus citationes (obra citada)

Org. ou Orgs. – Organizador ou Organizadores

p. – página

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

Res. – Resolução

REsp – Recurso Especial

rev. – revista

RG – Repercussão Geral

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

RR – Recurso de Revista

SBDI-I – Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

SDI – Seção Especializada em Dissídios Individuais

SE – Sentença Estrangeira

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t. – tomo

T. – Turma

TJ – Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

v. – volume

v.g. – verbi gratia (por exemplo)

ZPO – Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil alemão)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14

2 EVOLUÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO, DO CONSTITUCIONALISMO E DA DOGMÁTICA PROCESSUAL PARA O APERFEIÇOAMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS 23

2.1 Breves considerações sobre os direitos fundamentais e suas dimensões 23

2.2 A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais 31

2.3 Fundamentabilidade e eficácia imediata dos direitos sociais trabalhistas 34

2.4 Direitos fundamentais de primeira dimensão nas Constituições brasileiras 39

2.5 Direitos fundamentais trabalhistas nas Constituições brasileiras 40

2.6 Direitos fundamentais de terceira e de quarta dimensões na Constituição brasileira atual 42

2.7 O redimensionamento da tutela dos direitos fundamentais trabalhistas a partir dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito 43

2.8 A evolução do processo em prol da efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas 46

2.9 Ondas reformadoras do processo para a garantia de universalização, democratização e efetividade na prestação jurisdicional dos direitos fundamentais 49

3 LITISCONSÓRCIO – MECANISMO DE CUMULAÇÃO SUBJETIVA NO PROCESSO 56

3.1 Conceito e normatizações incipientes e atual 56

3.2 Justificação ampliada e aplicabilidade do instituto no processo do trabalho 59

3.3 Modalidades litisconsorciais 60

3.3.1 Poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação 61

3.3.2 Regime de tratamento dos litisconsortes 62

3.3.3 Posição dos litisconsortes na relação jurídica processual 63

3.3.4 Momento da formação do litisconsórcio 64

3.4 Natureza jurídica incindível do litisconsórcio unitário 64

3.4.1 Litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário 66

3.4.2 Regime especial de tratamento do litisconsórcio unitário 68

3.4.3 Irradiação de efeitos no litisconsórcio unitário - critérios doutrinários 69

4 TUTELA METAINDIVIDUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO 72

4.1 Democracia moderna – breves anotações 72

4.2 Democracia moderna – estágios 73

4.3 Massificação da sociedade, socialização dos conflitos trabalhistas e importância dos corpos intermediários a partir da Primeira Revolução Industrial 76

4.4 A massificação dos conflitos trabalhistas na atualidade 78

4.5 Jurisdição, democracia e processo coletivo no Brasil 86

5 TÉCNICAS PONTUAIS PARA TRATAMENTO DAS CAUSAS REPETITIVAS NO CPC E NA CLT 88

5.1 Principais características do regime de causas repetitivas 88

5.2 Julgamento liminar (art. 285-A do CPC) 89

5.2.1 Julgamento liminar - (in)aplicabilidade no processo do trabalho 93

5.3 Repercussão geral 97

5.3.1 Repercussão geral e transcendência trabalhista 100

5.3.2 (In)suficiência do pressuposto da transcendência 101

5.3.3 Repercussão geral em matéria trabalhista – estudo de casos ... *104*
5.4 Julgamento por amostragem do recurso extraordinário – premissas básicas ... **113**

6 TUTELAS COLETIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, NA ITÁLIA E NA INGLATERRA ... **120**
6.1 *Class actions* americanas – antecedentes históricos ... **120**
6.1.1 Class actions - pré-requisitos ... *121*
6.1.1.1 Impraticabilidade do litisconsórcio ... **121**
6.1.1.2 Questões de fato ou de direito comuns ao grupo ... **122**
6.1.1.3 Tipicidade ... **123**
6.1.1.4 Representação adequada ... **124**
6.1.2 Modalidades de class actions – requisitos específicos ... *125*
6.1.3 Alguns aspectos procedimentais das class actions ... *128*
6.1.3.1 Notificação nas *class actions* ... **128**
6.1.3.2 Direito de autoexclusão ... **130**
6.1.3.3 Coisa julgada ... **131**
6.2 Tutela coletiva na Itália (art. 140-bis do Código de Consumo) ... **133**
6.3 *Group litigation order (GLO)* inglês ... **137**

7 PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO (*KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHREN - KapMug*) ... **141**
7.1 Considerações gerais ... **141**
7.2 Fato-gênese ... **142**
7.3 Procedimento ... **143**

8 O QUE ESTÁ POR VIR NO BRASIL: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ... **147**
8.1 Considerações gerais ... **147**
8.2 Normatização provável ... **148**
8.3 Origem, natureza jurídica e conceito ... **151**
8.4 Questão de direito *versus* questão fática ... **152**
8.5 Instauração do incidente e legitimidade ativa ... **154**
8.6 Procedimento do incidente brasileiro ... **156**
8.7 Ampla e específica publicidade ... **160**
8.8 Negativa da remessa necessária ... **161**
8.9 Negativa às audiências públicas ... **163**
8.10 Aplicação no processo do trabalho? ... **164**

9 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO - CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ... **170**
9.1 Objetivo do método comparativo proposto ... **170**
9.2 Legitimidade ativa ... **170**
9.3 Requisito quantitativo *versus* conveniência como elemento questionável ... **172**
9.4 Questões de fato e de direito ... **174**
9.5 Poder do juízo de origem – maior e menor escala ... **175**

10 LACUNAS E DÚVIDAS NO PROVÁVEL REGIME JURÍDICO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL ... **177**
10.1 Alcance da decisão emanada do tribunal – processos futuros? ... **177**
10.2 Recursos especial e extraordinário – ordem de suspensão emanada do STJ ou do STF ... **179**
10.3 Efeito vinculante da decisão proferida no incidente de coletivização – natureza jurídica ... **181**

11 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS REGIMES PROCESSUAIS ESTUDADOS..... 184
11.1 Coincidências entre o objeto indivisível do litisconsórcio unitário e a tutela metaindividual..... 184
11.2 Julgamento por amostragem via recursos representativos e litisconsórcio por afinidade..... 185
11.3 Direitos individuais homogêneos, tutela metaindividual, litisconsórcio e incidente de resolução de demandas repetitivas..... 186
11.4 Coisa julgada *secundum eventum litis* na tutela metaindividual brasileira e coisa julgada *pro et contra* no incidente de resolução de demandas repetitivas..... 188

12 CONCLUSÃO..... 190

REFERÊNCIAS..... 195

1 INTRODUÇÃO

O processo ordinário contencioso, idealizado sob as bases do liberalismo patrimonialista, foi estruturado em função de um tipo específico de litigiosidade: o individual, ou "a varejo", calcado em um "esquema mínimo"[1], que reduzia a relação jurídico-processual a um autor e a um réu, ambos à espera de um provimento jurisdicional que resolvesse o conflito intersubjetivo de interesses cujo objeto era um direito isolado.

A postura do Estado Liberal, justificada pelo alegado respeito aos cânones da liberdade e da igualdade, refletia diretamente na sistemática processual, pois, sendo todos os jurisdicionados reputados livres e iguais, era inadmissível e desnecessária qualquer espécie de tutela diferenciada.

Alguns dogmas oitocentistas prevalecentes que demonstram a indiferença do Estado Liberal em relação à condição social das partes são: a padronização do procedimento ordinário, de cognição plena e exauriente, como o único meio possível de proporcionar condições seguras e confiáveis para o proferimento de sentença; a tarefa meramente declaratória do juiz[2], consubstanciada na mera aplicação da vontade abstrata da lei ao caso concreto; o predomínio da tutela ressarcitória, independentemente da natureza do bem da vida perseguido e do eventual risco de perecimento ou dano irreparável; o rigorismo procedimental, que não autorizava execução sem título e, em destaque, a concepção estática do contraditório, que se limitava ao dizer e ao contradizer das partes.[3]

Uma vez "iguais" e "livres", todos os jurisdicionados gozavam dos mesmos meios processuais para demonstrar o direito alegado. Prevalecendo o dogma da autonomia da vontade, cada sujeito abstrato de direito era responsável pela celebração dos negócios jurídicos, que, uma vez pactuados, nos termos firmados, deveriam ser cumpridos, não competindo ao Estado interferir no mercado.

Ocorre que a dogmática processual liberal não é mais eficiente para tutelar os novos direitos da contemporaneidade e tampouco para conferir cidadania, igualdade substancial e liberdade material aos novos indivíduos da sociedade pós-industrial. Atrelada à concepção

---

[1] A expressão é de Dinamarco. Para maiores detalhes, consultar DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 19.

[2] Para aprofundamento do tema, consultar MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 37.

[3] Nesse sentido, NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, ano V, n. 29, mai./jun. 2004, p. 83-85.

individualista, preocupa-se apenas e tão somente em analisar e solucionar a lide “a varejo”, proporcionando desmesurada acumulação de processos idênticos em juízos distintos, o que, além de possibilitar julgamentos contrastantes, aumenta a morosidade da prestação jurisdicional, contribuindo para o descrédito do Judiciário.

É verdade que o regime do litisconsórcio apresenta alguns pontos positivos quando comparado à propositura da ora denominada “ação individual pura”, que se resume a um demandante e a um demandado, porquanto a reunião de mais de uma pessoa em um ou em ambos os polos da lide importa em mitigação do “esquema mínimo” multicitado. Sociologicamente, o litisconsórcio também merece elogios, pois incentiva a atuação conjunta dos jurisdicionados em prol de um interesse comum. Aristóteles já advertia que o homem é um animal social. Assim, unir-se a outro(s), quando percebe identidade de interesses, pretensões, direitos ou, mesmo, deveres e obrigações, é uma consequência natural. Essa aglutinação se dá até por razões instintivas, já que a ação e a reação conjugadas de duas ou mais pessoas pressionam e impressionam mais o “inimigo comum” que o simples atuar solitário de um único titular do direito.

Não obstante essas vantagens, o mecanismo não tem a amplitude suficiente para superar as deficiências da litigiosidade individual, ou “a varejo”, porque, sendo excessiva a quantidade de litisconsortes que, espontaneamente, unem-se no mesmo polo da demanda, o juiz poderá limitar o número de colitigantes se se convencer de que a reunião de tantos sujeitos pode comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Essa faculdade é-lhe assegurada pelo parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Civil atual.

Nem mesmo o litisconsórcio unitário – aquele característico de relações jurídico-materiais incindíveis que, em razão dessa qualidade, impõem um provimento jurisdicional uniforme para todos os colitigantes – tem o condão de provocar modificações substanciais na dogmática processual clássica, já que a decisão judicial homogênea tem seus efeitos condicionados à citação de todos os litisconsortes, nos termos da parte final do art. 47 do CPC vigente. Dessarte, a instauração de ações plúrimas mostra-se insuficiente para a solução de outros tipos de litigiosidade surgidos a partir da massificação da sociedade.

No âmbito do processo do trabalho, o litisconsórcio vem sendo utilizado por sindicatos da categoria profissional, que, mediante representação judicial, propõem ações plúrimas na Justiça do Trabalho. No entanto, para que esse expediente tutele, efetivamente, os interesses dos representados, há de ser providenciada uma infraestrutura completa, organizada e eficiente que compreenda desde um local adequado para o atendimento dos trabalhadores, com telefone, computadores e impressoras em bom estado de uso, até material de escritório

em quantidade suficiente para atender ao número de demandas que podem ser propostas. Paralelamente, e acima de tudo, a entidade de classe deve contar com um corpo jurídico ágil e competente, que consiga acompanhar e movimentar com qualidade todos os processos sob a sua responsabilidade. Hodiernamente, são poucos os sindicatos que contam com direção, solidez, integral confiança de seus filiados e dinheiro suficiente para administrar bem toda essa complexa logística, que envolve aspectos de ordem material e humana.

As ações plúrimas ajuizadas por sindicatos mediante representação judicial ainda estão sujeitas a outra problemática: a imediata indicação dos nomes dos trabalhadores na petição inicial implica a automática identificação dos reclamantes pelo empregador reclamado. Este, não raras vezes, persegue, velada ou explicitamente, aqueles que se "atreveram" a postular em juízo contra a empresa. Uma das táticas utilizadas pelos donos dos meios de produção para tentar encerrar as ações trabalhistas propostas é a elaboração de "listas de adesão", que são passadas no ambiente de trabalho e direcionadas àqueles que movimentaram a máquina judiciária contra o empregador. Elas deverão ser "espontaneamente" assinadas pelo obreiro-autor, que declarará a vontade de desistir da ação ajuizada. Há casos mais graves em que o empregador impõe aos reclamantes a renúncia de direitos já reconhecidos judicialmente, com trânsito em julgado, que dependem somente do pagamento do devedor.[4]

[4] A título de ilustração, citam-se os autos do processo AR 01607-2005-000-03-00-3, apreciados e julgados pela 2ª Seção Especializada de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cuja Relatoria coube à Desembargadora Federal do Trabalho Denise Alves Hora, que demonstram a prática ilegal e abusiva operada por empresa mineira que, como "moeda de troca" do acordo de renúncia de créditos trabalhistas, não dispensaria os empregados-reclamantes e nem alijaria de eventual contratação os seus familiares. Na qualidade de principal fornecedora de postos de trabalho na região, a empresa sentiu-se à vontade para abusar do seu direito de propriedade e instalar um clima de insegurança em detrimento de toda a comunidade. Saliente-se que a ação rescisória só foi ajuizada porque a juíza do trabalho que passou a atuar na região recusou-se a homologar um segundo acordo proposto pelo empregador. A magistrada oficiou ao Ministério Público do Trabalho. Foi, então, instaurado procedimento prévio investigatório e, posteriormente, a ação rescisória, cuja ementa se segue: "EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA – ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO RECONHECIDO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Na lição de Talamini, 'o órgão jurisdicional, ao homologar o ato de disposição de vontade, chama para si o ato autocompositivo; chancela a solução que as partes deram ao conflito, tornando-a sua'. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 187). Portanto, pouco importa se, ao assim proceder, o Juiz se manifesta expressamente ou não sobre a inexistência de qualquer vício no acordo apresentado à sua aferição para homologação. Uma vez homologado o acordo, a decisão, imediatamente, transita em julgado, com aferição de mérito sobre a sua legalidade e validade, pelo que a sua desconstituição somente é possível através da ação rescisória. Assim, evidenciando o acervo probatório que a empresa ré, valendo-se da precariedade dos postos de trabalho na região e de sua condição de maior empregadora, pressionava os obreiros, pessoas simples, a firmarem acordos – verdadeiras renúncias aos créditos trabalhistas incontroversos e há muito liquidados, em execução que há tempos se arrasta -, oferecendo, como moeda de troca, postos de trabalho, a serem ocupados por eles ou seus familiares, incutindo nesses trabalhadores fundado temor de dano iminente e considerável a si ou à sua família, pela possibilidade de privação do emprego, da própria sobrevivência digna, resta patente a coação, vício de consentimento a autorizar o corte rescisório, com fulcro no art. 485, VIII, do CPC." (Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consultaprocessual/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=AR++05++374&idAndamento=AR++05++374PACO20070712++++10032500>. Acesso em: 29 jan. 2011)

O permissivo legal que autoriza a resilição contratual por parte do empregador independentemente de motivo acaba sendo um fator decisivo para a maioria dos empregados ceder às pressões do patrão, ainda que estas sejam antijurídicas e injustas. A premente necessidade do trabalhador de manter o seu emprego e de garantir o próprio sustento e de sua família é a justificativa mais comum para o seu acuamento. Também é mencionada a morosidade na entrega da prestação jurisdicional que inviabiliza o pagamento de verbas de natureza alimentar, portanto, emergenciais.

Em tempos de sociedade pós-industrial, a vocação natural do processo seria direcionar-se para o regime jurídico diferenciado da tutela metaindividual, porquanto uma ação coletiva proposta por parte ideológica estimula a maior participação dos jurisdicionados que, despersonificados, ganham coragem para reivindicar a não vulneração de direitos que, à primeira vista, sob um enfoque atomizado, parecem de menor importância e sem valor econômico alto, mas que, numa visão molecularizada, constituem um conjunto de faculdades e de posições jurídicas de elevada conta.

Ressalte-se que a tutela metaindividual foi instituída para promover a justiça qualificada, com maior dose de eficiência social e de caráter pedagógico, em tese, hábil a inibir qualquer tipo de vilipêndio – eventual, contínuo ou repetitivo – a direitos fundamentais trabalhistas, conferindo, por conseguinte, mais confiança aos consumidores da prestação jurisdicional, já que seriam evitadas decisões conflitantes para litígios com objetos idênticos e o custo do processo seria bem menor que o do modelo individual.

No entanto, a realidade e as estatísticas feitas pelos órgãos do Poder Judiciário revelam que a técnica ainda não é executada em toda a sua potencialidade, motivo pelo qual surge um terceiro tipo de litigiosidade ao lado do individual e do coletivo. Trata-se das causas repetitivas ou seriais, normalmente afetas a direitos individuais homogêneos, que, em vez de serem vindicados em ações coletivas, continuam sendo buscados individualmente por aqueles que, por motivos pessoais, desconfiança ou, muito provavelmente, desconhecimento da existência e das vantagens da tutela metaindividual, não depositam nas mãos de legitimados extraordinários a responsabilidade de provocar a máquina judiciária e manter o andamento do processo até a solução final. Para Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, as demandas repetitivas de alta intensidade “[...] possuem como base pretensões isomórficas, com

especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa."[5]

As causas repetitivas não devem nem podem ser submetidas à dogmática conservadora e liberal dos litígios individuais, já questionada e revisitada pelo neoconstitucionalismo e pelo neoprocessualismo. Do contrário, seria um verdadeiro retrocesso. O tratamento dispensado a elas também não se molda ao regime jurídico instituído para a tutela metaindividual, porque sequer a legitimidade ativa (uma das condições da ação) segue os parâmetros do subsistema de processo coletivo. Imperioso, pois, desenvolver uma dogmática própria e diferenciada para a solução das demandas seriais.

Algumas polêmicas decorrentes da introdução da modalidade das ações repetitivas no mundo jurídico referem-se aos riscos causados pela padronização decisória[6] desprovida de uma teorização consistente que se destine a encontrar respostas para a melhor aproximação dos institutos das famílias do *civil law* e do *common law*.

Fala-se em convergência dos dois sistemas, porque a tendência de estandardização interpretativa[7] de julgados possui algumas similitudes com os precedentes americanos. Contudo, como bem salienta o trio de juristas já identificado[8], o instituto estrangeiro em destaque funciona como um ponto de partida para o julgamento do caso concreto. O uso do precedente pode ser afastado, quando a parte interessada demonstrar que a sua situação não é idêntica àquela nele versada. Noutras palavras, o Brasil não pode aplicar mecanicamente a técnica do julgamento por amostragem nem vulgarizar o uso de processos-piloto com vistas a só firmar teses com eficácia irradiante para outros feitos.

Outras discussões geradas com o surgimento do terceiro tipo de litigiosidade aludem à correta identificação de eventuais pontos de contato que tornem um caso idêntico a outro e, portanto, passível de padronização decisória. Frise-se que essa atividade judicial é de extrema relevância e de elevada responsabilidade, pois devem ser evitados equívocos de comunicabilidade entre lides. Elas, à primeira vista, podem até parecer repetitivas, mas, por um detalhe ou outro, podem vir a apresentar algumas circunstâncias especiais. Afinal, idêntico

---

[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre *civil law* e o *common l*aw e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, v. 189, nov. 2010, p. 24.

[6] Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 47.

[7] THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 24.

[8] THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 42.

significa não diferir do outro ou dos outros em nada, ao passo que semelhante é o mesmo que similar, parecido, mas não igual.[9]

A par disso, há questionamentos quanto à genuína eficiência da técnica, que, se for mal empregada, poderá levar ao conhecimento dos tribunais questões que sequer se encontram em ponto de maturação para um debate jurídico sério, comprometido com tantas repercussões extraprocessuais. Eventuais equívocos, nesse particular, podem, simultaneamente, ofender os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e representar verdadeira denegação de justiça.

Em tempos de Estado Democrático, como brilhantemente expõe Dierle Nunes[10], não vigora mais o contraditório estático do Estado Liberal. Hodiernamente, essa garantia constitucional ganhou dinamismo, compreendendo um feixe de direitos à não surpresa e à comparticipação em todo o procedimento. Nesse cenário, todas as decisões deverão ser fundamentadas, para não surpreender as partes e para manter a transparência e a publicidade do Judiciário. E a todos aqueles que forem atingidos pelo provimento jurisdicional deve ser dada a oportunidade real de se manifestar nas técnicas de julgamento por amostragem para legitimação jurídica e social de eventual padronização decisória.

No âmbito das relações de emprego, o cuidado na utilização da dogmática das ações seriais deve ser redobrado ante a fundamentabilidade dos direitos sociais trabalhistas. Some-se a isso a posição de vulnerabilidade e hipossuficiência em que o (ex)empregado se coloca frente ao seu (ex)empregador, seja porque necessita da continuidade do seu contrato de emprego, que é sua fonte de renda e subsistência, seja porque, após o rompimento do pacto laboral, teme pelo não recebimento das verbas rescisórias e de outras parcelas trabalhistas que, porventura, sejam-lhe de direito, sem falar no receio de não encontrar nova colocação no mercado de trabalho, pois pode ser vítima de retaliações e de listas negras[11].

Nessa perspectiva, são abordados no segundo capítulo desta dissertação os seguintes aspectos dos direitos fundamentais: conceito, dimensões e vinculação do poder público e dos particulares a eles. Também serão enfrentadas as questões da fundamentabilidade e da eficácia imediata dos direitos sociais trabalhistas e analisadas as previsões constitucionais

---

[9] Consulta feita no Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.

[10] NUNES, O princípio do..., **Revista Síntese de Direito**..., p. 83-85.

[11] Listas negras são documentos particulares que contêm uma série de nomes dos empregados que acionaram seus empregadores. Essas informações são trocadas entre os empresários e, a despeito de constituírem uma prática ilícita, rotineiramente, vêm sendo utilizadas pelos contratantes para preterir de uma nova admissão aquele trabalhador que ousou desafiar judicialmente quem lhe ofereceu emprego. Na Justiça do Trabalho mineira, vêm sendo deferidos pedidos indenizatórios em razão de alijamentos decorrentes de listas negras. Para mais detalhes, consultar o sítio eletrônico <www.trt3.jus.br>, campo jurisprudência.

brasileiras pertinentes à matéria. O capítulo é encerrado com o exame dos fenômenos do neoconstitucionalismo, da constitucionalização do direito, do instrumentalismo substancial e das ondas reformadoras do processo moderno como determinantes para o redimensionamento da tutela dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo é dedicado ao litisconsórcio. De plano, dá-se a conceituação do instituto e fazem-se breves referências às normatizações incipientes e atual. As razões clássicas do expediente são ampliadas mediante a inclusão do princípio da efetividade, sendo examinada, ainda, a compatibilidade do mecanismo com os princípios do processo do trabalho. Segue-se a classificação do litisconsórcio, dando-se especial atenção ao litisconsórcio unitário. Com efeito, são enunciadas distinções entre ele e o litisconsórcio necessário; é discutido o seu regime especial de tratamento e são arrolados alguns critérios doutrinários que explicam a irradiação dos efeitos da decisão homogênea proferida em relação jurídica material de objeto incindível.

O quarto capítulo trata da tutela metaindividual nas relações de emprego. De antemão, são analisados aspectos gerais pertinentes à democracia e às suas fases. Essa abordagem é oportuna, porque o regime jurídico destinado à defesa de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos funciona como verdadeiro instrumento de participação democrática no processo. Os fenômenos da massificação da sociedade, da socialização dos conflitos trabalhistas e da importância dos corpos intermediários a partir da Primeira Revolução Industrial e na atualidade também são alvo de estudo. A evolução normativa da jurisdição e do processo coletivo no Brasil são os últimos tópicos abordados no capítulo.

No quinto capítulo, são expostas as principais características do regime de causas repetitivas. O estudo abrange algumas técnicas pontualmente previstas no Código de Processo Civil, a saber: julgamento liminar (art. 285-A do CPC); repercussão geral e julgamento por amostragem do recurso extraordinário. São levantadas questões alusivas ao pressuposto da transcendência no recurso de revista trabalhista. Sempre que possível, é debatida a aplicabilidade, ou a inaplicabilidade, dos institutos do CPC citados no processo do trabalho.[12]

---

[12] As súmulas vinculantes, embora encerrem técnica para julgamento de demandas repetitivas mediante padronização jurisprudencial, não são objeto desta dissertação. Em razão de sua importância e de sua extensão, entende-se que são dignas de estudo exclusivo, mais minucioso, que se proponha a enfrentar e a discutir criticamente, à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, todas as questões polêmicas alusivas à instituição, desenvolvimento, aplicação, constitucionalidade e justiça das diretrizes interpretativas traçadas com efeitos panprocessuais. O necessário aprofundamento do tema ultrapassa as limitações de tempo e de espaço desta dissertação, sobretudo se for levado em conta que, atualmente, existem 32 súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal. Algumas delas tratam diretamente de matérias afetas ao direito e ao processo do trabalho. Com efeito, a Súmula Vinculante n. 4 versa sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade; a de

O sexto capítulo é reservado ao direito comparado. São abordadas as *class actions* americanas no tocante aos seus antecedentes históricos, pré-requisitos, modalidades e seus requisitos específicos. Também são enfrentados aspectos procedimentais referentes à notificação, direito de autoexclusão e coisa julgada. As tutelas coletivas na Itália e na Inglaterra também são tratadas, ainda que brevemente.

No sétimo capítulo, dá-se ênfase ao procedimento-modelo alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahren – KapMug*), porque, no capítulo seguinte, inteiramente dedicado ao incidente de resolução de demandas repetitivas, restará demonstrado que esta figura, prevista no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 (PLS 166/2010), que pretende instituir o novo Código de Processo Civil, a princípio, foi inspirada no procedimento-modelo germânico.

No oitavo capítulo, quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas propriamente dito, serão estudados os seguintes pontos: a provável normatização da figura, sua origem, natureza jurídica e conceito. Será examinado o objeto do incidente de coletivização brasileiro, que diferencia questão de fato de questão de direito. Finalmente, serão investigados a instauração do incidente, a legitimidade ativa para manejá-lo e o rito. Serão feitas ponderações acerca da publicidade, da negativa da remessa necessária e da inadmissibilidade de audiências públicas, encerrando-se o capítulo com discussão acerca da (in)aplicabilidade do referido expediente no processo do trabalho.

Uma vez conhecidos as peculiaridades do procedimento-modelo alemão e o provável regramento do incidente de resolução de demandas repetitivas, no nono capítulo, com base em método comparativo, será investigada a existência de eventuais convergências e divergências entre os dois sistemas jurídicos. A investigação restringir-se-á à legitimidade ativa, aos requisitos e ao objeto dos institutos tedesco e nacional, além de atribuição de maiores ou menores poderes ao juiz de primeiro grau para a instauração, desenvolvimento e julgamento dos respectivos expedientes.

No décimo capítulo, são levantadas algumas lacunas do PLS n. 166/2010 e possíveis dúvidas que poderão ser suscitadas, caso o regime jurídico do incidente de resolução de

---

n. 22 declara a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. Já a Súmula Vinculante n. 23 uniformiza o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Há, ainda, a Súmula Vinculante n. 25, que também mereceria comentários, pois, ao declarar a ilicitude da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, enfrenta questão comum no dia a dia das execuções trabalhistas. Como se vê, a riqueza de situações e de possibilidades, por si só, exige um trabalho específico sobre a aludida técnica de estandardização jurisprudencial.

demandas repetitivas seja introduzido na processualística brasileira. O escopo é tentar esclarecer o alcance da decisão emanada do tribunal – se ela atinge processos futuros ou se está adstrita às ações em trâmite à época da resolução do incidente de coletivização. Outras questões omissas ou dúbias referem-se aos recursos especial e extraordinário interpostos para exame do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, e à ordem de suspensão dos processos proferida por esses dois tribunais de superposição brasileiros. Indaga-se, também, qual é a natureza jurídica da decisão vinculante proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas.

No décimo primeiro capítulo, analisam-se as possíveis convergências e divergências entre todos os regimes processuais estudados. Desse modo, perquire-se se há coincidências entre o objeto indivisível do litisconsórcio unitário e a tutela metaindividual; se há pontos de encontro entre julgamento por amostragem via recursos representativos e litisconsórcio por afinidade e quais técnicas processuais podem ser empregadas para a defesa de direitos individuais homogêneos. Por derradeiro, faz-se uma rápida comparação entre a coisa julgada *secundum eventum litis* da tutela metaindividual brasileira e coisa julgada *pro et contra* do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Na conclusão, retoma-se o objetivo desta dissertação, que consiste em abordar os três tipos de litigiosidade já mencionados e algumas técnicas processuais a eles pertinentes – já existentes e por vir – para, com respaldo em método de estudo ordenado, tentar compreender quais são as vantagens de cada regime e identificar se um é mais apropriado do que outro para a melhor concretização dos direitos fundamentais sociais trabalhistas e para o respeito aos princípios democráticos e da dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO, DO CONSTITUCIONALISMO E DA DOGMÁTICA PROCESSUAL PARA O APERFEIÇOAMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

2.1 Breves considerações sobre os direitos fundamentais e suas dimensões

A concepção de direitos fundamentais adotada neste trabalho difere daquela que se reflete na expressão *direitos humanos*, erigida sob influxo do jusnaturalismo, que reconhece posições jurídicas atemporais e universais a todas as pessoas naturais, porquanto inerentes ao ser humano, independentemente da manutenção de vínculo com algum Estado-Nação.

Os direitos fundamentais, diversamente dos direitos humanos, encontram limitação no tempo e no espaço, sujeitando-se a transformações de conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, que, em verdadeira relação de causa-efeito com a evolução histórica do Estado contemporâneo, produzem dimensões[13] de faculdades e instituições consideradas mais relevantes por determinada nação. Por isso, gozam de grau mais elevado de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

A respeito, Ingo Wolfgang Sarlet observa:

> [...] que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[14]

A fundamentabilidade pode ser imputada a alguns direitos mediante previsão formal, contida no próprio texto constitucional – logo, há esse atributo porque assim a Constituição prescreveu –, ou em razão de reconhecimento material. Nesta última hipótese, embora não

---

[13] A expressão "dimensões" é preferida neste trabalho ao vocábulo "gerações", porquanto este faz presumir que o surgimento de novas categorias de direitos fundamentais conduziria, peremptória e automaticamente, ao sacrifício e superação das perspectivas anteriores, o que não se trata de verdade e não é correto. Os direitos fundamentais ostentam racionalidade expansiva, respaldada na integração e interdependência que nutrem entre si, geradora de efeito cumulativo entre suas dimensões.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 29.

tenham assento constitucional explícito, alguns direitos serão fundamentais, porque tendentes a consagrar valores indispensáveis à promoção da dignidade humana.[15]

O vínculo indissociável entre direitos fundamentais e Estado de Direito confirma posicionamento de Paulo Bonavides, fundado nas lições de Carl Schmitt, no sentido de que: "[...] os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos."[16]

Nesse trilhar, Pérez Luño[17] acentua o elo de interdependência e funcionalidade entre Estado de Direito e direitos fundamentais, pois o primeiro, para ser de Direito, há de garantir os direitos fundamentais, enquanto estes têm seus conteúdos e sua extensão condicionados ao tipo de Estado de Direito declarado na Constituição. A relação é de mão dupla, com efeitos recíprocos, portanto.

A Revolução Francesa serviu de largada para a efetiva consagração dos direitos fundamentais de primeira dimensão. O movimento representou a ruptura do paradigma do Estado Absolutista, cuja base legitimadora era de cunho transcendental, já que o rei era visto e tratado como um representante divino na Terra.

A ascensão política da burguesia criou o alicerce para a fundação do Estado Liberal e foi determinante para o absenteísmo estatal na regulamentação do mercado e das contratações,

---

[15] O valor dignidade da pessoa humana ocupa o epicentro das Constituições contemporâneas. Na Constituição brasileira de 1988, sintetiza o principal fundamento axiológico do ordenamento jurídico nacional. Embora seu conceito seja "ambíguo e poroso", no entender de Carmén Lúcia Antunes Rocha, citada por Ingo Wolfgang Sarlet (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 04, 1999, p. 24. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, jan./jun. 2007, p. 363), é possível mencionar, sem a pretensão de esgotar o tema, algumas de suas dimensões. A de caráter ontológico, mas não biológico, lembrada por Sarlet na obra citada, p. 366, explica a dignidade como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição de pessoa humana. Já a fórmula minimalista do homem-objeto, utilizada em número expressivo de julgamentos proferidos pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, apesar de não solucionar inteiramente o problema de compreensão da dignidade humana, serve de parâmetro para verificar se o núcleo essencial da pessoa natural foi atingido, quando sujeito a tratamento que rebaixa o indivíduo a simples coisa (SARLET, *op. cit.* p. 379-380). A seu turno, Alexandre de Moraes atribui duas perspectivas de análise ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A primeira o qualifica como direito individual assegurado ao titular particular nas relações que trava com o Estado e nos ajustes privados que celebra com outro particular. A segunda concepção descortina a dignidade como dever fundamental de tratamento igualitário e respeitoso aos semelhantes, desdobrado em três enunciados básicos do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente); *alterum non laedere* (não prejudicar o outro) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). (MORAES. Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. *In*: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coords.). **Constitucionalismo social**: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 229-230)

[16] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

[17] No original, Pérez Luño assevera: "[...] ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de derecho." (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*, p. 19-20. *Apud* SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005, p. 1287)

medidas que interessavam ao desenvolvimento do capitalismo e que se amparavam no dogma da autonomia da vontade estruturado sobre os valores da liberdade e da igualdade formais e da propriedade privada.

No mundo jurídico, o movimento libertário francês propiciou a retomada da clássica dicotomia entre direito público e direito privado. Sob os auspícios do liberalismo econômico e do individualismo, foi disseminada, segundo Eugênio Facchini Neto[18], a distinção entre sociedade política, marcada pelo reino de desigualdades entre Estado e administrados, e a sociedade econômica, cuja nota distintiva era o império da igualdade entre os particulares. Noutras palavras, deu-se a cisão entre Estado e sociedade. No âmbito do confronto liberdade individual *versus* autoridade, a área de tensão foi circunscrita às relações entre indivíduos e ente estatal, como se não fosse preciso defender os indivíduos de si mesmos.

Para proteger os administrados da ingerência "nociva" do Estado, abominada pelos burgueses, foram catalogados os direitos fundamentais de primeira dimensão que privilegiam o valor liberdade tanto na vida civil quanto na vida política. Assim, foi imposto um não fazer ao Estado (*status negativus*). Em contrapartida, os indivíduos passaram a gozar de direitos de oposição e de resistência contra o ente estatal, considerado "inimigo" da ordem econômica.

Sob a influência do pensamento pandectista, o indivíduo era tratado como sujeito de direito, noção jurídica abstrata que mantém a pessoa humana isolada das demais. Sem rosto, sem traços identificatórios, o ser humano era desconsiderado enquanto pessoa com necessidades e características próprias. O tratamento normativo era idêntico e abstrato para todos, como se fossem substancialmente livres e iguais em posses, oportunidades e anseios.

De acordo com Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão são:

> [...] os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente [...]. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado [...]. São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.[19]

---

[18] FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p.18-19.

[19] BONAVIDES, **Curso de direito**..., p. 563-564.

É nesse contexto que surge a chamada "Era das Codificações", assumindo o Código Civil, sobretudo o Napoleônico, o *status* de "Constituição do Direito Privado". No aludido instrumento normativo, inúmeras disposições escancararam a preocupação do legislador iluminista com o valor segurança em assuntos de família, de propriedade e de contratos. Essa premissa era considerada básica para o desenvolvimento do mundo individualista-burguês.

Valiosas as ponderações de Juan María Bilbao Ubillos nesse particular, porquanto

> [...] O Código Civil se erige então na verdadeira carta constitucional da sociedade autossuficiente, sancionando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual como eixos da regulamentação das relações jurídicas entre particulares. Carece de sentido estender a essas relações a eficácia dos direitos individuais se elas (as relações) se estabelecem, inicialmente, entre iguais, porque entre iguais as relações não podem ser senão livres. Por definição. A liberdade se apresenta então (ideologicamente) como um precipitado da igualdade (formal ou jurídica).[20] (tradução livre)

No plano normativo, Eugênio Facchini Neto[21] esclarece que o pensamento jurídico de então se fundava na "ideologia dos 3cs" marcada pela:

a) completude da legislação, razão pela qual não havia omissões e lacunas a preencher;
b) clareza legislativa, porquanto os instrumentos normativos eram constituídos de regras jurídicas suficientes para a escorreita subsunção do fato à norma, desempenhando o julgador função meramente técnica e silogística, sem valoração jurídica nem visão crítica ao que fora legislado – a ele competia apenas ser o "magistrado de mármore", *"la bouche de la loi"* e
c) coerência do sistema, que obstava antinomias fundadas em tempo, especialidade e hierarquia de leis. Tudo estaria, portanto, perfeito na estrutura normativa tradicional.

[20] No original: "[...] El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los princípios de la autonomia de la voluntad y la libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privatos. Carece de sentido extender a este tipo de relaciones la eficácia de los derechos individuales si éstas se establecen, por principio, entre iguales, porque entre iguales las relaciones non pueden ser sino libres. Por definición. La libertad se presenta entonces (ideológicamente) como un precipitado de la igualdad (formal o jurídica)." (UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In:* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 302).

[21] FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas..., *in*: SARLET, **Constituição, direitos**..., p. 22-23.

A lógica, contudo, é invertida com o término da Segunda Guerra Mundial. Pode-se dizer que a Europa sucumbiu ao primado do público sobre o privado, a partir da consolidação do constitucionalismo social no final da década de 1940 em face da maior intervenção estatal na regulamentação do mercado e na vida privada dos indivíduos, com base no dirigismo contratual.

Diante das barbáries e dos totalitarismos praticados pelos regimes nazista e fascista, que seriam ações legítimas, segundo a leitura positivista dos respectivos ordenamentos jurídicos, era indispensável promover garantias institucionais, bem como a igualdade e a liberdade materiais, para que a todos fossem oferecidas oportunidades idênticas, hábeis a assegurar o mínimo essencial para uma existência digna e sem preterição de nenhum ser humano.

Faz-se rápida digressão para lembrar que a Constituição mexicana de 1917 lançou as primeiras sementes do constitucionalismo social com a enunciação de direitos trabalhistas e sociais em seu art. 123, cujo *caput* prescrevia: "Toda pessoa tem direito ao trabalho digno e socialmente útil; efetivamente, serão promovidas a criação de empregos e a organização social para o trabalho, conforme a lei."(tradução livre)[22]. Dentre outros direitos trabalhistas, a Norma Fundamental mexicana estipulou: a duração máxima de trabalho em 8 horas diárias (inciso I); a fixação de salário mínimo em valor suficiente para satisfazer as necessidades normais de um chefe de família, nos aspectos material, social e cultural, bastante para prover a educação obrigatória de seus filhos (inciso VI); a responsabilidade dos empresários por acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores sofridos em razão ou no exercício da atividade laboral, ficando o empregador obrigado a pagar indenização correspondente (inciso XIV); a faculdade de livre associação e constituição de sindicatos para a defesa de interesses da categoria (inciso XVI); o direito de greve e o reconhecimento de sua licitude quando a paralisação tivesse por objetivo atingir o equilíbrio entre os diversos fatores da produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital (inciso XVIII) e a proteção contra dispensa sem justa causa executada em retaliação ao ingresso do empregado em associação profissional ou sindicato ou em participação em greve lícita, devendo o empregador reintegrar o trabalhador ou pagar indenização equivalente a três meses de salário (inciso XXII).

---

[22] No original: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley." MÉXICO. Constituição (1917). ***Constitución Federal da Republica de México de 1917***. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>. Acesso em: 30 jun. 2010.

À postura visionária da Constituição mexicana são acrescentados os elogios à Constituição alemã de Weimar, de 1919, a mais comemorada quando se estuda o pioneirismo do constitucionalismo social. Conforme lições de Fábio Konder Comparato[23], o referido documento possuía estrutura mais elaborada e se pautava em conteúdo nitidamente dualista, uma vez que, em sua primeira parte, regulava a organização do Estado e, na segunda, consagrava direitos e deveres fundamentais que não estavam mais reduzidos às clássicas liberdades individuais. A estas foram agregados direitos de caráter social. O art. 162 da Constituição de Weimar foi um dos mais importantes na seara trabalhista, porquanto preconizou a fixação de padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado em face da formação, incipiente, de um mercado internacional de trabalho.[24] Já o art. 163 aludiu, expressamente, ao direito ao trabalho, o que redundaria no dever estatal de promover o desenvolvimento de política de pleno emprego. Quanto à propriedade privada, sua função social foi ressaltada na célebre fórmula "a propriedade obriga", constante do art. 153, segunda alínea, da Constituição de Weimar.

Malgrado as tentativas mexicana e alemã datem do início do século XX, apenas no final da década de 1940, sob a ideologia econômica keynesiana, foi que o *Welfare State* contribuiu para a efetiva propagação de direitos sociais, culturais e econômicos, classificados como fundamentais de segunda dimensão.

Sob esse novo pensamento, passou a competir ao Estado a promoção de ações positivas e de prestações em benefício dos administrados para a criação de pressupostos materiais para o exercício da igualdade substancial. Um dos trunfos do constitucionalismo social consistiu em privilegiar o interesse do grupo como um todo, em vez de manter o indivíduo insulado e desconectado da realidade ao seu entorno.

São valiosas as ponderações de Paulo Bonavides nesse sentido:

> Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade de valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.[25]

---

[23] COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição alemã de 1919**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

[24] Lembre-se de que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi constituída, exatamente, em 1919.

[25] BONAVIDES, **Curso de direito**..., p. 565.

Dessa feita, aos direitos de resistência conquistados na primeira dimensão, de viés nitidamente individualista, associou-se o *status positivus* do ente estatal que visava à limitação da liberdade e do voluntarismo contratuais praticados até então sem peias durante o Estado Liberal. Imprimindo postura diligente e vibrante ao Estado, com a realização de direitos a prestações, aspirava-se à igualdade substancial e à liberdade material, em substituição às falácias de outrora. Simultaneamente, buscava-se o fortalecimento das instituições sociais. No particular, seguem as preciosas observações de Fábio Konder Comparato:

> Os direitos sociais [...] têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado [...].[26]

Em virtude da força expansionista dos direitos fundamentais, o rol não se esgotou nos dois primeiros estágios mencionados, emergindo, no final do século XX, os direitos de terceira dimensão, cuja principal característica é o seu caráter coletivo, difuso e indivisível. Como se identificam com os valores da fraternidade e da solidariedade, levam em conta o gênero humano, para que todos tenham direito, ilustrativamente, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente sadio, à comunicação e à propriedade do patrimônio comum a toda humanidade.

Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

> A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. [...] Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal, ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[27]

---

[26] COMPARATO, **A constituição alemã**....
[27] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 49.

A existência dos direitos fundamentais de terceira dimensão demanda, pois, novos paradigmas processuais, razão pela qual se legitimam o desenvolvimento e a maior aplicabilidade dos conceitos e institutos próprios da tutela metaindividual, que, em termos de lide trabalhista, apresentam vantagens políticas, sociais, econômicas e pedagógicas consideráveis em detrimento daqueles empregadores e/ou tomadores de serviços que infringem de forma massificada normas heterônomas e/ou autônomas relativas aos ajustes entre (ex)empregado e (ex)empregador. A conjugação, portanto, desses fatores é imprescindível para a coibição das lesões pluriofensivas reiteradamente cometidas nos locais de trabalho.

Parte da doutrina sustenta a existência dos direitos fundamentais de quarta dimensão, merecendo destaque o entendimento de Paulo Bonavides[28], para quem, em tempos de globalização e de neoliberalismo, as barreiras físicas e ideológicas do mundo devem cair para a expansão e universalização de direitos que assegurem o exercício da democracia, da informação e do pluralismo. Para o eminente constitucionalista, tal providência serviria como antídoto à hegemonia de grupos supranacionais sobre outros menos desenvolvidos e sobre países periféricos que se mantêm isolados no cenário mundial.

A tendência favorável ao reconhecimento dessa nova categoria deve ser incentivada, porquanto os valores em jogo são muito mais que meros desdobramentos dos tradicionais direitos de liberdade, cuja fundamentabilidade é de primeira dimensão. A respeito, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

> A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.[29] (grifo não consta do original)

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os direitos fundamentais de quarta dimensão, pois o preâmbulo da Constituição da República de 1988 preconiza, desde logo, a instituição de Estado Democrático. O *caput* do art. 1º da Norma Fundamental dispõe que esse Estado Democrático é de Direito, enquanto o parágrafo único do mesmo art. 1º da Constituição Cidadã prescreve que todo o poder emana do povo, que irá exercê-

[28] BONAVIDES, **Curso de direito**..., p. 570-572.
[29] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 51.

lo por meio de representantes eleitos ou diretamente. De sua vez, o *caput* do art. 14 da Constituição da República de 1988 prevê o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos. E, nos termos da lei, a soberania popular ainda poderá ser praticada mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, tudo nos termos dos incisos I, II e III do art. 14 da Norma Fundamental, respectivamente.

No plano infraconstitucional brasileiro, a realização de plenárias com a população para a definição dos empreendimentos que serão priorizados e executados com base no plano do orçamento participativo é mais um exemplo de direitos fundamentais de quarta dimensão, uma vez que fomenta a informação, incentiva a democracia participativa e abre espaço para o debate popular em assuntos de interesse público.

Ingo Wolfgang Sarlet[30] alerta que os mecanismos previstos na Constituição da República de 1988 para o exercício da democracia direta têm recebido pouca atenção e implementação por parte dos legisladores, sobretudo no plano infraconstitucional. Esse déficit de efetivação, porém, não pode ser utilizado como desculpa para afastar a fundamentabilidade dos direitos de quarta dimensão, pois a aludida categoria é essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2.2 A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais

A vinculação do poder público aos direitos fundamentais, mais conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais, ocorre nas relações entre o Estado e os particulares. Ela se dirige ao legislador, ao juiz e aos entes estatais em geral[31]. Como a titularidade dos direitos fundamentais é do indivíduo, limites são impostos à atuação estatal, sendo vedado ao poder público intervir na esfera privada dos particulares indevidamente. Faz-se isso como forma de proteger os direitos e as liberdades individuais. Paralelamente, o Estado tem os deveres de propiciar as condições necessárias para a

[30] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 50.

[31] Nesse sentido, MARINONI, **Técnica processual e**..., p. 170 e PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

imediata aplicação dos direitos fundamentais[32] e de protegê-los em caso de agressão ou vulneração.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a vinculação do poder público aos direitos fundamentais apresenta dois aspectos: um negativo, na medida em que "[...]os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos [...]"[33], e outro positivo, já que "[...]os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais."[34]

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, passou a ser exigida do ente público uma postura ativa, responsável pelo oferecimento de prestações assecuratórias de igualdade substancial e de liberdade material aos indivíduos. O redimensionamento político-ideológico, tendente à promoção de inclusão social, tornou imprescindível, por conseguinte, o alargamento da abrangência dos efeitos dos direitos fundamentais para incluir, também, os particulares em suas relações privadas.

Como brilhantemente explicitado por Juan María Bilbao Ubillos,

> [...] Hoje como ontem a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos entabulados entre sujeitos particulares. O direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influenciar eficazmente o comportamento de outros, de impor a própria vontade. Basta olhar ao redor e observar atentamente a realidade que nos rodeia. É um fato facilmente constatável a progressiva multiplicação de centros de poder privados e a enorme magnitude que alguns deles vêm adquirindo. Representam na atualidade uma ameaça nada desprezível para as liberdades individuais. O poder já não está concentrado no aparato estatal, está disperso, disseminado na sociedade [...].[35] (tradução livre)

---

[32]Como bem acentua Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pode ser entendido como um mandado de otimização que vincula o Estado, impondo-lhe o dever de aplicar incontinenti os direitos fundamentais e de conferir a estes a maior eficácia possível. Mesmo que a norma constitucional dependa de normatização ulterior infraconstitucional, ou seja, ainda que tenha eficácia limitada, será vedado ao legislador editar quaisquer regras que infrinjam o sentido e a finalidade das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Para maiores detalhes, vide SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 366.

[33] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 366.

[34] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 366.

[35] No original: "[...] Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridade jurídica en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propria voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido alguns de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades individuales. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.[...]" (UBILLOS, *¿En qué medida ...*, *in*: SARLET, **Constituição, direitos**..., p. 303.

Diante desse contexto, surge a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, também chamada de eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, tão indispensável para proteger os indivíduos de seus semelhantes, porquanto atores privados também cometem atos contrários à dignidade da pessoa humana, abusam do direito, discriminam, oprimem os mais fracos e se beneficiam de centros de poder, que não são mais exclusividade do Estado.

As relações privadas de trabalho, notadamente os contratos de emprego, são campo fértil para o reiterado e massificado desrespeito aos direitos fundamentais, pois os tomadores da mão de obra constituem os centros de poder privados, que podem contemplar desde grandes indústrias até pequenas empresas ou, mesmo, seus lares.

Uma única ação ou omissão empresária pode vulnerar, cumulativamente, várias dimensões de direitos fundamentais. Como rápidas amostras de afronta aos bens liberdade, integridade físico-mental e igualdade nas relações de trabalho, citam-se: a contratação de trabalhadores em condições análogas às de escravo; o assédio moral sofrido por empregadas grávidas; a discriminação infundada praticada contra trabalhadores em decorrência de idade, opção sexual, crença ou estética e os xingamentos e maus-tratos desferidos contra empregado doméstico mais humilde.

Como exemplo de afronta aos valores de participação, pluralismo e democracia, vislumbra-se a retaliação a dirigentes sindicais no exercício de suas atividades políticas e/ou grevistas. Não raro, os empregadores, apesar de obrigados a reintegrar os “rebeldes”, decidem impingir-lhes o obscurantismo, seja por meio de dispensa do trabalho mediante pagamento de remuneração (inação), seja por meio de recolocação em setores mais isolados da empresa que inviabilizam o contato com os demais obreiros e o pleno exercício de atividade política e democrática pelos empregados estáveis. Como se vê, o estratagema de calar os representantes da categoria profissional depõe diretamente contra os valores consagrados na segunda e na quarta dimensões dos direitos fundamentais, além de colidir com as bases do Estado Democrático de Direito, sem falar no descaso e no desrespeito ao comando jurisdicional, o que deve ser exemplarmente punido.

A ascendência econômica que o patrão exerce sobre seu subordinado, premido este pela necessidade de manter seu posto de trabalho em troca de salário para sobreviver e manter

sua família, torna a relação jurídica materialmente assimétrica, facilitando, em face dessa nota característica, eventuais desgostos e desencontros entre os contratantes.[36]

Todavia, nenhuma dessas circunstâncias valida o exercício ilícito do poder empregatício, justifica o uso do centro de poder privado como palco de desmandos e arbitrariedades contra os direitos fundamentais trabalhistas ou retira dos (ex)empregados a titularidade de direitos básicos e inerentes à afirmação de sua personalidade e dignidade. Antes de ocuparem postos de labor na qualidade de trabalhadores, os indivíduos são cidadãos cujo mínimo existencial há de ser assegurado, e a função do Direito do Trabalho, garantida por normas processuais hábeis, é exatamente compensar juridicamente a desigualdade fática e econômica ínsita às contratações de emprego.

Por derradeiro, deve ser integralmente superado o paradigma econômico – ainda seguido pelo empresariado – que insiste em tratar a energia despendida pelo empregado como mero objeto do contrato de trabalho, totalmente desvinculado da pessoa que o produziu, como se fosse possível separar os membros superiores e/ou inferiores do trabalhador do restante de seu corpo, para não dizer de sua mente e seus sentimentos.

2.3 Fundamentabilidade e eficácia imediata dos direitos sociais trabalhistas

A fundamentabilidade dos direitos sociais foi questionada inicialmente sob a alegação de que a categoria não era concretizável de imediato. Pontuava-se que, contidos em normas programáticas, os direitos sociais seriam desprovidos de clareza terminológica e dependeriam de legislação ordinária ulterior para produzir efeito no mundo fático.

A crise de baixa normatividade dos direitos sociais, porém, na lógica pós-positivista que orienta o constitucionalismo moderno, como se verá a seguir, foi ultrapassada, porquanto a técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados vem sendo difundida universalmente e há de ser incentivada, por promover o contínuo arejamento do conjunto

[36] Dependendo do tamanho dessa desigualdade, é possível sustentar a existência de relação vertical ou de sujeição em ajustes privados. Nesse sentido, salienta Ingo Wolfgang Sarlet: "[...] a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares." (SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 375)

normativo e por mostrar coerência com o teor dos novos textos constitucionais, repletos de cláusulas abertas e de princípios.

No tocante à eficácia mediata dos direitos sociais, a tese não prospera. No Brasil, o art. 5º, §1º, da CR/88 é explícito e genérico ao prever: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Nenhuma distinção fez o constituinte originário nesse particular, sendo vedado ao intérprete criar entraves – onde estes não existem – para a concretização de direitos que são elementares para a existência digna dos cidadãos.

Sobre a problemática da eficácia dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

> [...] os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre serão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.[37]

Doutro tanto, a execução e a observância dos direitos sociais são pressupostos para a fruição dos direitos individuais, "[...] na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade"[38]. Assim, a eventual limitação às garantias institucionais e aos direitos às prestações prejudicaria outros valores jurídicos tão queridos pelo Estado liberal e ainda hoje constantes em nossa Lei Maior.

De mais a mais, a integração harmônica havida entre todas as categorias de direitos fundamentais determina que todos os esforços – materiais, hermenêuticos, orçamentários etc. – sejam empreendidos para a sua integral concretização, sem distinções.

Enfrentando, especificamente, o argumento de que os direitos sociais não poderiam ser operacionalizados de plano ante os empecilhos decorrentes da "reserva do possível", é preciso compreender, primeiro, os contornos dessa espécie de limitação fático-jurídica oposta à eficácia e à efetivação imediatas dos direitos sociais prestacionais.

Como especifica Ingo Wolfgang Sarlet, a "reserva do possível" apresenta uma dimensão tríplice, que abrange:

---

[37] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 280-281.

[38] SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 10 jul. 2010.

> [...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e nesta quadra, também da sua razoabilidade.[39]

Mesmo que a efetivação e a implementação dos direitos sociais prestacionais, que são direitos fundamentais de segunda dimensão, tenham um custo econômico considerável e dependam das possibilidades orçamentárias do Estado, os limites traçados pela "reserva do possível" não têm caráter absoluto e, como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet, não podem ser falaciosamente utilizados como "[...] desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social[...]"[40], o que, infelizmente, vem acontecendo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é contrária ao uso distorcido dos limites da reserva do possível, merecendo transcrição os fundamentos esposados pelo Ministro Celso de Mello em decisão proferida nos autos do processo Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (ADPF 45 MC):

> [...] a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.[41]

Ganha cada vez mais força a linha argumentativa que incumbe ao poder público "[..] o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos".[42] Em decisão proferida em 22 de outubro de 2008 pelo então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, nos autos do processo Suspensão de Antecipação de Tutela

---

[39] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 287.
[40] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 356.
[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento 29.04.2004. Publicação 04.05.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 jan. 2011.
[42] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 356.

268 (STA 268), além de ser enfrentada a problemática da eficácia imediata dos direitos sociais – em especial do direito à saúde –, foi abordada a questão da distribuição do ônus da prova quanto à demonstração da real existência dos limites fático-jurídicos traçados pela cláusula da "reserva do possível". Concluiu o Ministro Relator da mais alta Corte brasileira pela aplicabilidade imediata dos direitos sociais e pela não demonstração, no caso concreto, por parte do ente público, de efetiva lesão ao erário na hipótese de manutenção da ordem judicial que determinou a concessão de medicamento a autor individual. A circunstanciada fundamentação constante dessa decisão é relevante para a concretização de todos os direitos sociais prestacionais, porque analisa genericamente a eficácia imediata dos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como os efeitos produzidos pela cláusula da reserva do possível.[43]

No pertinente à importância do princípio da proporcionalidade na investigação da efetiva concretização dos direitos sociais pelo poder público, deve ser perquirido se os critérios parciais desse postulado encontram-se atendidos, ou não, em cada caso concreto. São eles:

> [...] adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins, respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s) [...].[44]

Em sendo complementares as lições de Luís Roberto Barroso sobre o princípio da proporcionalidade e suas três sub-regras, também merecem transcrição:

> A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.[45] (destaques originais)

---

[43] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 268/RS**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 22.10.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=204&dataPublicacaoDj=29/10/2008&incidente=2637411&codCapitulo=6&numMateria=162&codMateria=7>. Acesso em: 20 jan. 2011.

[44] SARLET, **A eficácia dos direitos**..., p. 358.

[45] BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-229.

Soma-se aos argumentos acima a tendência do Judiciário brasileiro de se valer do critério denominado "proibição de proteção insuficiente" para justificar a intervenção judicial em prol da efetividade dos direitos sociais, nas hipóteses em que o Estado se omite ou não oferece satisfatoriamente os direitos prestacionais aos seus administrados.

A título de ilustração, registrem-se algumas decisões do STF, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, sobre a efetivação e judicialização dos direitos sociais (*v.g.*, Suspensão de Tutela Antecipada 241/RJ[46], Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE[47] e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE[48].

Respaldado em doutrinas estrangeiras, o referido Ministro e doutrinador analisa a aplicabilidade e a eficácia imediata dos direitos sociais, discorre sobre o critério da "proibição de proteção insuficiente", para, caso a caso, com suporte no princípio da proporcionalidade, apreciar e decidir a real necessidade de determinação judicial de suprimento de falhas cometidas pelo poder público no oferecimento de direitos sociais prestacionais. Com propriedade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o Poder Judiciário, quando determina o cumprimento de dever constitucional específico ao Poder Executivo, não está violando o princípio da separação de poderes, mas fazendo cumprir a determinação advinda da própria Constituição, cujo respeito e efetividade devem ser garantidos por todas as funções estatais.

Diante do exposto, são robustos os argumentos favoráveis à fundamentabilidade e à eficácia imediata dos direitos sociais. Uma vez que o direito ao trabalho está expressamente inserido no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão, nos termos do art. 6º da Constituição da República de 1988, merece idêntico tratamento. Finalmente, se a relação de emprego, apesar de múltiplas tentativas de fraude e precarização, continua sendo a principal via para a inclusão social dos cidadãos-trabalhadores e para a dignificação do indivíduo, não há motivos para privar os direitos sociais trabalhistas de aplicabilidade e eficácia imediatas.

---

[46] BRASIL, STF. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 241/RJ**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 10.08.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=16/10/2008&incidente=2620579&codCapitulo=6&numMateria=154&codMateria=7>. Acesso em: 20 jan. 2011.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 17.03.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>. Acesso em: 20 jan. 2011.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela n. 175/CE**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 17.03.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 20 jan. 2011.

2.4 Direitos fundamentais de primeira dimensão nas Constituições brasileiras

No Brasil, desde a Constituição do Império de 1824 estão previstos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Com efeito, no art. 179 da primeira Constituição pátria[49], foram listados 35 incisos, dentre os quais se destacam aqueles que previam a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de locomoção, o direito de propriedade e a abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, além do princípio do juiz natural e da garantia de independência judicial.

Já a Constituição Republicana de 1891 acrescentou ao rol anterior a abolição das penas das galés e do banimento judicial, a instituição do júri, o *habeas corpus* e os direitos de reunião e de associação etc.

A exemplificação foi aumentada em 1934, podendo ser realçadas as previsões constantes no art. 113 da Lei Fundamental da época, que consagraram o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além da impossibilidade de prisão por dívidas e da instituição da assistência jurídica gratuita e do mandado de segurança.

A Constituição de 1937 manteve a previsão dos direitos fundamentais clássicos mas, em razão do momento político, expandiu, em seu art. 122, inciso 13, as hipóteses de cabimento de aplicação de pena de morte para além dos casos militares. Além disso, criou tribunal especial com competência para processar e julgar crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular, nos termos do inciso 17 do referido art. 122.

Na Constituição de 1946, a enunciação de direitos fundamentais foi ampliada, passando a ser objeto de previsão constitucional o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, mas apenas para a apreciação de lesão a direito individual. Simultaneamente, foi consagrado o princípio do contraditório.

Ao longo dos anos, novos direitos e garantias fundamentais foram acrescentados ao elenco, mantendo a Constituição de 1967 a tradição de não adotar cláusula fechada nesse particular. Algumas novidades desse período, ironicamente, concernem à integridade física e moral do detento e do presidiário e ao sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas.

---

[49] Registre-se que, diferentemente da Constituição da República de 1988, a Carta Magna de 1824 elencou os direitos fundamentais na parte final de seu texto. A alteração topográfica praticada na Lei Fundamental atual revela o maior prestígio conferido aos direitos fundamentais na nossa época, como será explicitado a seguir.

Agravado, contudo, o quadro fático-político decorrente da ditadura militar no Brasil, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, alterou substancialmente a Constituição de 1967, sobretudo para restringir direitos e garantias individuais em casos determinados.

A Constituição de 1988 – promulgada após emocionantes movimentos de redemocratização do país e entusiasmados debates e acordos entre os constituintes originários – representa a Norma Fundamental mais promissora até o presente momento no tocante à temática dos direitos fundamentais.

As razões de sua notoriedade são incontáveis, das quais merecem breve registro: a centralidade da pessoa humana e de sua dignidade como princípio basilar do sistema jurídico nacional; a difusão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; a concepção material atribuída aos direitos fundamentais, já que podem extrapolar o espaço físico da Lei Maior, sem perder a existência, a validade e a eficácia quando elencados em outros instrumentos normativos e a priorização da democracia em seu corpo e espírito.

A título de inovação trazida pela Constituição brasileira vigente, menciona-se a maior abrangência do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, que não exclui da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou, de forma inovadora, ameaça a direito, o que significa mais dinamismo e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, que englobará tanto a modalidade ressarcitória quanto as categorias preventiva e inibitória em defesa de direitos individuais e metaindividuais, dando-se preferência aos resultados da tutela específica e diferenciada.

2.5 Direitos fundamentais trabalhistas nas Constituições brasileiras

A previsão de direitos fundamentais trabalhistas na Constituição de 1937, apesar de localizada, topograficamente, no título da Ordem Econômica, reputa-se considerável, uma vez que Getúlio Vargas, Presidente do país no período, introduziu várias normas aplicáveis à classe obreira. Algumas constantes dos arts. 137, 138 e 139 serão aqui realçadas.

Na alínea “e” do art. 137, é assegurado o direito do empregado à licença anual remunerada após um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o que significa a previsão normativa incipiente do que hoje é conhecido como “férias anuais”. Na alínea “g”, verificam-se os parâmetros da sucessão de empregadores, considerando que, “[...] nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de

trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo"[50]. Há, ainda, a estipulação de assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto (alínea "l"), sem falar na previsão de instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho (alínea "m").

No entanto, também houve inspiração corporativista na Constituição de 1937, na medida em que somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado teria o direito de representação legal dos membros da categoria de produção para os quais foi constituído (art. 138). Paralelamente, a greve foi expressamente declarada recurso antissocial nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional (art. 139).

Já a Constituição da República de 1946, em seu art. 157, previu vários direitos trabalhistas – muitos ainda hoje vigorantes – e instituiu o conhecido princípio da progressividade em seu *caput*, que visa à ininterrupta melhoria das condições de vida e trabalho no Brasil.[51] O referido preceito constitucional demonstra que o país acompanhava a tendência mundial em prol do *Welfare State* – Estado Providência – ao final da década de 1940 (após a Segunda Guerra Mundial).

Porém, o avanço foi barrado duas décadas depois em razão de o regime militar ter assumido o poder no país, o que se refletiu no conteúdo da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969.

A seu turno, a Constituição de 1988 foi pródiga em elencar vários direitos fundamentais sociais aos trabalhadores, que se caracterizam, de acordo com o constitucionalista Alexandre de Moraes[52], como liberdades positivas destinadas a promover a melhoria das condições de vida dos trabalhadores para a concretização da igualdade social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio, conforme enunciação do art. 1º, inciso IV, da Norma Fundamental.

Do elenco descrito no art. 7º citam-se, a título meramente ilustrativo, o seguro-desemprego, a licença-paternidade, a proteção contra a automoção e, na esfera do direito coletivo, tratada no art. 8º, a consagração do princípio da liberdade sindical, com o fim da intervenção do Estado nas entidades sindicais.

---

[50] BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em:14 jul. 2010.

[51] Art 157, *caput*, da Constituição de 1946: "A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:" Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.

[52] MORAES, Direitos humanos..., *in:* PELLEGRINA; SILVA, **Constitucionalismo social:**..., p. 241.

2.6 Direitos fundamentais de terceira e de quarta dimensões na Constituição brasileira atual

Mesmo que a Norma Fundamental brasileira vigente não utilize explicitamente a expressão direitos fundamentais de terceira e de quarta dimensões, estes estão inseridos na lógica constitucional, porquanto a cidadania e o pluralismo (na feição política) são alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, incisos II e V.

Outrossim, é um dos objetivos fundamentais do Texto Constitucional de 1988 promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CR/88), constando do preâmbulo da Lei Maior pátria que o Brasil é um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Esses valores são repetidos no art. 4º da Norma Maior.

Como dispositivos notáveis do reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, citam-se, sem a pretensão de esgotamento, os arts. 5º, XXXII; 8º, inciso III, e 129, inciso III, todos da Constituição da República de 1988. O primeiro garante a promoção, pelo Estado, da defesa do consumidor; o segundo declara a legitimidade extraordinária *ad causam* dos sindicatos para a defesa dos interesses e direitos coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas[53] e o terceiro confere ao Ministério Público a função institucional de promover inquérito civil[54]

---

[53] O STF, no julgamento do RE n. 193503/SP, decidiu que o art. 8º, inciso III, da CR/88 autoriza a substituição processual ampla e irrestrita dos membros da categoria pela entidade sindical, que tem, inclusive, legitimidade ativa para liquidar e executar sentença genérica, independentemente de autorização individual. A respeito: "EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido." (RE 193503/SP - Relator(a): Min. Carlos Velloso - Relator(a) p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 12.06.2006 Órgão julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJe-087 - Divulgação 23.08.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+211303.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+211303.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 jul. 2010.

[54] Ainda que o inquérito civil seja um procedimento administrativo não obrigatório, a realidade demonstra a sua eficácia, tendo em vista que o esforço, cuidado e zelo nele empreendidos pelos representantes do *Parquet* para o

e ação civil pública para a proteção de direitos metaindividuais, expedientes processuais relevantes para a melhor tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

2.7 O redimensionamento da tutela dos direitos fundamentais trabalhistas a partir dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito

As Constituições assumem relevante papel na persecução de segurança e estabilidade para um povo, porquanto, em sua acepção formal, são documentos enunciadores de direitos e de garantias formulados com a intenção de durar no tempo e no espaço. Dependendo da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade (rígidas, flexíveis ou semirrígidas), elas podem perpetuar instituições consideradas nucleares para determinado ordenamento jurídico, impondo o cumprimento de rijos procedimentos especiais para eventual alteração em seu texto, ou facilitar sua renovação via processo legislativo igualmente exigível para a elaboração de leis ordinárias. Finalmente, podem ser mescladas as duas hipóteses narradas para a operacionalização de reforma constitucional.

Embora o tratamento dogmático tradicional imponha que as mudanças constitucionais devam seguir as formalidades dispostas no corpo da própria Lei Fundamental quando ali previstas, não há dúvidas de que as mutações de fato cada vez mais frequentes em uma civilização pós-moderna, marcada por conflitos massificados e repetitivos, demandam do sistema jurídico maior agilidade e, igualmente, eficiência social.

Em razão disso e considerando as monstruosas arbitrariedades cometidas pela Alemanha nazista e pela Itália fascista durante a Segunda Grande Guerra, sob o fundamento de que suas condutas e opções políticas de extermínio estavam legitimadas por norma positivista pura, dissociada de conteúdo axiológico, é que a dogmática constitucionalista tradicional, a partir de 1945, sofreu fortes questionamentos. A necessidade premente de redemocratizar a Europa impunha a reaproximação do direito com a ética e com a moral.[55]

---

esclarecimento do fato litigioso e a produção de consistentes provas, em regra, são recompensados na cognição judicial, que, na maioria das vezes, confirma a instrução antecipada pelo Ministério Público extrajudicialmente.

[55] Ressalte-se que, no Brasil, esse fenômeno só ocorreu tardiamente com a Constituição de 1988.

Luís Roberto Barroso aponta como baliza filosófica do novo constitucionalismo o movimento pós-positivista, fundado na convergência do jusnaturalismo e do positivismo naquilo que os dois têm de melhor a oferecer. No particular, acentua com propriedade:

> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.[56]

Dois ícones do pós-positivismo são a normatização dos princípios e o amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais. Ambos contribuem, sobremaneira, para o reconhecimento de força normativa à Constituição, considerada a Lei Fundamental de uma nação, que, em seu teor, por meio de princípios explícitos ou implícitos, trará a síntese dos valores considerados essenciais para aquele ordenamento jurídico.

De acordo com a nova dogmática constitucional, os princípios não enunciam meras normas programáticas, carentes de eficácia imediata; não têm função interpretativa subsidiária, nem representam promessas vazias, inatingíveis, porque metafísicas. Pelo contrário, eles galgaram o *status* de mandados de otimização e, na sistemática constitucional, passaram a ocupar preeminência, já que sua densidade jurídica é suficiente para fins de irradiação, harmonização e correta interpretação de todo o sistema jurídico vigente.

Na condição de alicerces do edifício normativo, os princípios orientam o exegeta na compreensão das disposições constitucionais e infraconstitucionais, colaborando para a unidade e a harmonia do sistema jurídico como um todo. Eles possuem dimensão operativa, na medida em que condicionam a validade dos atos praticados pelas três funções estatais à correta interpretação e aplicação das normas vigentes conforme os valores constitucionais.

A normatização dos princípios se expandiu na seara constitucional e produziu efeitos nos demais ramos jurídicos, o que é salutar ante a definição da racionalidade jurídico-axiológica que orientará a ordem jurídica. Por isso, a exaltação de princípios nos direitos material e processual é muito bem-vinda, principalmente quando estão em análise relações jurídicas essencialmente assimétricas e desiguais, como as decorrentes do contrato de trabalho.

---

[56] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ano XXV, v. 65, n. 4, 2007, p. 22.

Sobre os direitos fundamentais – outro símbolo do pós-positivismo –, o amadurecimento[57] de teoria específica ao tema tem por escopo garantir convivência digna, livre e igual para todos os seres humanos com amparo em previsão normativa.

E não se esgota aí.

Uma das principais derivações do neoconstitucionalismo – além do reconhecimento da força normativa à Constituição, que deixou de ser vista e tratada como documento político, sem força jurídica, ou como carta cujo objeto estava restrito à formação e à conformação do Estado – é a colocação da Lei Fundamental realmente em nível supremo na pirâmide normativa, e não mais apenas em nível retórico, como antes.

Desse modo, valendo-se da teoria pura do direito desenvolvida por Hans Kelsen[58], conclui-se que, se a norma inferior encontra seu substrato na norma superior, é inarredável que a carga axiológica priorizada pela norma constitucional refletirá em todo o edifício jurídico, sendo dever do hermeneuta zelar pela supremacia da Norma Fundamental e pela interpretação conforme a Constituição. Quer dizer, está-se diante do fenômeno da constitucionalização do direito, também chamado por Luís Roberto Barroso de "filtragem constitucional":

> A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.[59]

Feitas essas breves anotações, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos ou "filtragem constitucional" traduzem enorme progresso no aperfeiçoamento da tutela de direitos fundamentais sociais, cuja vulneração reiterada e massificada há de ser combatida com eficiência, seja nos liames firmados entre o indivíduo e o Estado, seja nos ajustes celebrados entre particulares dentro e fora das relações de emprego.

---

[57] Os direitos fundamentais já eram reconhecidos no jusnaturalismo e no positivismo. No entanto, foi no pós-positivismo que assumiram papel central no sistema jurídico.

[58] Embora Hans Kelsen seja apontado como um dos expoentes do positivismo, sua teoria pura do direito acabou oferecendo subsídios para o desenvolvimento do fenômeno da "filtragem constitucional", tão difundido pelo movimento pós-positivista.

[59] BARROSO, Neoconstitucionalismo e..., *in*: **Revista do Tribunal de Contas do**..., p. 28.

2.8 A evolução do processo em prol da efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas

Desde o direito romano até os meados do século XIX, o direito de ação e o processo eram considerados meros apêndices do direito material, razão pela qual essa fase ficou conhecida como sincretista.

Sob os influxos do liberalismo econômico-burguês – difusor da liberdade de mercado, do dogma da autonomia da vontade das partes, da liberdade formal dos contraentes, da intangibilidade contratual, do absenteísmo do Estado na ingerência das coisas de mercado e nas relações privadas – e sob a batuta do positivismo jurídico (que determinava o fiel e literal cumprimento das normas, ainda que estas estivessem dissociadas de qualquer conotação ética e/ou justa), o processo era tratado como mera sequência ordenada de atos para complementação de um procedimento previamente definido em lei.

Tal concepção, limitativa, foi originalmente adotada pelo Brasil, como se pode observar da redação do Código Civil de 1916, cujo art. 75 expressamente preconizava: "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."[60] O ordenamento jurídico pátrio estava, portanto, em patente descompasso com o movimento processual que começava a suceder o sincretismo.

Enquanto o mundo europeu, após Bülow e com Chiovenda, já respirava ares da fase conceitualista, ou autônoma, do processo, também chamada de abstracionista, o Brasil, nos idos de 1916, ainda confundia os planos substancial e processual, conferindo ao direito de ação e ao processo papéis meramente coadjuvantes e insuficientes para a efetivação da justiça.

Na fase conceitualista, o processo passou a ser encarado como expressão do poder público e meio de aplicação das normas postas. Com vistas a assegurar a autonomia desse novo ramo jurídico, vários doutrinadores de escol não pouparam esforços para a construção de vastas teorias, princípios e conceitos dogmáticos que mostrassem a distinção entre o processo e o direito material.

Sem dúvidas, foi nesse ínterim que o direito processual ganhou autonomia suficiente para ser reconhecido como um dos ramos da ciência jurídica, com objeto e método próprios. Alerta Dinarmarco: "Fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes

---

[60] BRASIL, **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil de 1916, revogado pela Lei n. 10.406, de 10.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 ago.2010.

premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de maturidade mais do que satisfatório no direito processual."[61]

O propósito conceitualista, contudo, ganhou proporções desmesuradas, indo de encontro aos anseios do jurisdicionado, para quem o que, efetivamente, interessava e continua interessando é a realização prática do direito do qual alega ser titular, em vez de discussões doutrinárias intermináveis sobre a natureza jurídica de institutos processuais aplicáveis a essa ou àquela relação jurídica processual.

Com a pretensão de retomar a rota, de decotar excessos pretéritos e, sobretudo, de reconhecer ao processo os escopos que lhe competem por natureza (que são de cunho jurídico, econômico, político e social), os adeptos do chamado instrumentalismo substancial passaram a difundir a concepção de que tanto o direito material quanto o direito processual não podem sucumbir a hipertrofias nem se tornar estanques e divorciados, sob o risco de injustiças.

Piero Calamandrei, durante o discurso "*Processo e Giustizia"*, que abriu o Congresso Internacional de Processo Civil, realizado na cidade italiana de Florença, durante os dias 30 de setembro a 3 de outubro de 1950, organizado pela Associação Italiana de Estudiosos do Processo Civil, fez duras críticas ao "abstracionismo, dogmatismo e panlogismo"[62], que orientavam a dogmática processual tradicional. Na oportunidade, alertou:

> [...] O pecado mais grave da ciência processual destes últimos cinqüenta anos tem sido, no meu entender, precisamente este: ter separado o processo de sua finalidade social; ter estudado o processo como um território fechado, como um mundo por si mesmo, ter pensado que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, de todos os contatos com os problemas de substância; da justiça, em suma.[63] (tradução livre)

E continuou com percuciência:

> [...] Para nós processualistas, justiça tem significado até agora legalidade: aplicação da lei vigente, seja boa ou má, aos fatos determinados segundo verdade. A justiça

---

[61] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 20.

[62] No Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, panlogismo é definido como "pressuposição teórica compartilhada por certas doutrinas, tais como o leibnizianismo ou esp.[sic] o hegelianismo, segundo as quais o mundo é inteiramente cognoscível pelo saber humano, em decorrência da organização intrinsecamente racional da realidade objetiva."

[63] No original: "Il peccato più grave della scienza processuale di quest'ultimo cinquantennio è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale; di aver studiato il processo come un territorio chiuso, come un mondo a sé, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami col diritto sostanziale, da tutti i contatti coi problemi di sostanza; dalla giustizia insomma." (CALAMANDREI, Piero. *Processo e giustizia. In:* **Studi sul processo civile**. Padova: CEDAM, 1957, p. 08-09)

> intrínseca da lei, a sua resposta social, a sua moralidade não toca a nós processualistas (pelo menos assim se tem ensinado sempre): nós estudamos os métodos segundo os quais o juiz traduz em vontade concreta, como se costuma dizer, a vontade abstrata da lei; mas sobre o valor social e humano desta vontade abstrata, o juiz não pode se pronunciar: porque esta investigação está fora do nosso campo visual.[64] (tradução livre)

O discurso de Calamandrei no denominado "Movimento Florença" deixa claro que Francesco Carnelutti, um dos maiores responsáveis pela precisão conceitual de vários institutos processuais (*v.g.* ação jurisdicional, coisa julgada, nulidade, impugnação), já em 1949, confessou decepção e tristeza ao perceber o desvirtuamento imprimido às suas lições, que acabou por fortalecer a fase conceitualista.

Para o eminente jurista e principal inspirador do Código de Processo Civil italiano de 1940, a cisão entre o direito processual e o direito substantivo não deveria ser instigada. Ao contrário. A construção de uma ciência processual autônoma deveria fortalecer a busca pela verdade e pela justiça no momento de decidir, judicialmente, o direito material.

Merece transcrição o posicionamento de Proto Pisani, citado por Luiz Guilherme Marinoni:

> Se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso. Nesse sentido, é correto dizer que "nunca houve autonomia do processo, mas sim uma relação de interdependência entre o direito processual e o direito material.[65]

Para o Professor e Exmo. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta, em estudo realizado em coautoria com a Procuradora do Trabalho Lorena Vasconcelos Porto, o processo

> [...] continua sendo autônomo em relação ao direito material. Mas deixou de ser neutro e indiferente em relação ao mesmo, com ele mantendo uma relação de instrumentalidade de mão dupla: os direitos subjetivos só existem realmente se houver a predisposição e a utilização de meios processuais para sua concretização coativa nos casos de inadimplemento e, por outro lado, os instrumentos processuais

---

[64] No original: "Per noi processualisti, giustizia ha voluto dire finora legalità: applicazione ai fatti accertati secondo verità della legge vigente, buona o cattiva che sia. La giustizia intrinseca della legge, la sua rispondenza sociale, la sua moralità non tocca noi processualisti (almeno cosi si è sempre insegnato): noi studiamo i metodi secondo i quali il giudice traduce in volontà concreta, come si suol dire, la volontà astratta della legge; ma sul valore sociale ed umano di questa volontà astratta il giudice non può pronunciarsi: perché questa, si dice, è indagine che sta fuori del nostro campo visuale." CALAMANDREI, *Processo e..., in*: **Studi sul processo civile**, p. 15.

[65] PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982, p. 11. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 191-192.

> só terão sentido e utilidade prática se a ordem jurídica consagrar direitos subjetivos materiais dignos de fruição por seus titulares.[66]

Nesse contexto, entre processo e direito material há uma ligação essencial que os completa e que reforça a necessidade de o primeiro operacionalizar a concretização do segundo mediante a produção de resultado justo e efetivo, sob pena de inutilidade do direito substancialmente contido na norma. O direito material não dispensa acionalidade qualificada, portanto.

Importante frisar que os ganhos provenientes da fase conceitualista devem servir de suporte para a perspectiva garantística do processo, tal como se dá em um esquema cumulativo. A preferência do instrumentalismo substancial em relação ao paradigma abstracionista não funciona, obrigatoriamente, como causa excludente dos avanços pretéritos. O que deve ser estimulado é a revisitação/reinterpretação das formulações doutrinárias anteriores com vistas a adaptá-las aos ditames do neoconstitucionalismo, dos direitos fundamentais, que, mutuamente, convergem para idêntico rumo: a consagração da dignidade da pessoa humana.

Enfim, há de ser recuperada a finalidade social e deontológica do processo, para que tão importante instrumento não se transforme em método padronizado e vazio de justiça, dissociado da realidade fática, erro que, nos dissídios trabalhistas, engendraria prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais de inestimável monta, uma vez que o empregado precisa da atividade laboral para o pagamento de salário, que lhe possibilitará viver, manter a si e aos seus, mas também para se sentir ativo, útil, digno de respeito e de consideração diante de sua família, amigos, colegas, parentes e demais semelhantes.

2.9 Ondas reformadoras do processo para a garantia de universalização, democratização e efetividade na prestação jurisdicional dos direitos fundamentais

Há muito, a abreviação do tempo no processo e a produção de provimentos jurisdicionais dotados de genuína efetividade ensejam instigantes debates no mundo jurídico,

---

[66] PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan./jun. 2006, p. 119.

por expressarem reivindicação comum dos jurisdicionados, independentemente da natureza do litígio que os envolva, do local onde estejam e do momento em que litiguem.

Em algumas hipóteses, a simples demora fisiológica do processo[67], decorrente do transcurso do tempo necessário para o desenvolvimento do procedimento, com todas as suas fases, mediante cognição plena e exauriente, é capaz de engendrar sérios prejuízos às partes, em especial ao sujeito de direito economicamente mais vulnerável. Este, ainda que tenha razão, não raro acaba cedendo a um mau acordo, por não mais suportar os danos advindos da dilação processual normal. O que dizer de um processo longo e com dilações desarrazoadas, cuja demora patológica[68] beneficia, em última análise, a parte mais afortunada?

Athos Gusmão Carneiro alerta que:

> [...] mesmo os processos que "corram" normalmente abrem ensejo a prejuízos às partes, prejuízos por vezes notáveis, por vezes mesmo irreversíveis. Não aludimos apenas àquelas consequências que são, digamos, "normais", porquanto a pendência de uma demanda é passível de acarretar aos litigantes uma carga de expectativas, de angústias, de temores quanto ao desenvolvimento e ao resultado do pleito, além de que o autor, mesmo se ao final vitorioso, terá ficado privado, por largo tempo, do gozo do bem da vida a que tinha direito – "*danno marginale in senso stretto*", na expressão de Italo Andolina *(Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale, Milano, Giuffrè*, 1993, p. 15*).*[69]

Visando à superação dos entraves processuais ordinariamente impostos aos jurisdicionados, a tendência processual contemporânea passou a prestigiar tríplice objetivo: a universalização da prestação da tutela jurisdicional, com a inclusão das demandas dos economicamente mais débeis; a defesa de direitos difusos encontrados na nova sociedade pós-industrial, fruto da massificação da civilização e dos conflitos, e a transformação do direito formal

---

[67] A demora fisiológica é aquela relacionada à duração normal do processo, que, para ser resolvido, depende de um procedimento, ou seja, de uma cadência ordenada de atos cujo cumprimento é diluído no tempo. A marcha procedimental é necessária para que as partes exerçam o contraditório e a ampla defesa e para que o julgador, antes de emitir o seu provimento jurisdicional, tenha elementos de convicção suficientes para formar o seu convencimento com segurança e certeza. Embora o tempo seja um fator intrínseco ao processo, a simples espera pela resposta estatal, que é formada depois de uma cognição judicial plena e exauriente, já causa dano à parte que tem razão. Quando essa duração fisiológica ou normal do processo é excedida, surge a chamada demora patológica do feito. A respeito do tema, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece: "Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório.[...] O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como *o dano marginal*, causado ou agravado pela duração do processo". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 21-22).

[68] Vide nota de rodapé anterior.

[69] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

à jurisdição ao acesso à ordem jurídica justa que deverá produzir resultados úteis e executáveis em favor daquele que tem razão, sobretudo quando se tratar de jurisdicionado hipossuficiente.

Acerca da primeira onda reformadora do processo, pode-se dizer que a dogmática conservadora liberal, apegada à filosofia individualista, excluía os mais desfavorecidos do acesso à justiça, ou porque desinformados de como exercer suas faculdades legais, ou porque sem condições financeiras de recorrer às cortes de justiça, ou porque inibidos de fazê-lo, seja pela premência e medo de perder o emprego, seja pela vergonha e acanhamento de ir à Justiça, seja pela falta de costume de acionar os órgãos jurisdicionais.

As razões ensejadoras de tamanha exclusão dos mais pobres ao acesso à justiça são bem descritas por Mauro Cappelletti e Bryant 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 vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. Afastar a "pobreza no sentido legal" – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.[70] (destaques originais)

No movimento de reformulação do processo moderno, o óbice de natureza econômica foi superado, a princípio, pelo dever honorífico da advocacia de prestar gratuitamente os próprios serviços aos mais pobres. Mas a medida era um simples paliativo. Como salientam Cappelletti e Garth[71], eram poucos advogados, principalmente os mais experientes e competentes, que se prestavam a desincumbir o *munus honorificum*, pois, em economias de mercado, é comum os profissionais dedicarem a maior parte de seu tempo e de sua energia à execução de trabalhos remunerados.

---

[70] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

[71] CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**..., p. 32.

Mais recentemente, houve a implementação de assistência judiciária gratuita aos legalmente necessitados sob a responsabilidade estatal. Ou seja, o Estado deixou de ser singelo espectador da política do "deixai fazer deixai passar", para assumir um dever positivo: fazer uma prestação.[72] Contudo, para que o sistema de assistência judiciária gratuita seja eficiente, são necessárias dotações orçamentárias consideráveis que proporcionem uma boa infraestrutura material e humana, com justa remuneração aos advogados que se dedicarem a esse mister. Do contrário, haverá a evasão de profissionais competentes, e o serviço prestado poderá ser de baixa qualidade.

Têm razão Mauro Cappelletti e Bryant Garth quando pronunciam:

> Em economia de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos.[73]

Seguidamente à primeira onda reformadora do processo, vislumbrou-se a necessidade de erradicar outro empecilho ao efetivo exercício da jurisdição: agora, de ordem organizacional, que remete aos direitos difusos e coletivos, que estão dispersos na sociedade massificada e que demandam a reformulação de noções tradicionais do processo civil clássico.

Sobre a "revolução" causada na dogmática processual liberal pelo segundo movimento reformador de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth asseveram:

> [...] O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas pessoas a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. [...] A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos "direitos públicos" relativos a interesses difusos.[74]

---

[72] A Constituição brasileira de 1988 expressamente prevê a assistência judiciária gratuita, em seu art. 5º, inciso LXXIV.
[73] CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**..., p. 47-48.
[74] CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**..., p. 49-51.

Permanecendo válidas as afirmações de Cappelletti no sentido de que "[...] um indivíduo isolado é impotente [...]"[75], uma vez que não possui motivação, informação e força econômica bastantes para levar a juízo o *mass-wrongdoer* "[...] e, ainda que o fizesse, o resultado de sua vitória seria irrisório decorrente da representatividade que pudesse impedir o produtor de continuar tranquilamente com suas atividades [...]"[76], a remodelação da estrutura processual tradicional para a prestação da tutela coletiva, destinada a proteger direitos transindividuais, fruto da civilização das massas e da socialização dos conflitos de interesses, encerra expediente alvissareiro e necessário, por garantir justiça e efetividade "em bloco" e por superar deficiências e lacunas da dogmática processual liberal, que não é a mais adequada para a defesa dos direitos difusos e coletivos em sentido lato.

Para completar as novas formulações do processo moderno, agregou-se aos propósitos anteriores, centrados na representação efetiva de interesses outrora não representados ou mal representados, a terceira onda reformadora, denominada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como "o enfoque do acesso à Justiça"[77], que, de acordo com os seus criadores, apresenta as seguintes características e vantagens:

> [...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.[78] (destaques originais)

O referido movimento é, inexoravelmente, profícuo e necessário ao mundo contemporâneo, porque, ao estimular uma gama de alterações procedimentais, substanciais e funcionais, dentre outras, preocupa-se, em essência, com a realização da eficiência social, sintetizada na suplantação do aspecto meramente formal de acesso à justiça, enquanto singelo exercício do direito subjetivo de ação, para a garantia fundamental de prestação jurisdicional dotada de "realizabilidade prática", de "satisfatividade plena" e de celeridade.

---

[75] CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 150.
[76] CAPPELLETTI, O acesso à justiça e..., **Revista de Processo**, p.150.
[77] CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**, p. 68.
[78] CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**, p. 71.

Sublinhe-se, desde já, que celeridade não se confunde com afogadilho e sofreguidão. Nas lições de Ítalo Andolina, que analisa o tempo no processo e a utilidade do processo no tempo,

> [...] justo não é somente o processo capaz de dar respostas jurisdicionais tempestivas, mas também (e, ao menos, em igual medida) o processo capaz de produzir um juízo justo[...]. As exigências de "fazer bem" e "fazer rápido" estão lado a lado com a mesma dignidade.[79] (tradução livre)

Discorrendo sobre o direito à jurisdição, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha pontua:

> O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão *jurisdita*.[80]

Em idêntico sentido, o Professor e Exmo. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta, nas considerações finais de sua tese de doutorado em direito constitucional, ainda inédita, defendeu:

> Hoje, não basta assegurar a todos o acesso formal aos canais jurisdicionais; embora o autor não tenha necessariamente direito a uma decisão final de mérito que acolha integralmente seus pedidos iniciais (o que corresponderia a uma visão imanentista absolutamente ultrapassada), tem ele direito a que o exercício de seu poder ou direito de ação (visto aqui em sua perspectiva mais atual, de um conjunto de direitos, poderes, faculdades e ônus que se projetam e são por ele exercidos ao longo do procedimento, em contraditório com o equivalente conjunto de prerrogativas e encargos da parte contrária) seja apto, ao menos potencialmente, a produzir um resultado *útil e efetivo*, na hipótese de seus *afirmados* direitos serem, ao final, declarados existentes.[81] (destaques originais)

Poucos anos depois, em outro estudo jurídico, dessa vez publicado, o Exmo. Ministro do TST repisou a importância da terceira onda reformadora do processo moderno e explicitou a mudança de enfoque conferida ao direito de acesso à justiça. Em suas palavras textuais:

---

[79] No original: "[...]giusto non è (soltanto) il processo capace di dare risposte giustiziali tempestive; ma anche (e quantomeno, in egual mistura) il processo capace di produrre un giusto giudizio[...] Alla esigenza del 'far presto' si affianca – con pari dignitá – la esigenza del 'far bene'". ANDOLINA, Ítalo. *Il tempo e il processo*. **Revista de Processo,** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 176, out. 2009, p. 265.

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

[81] PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição**: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas. 2001. 882f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Inédita, 2001, p. 850.

> [...] direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa significa, essencialmente, o direito de toda e qualquer pessoa provocar a atuação da função jurisdicional do Estado, da qual este detém o monopólio, para obter, em prazo razoável e adequado, não apenas uma decisão justa, mas também uma decisão *efetiva* (isto é, uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos).[82] (destaque original)

Para que a garantia constitucional ao acesso à ordem jurídica justa ganhe corpo, alma e vida, não caindo em mera promessa vazia nem em singela hipocrisia constitucional, vêm sendo criados, relidos ou adaptados mecanismos e institutos processuais com o intuito de prestigiar a "satisfatividade", integralidade, economia e celeridade da função estatal.

Assim, o litisconsórcio, a tutela metaindividual, as técnicas de julgamento por amostragem – tanto as vigentes (*v.g*. julgamento *prima facie*, repercussão geral, pressuposto da transcendência do recurso de revista trabalhista, recurso extraordinário representativo) quanto as prováveis (nesta última categoria, encontra-se o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no PLS n. 166/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil) – merecem estudo, porque, em tese, potencializam o combate a lesões reincidentes, pluriofensivas, multitudinárias, massificadas ou seriais que infringem direitos fundamentais sociais essenciais para a dignidade do cidadão-trabalhador e do trabalhador-cidadão.

---

[82] PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. *In:* PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **Direito do trabalho**: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 358.

3 LITISCONSÓRCIO – MECANISMO DE CUMULAÇÃO SUBJETIVA NO PROCESSO

3.1 Conceito e normatizações incipientes e atual

Tradicionalmente, a relação jurídica processual funda-se em uma lógica simples: alguém, insatisfeito com a resistência oposta à sua pretensão, ajuíza ação contra aquele que o impede de fruir o bem da vida perseguido, cabendo ao Estado-Juiz, na qualidade de detentor único do dever-poder jurisdicional, dirimir o conflito intersubjetivo de interesses e contribuir para a pacificação social.

Essa estrutura tríplice – construída a partir do agir do autor e complementada pela citação válida do réu e pela atuação do julgador, que não pode se eximir de decidir o caso concreto – é, contudo, a mais elementar verificada na dogmática processual.

Como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, o processo

> [...] é apenas um esquema mínimo que através dessas formulações se pretende apresentar. Esquema mínimo em que aparece o Estado (juiz) no exercício da jurisdição, poder do qual mantém o monopólio; o autor, exercendo a ação porque a autotutela lhe é vedada e porque o exercício da jurisdição não se faz espontaneamente (princípio da inércia da jurisdição e princípio da demanda); e o réu, finalmente, a quem é franqueada a defesa através da qual ele se ombreia ao autor em oportunidades, nesse palco da atividade dos três, que é o processo.[83]

Há determinadas situações – caracterizadas pelo interesse jurídico de mais pessoas na instauração, no desenrolar e no encerramento do processo – que exigem ou possibilitam o aprimoramento desse "esquema mínimo". O aperfeiçoamento é imposto ou admitido pelo sistema normativo brasileiro, quando mais de uma pessoa assume a qualidade de autor ou de réu no mesmo processo, existindo casos que comportam pluralidade de sujeitos processuais tanto no polo ativo da lide quanto no polo passivo.

Para que isso aconteça, todavia, seja a modalidade litisconsorcial ativa, passiva, necessária ou facultativa, é imprescindível o preenchimento de um dos pressupostos legais enunciados no art. 46 do Código de Processo Civil atual. São eles: comunhão de direito ou de obrigações relativamente à lide; direitos ou obrigações derivados do mesmo fundamento de

[83] DINAMARCO, **Litisconsórcio**, p. 19.

fato ou de direito; conexão entre causas pelo objeto ou pela causa de pedir; afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Traduz o litisconsórcio, portanto, modalidade de cumulação subjetiva no processo, verificada quando:

a) mais de um autor tem interesse jurídico de acionar réu comum, em relação jurídica processual única;
b) um único autor ajuíza ação em face de mais de um réu no mesmo processo;
c) há presença simultânea de autores e réus na mesma lide.

Nessa linha de raciocínio, o litisconsórcio é composto dos seguintes elementos nucleares:

- Reunião de mais de uma pessoa em um ou em ambos polos da relação processual. Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, é preferível não usar os vocábulos “coligação”, “associação”, “agregação” que transmitem a ideia de comunhão de interesses. Para o jurista, “[...]em determinadas hipóteses o que se verifica é exatamente o oposto: os litisconsortes mais preocupados em digladiar entre si, do que com o adversário em comum”.[84]
- Cumulação subjetiva voluntária ou obrigatória, quando, respectivamente, a reunião de litisconsortes depende da manifestação volitiva dos interessados ou decorre de imposição legal. Nesta última hipótese, caso o litisconsórcio não seja constituído, não haverá a formação válida e regular do processo, implicando a consequente nulidade e ineficácia de eventual provimento meritório exarado.
- Cabimento do litisconsórcio condicionado ao preenchimento de um dos pressupostos legais já mencionados, independentemente de a cumulação de sujeitos ser facultativa ou coacta.

[84] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 74.

Ao litisconsorte, quando integra a relação jurídica processual, é reconhecida a condição de parte, pois sua titularidade (ativa ou passiva) enseja a concentração de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições.

Ainda que a semântica da palavra litisconsórcio sugira que os sujeitos concentrados no lado ativo e/ou passivo da lide sejam, inexoravelmente, companheiros da mesma sorte no resultado do litígio, essa conclusão não corresponde à verdade absoluta.

Na maioria das espécies de litisconsórcio – que serão estudadas a seguir –, o provimento jurisdicional não é, invariavelmente, idêntico para todos aqueles que litiguem no mesmo polo da liça.

Essa comunhão de sorte só se revela obrigatória no litisconsórcio unitário, categoria de cumulação subjetiva pautada em relação jurídica material controvertida, de natureza incindível, em que é faticamente impossível, além de juridicamente inviável e comprometedor para a credibilidade do Judiciário, proferir decisões de mérito diferentes em prol de pessoas do mesmo polo processual que mantêm laços indissolúveis com o objeto da demanda, as quais, por isso, devem se submeter à homogeneidade do julgamento.

No Brasil, a Lei n. 1.121, de 21 de agosto de 1915, que instituiu o Código do Processo da Bahia, foi a primeira a normatizar, seriamente, o litisconsórcio. Teve como fonte inspiradora o *Zivilprozessordnung* (ZPO), que é o Código de Processo Civil alemão. A nacionalização desse regime jurídico ocorreu em 1939, quando o Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro do mesmo ano, instituiu, no plano federal, o Código de Processo Civil, diploma legal que se abeberou das fontes italiana e alemã no tratamento do litisconsórcio.

Cotejando as normas do CPC/1939 com as atuais, verificam-se modificações quanto ao tratamento legal da figura. Sem a pretensão de esgotar a comparação histórico-jurídica, destacam-se três alterações: na formação do litisconsórcio, foi acrescentada pelo regime vigente a hipótese de "direitos ou obrigações que derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito" (art. 46, inciso II, do CPC/1973), ausente na legislação anterior; foi afastada a possibilidade de recusa do litisconsórcio pelas partes, o que, outrora, era permitido nos termos da parte final do *caput* do art. 88 do CPC/1939[85]; a ausência de citação de litisconsorte necessário, que, no CPC/1939, importava em "absolvição do réu da instância", *ex vi* do art.

[85] *Caput* do art. 88 do CPC/1939: "Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

91[86], no CPC/1973, implica extinção do processo sem resolução do mérito, conforme preconizado no parágrafo único do seu art. 47.

3.2 Justificação ampliada e aplicabilidade do instituto no processo do trabalho

As razões clássicas do litisconsórcio apontadas pela doutrina e pela jurisprudência são a economia processual e a harmonia das decisões, uma vez que a cumulação subjetiva no processo tem por escopo otimizar o procedimento, reduzir gastos e tempo com a concentração das fases inicial, instrutória e decisória e evitar sentenças discordantes para hipóteses semelhantes.

Às justificativas tradicionais do instituto deve ser somada, no entanto, a maior efetividade dos provimentos jurisdicionais, pois "[...]o desejo ardente de que o processo atinja a verdade e a conclusão judicial seja coerente com a realidade e, portanto, útil [...]" (tradução livre das lições de Ítalo Andolina[87]) é redobrado, quando mais de uma pessoa aguarda, no mesmo polo da lide, o julgamento de suas pretensões pelo Estado-Juiz, que detém o monopólio da jurisdição.

Efetividade, harmonia e economia processual são, dessarte, os enunciados genéricos que hão de inspirar e orientar a interpretação do litisconsórcio. Portanto, além de expedita, satisfatória e justa segundo os moldes preconizados pelo neoconstitucionalismo e pela terceira onda do processo, a sentença proferida nas hipóteses de modalidade litisconsorcial deverá manter, no que couber, a coerência do julgamento, com a melhor proporcionalidade possível entre custos e benefícios, para que o mínimo de atos processuais seja praticado para a extração do máximo de resultados na mesma lide.

Sendo comum, no ambiente de trabalho, a transgressão reiterada de direitos fundamentais trabalhistas, (ex)empregado pode reclamar em conjunto com outro(s) em face do mesmo (ex)empregador no mesmo processo ou exercer sozinho o seu direito de demanda

---

[86] Art. 91 do CPC/1939: "O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

[87] No original: "[...] l´anelito a che il processo attinga **la veritá**, ed il risultato giustiziale sia coerente con la realtà, e quindi, utile [...]". (destaque original). ANDOLINA, *Il tempo e il*..., **Revista de Processo**, p. 261.

contra vários reclamados. Poderá, também, ocorrer o inverso: o (ex)empregador litigar simultaneamente, nos mesmos autos, contra vários (ex)empregados, embora isso seja mais raro.

Apesar de reduzido o tratamento dado pela Consolidação das Leis do Trabalho à temática (apenas o seu art. 842 prevê a cumulação subjetiva quando, havendo identidade de matéria, as reclamações são acumuladas em um só processo, e, ainda assim, desde que sejam empregados da mesma empresa ou estabelecimento), o litisconsórcio é compatível com os postulados do processo trabalhista, na medida em que oportuniza a emissão de decisões judiciais harmônicas e mais econômicas no tocante a tempo, gastos, material e até desgastes físicos e intelectuais, que produzirão resultado útil em bloco nas relações de trabalho.

3.3 Modalidades litisconsorciais

A classificação de institutos jurídicos em espécies é útil na área científica por contribuir para o esclarecimento do objeto estudado e, didaticamente, por fixar as diferenças e variações – ainda que tênues – que podem ser extraídas do mesmo fenômeno jurídico.

Pertencendo o litisconsórcio à teoria geral do processo, categorizá-lo é relevante, pois, quando o conceito, o alcance, a extensão e as peculiariedades do instituto são conhecidos, é possível fazer a correta subsunção do fato à norma, não incorrendo em equívocos que podem redundar, por exemplo, em casos de extinção do processo sem resolução do mérito nos moldes do art. 267 do Código de Processo Civil atual. Isso sem falar nos enganos de classificação, que, por si sós, aumentam a demora no julgamento do caso concreto – circunstâncias que causam mais inconformismo para as partes e que depõem contra a efetividade da prestação jurisdicional.

Múltiplos são os critérios utilizados pela doutrina para classificar o litisconsórcio em modalidades. Sem embargo aos parâmetros adotados por outros juristas, neste trabalho seguir-se-á a lógica proposta por Dinamarco em obra homônima[88], que parece ser a mais completa.

Desse modo, a tipificação do litisconsórcio variará conforme o poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação, o regime de tratamento dos litisconsortes, a posição dos litisconsortes na relação jurídica processual e o momento de sua constituição.

---

[88] DINAMARCO, **Litisconsórcio**, p.75.

3.3.1 Poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação

Há motivos mais fortes que outros na realidade empírica que impõem a presença de coautores e/ou de corréus na mesma relação processual. Verificada a maior intensidade de algumas razões aglutinadoras (questões de ordem pública), o legislador determina a necessariedade do litisconsórcio declarando a imprescindibilidade de reunir litigantes plúrimos no mesmo processo. O litisconsórcio é, nesse caso, compulsório, sendo irrelevante sopesar o querer dos envolvidos na relação jurídica material quanto à cumulação subjetiva.

A inobservância de comando legal que estabelece a necessariedade do litisconsórcio gera a invalidade e a ineficácia do provimento jurisdicional que, porventura, vier a ser proferido. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil atual prescreve: "O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo." (grifo não consta do original)

A seu turno, no silêncio da lei, em situações de menor potencial agregador, prevalecerão a vontade e a conveniência dos interessados quanto à reunião, ou não, de mais sujeitos processuais no mesmo polo da lide. Aqui, tem-se o litisconsórcio facultativo.

Exemplo de litisconsórcio necessário foi citado por Coqueijo Costa.[89] Para o ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, haveria cumulação subjetiva obrigatória na execução trabalhista quando o bem penhorado fosse um imóvel pertencente a casal. Compulsoriamente, o outro cônjuge teria que integrar a lide por questão de ordem pública.

Verifica-se hipótese de litisconsórcio facultativo quando dois ou mais professores do mesmo estabelecimento de ensino ajuízam uma reclamatória trabalhista em face do mesmo empregador para postular adicional por atividade extraclasse, adicional por aluno em classe, bolsa de pós-graduação e fornecimento de microfone e de equipamento para ampliação de som, uma vez que ministram aulas para turma com mais de 60 (sessenta) alunos. Alegam que todos os pedidos estão amparados em convenção coletiva de trabalho firmada pelos sindicatos representantes das categorias econômica e profissional, que é anexada à petição inicial.

---

[89] COSTA, Carlos Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. 4. ed. rev. atual. e adapt. à Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 185.

3.3.2 Regime de tratamento dos litisconsortes

Muitos imaginariam que a resposta jurisdicional mais útil e satisfatória para a solução de um conflito intersubjetivo de interesses seria, obrigatoriamente, idêntica para todos aqueles que estivessem do mesmo lado da demanda. Ou seja, na hipótese de um autor sair vencido, todos os demais que dividiram com ele a titularidade ativa da ação estariam sujeitos ao mesmo destino. De igual modo, se um demandado fosse sucumbente no objeto principal, todos os demais réus seriam vencidos nesse capítulo da sentença – como se entre eles houvesse um laço indissolúvel de solidariedade, resistente a quaisquer variáveis de fato e de direito e a supostas exceções pessoais.

Acontece que o litisconsórcio está fundado, em regra, na autonomia dos litisconsortes. Isso porque, como já mencionado alhures, o vocábulo "litisconsórcio" não significa, necessariamente, *comunanza di sorti*, mas pluralidade de sujeitos processuais no mesmo polo da lide.

Amparando-se nessa independência, o legislador brasileiro estabeleceu que, nas relações com a parte adversa, os litisconsortes serão reputados litigantes distintos, motivo pelo qual os atos e/ou as omissões de um não prejudicarão nem favorecerão os demais (art. 48 do Código de Processo Civil brasileiro vigente).

Nesse contexto, para fins classificatórios, o litisconsórcio será comum ou simples, quando a decisão judicial a ser proferida puder ser diferente para cada litisconsorte. No julgamento, o magistrado apreciará as ações e/ou omissões de cada colitigante individualmente, obstando que os efeitos dos atos comissivos ou omissivos de um litisconsorte se comuniquem ao(s) outro(s).

Nessa modalidade litisconsorcial, é como se tivesse ocorrido a reunião de ações individuais, que, por economia, foram associadas no mesmo processo, com a possibilidade de emissão de comandos sentenciais distintos em relação a cada litisconsorte. Mas, se o cotejo de provas e a análise dos demais elementos de convicção convergirem para a produção de um resultado uniforme no julgamento, a sentença poderá ser homogênea, a critério do magistrado, que goza das prerrogativas-deveres de persuasão racional e de livre e motivado convencimento.

Ilustrativamente, cite-se a hipótese de dois ou mais (ex)empregados do mesmo estabelecimento ou empresa que alegam no mesmo processo, contra o mesmo (ex)empregador, que eram habitualmente submetidos à duração de jornada superior aos

limites diário e semanal sem compensação mediante folgas. O conjunto probatório dos autos poderá demonstrar, ou não, a plausibilidade do pedido de um, alguns ou de todos os litisconsortes ativos. Assim, a sentença poderá ser diferente para cada um deles.

Já no litisconsórcio unitário a decisão a ser proferida é, invariavelmente, igual para todos os litisconsortes, ante a impossibilidade de fragmentação do objeto deduzido e a natureza incindível da relação jurídica material que envolve todos os integrantes do mesmo polo da lide com a parte adversa. É jurídica e faticamente impossível dividir a prestação da tutela jurisdicional meritória em resultados parciais e distintos. Aqui, sim, verifica-se a verdadeira comunhão de sorte.

Imagine-se que vários (ex)empregados de uma mesma empresa, admitidos há muitos anos, ingressaram em juízo em face do mesmo (ex)empregador para vindicar a nulidade e ineficácia de norma regulamentar que prevê alterações contratuais lesivas, executadas antes do implemento de condição suspensiva constante em seu próprio ato constitutivo. A conduta empresária causou prejuízos materiais antecipados a cada trabalhador, como a redução de seu patrimônio jurídico.

Considerando que a hipótese é distinta daquela descrita na Súmula n. 51, item I, do TST[90], declarar judicialmente a validade e a eficácia da norma empresarial para alguns reclamantes e a invalidade e ineficácia para outros transgrediria a lógica fático-jurídica, tendo em vista a impossibilidade de cisão do objeto deduzido. Ou o regulamento é nulo e não tem aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico no tocante aos autores, ou é válido e dotado de eficácia para todos os demandantes a ele sujeitos.

3.3.3 Posição dos litisconsortes na relação jurídica processual

De acordo com a posição assumida pelos sujeitos na relação jurídica processual, eles podem ser litisconsortes ativos (se demandarem contra o mesmo réu) ou litisconsortes passivos (se a ação for proposta simultaneamente contra mais de uma pessoa).

Discussão doutrinária é travada acerca da existência ou inexistência do litisconsórcio misto, entendido como aquele que concentra litisconsortes ativos e passivos.

---

[90] Súmula 51, item I, do TST: NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

Dinamarco[91] é contrário à figura do litisconsórcio misto. Para o eminente processualista, tudo não passa de uma falsa ideia, pois haveria, em verdade, a presença de dois litisconsórcios. O fenômeno permitiria que um deles fosse unitário, enquanto o outro fosse comum; ou que fosse facultativo, ao passo que o outro fosse necessário, e vice-versa.

Em que pese ao respeito a todos aqueles que debatem a questão, talvez a polêmica derive da adoção de critérios classificatórios distintos pelos estudiosos do tema. Enquanto uns definem o litisconsórcio misto em função exclusivamente de parâmetros quantitativos e da posição ocupada pelo interessado no polo da lide, outros fazem uma leitura conjunta da situação subordinando-a ao atendimento de todos os demais critérios classificatórios.

3.3.4 Momento da formação do litisconsórcio

O litisconsórcio pode ser constituído no momento do ajuizamento da ação, quando mais de uma pessoa se junta a outra para demandar contra réu(s) comum(ns), ou, quando feita regularmente a citação, a mais de uma pessoa é conferida a faculdade de oferecer resposta a quem movimentou inicialmente o Poder Judiciário.

A formação ulterior ou superveniente do litisconsórcio, a rigor, dá-se quando o autor – desprevenido ou por escolha própria – esquece-se ou decide não indicar outra pessoa como réu. Entendendo o julgador pela ocorrência de litisconsórcio passivo necessário, ao autor é dado o prazo para promover a respectiva citação, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

3.4 Natureza jurídica incindível do litisconsórcio unitário

A identificação dos casos de litisconsórcio unitário depende da relação jurídica material posta em jogo, que, sendo incindível, exigirá pronunciamento jurisdicional homogêneo para os litisconsortes.

---

[91] DINAMARCO, **Litisconsórcio**, p. 79.

Para relações jurídicas substanciais plurissubjetivas que importam em objeto indivisível e que são capazes de produzir lesão ou ameaça pluriofensiva, é imprescindível a manutenção de unidade na sentença ou acórdão, sem fragmentações quanto ao mérito propriamente dito, sob pena de produção de decisão incompatível com a *res in judicium deducta* e com os critérios de justiça.

A identificação de relação material que exige julgamento uniforme não é, contudo, definida pela natureza do provimento jurisdicional, mas sim delineada pelo modo de ser do vínculo recíproco havido entre os litisconsortes e pelos laços que os unem à parte contrária.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira[92], o confronto das posições individuais de cada coautor e/ou corréu há de revelar identidade em tópicos centrais do processo, cruciais para a situação global do conflito de interesses que guarda pontos de interseção homogênea.

Nas perspectivas do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, aventam-se os seguintes exemplos:

- Diante da nova competência da Justiça do Trabalho, definida a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que também inclui lides pertinentes à representação sindical, é possível que dois ou mais empregados portadores de estabilidade provisória, porque dirigentes sindicais, interessados em reeleição, sustentem que requisitos formais constantes do estatuto sindical foram maliciosamente descumpridos por colegas de trabalho para a composição de chapa de oposição cooptada pelo empregador. Os demandantes argumentam, ainda, que devem ser impostas sanções específicas àqueles que tentaram burlar a licitude do procedimento eletivo próximo. Além de alegarem o fato e de requererem a condenação dos demandados, podem e devem postular pedido declaratório de invalidade da respectiva inscrição, para que o dispositivo abarque essa questão e para que sobre ela incidam a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença, nos moldes do art. 467 do Código de Processo Civil vigente. A decisão proferida nos autos deverá ser homogênea para os demandantes, uma vez que é ilógico declarar a nulidade da candidatura em favor de um ou alguns autores e a validade em desfavor de outro(s). Ressalte-se que os reclamantes têm legitimidade ativa e interesse de agir e que o pedido é juridicamente possível. Com efeito, no plano da relação material, eles podem

[92] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 146.

ser vítimas diretas do ato que reputam lesivo. Eles se dizem titulares do direito material de cuja tutela reclamam e não há impedimento no direito posto para o objeto pretendido. Não se deve esquecer de que os autores, na condição de dirigentes sindicais com mandato em curso, também agem na qualidade de representantes do interesse da categoria profissional e de anseios próprios.

- Dois ou mais empregados com mais de 50 anos de idade propõem reclamatória trabalhista aduzindo a ilegalidade de norma regulamentar que concede vantagem salarial apenas a empregados mais jovens mediante o cumprimento de metas. Alegam que a conduta da empresa é discriminatória, além de configurar assédio moral praticado com o propósito de desestimular o trabalho dos mais experientes, que também têm condições físicas e mentais de apresentar a mesma produtividade que a dos mais novos. Argumentam que a política empresarial viola o princípio isonômico e, no rol de pedidos, requerem a declaração de nulidade parcial da norma no que tange ao critério idade e o respectivo pagamento das diferenças salariais vencidas e vincendas, cumulando-se pedido inibitório de repetição do ato ilícito, sob pena de pagamento de multa diária cominatória. Não há dúvidas de que a resolução dos reclamantes de incluir a relação jurídica incindível no rol de pedidos coibirá incessantes discussões sobre questões já decididas relativas à mesma lide, nos termos do *caput* do art. 471 do CPC atual, poupando esforços materiais e intelectuais de todos os que atuam na Justiça do Trabalho. O próprio modo de ser da relação de direito material (sua estrutura interna) obsta o proferimento de decisão heterogênea no caso ora narrado.

3.4.1 Litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário

Muita confusão já se fez na doutrina brasileira para distinguir o litisconsórcio necessário do unitário. A dificuldade advém, sobremodo, da própria redação do art. 47 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, inspirada no §62 do ZPO alemão, que, a seu turno, utilizou o adjetivo *notwendige* em duas acepções diferentes, o que contribuiu para confundir a necessariedade do litisconsórcio com o regime de tratamento unitário que deveria ser aplicado aos colitigantes.

Como a primeira parte do preceito nacional enuncia que há "[...]litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes [...]", muitos doutrinadores passaram a sustentar que toda decisão uniforme ou unitária produz litisconsórcio necessário.

O saudoso processualista Celso Agrícola Barbi esclareceu que a fórmula germânica foi mal empregada no Brasil, uma vez que "[...] o legislador não atentou para o fato de que naquele dispositivo a lei alemã usa o conceito de uniformidade de decisão apenas para regular casos em que haja omissão de algum interessado, e não para definir o litisconsórcio necessário".[93]

Desse equívoco decorreu o enquadramento do litisconsórcio unitário como espécie do litisconsórcio necessário. Adotar tal raciocínio equivale, porém, a refutar a existência do litisconsórcio necessário simples e a do litisconsórcio facultativo unitário, quando se sabe que a reunião de pessoas na qualidade de coautores e/ou corréus nem sempre é determinante para a imposição de desfecho idêntico aos colitigantes. Ademais, em determinadas hipóteses fáticas, é juridicamente possível e lícito que uma pessoa atue sozinha, em vez de em pares, trios, quartetos ou grupos maiores, em busca de decisão jurisdicional que verse sobre objeto comum. Isso não lhe retira a legitimidade e o interesse de agir isoladamente.

Os conceitos de necessariedade e de uniformidade litisconsorciais sequer são coextensivos ou perfeitamente comunicáveis, porquanto o primeiro está radicado na indispensabilidade de uma pessoa litigar juntamente com outra(s) no mesmo polo da lide, sob pena de ineficácia do provimento jurisdicional. Seu plano está afeto à legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação e, em face desse fundamento, encerra matéria de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício a qualquer tempo. Já a unitariedade da prestação jurisdicional mantém relação mais estreita com o mérito da causa, que deriva da natureza incindível da relação material controvertida[94]. As figuras são distintas em profundidade e extensão, porque o fato de A e B serem coautores em uma demanda contra C não importa, compulsoriamente, que a sentença será idêntica para ambos. A par disso, o valor economia processual pode se sobrepor ao valor harmonia, de modo que é admissível uma situação jurídica envolver colitigantes sem que a sentença ou o acórdão proferidos sejam iguais para todos.

---

[93] BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil** (arts. 1º ao 55). Rio/São Paulo: Forense, 1975. v. I, t. I, p. 277.

[94] Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 121.

Distinções pontuais entre os litisconsórcios necessário e unitário revelam que a tônica do primeiro (modalidade coacta) remete à indispensabilidade de sua formação. Já o pilar da modalidade uniforme alude ao regime de tratamento oferecido aos litisconsortes, gerando-lhes a mesma *sors*. Logo, os fenômenos atuam em momentos e planos distintos.

3.4.2 Regime especial de tratamento do litisconsórcio unitário

Relações jurídicas substanciais plurissubjetivas que importem em objeto indivisível não dispensam julgamento homogêneo e, cumulativamente, relativizam o princípio da autonomia dos litisconsortes insculpido no art. 48 do Código de Processo Civil brasileiro em vigor.

Além de derrogar a independência havida entre as pessoas que ocupam o mesmo polo da lide, podem ensejar a comunicabilidade de certos efeitos jurídicos, na medida em que é possível que os atos individuais praticados por um litisconsorte unitário tenham eficácia em relação aos demais colitigantes. Isso dependerá da natureza dessa conduta. Caso se trate de alegação de exceção pessoal apresentada por um litisconsorte, ela é intransferível para os demais colitigantes. Imagine-se, por exemplo, a alegação de causa impeditiva à prescrição sustentada por um dos reclamantes que, à época do evento lesivo, era comprovadamente menor de 16 anos (art. 198, inciso I, do Código Civil de 2002). Os efeitos decorrentes de sua condição de absolutamente incapaz não serão comunicados aos outros litisconsortes, porquanto se trata de exceção pessoal.

Contudo, em outra hipótese, se um dos litisconsortes unitários demonstrar o efetivo cerceamento do direito de defesa, e, por esse motivo, a sentença vier a ser invalidada por tribunal estadual ou regional em sede recursal, a nulidade da decisão produzirá efeitos em relação a todos os demais colitigantes, reabrindo-se a fase instrutória no juízo de origem. Há, ainda, a possibilidade de a prova documental produzida por um dos litisconsortes ser suficientemente robusta a ponto de influenciar o livre convencimento motivado do julgador, mesmo que ela não tenha sido acostada aos autos por todos os colitigantes.

A justificativa para a instituição de regime especial de tratamento é a incindibilidade da relação jurídica material controvertida, que não admite soluções díspares para litisconsortes unitários. O caminho a ser percorrido por um dos coautores ou corréus pode ser diferente no que tange à prática ou à omissão de atos processuais. Mas, quanto ao resultado,

todas as pessoas integrantes do mesmo polo estarão sujeitas à mesma sorte, porquanto constituem um todo.

3.4.3 Irradiação de efeitos no litisconsórcio unitário - critérios doutrinários

Múltiplos são os critérios listados pela doutrina para definir quando e por que haverá a irradiação de efeitos de atos individuais em proveito ou em detrimento de outros litisconsortes unitários.

A princípio, a questão foi colocada sob o prisma de atos favoráveis ou desfavoráveis – parâmetro, segundo Barbosa Moreira, atécnico e incompleto, ante a possibilidade de coexistência de fatores positivos e negativos em um mesmo ato processual, como o exercido para fim de transação de direitos.

Esta última possibilidade consiste em um mecanismo de autocomposição de conflitos destinado a prevenir ou encerrar litígio mediante concessões recíprocas dos envolvidos. Se, de um lado, os transatores pacificam-se socialmente, é certo que, de outro, concordam em ceder em determinados aspectos da contenda.

Ademais, nos termos do art. 844 do Código Civil brasileiro de 2002, em vigor, a transação não aproveita nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que seu objeto seja coisa indivisível. A limitação dos efeitos provenientes desse mecanismo de autocomposição de conflitos visa a proteger os litisconsortes que não transacionam reduções em seus possíveis direitos *(res dubia)*. Assim, eventuais deduções se aplicam somente aos colitigantes que a elas anuíram.

O critério classificatório dos atos processuais em determinantes e alternativos – utilizado de forma isolada – também não parece solucionar o problema da extensão ou restrição dos atos processuais *in genere* nos casos de litisconsórcio unitário.

José Carlos Barbosa Moreira entende por ato determinante aquele que possui influência decisiva e imediata no desfecho da lide, independentemente de requisitos ou fatos posteriores. A seu turno, o ato alternativo destinar-se-ia a tentar preparar o terreno para o alcance do bem da vida perseguido, mas sem qualquer garantia de êxito, uma vez que o

comportamento não teria o condão de predeterminar, sequer em parte, "[...] o conteúdo da regra jurídica concreta a cuja formulação se visa."[95]

A adoção de tal critério importaria na extensão dos efeitos dos comportamentos alternativos a todos os colitigantes e na negativa de comunicabilidade dos comportamentos determinantes quando estes não fossem unânimes.

A dicotomia entre atos determinantes e atos alternativos se assemelha, em alguns aspectos, ao critério defendido por Liebman, que, fincando-se nos ensinamentos de Goldschmidt, divide-os em causativos e indutivos. Os primeiros são suficientes por si mesmos para a produção do resultado almejado, enquanto os indutivos são necessários para tornar possível o alcance do bem perseguido, embora sejam insuficientes para garantir o sucesso inexorável.

Cândido Rangel Dinamarco alerta, porém, que,

> [...] no litisconsórcio de regime especial (unitário), "os comportamentos *determinantes (causativos)* só produzem seus efeitos típicos quando manifestados pela totalidade dos litisconsortes, ou pela parte contrária em face dessa totalidade"; faltando a unanimidade, não produzem efeitos *sequer para os que se manifestaram.* Inversamente, a eficácia dos comportamentos indutivos estende-se a todos, ainda que só de um litisconsorte tenha sido o ato.[96] (destaques originais)

Constituindo comportamentos indutivos ou alternativos – conforme a classificação preferida – o recurso interposto por um dos litisconsortes aproveita aos demais quando os interesses forem comuns (art. 509, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro em vigor), e a contestação apresentada por um demandado afasta os efeitos da revelia em relação aos demais litisconsortes passivos (art. 320, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro em vigor), mas somente quando a cumulação subjetiva for unitária.

Para demonstrar a aplicabilidade desse tema no processo do trabalho, segue a jurisprudência abaixo:

> EMENTA: RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO ANTES DA ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. DESERÇÃO DA REVISTA DA FERROVIA SUL-ATLÂNTICO S.A. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS COM INTERESSES DISTINTOS. Quando os pólos ativo ou passivo da relação jurídica processual são ocupados por mais de uma pessoa, todos os litisconsortes têm legitimidade recursal individual na qualidade de parte. Tanto que o *caput* do artigo 509 estabelece que o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos

[95] MOREIRA, **Litisconsórcio**..., p. 161.
[96] DINAMARCO, **Litisconsórcio**, p. 174.

os seus interesses. Com efeito, em caso de litisconsórcio unitário, o recurso interposto por apenas um dos litisconsortes também beneficia o outro, em razão da impossibilidade de soluções jurídicas antagônicas para os litisconsortes unitários. [...] Se é certo que o recurso de um litisconsorte beneficia o outro quando há litisconsórcio unitário, o mesmo não ocorre na hipótese de litisconsórcio simples. Com efeito, enquanto o *caput* do artigo 509 revela que no litisconsórcio unitário o recurso de um favorece até mesmo àquele que não recorreu, tal não ocorre no litisconsórcio simples, em relação ao qual incide a regra inserta no artigo 48 do Código de Processo Civil: Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. A regra da personalidade do recurso do litisconsórcio simples, entretanto, pode ser afastada, como bem revela o proêmio do próprio artigo 48: Salvo disposição em contrário. A propósito da exceção, *ex vi* do parágrafo único do artigo 509 do Código de Processo Civil, as defesas comuns aos litisconsortes devedores solidários também beneficiam os que deixaram de recorrer: Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns. Tal conclusão é reforçada pelo artigo 281 do Código Civil de 2002: O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor. Em resumo, se comum a defesa em prol dos devedores solidários, o recurso de um favorece aos demais; o mesmo não ocorre quando a defesa é pessoal (SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008). No presente feito, tal como consignado na decisão embargada, a RFFSA, nas razões de seu recurso de revista, buscava a limitação de sua responsabilidade ao período anterior à sucessão trabalhista - pretensão que em nada beneficiaria a reclamada Ferrovia Sul-Atlântica. Em situações como a dos autos, em que, além da inexistência de litisconsórcio unitário, se evidencia a ocorrência de interesses distintos entre os responsáveis solidários, a jurisprudência desta Corte não tem aplicado o aproveitamento do depósito recursal a que se refere a primeira parte do item III Súmula 128, a que se incorporou a OJ 190 da SDI desta Corte. Recurso de embargos não-conhecido. (Processo: E-RR - 610376-94.1999.5.12.5555. Julgamento 02.04.2009, Relator(a): Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Publicação DEJT 30.04.2009). [97]

[97] Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>. Acesso em: 25 ago. 2010.

4 TUTELA METAINDIVIDUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO

4.1 Democracia moderna – breves anotações

Normalmente, democracia é definida como regime de governo pautado em poder deliberatório advindo dos cidadãos que pode ser exercido de duas maneiras: diretamente ou indiretamente pelo povo.

Na primeira modalidade, são os próprios cidadãos que decidem como o Estado será administrado, o que será feito em defesa da vida comum em sociedade e quais providências serão tomadas para extirpar ou remover eventuais desarmonias e choques que perturbem a ordem coletiva.

Em não sendo possível a chamada democracia pura, diante da complexidade da sociedade atual e do elevado número de habitantes do mundo - fatores que, por razões óbvias e materiais, têm o condão de inviabilizar a assembleia de todos os interessados no mesmo instante e no mesmo local -, os cidadãos podem ou devem (dependendo se há, ou não, obrigatoriedade do voto) eleger representantes políticos, que agirão em seu nome, sempre com vistas a atender ao interesse público e a realizar o bem comum.

Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, na obra coletiva "Dicionário de Política", asseveram que, na teoria política contemporânea, de maior prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo de "procedimentos universais", que poderiam ser entendidos como as regras do jogo democrático. Dentre elas estão:

> [...] 1)o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias

> formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.[98]

Para Bobbio, Matteucci e Pasquino, é impossível definir quantas dessas regras devem ser observadas para que um regime seja considerado democrático. O que se pode afirmar tão somente é que "[...] um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático [...]."[99]

Apesar da consagração do conceito de democracia formal, caracterizado pela presença de pelo menos alguns dos procedimentos universais transcritos, a visão restritiva de governo pelo mero consentimento não é satisfatória. Ainda que um dos pilares desse regime seja a expressão da vontade da maioria, é imprescindível que aos cidadãos seja assegurado mais que o direito ao voto. Em outros dizeres, é preciso combinar ao conceito de democracia formal a acepção de democracia substancial, que dá maior ênfase ao igualitarismo.[100] Dessa feita, paralelamente ao escrutínio direto e secreto, hão de ser asseguradas aos indivíduos a igualdade material, a liberdade real, a informação integral sobre seus direitos, garantias, faculdades, ônus e deveres e a consequente função instrumental do processo. Só assim o povo será verdadeiramente educado e estará faticamente habilitado a fazer valer seus direitos, seja dentro, seja fora do ambiente de trabalho.

4.2 Democracia moderna – estágios

Doutrinariamente, fala-se em três estágios da democracia moderna.

O primeiro é aquele atrelado ao Estado liberal. Remonta ao século oitocentista. É marcado pelo absenteísmo e pela ausência de ingerência estatal nas relações socioeconômicas e trabalhistas. Engloba apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão, considerando que aos indivíduos eram assegurados direitos políticos e civis.

---

[98] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Tradução de Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. v. 1, p. 327.
[99] BOBBIO, MATTEUCCI; PASQUINO, **Dicionário de política**, v. 1, p. 327.
[100] Nesse sentido, BOBBIO, MATTEUCCI; PASQUINO, **Dicionário de política**, v. 1, p. 328.

À assertiva de Calmon de Passos[101] de que a democracia liberal decorreu da dissociação entre o político e o econômico acresce-se que a aludida fase da democracia moderna representou, também, o afastamento do político do social.

O modelo liberal era insatisfatório e injusto, na medida em que a ideologia do *laissez faire laissez passer* não conferia proteção jurídica àqueles materialmente abrangidos por relações assimétricas de poder. A igualdade era abstrata; a liberdade era formal; vigorava o *pacta sunt servanda;* não havia ingerência do Estado nos ajustes celebrados; não havia dirigismo contratual. Predominava, enfim, o dogma da autonomia da vontade.

Alguns fatores que provocaram o questionamento dos paradigmas da ideologia liberal foram: o surgimento do sentimento de solidariedade entre os trabalhadores, que culminou na criação de uma identidade operária para a instauração de movimentos de resistência diante das péssimas condições de trabalho a que estavam sujeitos, e o elevado número de acidentes do trabalho que os vitimavam[102]; a constituição de sindicatos representativos da categoria profissional para a persecução mais organizada de direitos trabalhistas relativos, notadamente, à fixação de salário justo e à duração de jornada diária menos estafante; a divulgação do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, em 1848, que serviu de contraponto ao pensamento individual burguês; a questão social levantada pela Igreja Católica em detrimento dos excessos capitalistas liberais, destacando-se as duras críticas feitas na Encíclica *Rerum Novarum* e o surgimento do Direito do Trabalho no século XIX

---

[101] PASSOS, J. J. Calmon. Democracia, participação e processo. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

[102] Incipientes reações da classe trabalhadora contra o modelo liberal ocorreram principalmente na França e na Grã-Bretanha. Porém, é importante esclarecer que, na década de 1880, os sindicatos e os partidos políticos de programa socialista franceses ainda pressionavam, por intermédio de instituições democráticas da República, para a implantação de legislação social que melhorasse as condições de trabalho, o salário e a jornada dos empregados. Assim, as mudanças não foram imediatas. Dependeram de mais tempo para amadurecimento e aceitação pela classe capitalista. Na Grã-Bretanha, o processo de reforma ganhou mais vigor somente em 1867, quando Benjamin Disraeli conseguiu a aprovação de lei que estendia o voto aos trabalhadores urbanos do sexo masculino. Para o referido político, esse avanço democrático fortaleceria o vínculo entre povo e Estado. Acontece que o voto não era secreto àquela época. Somente em 1872, com o reconhecimento do sufrágio direto e secreto para a classe trabalhadora masculina, é que os empregados se viram livres da pressão exercida por seus patrões. Em 1880, contudo, a pobreza ainda estava disseminada entre os operários da região. Penalidades eram impostas a trabalhadores que faziam piquetes ou tentavam influenciar negociações. Diante de decisão judicial proferida no "Caso Taff Vale" (1901), que determinou o ressarcimento pelo sindicato dos prejuízos causados a um patrão em razão de piquete, a classe operária resolveu formar o partido trabalhista, que conquistou lugares na Câmara dos Comuns – decisão crucial para a introdução de medidas sociais mais concretas. (PERRY, Marvin. **Civilização ocidental**: uma história concisa. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 447-448)

como ramo jurídico específico, provido de funções, dentre as quais a mais importante é a busca pela melhoria contínua das condições de trabalho.[103]

Diante desse cenário, o Estado liberal e a classe burguesa se viram obrigados a ceder terreno à concessão de alguns direitos sociais, sob pena de instalação de caos econômico, desordem e insegurança que seriam lesivas ao próprio funcionamento da economia capitalista. Assim, o segundo estágio da democracia moderna começou a ganhar uma feição social.

Como explicitado anteriormente, foi no *Welfare State*, implantado no período entre o término da Segunda Guerra Mundial e o final da década de 1960, que o Estado-Providência assumiu o papel de protagonista na concessão de inúmeros direitos sociais e previdenciários. Abandonado o absenteísmo da fase anterior, ele assume tarefas de coordenação, planejamento e promoção na seara socioeconômica, reaproximada do mundo político.

Ocorre que os anos gloriosos do Estado de Bem-Estar Social não perduraram, pois a postura do Estado de tomar para si toda a dimensão do público, deixando o indivíduo na confortável posição de cliente, passou a ser apontada como obstáculo ao crescimento econômico.

A partir do início da década de 1970, com a crise do petróleo, ganhou lugar a ideologia neoliberal e, em contraponto a ela, a democracia participativa, regime necessário para frear e contrabalançar os excessos cometidos com suposto amparo na filosofia ultraliberal, bem assim para permitir que mais indivíduos gozem de condições de vida mais confortáveis, com igualdade de oportunidades e distribuição ampliada do poder.

No cumprimento desse mister, que, em síntese, consiste em assegurar a inclusão social e o exercício da cidadania, o Estado mune processualmente o operador do direito das vantagens da tutela metaindividual, transformada em pressuposto do Estado Democrático de Direito, considerando que os fenômenos de massificação da sociedade e socialização dos conflitos (que serão mais detalhados a seguir) foram decisivos para o surgimento de novas pessoas com seus novos direitos.

---

[103] O Professor e Exmo. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005, p. 121-126) descreve as demais funções do Direito do Trabalho: modernizante-progressista, já que os empregadores, no decorrer das revoluções industriais, são induzidos a investir em recursos tecnológicos e automoção, que, paradoxalmente, contribuem para a redução do número de postos de trabalho; civilizatório-democrática, tendo em vista que a fonte de renda proveniente do labor propicia a inserção de trabalhadores - camada menos abastada - na sociedade econômica e, paralelamente, minimiza a exclusão social e as distorções na distribuição de riqueza; finalmente, há a função político-conservadora do Direito do Trabalho, que, ao regular a relação de emprego, termina por legitimar, jurídica e culturalmente, a divisão entre trabalho e capital.

O homem contemporâneo passou, assim, a almejar um tratamento materialmente igualitário, com a realização de justiça social, objetivos dificilmente atingidos com o manejo de estruturas tradicionais do processo, inábeis para concretizar, de forma massificada e "molecularizada", valores como cidadania, democracia e direitos fundamentais metaindividuais.

4.3 Massificação da sociedade, socialização dos conflitos trabalhistas e importância dos corpos intermediários a partir da Primeira Revolução Industrial

A Primeira Revolução Industrial representou bem mais que o progresso de invenções técnicas nas organizações econômicas, na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra.

Segundo Eric Hobsbawm, o fato é o mais importante da história desde a invenção da agricultura e das cidades e foi determinante como ponto de partida para o crescimento autossustentável, pois "[...] foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços."[104]

Teoricamente, o fenômeno levaria ao generalizado aumento da riqueza e à oportunidade de um número maior de pessoas gozar de conforto, lazer, cultura, educação e participação na vida política da sociedade. Todavia, o avanço tecnológico não foi diretamente acompanhado pela melhoria social e nem, tampouco, pela distribuição ampliada do poder.

O fato importou no aumento da densidade demográfica nas cidades, fruto da migração de camponeses, o que, além de refletir no aparecimento de concentrações urbanas cada vez mais pobres, provocou, no mundo do trabalho, inchaço no oferecimento de mão de obra.

O numeroso exército de operários, com a inclusão de meias-forças de trabalho (crianças e mulheres) juntamente a trabalhadores do sexo masculino, gerou a concorrência na busca por postos de trabalho. Logo, segundo os ditames da "lei da oferta e da procura", os salários pagos pelos donos dos meios de produção aos operários eram baixíssimos; as jornadas impostas a eles, extenuantes; as condições de trabalho, indignas, sem observância de quaisquer normas mínimas de saúde e segurança e o tratamento dispensado pelo empregador

[104] HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**: 1789-1848. 10. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 44.

ao subordinado reduzia este último a reles objeto em proveito do capital, descartável a qualquer momento.

À proporção que o artesanato era substituído pelo modo de ser das fábricas, a dignidade, a sabedoria e a liberdade do trabalhador que, outrora, decidia como fazer seu produto e como dispor de seu tempo, foram sendo paulatinamente suprimidas. Em vez de o progresso técnico desencadear o progresso social e político, fez com que a maioria esmagadora dos obreiros fosse praticamente esquecida pela preponderância da técnica nos meios de produção.

A organização econômica da época ostentava caráter antidemocrático. Pondera Lindsay: "À medida que a indústria se tornava cada vez maior, e a administração cada vez mais importante, a distância se ampliava entre a hierarquia da administração e a massa dos trabalhadores."[105]

Outro viés antidemocrático observado nas fábricas oitocentistas e novecentistas se refere à falaciosa "igualização" imposta aos trabalhadores pelo uso das máquinas. Uma vez que estas equalizavam a força braçal, em regra os trabalhadores eram vistos e tratados como simples integrantes de uma massa uniforme e homogênea, sem rosto definido e sem identidade.

Se, de um lado, a "massificação" dos obreiros trouxe sérios e graves malefícios (*v.g.*, o desprezo à personalidade e à individualidade de cada operário, a vulneração do princípio da dignidade diante da imposição de péssimas condições de trabalho e o aumento do número de mortes e acidentes de trabalho), de outro, impulsionou, no decorrer de décadas, os movimentos sociais de resistência.

Dividindo angústias dentro das fábricas e nos guetos onde moravam aglomerados nas cidades, os operários sentiram a necessidade de reagir contra os desmandos e abusos da administração fabril. E, assim, paulatinamente, foi sendo formado um sentimento de solidariedade entre eles e foram sendo constituídos corpos intermediários, como associações profissionais e sindicatos representativos dos interesses dos trabalhadores.

Como os efeitos provenientes da massificação da civilização a partir da Primeira Revolução Industrial foram a socialização e a massificação dos conflitos, sobretudo trabalhistas, era natural que a comunidade operária procurasse institucionalizar mecanismos de controle em relação ao poder político e ao poder econômico. Essa reação importou na

---

[105] LINDSAY, A. D. **O estado democrático moderno**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964, p.157.

constituição de grupos sociais que se interpuseram entre os indivíduos e o Estado e, também, nas relações jurídicas particulares que envolviam atores privados.

Nessa perspectiva, é apropriada a colocação de Calmon de Passos de que não se quer, no regime democrático, a "[...] eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes [...]"[106] (grifo não consta do original).

Sobre o surgimento e a multiplicação dos corpos intermediários, também merece transcrição o entendimento da ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover:

> [...] novos corpos intermediários começam a surgir e a proliferar; novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes [...].[107]

Todavia, é oportuno sublinhar que a democracia industrial teve início modesto. Segundo Lindsay, pequenos grupos de trabalhadores compreenderam, lenta e penosamente, os sacrifícios para a realização de democracia nos ambientes de trabalho. Foi preciso muito tempo, muitas tentativas e muitos fracassos até que chegassem a constituir as enormes organizações a que chegaram os sindicatos.

4.4 A massificação dos conflitos trabalhistas na atualidade

Partindo da premissa levantada por Eric Hobsbawm de que a Primeira Revolução Industrial não é um episódio com começo e fim, mas um fato que impulsionou transformações sucessivas (*v.g.*, a Segunda Revolução Industrial[108] e a Terceira Revolução

---

[106] PASSOS, Democracia,..., *in*: GRINOVER; DINAMARCO; WATANABE, **Participação e processo**, p. 93.
[107] GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 28.
[108] A Segunda Revolução Industrial, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX, traduz uma nova onda tecnológica, focada no desenvolvimento de indústrias de grande porte, como siderúrgicas, metalúrgicas, petroquímicas e no aprimoramento de transporte, sobretudo ferroviário. Fala-se que é uma alteração adicional, um desdobramento da Revolução anterior, porque os industriais, os homens de negócio e os investidores da época perceberam que não bastava mecanizar as fábricas para aumentar as margens de seus lucros. A economia industrial estava em franco crescimento e podia ser ainda mais rendosa se houvesse o aprimoramento do processo produtivo desde a obtenção da matéria-prima até a venda do produto para o consumidor final. O aço, o ferro, o uso do petróleo como combustível e a construção de ferrovias contribuíam sobremaneira para esse aperfeiçoamento e a consequente redução de gastos na cadeia produtiva. Sobre o transporte ferroviário, Eric Hobsbawn relata que "[...] sua capacidade

Industrial[109]), emerge cristalino que a sociedade contemporânea permanece sujeita à massificação das civilizações, à socialização dos conflitos, à produção em série de bens, ao surgimento de grandes metrópoles e às mazelas daí decorrentes.[110]

Segundo Eric Hobsbawm, a identificação que surgiu entre trabalhadores de origem, formação, costumes e até línguas diferentes durante a Primeira Revolução Industrial decorreu de

---

para abrir países até então isolados do mercado mundial pelos altos custos do transporte, assim como o enorme aumento da velocidade e da massa de comunicação por terra que possibilitou aos homens e às mercadorias vieram a ser de grande importância." (HOBSBAWM, **A era das revoluções**: 1789-1848, p. 61). Registre-se que a conjuntura econômica era favorável à concretização da Segunda Revolução Industrial, já que o principal público investidor era composto, em sua grande maioria, de pessoas que economizavam. Essas informações foram extraídas de HOBSBAWM, **A era das revoluções**: 1789-1848, p. 63. Somem-se a isso os baixíssimos salários pagos à maioria dos trabalhadores, fator que também contribuiu para o enriquecimento burguês e a respectiva injeção de dinheiro em novos avanços tecnológicos em prol da economia industrial. Se a situação da classe capitalista era favorável, a da classe operária era diametralmente oposta. Explica Eric Hobsbawm: "[...]Se um fator dominava a vida dos trabalhadores do século XIX, esse fator era a *insegurança*. Eles não sabiam no princípio da semana quanto iriam levar para casa na sexta-feira. Não sabiam quanto tempo iria durar o emprego atual ou, se viessem a perdê-lo, quando voltariam a encontrar outro e em que condições. Não sabiam que acidentes ou doenças iriam afetá-los, e embora não ignorassem que algum dia no meio da vida [...] iriam tornar-se incapazes para o trabalho físico pleno e adulto, não sabiam o que iria acontecer então entre esse momento e a morte." (destaque original) (HOBSBAWM, Eric. **A era do capital**: 1848-1875. 5. ed. rev. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 306).

[109] Sobre a Terceira Revolução Industrial, o Professor e Exmo. Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, **Capitalismo, trabalho e**..., p. 36-40) denomina-a Nova Revolução Tecnológica. Com propriedade, esclarece que se trata de um conjunto de inovações e alterações ocorrido no último quartel do século XX nas áreas de microeletrônica, robotização, microinformática e telecomunicações que atingiu diretamente o processo de realização do trabalho e a estrutura interna do empreendimento empresarial. É que os mencionados avanços, de maneira isolada ou combinada com outros fatores, intensificaram a redução dos postos de trabalho, em especial, na indústria, elevando a níveis preocupantes a taxa de desemprego, a ponto de este se consolidar como um problema estrutural da economia brasileira. A Nova Revolução Tecnológica ainda criou ou acentuou formas de prestação de serviço distintas daquelas tradicionalmente observadas no sistema de contratação e de controle das relações de emprego clássicas. A título de ilustração, citam-se o teletrabalho e o escritório em casa, que estão pautados em realidade bastante diferente daquela vivida nos locais de trabalho tradicionais. Nas duas hipóteses acima narradas, o empregado não presta serviços nas instalações da empresa, e sua produtividade é avaliada por meio de monitoramento via aparelhos eletrônicos, tais como celulares, *palm tops* e, principalmente, microcomputadores, sendo eventual ou mesmo rara a sua presença física na sede do empregador. Voltando às lições de Mauricio Godinho Delgado, o ilustre Professor e Ministro enfatiza que as alterações advindas com a Nova Revolução Tecnológica não têm o condão, no entanto, de destruir o trabalho nem o emprego, pois, "[...] no mesmo instante em que ceifam certos tipos de trabalho e emprego no sistema socioeconômico, imediatamente criam outros em substituição, atados estes à nova tecnologia substitutiva do labor precedente." (*Op. cit*, p. 39). Já Ricardo Antunes conclui que, "[...]em plena era da informatização do trabalho, do mundo maquinal da era da acumulação digital, estamos presenciando a época da informalização do trabalho, caracterizada pela ampliação dos terceirizados, pela expansão dos assalariados do *call center*, subcontratados, flexibilizados, trabalhadores em tempo parcial, teletrabalhadores, pelo *ciberproletariado,* o proletariado que trabalha com a informática e vivencia outra pragmática, moldada pela desrealização, pela vivência da precarização, daquilo que neste livro, sugestivamente, Luciano Vasapollo denominou *trabalho atípico*." (destaques originais) (ANTUNES, Ricardo. A era da informatização e a época da informalização: riqueza e miséria do trabalho no Brasil. *In*: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 25).

[110] Os resultados engendrados pelo fenômeno massificador impactam, porém, mais intensamente a sociedade atual, porque interagem, em verdadeira relação de causa-efeito, com o aumento populacional do planeta, a superação das barreiras físico-espaciais mediante o fenômeno da mundialização que possibilita maior número de negociações via desterritorialização dos negócios jurídicos e, finalmente, a agregação de nações em blocos regionais com vistas ao fortalecimento político e econômico em detrimento de países periféricos, em fase de desenvolvimento no sistema neocapitalista.

> [...] um sentido comum do trabalho manual e da exploração, e de forma crescente, pelo destino comum de viverem do salário. Eles estavam unidos pela crescente segregação da sociedade burguesa, cuja riqueza crescia dramaticamente, enquanto a situação dos trabalhadores permanecia precária, uma burguesia que se tornava mais e mais restrita e inflexível na admissão dos que vinham de baixo.[111]

Atento à socialização dos conflitos, o eminente jurista italiano Mauro Cappelletti passou a propalar, nas décadas de 1960 e 1970, a existência dos chamados direitos difusos, de objeto indivisível, cujo titular é impossível de determinar, tendo em vista a fluidez e a dispersão dessa categoria de direitos na sociedade. No entender do eminente jurista italiano, os direitos difusos

> [...] representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, trocas e consumo, mas também educação, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc., são fenômenos "de massa."[112]

Amparando-se nas ideias de Arnold Toynbee alusivas à formação de "mégalo-urbanismo", "megalópolis" e "ecumenópolis" – esta última seria o equivalente à cidade universal (concepção admissível na atualidade diante do fenômeno da globalização/mundialização) –, Cappelletti alertou para o anacronismo do processo individual no pertinente à defesa de direitos difusos, porquanto "[...] Atividades e relações se referem sempre mais frequentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo [...]".[113]

Nesse trilhar, a nova realidade, cujos contornos ganhavam cada vez mais feição social, tornava inevitável a revisitação de conceitos e de institutos da dogmática processual tradicional, de índole individualista, porque inábeis e insuficientes para o desenvolvimento de tutela coletiva em ascensão. Da socialização dos conflitos sobressai, portanto, a necessidade de adaptar a função instrumental/garantística do processo às novas transformações materiais, exsurgindo, como já mencionado anteriormente, a importância da segunda onda reformadora do processo, arrimada, inicialmente, na representação de direitos difusos, mas, posteriormente, extensível aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos, reputados acidentalmente coletivos.

---

[111] HOBSBAWM, **A era do capital**: 1848-1875, p. 311.
[112] CAPPELLETTI, O acesso à justiça e..., **Revista de Processo**, p. 150.
[113] CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, jan./mar. 1977, p. 131.

Nas relações de trabalho contemporâneas, já marcadas por problemas de desemprego estrutural, alta rotatividade de mão de obra nos locais de trabalho, políticas de flexibilização e de desregulamentação das normas trabalhistas, precarização das condições de trabalho (sobretudo com o modismo e a expansão da terceirização) etc., associam-se os efeitos nocivos do fenômeno globalizante que acirram a competição interempresarial e implicam a construção de plantas fabris cada vez mais enxutas, seguidas de dispensas em massa de trabalhadores menos qualificados e da redução de gastos com o pagamento de salários para o aumento da mais-valia em proveito dos donos dos meios de produção.

Saliente-se que a tendência empresária de estabelecer o pagamento de seus subordinados por meio de remuneração variável (*v.g.*, comissões, prêmios) encerra um estratagema que obriga o empregado a dedicar mais horas e mais intensidade ao trabalho, seja para o aumento de vendas e a melhoria do salário-produção, seja para o cumprimento de metas fixadas pelo empregador - do contrário, não receberá o *plus* salarial tão necessário para complementar sua renda. Quando o ganho adicional prometido pelo empregador depende do sucesso de uma ação em equipe, a aludida estratégia faz com que um ou alguns trabalhador(es) exija(m) mais empenho de colega(s) não tão aplicado(s) na execução da atividade laboral. Desse modo, os empregados se tornam fiscais uns dos outros, o que é bom para o empregador, que amplia substancialmente seu poder fiscalizatório sem aumento de gastos para tanto e sem novas contratações para esse mister.

Sobre os recentes modos de produzir e os seus impactos nos novos modos de trabalhar, o ilustre Professor e Juiz do Trabalho aposentado Márcio Túlio Viana esclarece brilhantemente:

> Antes, como dizíamos, eram fábricas verticais, absorventes, atuando através de rígidas hierarquias. Máquinas grandes, caras, pesadas, exigindo planejamento, estabilidade e produtos iguais. Economia de escala. Produção em série para um consumo crescente. Peças intercambiáveis, correias transportadoras. Gestos se reprisando. Trabalhadores também homogêneos, *em massa*. Para vender, bastava produzir. A fábrica virtualmente ditava o quê e quanto o mercado compraria [7] Tudo vinha pronto do escritório, planejado a longo prazo, o pensar separado do fazer. Calculava-se o custo, estimava-se o lucro e fixava-se o preço, de cima para baixo, na mesma sequência do ciclo produtivo. Já agora, a fábrica se horizontaliza. O ideal não é mais dominar, diretamente, toda a cadeia de produção, nem mesmo as últimas etapas. O modelo é a *empresa enxuta*, que elimina estoques e esperas, produz exatamente aquilo que pode vender, reduz progressivamente os custos, automatiza-se e se organiza em rede, jogando para as parceiras tudo o que lhe parece descartável. Isso não significa que a empresa tenda a ficar menor, em termos econômicos. Ao contrário: ainda uma vez, quer crescer, dominar, envolver. A redução é só *física*, e mesmo assim *relativa*, pois as empresas menores, que lhe prestam serviços, de certo modo lhe pertencem, submetendo-se aos seus desígnios. A concorrência se acentua, mais na base que no topo, pois enquanto as *contratadas* se matam para ganhar os contratos, as *contratantes* se unem em fusões,

> incorporações e oligopólios de todo tipo [8]. [...] A *terceirização* leva à *terciarização*: no limite, a grande fábrica tende a se tornar simples gerenciadora, sem máquinas e sem operários. [10] E a mesma razão que a faz *se enxugar* a impele a se desgarrar do território de origem, como se passasse de imóvel a móvel, sempre em busca de mão de obra barata, direitos flexíveis, sindicatos dóceis e políticas fiscais favoráveis [11]. [...] Como não poderia deixar de ser, também os modos de trabalhar afetam duramente a classe operária, redistribuindo tempos e espaços, reordenando relações de poder, disseminando uma nova ideologia e - como veremos mais tarde - propondo um novo direito. [...] se é verdade que a *empresa enxuta* exige de cada empregado um certo espírito de iniciativa [15] e vai suprimindo, em progressão crescente, vários níveis hierárquicos [16], não menos certo é que o próprio modo de produzir acentua a taxa de dominação.[17] É que, como vimos, não há estoques - nem de produtos, nem de tempo. As respostas devem ser rápidas, precisas, na medida da necessidade do cliente - necessidade esta que é traduzida por cada segmento produtivo, visto também *como se fosse um cliente.* Tudo é sem folgas, sem falhas, sem fôlego. Por isso, a visibilidade deve ser perfeita, como num tubo de cristal. [18] Ao mesmo tempo, procura-se fazer com que o trabalhador se torne censor dos colegas e até de si próprio - utilizando-se de várias estratégias, como o salário-produção, os prêmios, os encontros de fins de semana, a assistência psicológica, os apelos emocionais. [19] É também nesse sentido, de envolver o homem inteiro - músculos, cérebro, coração - que a qualidade deve ser *total.*[20] Mesmo o *teletrabalho,* que parece desconectar o empregado das ordens diretas do empregador, não o impede de sofrer cobranças constantes, através *da própria máquina.* [21] Na verdade, a *volta ao lar* que hoje se ensaia não significa menos tempo na empresa, mas - ao contrário - a empresa chegando ao lar.[114] (destaques originais)

A todos os elementos descritos, não raro soma-se a nefasta "licença normativa" que autoriza o empregador a exercer o direito potestativo de resilição unilateral e injustificada do contrato de trabalho sem qualquer contrapartida de recolocação do empregado no mercado.[115]

É evidente que uma lista tão extensa de adversidades deixa o empregado temeroso de, individualmente, exercer o direito à jurisdição, porque está consciente dos riscos de eventual rompimento injustificado do contrato de trabalho, caso venha a propor uma ação judicial contra seu patrão ainda no curso de sua relação de emprego. Ademais, ele sabe que uma

---

[114] VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *In:* **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000, p. 174-176.

[115] O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, não garante, de forma ampla, estabilidade no emprego, embora várias tentativas já tenham sido empreendidas para a ratificação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. Essa lacuna normativa é altamente lesiva ao trabalhador, que vive em uma "sociedade de incerteza". Esta última expressão é de BAUMAN, Zigmunt. *La società dell´ incertezza*, *apud* VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 238, jul./dez. 2007, p. 238. No tocante ao art. 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, que assegura entre os direitos do trabalhador "a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos", vigora o entendimento de que a norma não é autoaplicável. Assim, na hipótese de o empregador exercer o direito potestativo de resilição unilateral do contrato de trabalho, deverá pagar ao empregado dispensado imotivadamente 40% do FGTS nos termos do inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que quantifica provisoriamente a indenização devida ao obreiro desligado do emprego sem qualquer razão enquanto não é publicada lei complementar exigida pelo inciso I do art. 7º da Lei Fundamental.

futura admissão, em posto de trabalho diverso, demandará tempo e, em regra, multifuncionalidade e maiores aptidões, das quais não goza.

O empregado prefere, então, não reivindicar seus direitos, contribuindo para o aumento da litigiosidade contida e, sucessivamente, para a síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas pelo tomador de serviços, para quem a cultura do inadimplemento tem se mostrado bastante vantajosa, considerando que são poucos os trabalhadores mais corajosos que vencem seus receios e o medo do desemprego para lutar por seus direitos na Justiça.

Para o Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta, uma das causas da crise da Justiça que afeta diretamente a solução de conflitos trabalhistas massificados e que contribui para o fenômeno da litigiosidade contida e para o sentimento de impunidade que muitos empregadores e tomadores de serviços que não cumprem suas obrigações trabalhistas têm em relação ao Poder Judiciário decorre da interação sincrônica e complementar de dois planos distintos, a saber:

> [...] No primeiro plano, novos direitos e interesses que não se enquadram nos moldes tradicionais do *direito subjetivo*, porque atribuídos a todos ou a determinada categoria ou coletividade (não sendo, portanto, individualizáveis), passam a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos materiais (no plano constitucional e legal) sem que os modelos processuais individualistas tradicionais sejam capazes de lhes assegurar a necessária e efetiva tutela jurisdicional, em caso de seu não cumprimento espontâneo – o que gera os denominados *vazios de tutela*. Paralelamente, o descumprimento em massa e reiterado dos direitos sociais assegurados nas Constituições e nas leis ou não é acompanhado pelo mesmo e respectivo número de ações individuais correspondentes ao total de seus titulares lesados por esse inadimplemento (cuja perpetuação e ampliação é, por sua vez, incentivada pela impunidade, em autêntico círculo vicioso, aumentando cada vez mais outros *vazios de tutela)* ou gera um número excessivo de ações individuais repetitivas que os sempre escassos meios materiais e humanos do Poder Judiciário têm se revelado cada mais incapazes de absorver, de modo a assegurar a tutela jurisdicional célere e em tempo razoável expressamente prometida pela Constituição.[116] [117](destaques originais)

---

[116] PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. *In:* PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. (Coords.). **A tutela metaindividual trabalhista**. São Paulo: LTr, 2009, p. 16.

[117] Registre-se que, em estudo dedicado às tutelas de urgência no processo do trabalho, o Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta também fez importantes considerações sobre os fenômenos da litigiosidade contida e da cultura do inadimplemento das obrigações trabalhistas. Seguem-se suas palavras: "[...] no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em freqüência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com tal lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida)* ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. [...] As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista. Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais certamente operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os

A dificuldade que a grande maioria de empregados e de ex-empregados brasileiros tem de reclamar individualmente seus direitos na Justiça do Trabalho também é assinalada por Marcos Neves Fava, para quem a ação coletiva tem várias vantagens, dentre elas a de se submeter a um "rito sem rosto", cuja atuação de partes processuais ideológicas, distintas das partes materiais, protege estas últimas de eventuais represálias empreendidas pelo empregador ou pelo ex-empregador, que, muitas vezes, continua se valendo de sua ascendência econômica sobre o antigo subordinado, mesmo após o rompimento do pacto laboral, para inviabilizar o recebimento das verbas trabalhistas que lhe são devidas e, até mesmo, para obstar a sua recolocação no mercado de trabalho.

Segundo Marcos Neves Fava,

> [...] desprovido de qualquer garantia de emprego, raramente o trabalhador ajuíza ação contra seu empregador no curso do contrato, temendo represálias. Listas negras têm sido organizadas por empregadores inescrupulosos, nas quais se incluem o nome dos trabalhadores que reclamam perante a Justiça do Trabalho, coibindo-lhes de nova colocação no mercado de trabalho. Surge dificuldade adicional à defesa dos interesses dos trabalhadores, inibidos, até mesmo, de reclamar após o fim do contrato. Nesse passo, a ação coletiva, transindividual, capitaneada por legitimado extraordinário, funciona como um *rito sem rosto*, defendendo os direitos violados, sem expor o titular da pretensão, evitando retaliação patronal ou perseguição futura[118] (grifo não consta do original)

Nessa linha de raciocínio, as vantagens decorrentes do manejo da tutela metaindividual sobressaem nas relações jurídicas de trabalho, tendo em vista que uma ação coletiva proposta por corpos intermediários, dotados, em tese,[119] de maior liberdade,

---

empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a meu ver, a questão essencial. Pode-se dizer, em síntese, que, hoje, o verdadeiro problema do Direito do Trabalho em nosso país é *a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna extremamente vantajoso para grande número de empregadores, do ponto de vista econômico, descumprir as mais elementares obrigações trabalhistas), criando uma verdadeira 'cultura do inadimplemento', em verdadeira concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem rigorosamente suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais." (PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. *In:* PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **Direito do trabalho**: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 340-341).

[118] FAVA, Marcos Neves. A classe no pólo passivo da ação coletiva. *In*: HORTÊNCIO JÚNIOR, José *et al.* (Orgs.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores**. São Paulo: LTr, 2006, p. 75.

[119] Fala-se "em tese", porque o sindicalismo brasileiro, infelizmente, enfrenta crise de legitimação entre os próprios membros da categoria profissional que representa. Descrentes da força política de suas entidades, os trabalhadores contribuem para a redução das taxas de filiação e, consequentemente, para a diminuição do poder de barganha dos sindicatos em negociações. Resquícios de corporativismo inseridos na Constituição da República de 1988, tais como a unicidade sindical e o imposto sindical, são responsáveis, em parte, pela atuação deficitária e, muitas vezes, cooptada, desses corpos intermediários, que, em instrumentos coletivos, nas três últimas décadas, vêm fazendo concessões sobre concessões. A outra "parcela de culpa" do declínio da atividade sindical pode ser atribuída a multifacetados fatores, dentre eles: a pouca tradição de luta e reivindicação do povo brasileiro, agravada, sobremaneira, pelas mudanças introduzidas pelo neoliberalismo, que, afetando diretamente o modo de ser da empresa e do trabalho subordinado, transformou o desemprego em problema estrutural; a precarização da legislação trabalhista, via desregulamentação e flexibilização das normas de proteção

capacitação técnica e aparelhamento para postular direitos transindividuais, tem potencial efeito transformador na realidade empírica, servindo de instrumento mais econômico, uniforme e de maior peso político para a concretização da democracia participativa. Assim acentua Kazuo Watanabe:

> A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evitará a sua banalização que ocorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.[120]

De acordo com as ponderações do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta, a via da tutela metaindividual é altamente recomendável na Justiça Trabalhista por propiciar "[...] o redimensionamento das relações de poder no âmbito interno empresarial num sentido mais igualitário[...]"[121], com a dinamização e efetivação do controle jurisdicional dos abusos no exercício do poder empregatício, sendo "[...] o caminho mais lógico, natural e até mesmo indispensável para a tão desejada concretização dos direitos fundamentais sociais e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional trabalhista."[122]

Por possuir uma estrutura mais leve e ágil, configura método adequado, econômico e pedagógico, capaz de evitar julgamentos contraditórios entre si para a resolução de litígios de ocorrência massificada no dia a dia das relações de trabalho, que causam malefícios homogêneos e em bloco a número indeterminado, determinável ou determinado de trabalhadores que disponibilizam sua energia em proveito alheio.

---

juslaboristas; a reestruturação produtiva, que, contagiada pela ideologia *ohnista*, vale-se de gestão por estresse com fixação de metas irreais e técnicas de trabalho em equipe que favorecem a fiscalização panóptica do serviço, tornando os empregados concorrentes e inspetores uns dos outros. Nesse cenário, fica comprometido o renascimento do sentimento de solidariedade entre trabalhadores que, na atualidade, são pressionados a todo o tempo a produzir mais e melhor, sob o risco de dispensa imotivada. Nesse sentido, sinaliza o advogado, mestre e doutor pela PUC/SP Pedro Proscurcin. Para maiores detalhes, consultar PROSCURCIN, Pedro. A ilusão da atual autonomia coletiva privada. **Revista LTr**, São Paulo, ano 69, n. 9, p. 1088-1097, set. 2005. No tocante ao Ministério Público, instituição independente considerada por vertente doutrinária como o quarto poder do Estado, felizmente, a realidade é diametralmente oposta, uma vez que as ações coletivas propostas pelo *Parquet*, em regra, são bem sucedidas. Contudo, ainda é pouco aproveitado o potencial transformador do subsistema processual coletivo brasileiro, repleto de regras de tutela diferenciada conformadoras do princípio de acesso à ordem jurídica justa.

[120] WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 797.

[121] PIMENTA, A tutela metaindividual dos... *in:* PIMENTA; BARROS; FERNANDES. **A tutela metaindividual**..., p. 44.

[122] PIMENTA, A tutela metaindividual dos... *in:* PIMENTA; BARROS; FERNANDES. **A tutela metaindividual**..., p. 46.

4.5 Jurisdição, democracia e processo coletivo no Brasil

O direito à jurisdição não foi objeto de normatização nas Constituições brasileiras de 1824, 1891 e 1937.

Apenas no Texto de 1946 fez-se remissão ao princípio da indeclinabilidade/inafastabilidade da jurisdição, contudo de modo precário e sob a influência da dogmática processual liberal, uma vez que o seu art. 141, §4º, prescrevia: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."[123]

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 – expressões do regime militar ditatorial no Brasil – mantiveram o teor do antigo art. 141, §4º, da Constituição de 1946. Mudou-se somente o número do preceito que regia a matéria: art. 150, §4º.

A medida, no entanto, era hipocrisia legal, porque foram subtraídas da apreciação judicial todas as ações e omissões respaldadas em atos institucionais expedidos arbitrariamente pelo governo militar ditatorial de então.

O advento da Constituição de 1988 representou "uma revolução" favorável à tutela de direitos metaindividuais. Além de conferir estatura superior a bens jurídicos objeto de leis infraconstitucionais que já regulavam alguns interesses transindividuais *(v.g.* Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública), declarou a proteção ao consumidor, criou o mandado de segurança coletivo, alargou o objeto da ação popular, assegurou aos sindicatos a função de substituir amplamente os membros da respectiva categoria e atribuiu ao Ministério Público legitimidade para promover inquérito civil e instaurar ação civil pública, dentre outras inovações.

Em 1990, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, os direitos metaindividuais – agora, expressamente, abraçados os direitos individuais homogêneos - passaram a gozar de tratamento legal específico tanto na esfera material quanto na processual.

Formou-se cabedal normativo sofisticado, instituidor de verdadeiro subsistema de tutela coletiva, em que a supremacia das normas constitucionais pertinentes à temática determina a correta interpretação de todos os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Código de Processo Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho e de todas as demais leis existentes e futuras que abordam

---

[123] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 05 set. 2010.

ou abordarão, no todo ou em parte, a proteção dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

5 TÉCNICAS PONTUAIS PARA TRATAMENTO DAS CAUSAS REPETITIVAS NO CPC E NA CLT

5.1 Principais características do regime de causas repetitivas

As causas seriais têm como fundamento pretensões isomórficas que, a par de possuírem algumas especificidades, apresentam questões comuns em exuberância.

Para Sidnei Agostinho Beneti, citado por Leonardo José Carneiro da Cunha[124], as macrolides – sinônimo de causas repetidas – hão de ser julgadas com prioridade em relação a outros processos, ante a instabilidade e o potencial desagregador que eventual demora jurisdicional pode gerar.

Incerteza e dúvida vigorantes nos órgãos judicantes prejudicam não só a sociedade, como também a economia e a própria credibilidade do Estado-Juiz, sem falar na angústia e no sentimento de injustiça que são impingidos às partes do conflito intersubjetivo de interesses. Daí a necessidade constitucional, moral, econômica, política e social de dar preferência ao julgamento desse tipo de lide.

Com efeito, esclarece Sidnei Agostinho Beneti que a causa repetitiva

> [...] exige definição jurisprudencial urgente, a fim de estabilizar orientação jurídica que norteie a prática de atos jurídicos pelos interessados. A demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação do número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. A urgência na definição impõe ao sistema processual a adoção de instrumentos capazes de conduzir ao resultado de julgamento absolutamente prioritário, a fim de que rapidamente se forme diretriz jurisprudencial que oriente o agir do meio jurídico e negocial, de modo a frustrar-se o surgimento de novas lides.[125]

---

[124] BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 171, p. 9-23, 2009, *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, p. 147, jan. 2010.

[125] BENETI, Assunção de competência e..., **Revista de Processo**, p. 9-23, *apud* CUNHA, O regime processual das causas repetitivas, **Revista de Processo**, p. 147.

O regime processual das causas repetitivas, segundo Paolo Biavatti, citado por Leonardo José Carneiro da Cunha[126], deve ser flexível, simplificado e elástico, a fim de se amoldar às especificidades do caso concreto e não se perder em formalismos exagerados que retardam ou, até mesmo, impedem a resolução meritória.

Já Mariana França Gouveia, também mencionada por Leonardo José Carneiro da Cunha[127], sustenta o exercício do poder de gestão processual pelo julgador, que deve ser munido de instrumentos legais que lhe permitam atuar bem, com fundamentos consistentes e, se necessário, mecanismos sancionatórios que deem suporte ao cumprimento de sua decisão, cujas *rationes decidendi* devem receber destaque, já que servirão de parâmetro para outros casos.

Deve somar-se a isso a preferência por linguagem simples e compreensível, de fácil alcance pelos jurisdicionados, para que todos apreendam o teor da resposta estatal que vai além do caso particular. Essa singela atitude representa mais que zelo e cuidado com as partes – na maioria das vezes, leigas na ciência jurídica. Traduz, efetivamente, a garantia de tratamento igualitário, sem discriminações infundadas e exclusão daqueles que não entendem a intrincada terminologia jurídica.

No Brasil, várias técnicas para a solução de causas repetitivas vêm sendo utilizadas. A seguir, serão traçadas considerações gerais sobre algumas delas, sem a pretensão de esgotar tema tão vasto e polêmico.

5.2 Julgamento liminar (art. 285-A do CPC)

O Código de Processo Civil brasileiro, desde sua instituição em 1973, vem sofrendo reformas, com vistas à racionalização de tempo, despesas e esforços. Busca-se, principalmente, a melhor distribuição de justiça com maior garantia de efetividade.

Da década de 1990 em diante, o número de alterações legislativas cresceu tanto que, nas VIII Jornadas de Direito Processual Civil e Penal, promovidas pelo Instituto Brasileiro de

---

[126] BIAVATI, Paolo. *Europa e processo civile*: *metodi e prospettive.* Torino: Giappichelli, 2003, *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, p. 150, jan. 2010.

[127] GOUVEIA, Mariana França. **A ação especial de litigância de massa**. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, p. 150, jan. 2010.

Direito Processual, coube ao eminente jurista Humberto Theodoro Júnior proferir palestra sobre "O novo CPC: o sistema estaria uma colcha de retalhos?"[128]

Após a introdução de destacadas técnicas processuais, tais como a tutela antecipatória de mérito (art. 273), a generalização da tutela específica e das respectivas medidas coercitivas indiretas e sub-rogatórias para sua concretização (art. 461), o julgamento imediato do mérito pela instância recursal, quando o recurso versar sobre questão de direito e estiver maduro para decisão (art. 515, §3º), o cumprimento da sentença na mesma relação processual (art. 475) e tantas outras novidades, foi instituído, pela Lei n. 12.277/2006, o denominado "julgamento liminar da causa" ou, como preferem alguns, "julgamento sumário de mérito", "improcedência *prima facie"*, ou, finalmente, "sentença proferida *inaudita altera parte"*.

Independentemente do *nomen juris* adotado, releva perquirir se a referida técnica de dimensionamento de pretensões isomórficas, desenvolvida para julgamento de causas repetitivas, significa avanço no sistema processual pátrio ou retrocesso e vilipêndio de garantias processuais constitucionais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, preconiza o art. 285-A do CPC:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
>
> § 1° Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
>
> § 2° Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Como não poderia deixar de ser, o expediente não é imune a controvérsias. Um dos questionamentos que enfrenta desde o primeiro ano de sua vigência refere-se à sua (in)constitucionalidade, sustentando vertente interpretativa a incompatibilidade material do dispositivo em tela com a Constituição da República de 1988, por vulneração dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da isonomia e do acesso ao Judiciário.

Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 285-A e seus parágrafos (ADI 3695), o preceito atacado "Institui entre nós uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo

[128] Relatórios das VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal, realizadas em Vitória/ES durante os dias 21 a 24 de junho de 2010. Disponível em: <http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/74/1>. Acesso em: 7 set. 2010.

em primeiro grau".[129] A entidade arremata a petição inicial, afirmando que a procedência do pedido servirá para "(...) livrar o ordenamento processual civil de uma norma que não contribui para tornar a prestação jurisdicional mais eficiente e democrática".[130]

Inicialmente, é importante sublinhar que não se cogita de inconstitucionalidade formal, uma vez que a lei ordinária federal é a espécie normativa apropriada para a inserção de novos artigos de lei no Código de Processo Civil brasileiro, nos termos dos arts. 22, inciso I, e 59, inciso III, ambos da Constituição da República de 1988 – e esse requisito foi observado.

No tocante à alegada incompatibilidade material do preceito, parece mais acertada a posição contrária à defendida pelo Conselho Federal da OAB, pois não se verifica descompasso dessa inovação com os fundamentos e princípios processuais constitucionais retromencionados.

Inexiste vulneração do contraditório, da ampla defesa e da isonomia porque, em sendo julgado(s) totalmente improcedente(s) o(s) pedido(s) inicial (ais), será o autor – e não o réu – o sucumbente no objeto da lide. Caso o demandante não se conforme com a rejeição de seu(s)pleito(s) e exerça a faculdade de interpor apelação, o juiz poderá se retratar, dando regular prosseguimento à ação (logo, promoverá a citação do demandado). Ou, mantendo a sentença, dará oportunidade ao réu para responder ao recurso, nos termos da parte final do §2º do art. 285-A do CPC.

Vislumbra-se, assim, em qualquer hipótese, a chance de o demandado ser cientificado da ação e ter a oportunidade de se defender. É admissível o contraditório e a ampla defesa serem exercidos em momento diferido. Isso já acontece normalmente e é amplamente aceito no ordenamento jurídico pátrio, sem maiores celeumas, no deferimento de liminares e/ou de tutela antecipada de mérito antes da citação do demandado.

Luiz Guilherme Marinoni explicita que a racionalidade do neoprocessualismo não se coaduna com o prolongamento desnecessário e moroso da ação, quando o julgador se depara com causas repetitivas, exclusivamente de direito, sobre as quais já se posicionou e adotou tese jurídica. Afirma o respeitável jurista paranaense:

---

[129]Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695>. Acesso em: 09 set. 2010.

[130]Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695> Acesso em: 09 set. 2010.

> É racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre a qual o juiz já firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para a obtenção de decisão a respeito de "caso idêntico" ao já solucionado. Nesta perspectiva, o "processo repetitivo" constitui formalismo desnecessário, pois tramita somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo.[131]

Quanto à paridade dos litigantes, o cânone da isonomia se baseia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. Na hipótese do julgamento liminar de mérito, não é justo nem racional que aquele a quem o juiz concede a razão seja obrigado a aguardar o longo rito instaurado nos moldes da dogmática liberal.

Sobre os supostos efeitos nocivos decorrentes da "sentença vinculante" alegados na petição inicial da ADI 3695, proposta pelo Conselho Federal da OAB em 2006 e ainda sem julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, a figura da "sentença vinculante" sequer existe. O órgão judicante de primeiro grau somente exterioriza tese jurídica adotada por ele anteriormente, que nenhuma vinculação imporá às partes e, principalmente, ao próprio julgador, caso venha a padecer de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade futura ou, simplesmente, não se encaixe adequadamente na nova lide apresentada.

Juízes substitutos ou removidos para determinada Vara não estão obrigados a seguir o entendimento do magistrado substituído ou do antigo titular daquela circunscrição, porquanto o art. 285-A do CPC prescreve apenas uma faculdade para o julgador no tocante ao uso da técnica de julgamento liminar do mérito. Caberá ao magistrado, com responsabilidade, dosar caso a caso a relação custo-benefício e, amparado no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, decidir acerca da (in)efetividade do expediente.

No intuito de superar eventuais dúvidas que ainda existam quanto à constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil, não se pode fechar os olhos para o avanço tecnológico e para os interesses econômicos, que contribuem, sobremaneira, para a multiplicação de ações repetitivas. Quantas vezes juízes e demais operadores do direito não se depararam com peças repetitivas, elaboradas em computadores, em que apenas foram mudados os nomes das partes e o número do processo, mostrando-se idênticos os demais aspectos da questão de direito?!

Nesse sentido, adverte Luiz Guilherme Marinoni:

---

[131] MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

> Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa. [...] parece que a afirmação de inconstitucionalidade do art. 285-A tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que é sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, através de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais.[132]

O cunho teleológico do processo – que é conferir o direito a quem tem razão no menor tempo possível, da forma mais adequada e satisfatória possível – não pode ceder a interesses econômicos de grupos, mostrando-se válido o expediente insculpido pelo art. 285-A do CPC, que, sem deformalizar exageradamente o processo, adapta o devido processo legal para concessão de justiça na pós-modernidade.

É relevante consignar, finalmente, que, como se trata de faculdade do magistrado seguir, ou não, a técnica do julgamento liminar, os pontos favoráveis extraídos do instituto, que são a instrumentalidade do processo e a racionalização do tempo a favor de quem tem razão, devem ser sopesados responsavelmente pelo julgador, ciente de que a sua escolha pelo expediente em estudo pode importar em riscos que, na balança com os demais princípios processuais, terão que valer a pena.

5.2.1 Julgamento liminar - (in)aplicabilidade no processo do trabalho

Em regra, as novidades introduzidas no processo civil brasileiro têm sido objeto de discussão acerca da sua aplicabilidade ou inaplicabilidade no processo do trabalho, notadamente em razão da unidade do sistema processual. A par disso, o art. 769 da CLT consagra o princípio da subsidiariedade ao estabelecer que, havendo omissão no Texto Consolidado, o direito processual comum será fonte supletiva do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste último.

A celeuma em relação à aplicação, ou não, do art. 285-A do CPC e de seus parágrafos nas lides trabalhistas advém do próprio silêncio da CLT quanto à hipótese aventada pela Lei n. 12.277/2006.

Argumentações doutrinárias abalizadas sustentam a incompatibilidade do julgamento liminar aos princípios e normas-regra que compõem o estuário celetista nacional. Elas merecem acolhimento, quando assinalam que o julgamento *prima facie* da demanda é

---

[132] MARINONI, **Ações repetitivas e julgamento**....

colidente com os princípios da oralidade e da conciliação, próprios do processo do trabalho, e quando ressaltam que eventual aplicação subsidiária do referido instituto implicaria o desvirtuamento e a descaracterização do procedimento trabalhista, que não prevê ato judicial de recebimento da petição inicial tampouco despacho saneador.

Leciona Jorge Luiz Souto Maior:

> Em uma primeira análise, pode parecer perfeitamente aplicável ao processo do trabalho o que prevê o novo artigo 285-A do CPC, baseando-se no argumento de que não há porque ouvir o réu, se, quanto ao mérito da pretensão, o juiz já tiver convicção formada que seja a seu favor [...]. No entanto, a regra, que confere ao juiz uma faculdade, não o obrigando, portanto, a seguir tal procedimento, conflita com o procedimento trabalhista, já que ela evita o que se considera essencial no desenvolvimento do processo trabalhista, que é o contato do juiz com as partes, por meio do procedimento oral, sem falar no aspecto da ausência da tentativa de acordo. O fato é que o procedimento oral agrega valores que vão além da mera celeridade. Adotar esse procedimento é o primeiro passo para um caminho que mais tarde trará a "possibilidade de juntada de defesa por escrito"; "réplica", "despacho saneador", até se aniquilar o procedimento oral trabalhista.[133]

Discorrendo especificamente sobre os princípios gerais do direito processsual, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, coautores da consagrada obra "Teoria Geral do Processo", analisam o princípio da oralidade para enfatizar que peca por incompletude o raciocínio que restringe, em termos jurídicos, esse enunciado genérico a um procedimento exclusivamente verbal, isto é, ao sentido literal do vocábulo "oralidade". Pontuam os autores:

> Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um *complexo de idéias* e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da *concentração*, da *imediação ou imediatidade*, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*.[...][134] (destaques originais)

Os três renomados juristas, sabedores de que o processo do trabalho é um instrumento a favor da realização da justiça nas relações de emprego que não se submetem à índole originalmente elitista do direito civil,[135] salientam a importância da dinamização do princípio da oralidade no sistema processual trabalhista:

---

[133] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do código de processo civil no processo do trabalho. **Revista LTr**, 70-08, ago. 2006, p. 927-928.

[134] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994, p. 324.

[135] Fala-se "originalmente", porque, quando o Direito do Trabalho surgiu como ciência, vigorava o Código Civil Napoleônico, que assumiu o papel de "Constituição das relações privadas" por longo tempo. O diploma francês

> [...]Correspondendo às exigências específicas dos trabalhadores, o processo do trabalho operou importantes modificações em direção a um processo simples, acessível, rápido e econômico, permeado de verdadeira oralidade, de publicização e democratização".[136]

Realmente, as razões do surgimento do Direito do Trabalho no século XIX, ciência destinada a igualizar juridicamente as desigualdades fático-materiais havidas entre os sujeitos dos pactos laborais, não podem ser esquecidas pelo processo trabalhista. É indispensável, portanto, propiciar a comunicação verbal entre as partes, o juiz, os auxiliares da justiça etc., para que o processo seja mais informal, barato e rápido. Simultaneamente, o contato direto do juiz com as partes, testemunhas, peritos etc. oferecerá "[...]uma impressão mais nítida dos interesses em conflito e, em decorrência, decisão mais justa".[137]

O único viés do princípio da oralidade que não tem aplicabilidade no processo do trabalho é o da identidade física do juiz, nos termos da Súmula n. 136 do Tribunal Superior do Trabalho, mantida mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 24/1999, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho. *In verbis:* "SÚMULA 136. JUIZ. IDENTIDADE FÍSICA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz (ex-Prejulgado n. 7)".[138]

A exceção se justifica porque vincular pessoalmente o juiz que iniciou a instrução do feito ao julgamento do processo não é compatível com a rotatividade comum aos magistrados de primeira instância tampouco com o princípio da duração razoável do processo.

---

estruturou-se sobre as bases do liberalismo individualista, cujos valores centrais eram a propriedade, os contratos e o homem isolado enquanto sujeito de direito. Seus princípios norteadores - liberdade formal, igualdade formal e autonomia da vontade - influenciaram o Código Civil brasileiro de 1916. Com a vigência da Lei n. 10.406, de 10.01.2002, que instituiu o novo Código Civil pátrio, a realidade empírica foi alterada, pois a opção pelos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, associada à preferência pelas cláusulas abertas e pela maior interferência do juiz na solução dos conflitos, importou em um novo estuário civil-normativo, pautado no dirigismo contratual, na boa-fé objetiva e na autonomia privada. De acordo com Miguel Reale, a nova atmosfera normativa que despontou no mundo jurídico tem "[...] paradigmas de renovado humanismo existencial." (REALE, Miguel. A sanção da lei que instituiu o novo código civil: discurso do Prof. Miguel Reale, supervisor da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil". *In:* MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coords.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 19).

[136] CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 325.

[137] MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 30. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2000, p. 34.

[138] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2011.

Encerradas as considerações sobre a importância do princípio da oralidade para o processo do trabalho, resta averbar que, na esfera trabalhista, a notificação do reclamado é feita independentemente de cognição prévia do juiz, por serventuário da justiça e dentro de 48 horas do recebimento e protocolo da reclamatória trabalhista, remetendo-se a segunda via da petição ou do termo ao reclamado, para, querendo, apresentar-se à audiência de julgamento, oportunidade em que, após a primeira tentativa de conciliação, poderá produzir resposta oral (arts. 841, 846 e 847, todos da CLT).

Daí Estevão Mallet sustentar a incompatibilidade do art. 285-A do CPC ao processo do trabalho, cuja

> [...] citação se faz independentemente de prévia cognição judicial, por ato de serventuário, na forma do art. 841, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. O exame da matéria controvertida pelo juiz se dá em audiência, depois de já citado o reclamado.[139]

Nem mesmo a recente legislação do processo eletrônico que abrange o processo trabalhista, à luz do disposto no art. 1º, §1º, da Lei n. 11.419/2006, tem o condão de ensejar o eventual desuso do *caput* do art. 841 da CLT, que determina que a notificação seja feita por serventuário da justiça no momento da distribuição do processo, sem conhecimento prévio do julgador.

Com efeito, o art. 10 da mencionada Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, confere a advogados públicos e privados apenas e tão somente a faculdade de distribuir diretamente, sem intervenção do cartório ou da secretaria da Vara, as petições iniciais e de providenciar a juntada de contestações, recursos e de outras petições e requerimentos via eletrônica. Segue a redação do aludido preceito:

> A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.[140] (grifo não consta do original)

---

[139] MALLET, Estevão. O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil. **Revista LTr**, 70-06, jun. 2006, p. 672.

[140] BRASIL. **Lei n. 11.419/2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 10 set. 2010.

Não obstante os avanços tecnológicos devam ser utilizados em prol da celeridade da prestação jurisdicional, as circunstâncias fáticas e a própria legislação especial em estudo demonstram que os "autos de papel" e os "autos eletrônicos" conviverão, sobretudo se for levado em conta que ainda é reduzido o número de advogados que têm o certificado digital emitido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), essencial para a prática do processo eletrônico. Nesse sentido noticiou o advogado Alexandre Atheniense, estudioso do tema, em entrevista concedida a jornal mineiro.[141]

Logo, o ordinário ainda são os autos físicos, "palpáveis" do processo trabalhista, sujeitos às normas procedimentais já consagradas pela CLT. Nesse panorama, permanece válida e eficaz a disposição contida no *caput* do art. 841 da CLT. Pelos fundamentos já expendidos concernentes aos princípios da oralidade e da conciliação, o mais acertado é entender pela inaplicabilidade do julgamento *prima facie* na esfera trabalhista.

5.3 Repercussão geral

As duas primeiras ondas reformadoras do processo moderno foram determinantes para a ampliação do acesso ao Judiciário, na medida em que possibilitaram expressivo aumento do número de consumidores da prestação jurisdicional.

A promulgação da Constituição da República de 1988 incrementou o fenômeno, por consagrar como garantia fundamental o acesso à ordem jurídica justa, com assistência judiciária integral e gratuita a quem não dispõe de recursos financeiros para custear o processo e por exaltar as funções das entidades sindicais, do Ministério Público e demais legitimados na defesa de interesses transindividuais.

A profusão de ações judiciais gerou, no entanto, novos problemas no cenário jurídico, dentre os quais se destacam a demora na prestação jurisdicional e o surgimento de lides idênticas que congestionam os órgãos judiciais. O influxo é sentido em toda a estrutura judiciária, mas, segundo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), entrevistados pela Revista Veja em 1997, na matéria "Exaustos Meritíssimos: um Supremo já congestionado fica mais intolerável ainda com as tolices que chegam lá todos os dias", a

[141] ATHENIENSE, Alexandre. As faces do direito eletrônico no Brasil. **Hoje em Dia**, Belo Horizonte, 31 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/32290895/Entrevista-Alexandre-Atheniense-As-faces-do-direito-eletronico-no-Brasil-Jornal-Hoje-em-Dia-31-05-2010>. Acesso em: 23 jan. 2011.

situação piorou muito, porque a Norma Fundamental de 1988 passou a tratar como matéria constitucional uma infinidade de tópicos.

O Ministro Maurício Corrêa, a quem coube julgar a (in)constitucionalidade da farra do boi em Santa Catarina, disse: "[...] se há excessos contra os bois, isso deveria ser resolvido pela polícia do Estado de Santa Catarina, mas essa história veio parar aqui porque boi, borboleta, cavalo, é tudo assunto constitucional." [142] (grifo não consta do original)

O Ministro Sydney Sanches declarou: "O Supremo virou um tribunal de pequenas causas".[143]

A necessidade de viabilizar a principal atuação do STF como guardião do cumprimento das normas constitucionais e a imperiosidade de fazer valer suas decisões perante os órgãos judiciais inferiores desencadearam mudanças circunstanciadas na legislação brasileira, principalmente com a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Dentre outras novidades, a referida reforma constitucional introduziu o pressuposto da repercussão geral para a admissibilidade de recurso extraordinário, instituto que funciona como uma espécie de filtro ou elemento de contenção ao conhecimento desse recurso excepcional e que, nos termos do documento intitulado "Repercussão Geral", proveniente do Gabinete da Presidência do STF, atualizado em 19.04.2010, tem duas finalidades explícitas:

- Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.
- Uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.[144]

Salienta Rodolfo de Camargo Mancuso:

> A "repercussão geral" é um *pré-requisito genérico ao juízo de admissibilidade do RE*, porém manejável *secundum eventum:* (i) quando a avaliação resulta *negativa*, é absoluta e excludente, dispensando o exame dos pressupostos objetivos e subjetivos

[142] OINEGUE, Eduardo. Exaustos meritíssimos: um supremo já congestionado fica mais intolerável ainda com as tolices que chegam lá todos os dias. **Revista Veja**, edição de 26 de março de 1997. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx?termo=boi%2026%20mar%E7o%201997%20borboleta%20exaustos%20oinegue>. Acesso em: 29 set. 2010.

[143] OINEGUE, Exaustos meritíssimos:..., **Revista Veja**.

[144] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Mar2010.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2011.

> de admissibilidade (prazo, preparo, prequestionamento, adequação, interesse, legitimidade), inclusive projetando eficácia *panprocessual* (CPC, §5º do art. 543-A; §2º do art. 543-B; RISTF, art. 326, cf. ER 21/2007); ii) quando a avaliação resulta *positiva*, é relativa e não necessariamente includente, porque não assegura, de per si, que o RE vá ser *conhecido* (o que fica a depender do atendimento aos pressupostos de admissibilidade) nem que vá ser *provido:* apenas significa o reconhecimento, pelo STF, de que o RE apresenta relevância tal que transcende os interesses das partes, avaliação essa que, uma vez somada ao atendimento dos demais pressupostos formais, libera, enfim, o julgamento do mérito recursal.[145] (destaques originais)

Arrimando-se na tendência de objetivação do recurso extraordinário, os Ministros do STF passaram a sustentar a existência de temas que transcendem o interesse subjetivo, direto e imediato das partes, razão pela qual devem merecer tratamento diferenciado, possibilitando-se, inclusive, a suspensão de outros processos que tenham tese idêntica à levada ao conhecimento do STF. Nesse sentido, a jurisprudência da mais alta Corte brasileira:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALTERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. LEI N. 9.718/98. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 239 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 475812 AgR/SP – São Paulo - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Eros Grau - Julgamento: 13/06/2006 -DJ 04-08-2006)[146]

Também com suporte em Rodolfo de Camargo Mancuso[147], esclarece-se que esse "ir além do interesse subjetivo, direto e imediato das partes" não significa, necessariamente, que o reconhecimento do pressuposto da repercussão geral para eventual admissibilidade do recurso extraordinário esteja condicionado à discussão jurídica de temas de âmbito nacional. Uma questão pode transcender o interesse subjetivo do(s) recorrente(s) e recorrido(s) de determinado recurso extraordinário, quando tiver potencialidade para repercutir em relação a expressivo segmento da coletividade (*v.g.*, oferta gratuita de medicamentos pela rede pública de saúde a pacientes soropositivos pobres), ou quando o tema versado for relevante para determinado setor produtivo (*v.g.*, proibição de exportação de carne com suspeita de febre aftosa), ou quando disser respeito a toda a coletividade (*v.g.*, comercialização de produtos geneticamente modificados, interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo).

---

[145] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 185.

[146] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383055>. Acesso em: 20 out. 2010.

[147] MANCUSO, **Recurso extraordinário e**..., p. 188.

Finalmente, ressalte-se que o pressuposto da repercussão geral, embora apresente certa proximidade com a antiga arguição de relevância vigente até a Constituição de 1988, cujo escopo também era controlar o volume de recursos extraordinários interpostos para o conhecimento do STF, com esta não se confunde, mormente por razões procedimentais e de fundo político-democrático.[148]

5.3.1 Repercussão geral e transcendência trabalhista

A Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o §3º no art. 102 da Constituição de 1988 para estabelecer a repercussão geral como novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

O conceito "repercussão geral", por si só, é juridicamente indeterminado, porquanto expressa significado vago, sem contornos precisos, que não são prontamente identificáveis no mundo fático, de acordo com os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier.[149]

---

[148] A arguição de relevância foi inicialmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Regimental n. 3, de 12 de junho de 1975, que, modificando o art. 308 do Regimento Interno do STF, determinou: "Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas." Anote-se: como, na época, inexistia o Superior Tribunal de Justiça (STJ) - o referido órgão só foi concebido com a Constituição de 1988 -, competia ao Supremo, dentre tantas atribuições, zelar pelo cumprimento de leis federais. E, apesar de elas, a princípio, não poderem ser objeto de recurso extraordinário, em casos excepcionais, quando o julgamento interessasse à sociedade como um todo, a arguição de relevância seria o expediente adequado para possibilitar a inclusão da temática no estrito mundo do tribunal de superposição. A Emenda Constitucional (EC) n. 7, de 13 de abril de 1977, introduziu na Constituição de 1967 o instituto da arguição de relevância, ao dar nova redação ao art. 119, §1º, da Carta Magna então vigente. A saber: "[...] Art. 119, §1º. As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal." Foi concedida, então, competência ao STF para, com base em seu regimento interno, regulamentar a admissibilidade do recurso extraordinário via arguição de relevância. E assim ele procedeu, discriminando em seu art. 308, com riqueza de detalhes, o procedimento específico aplicável ao incidente de arguição de relevância da questão federal, donde se destacavam as necessidades de: preparo do incidente; formação de instrumento; elaboração de capítulo específico e destacado na petição do recurso extraordinário para a demonstração da relevância da questão suscitada. A apreciação da matéria competia ao Conselho do STF, cuja decisão proferida não comportava pedido de vista, dispensava motivação e era irrecorrível, tudo nos termos do art. 308, §4º, inciso VII, alíneas "a" e "c", incisos VIII, IX e X do Regimento Interno do STF de 1970, consolidado até ER n.5 e atualizado até ER n. 8. Em tempo de regime militar no Brasil, a deliberação sobre a (in)existência de questão federal relevante era mais política que jurisdicional e não se submetia ao princípio da transparência. Com o advento da Carta Política de 1988, as normas regulamentadoras da arguição de relevância não foram recepcionadas, por incompatibilidade com a recém-instalada ordem constitucional que, reconhecendo o Brasil como um Estado Democrático de Direito, impôs a todos os julgadores o dever de fundamentação de suas decisões, para garantir a legitimidade, a moralidade e o controle externo das atividades jurisdicionais.

[149] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 172, jun. 2009, p. 145.

Como o art. 102, §3º, da CR/88 determinou que a repercussão geral seria delineada "nos termos da lei", até a publicação de diploma que conceituasse o instituto e estipulasse suas características principais, o pressuposto não poderia ser exigido dos recorrentes por ter a norma constitucional que o introduziu eficácia limitada.

Somente em 2006, com a publicação da Lei n. 11.418, que acrescentou o art. 543-A ao CPC, foram traçadas as premissas da repercussão geral, que, a bem da verdade, não representaram novidade no sistema processual, porquanto inspiradas no pressuposto da transcendência do recurso de revista trabalhista, inserido no ordenamento jurídico por força de Medida Provisória n. 2.226/2001 (MP n. 2.226/2001), que acrescentou o art. 896-A à CLT.[150]

A similaridade é notória. O preceito celetista impõe, para o conhecimento do recurso de revista, o exame prévio da causa a fim de perquirir se o tema nela tratado transcende em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, e o §1º do art. 543-A do CPC determina: "Para fins da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."[151]

Em síntese: em ambos os casos, o objeto do recurso deverá versar sobre matéria que, por apresentar feições transindividuais, ultrapasse a esfera jurídica das partes, carecendo de resultado ampliado, cujo teor abranja os demais jurisdicionados em idêntica situação.

5.3.2 (In)suficiência do pressuposto da transcendência

Como já explanado, três anos antes da publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou a repercussão geral como pressuposto específico do recurso extraordinário, foi editada a MP n. 2.226/2001, que acrescentou o art. 896-A na Consolidação

---

[150] "MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.226, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001. Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei: Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo: Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Art. 2º O Tribunal Superior do Trabalho regulamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão. [...]."

[151] Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 out. 2010.

das Leis do Trabalho, passando a exigir transcendência econômica, política, social ou jurídica para o conhecimento de recursos de revista na esfera trabalhista.

O conteúdo da referida Medida logo foi alvo de críticas, a começar pela denominação do novo pressuposto que, para determinada vertente interpretativa, é inaceitável:

> Como não há essa palavra nos livros de direito, terá o advogado que ver no dicionário (Aurélio) que transcendência é o conjunto de atributos do Criador que lhe ressaltam a superioridade em relação à criatura. Como se entender que os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, aos quais, de maneira inconstitucional, cabe pela alteração regulamentar processualmente esse nefasto artigo, pois não têm competência para legislar sobre processo, dirão, como o Criador, que este ou aquele recurso oferece transcendência ou não com relação a reflexos gerais de natureza política, econômica, social ou jurídica? [152]

Houve tentativas de clarear o significado da palavra "transcendência", que, etimologicamente, é formada pelo prefixo *trans* e pelo verbo *scandere:* o primeiro remete àquilo que está além de; o segundo reporta-se à ideia de subir, escalar, ultrapassar. [153]

No Projeto de Lei n. 3.267/2000 (PL n. 3.267/2000), restou consignado, por exemplo, que transcendência econômica seria "[...] a ressonância de vulto da causa em relação à entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial". Importaria em transcendência jurídica o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, "[...] com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas". Haveria transcendência política nas hipóteses de "[...]desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos." O tema do recurso de revista ultrapassaria os interesses das partes no que diz respeito aos efeitos sociais, quando houvesse "[...] a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho".[154]

Esse esforço, porém, não resultou em êxito, uma vez que o PL n. 3.267/2000 se valeu de conceitos ainda mais imprecisos e fluidos, marcados notadamente pelo exagero de fatores exógenos às decisões judiciais, como bem salientado pelo Exmo. Desembargador do

---

[152] MACIEL, José Alberto Couto. Recurso de revista – requisito da transcendência – medida provisória n. 2.226/2001: extinção do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**, 65-09, set. 2001, p. 1036.

[153] A combinação desses significados, por si só, tem o condão de produzir sentidos multifacetados.

[154] MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O critério de transcendência no recurso de revista** - Projeto de Lei n. 3.267/00. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_20/artigos/IvesGandra_rev20.htm>. Acesso em: 02 out.2010.

TRT/MG Antônio Álvares da Silva[155]. O aludido PL foi, assim, arquivado pela Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, que, na qualidade de relatora, em parecer acolhido por seus pares, opinou pela inconstitucionalidade, injuridicidade e, no mérito, pela rejeição das proposições.[156]

É verdade que a lei, por princípio, não é capaz de prever, pormenorizadamente, todas as situações fáticas que serão objeto de subsunção à norma jurídica nem é capaz de antecipar, abstratamente, todos os efeitos que serão produzidos no mundo empírico, razão por que o uso de conceitos jurídicos indeterminados configura mecanismo interpretativo útil para oxigenar e atualizar o sistema normativo de determinado país.

Contudo, a opção deliberada pela vaguidade de determinado preceito jurídico encontra limites, não podendo pecar por imprecisões desmedidas, sob pena de o hermeneuta não encontrar, no ordenamento jurídico, os genuínos contornos e a real dimensão do termo linguístico utilizado. Vale dizer, nascendo o vocábulo etéreo, será mais difícil descobrir a melhor valoração entre o significante e o seu significado.

Esse parece ter sido o erro da MP n. 2.226/2001: pecar por vaguidade exagerada e desproporcional.

A par disso, é digna de transcrição a tese de Manoel Antônio Teixeira Filho quanto ao escopo pontual e quantitativo da MP n. 2.226/2001. Para o doutrinador, o "[...] foco – axiológico e teleológico – dessa preocupação legislativa é, portanto, unicamente uma situação interna do TST, não o direito ou interesses dos jurisdicionados."[157]

A despeito de a morosidade ser um entrave à realização da justiça em vários países, dentre eles o Brasil – mácula que há de ser combatida tanto por mecanismos quanto por técnicas judiciais –, não será a instituição de filtro de autocontenção de recursos de revista que, isoladamente, sanará os problemas da Justiça Especializada trabalhista e de sua mais alta Corte. Note-se que o expediente em tela (pressuposto especial de transcendência) não enfrenta as causas materiais[158] que contribuem para a deficiência estrutural do Direito do Trabalho e, consequentemente, do processo do trabalho, que tem função garantística em relação às

---

[155] SILVA, Antônio Álvares da. **A transcendência no recurso de revista**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora RTM, 2001, p. 59.

[156] Tramitação disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19377>. Acesso em: 02 out. 2010.

[157] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A medida provisória n. 2.226/01 ("transcendência" em recurso de revista): inconstitucionalidades e inconveniências. **Revista LTr**, 65-10, 2001, p. 1164.

[158] A falta de proteção contra dispensa imotivada, com certeza, é a mais relevante delas, uma vez que desencadeia sucessivos descumprimentos dos direitos trabalhistas pelos empregadores e tomadores de serviços em geral de mão de obra cada vez mais fragilizada, mal remunerada, sujeita a desemprego estrutural e a alta rotatividade nos postos de trabalho.

normas substanciais juslaboristas. Provavelmente por todos esses motivos, o TST ainda não regulamentou o pressuposto especial da transcendência, como lhe compete, nos termos do art. 896-A da CLT e da MP em estudo. Até o momento, continuam sendo admitidos recursos de revista, quando satisfeitos apenas os seus antigos pressupostos de admissibilidade. Nesse sentido sinaliza a jurisprudência do próprio TST:

> EMENTA: RECURSO DE REVISTA. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. [...] A aplicação do princípio da transcendência, previsto no art. 896-A da CLT, ainda não foi regulamentada no âmbito deste Tribunal, providência que se faz necessária em razão do comando do art. 2º da Medida Provisória n. 2.226/2001 (DOU 5/9/2001). Recurso de revista de que não se conhece. [...] (Processo: 182100.14.2007.5.18.0013. Julgamento 22.09.2010, Relator(a): Ministra Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Divulgação DEJT 01.10.2010)[159]

5.3.3 Repercussão geral em matéria trabalhista – estudo de casos

Pesquisando o sítio eletrônico do STF[160], foram encontradas poucas decisões sobre repercussão geral em matéria trabalhista, circunstância que facilita o estudo dos casos concretos.

A análise discriminada dos julgados trazidos à colação neste trabalho tem a finalidade de demonstrar que o tema "repercussão geral" não é pacífico entre os Ministros do maior tribunal de superposição do país, não obstante a tendência seja declarar a sua existência ante a crença de que o instituto racionaliza o sistema processual brasileiro.

Caso 1

> EMENTA: DIREITO DO TRABALHO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. ADESÃO. EFEITOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 590415 RG/SC - SANTA CATARINA - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Menezes Direito – Julgamento 05.03.2009 – Publicação 07.08.2009)[161]

---

[159] Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20182100-14.2007.5.18.0013&base=acordao&numProcInt=524096&anoProcInt=2008&dataPublicacao=01/10/2010%2007:00:00&query=>. Acesso em: 02 out. 2010.

[160] A pesquisa foi realizada em 10 de outubro de 2010.

[161] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599718>. Acesso em: 10 out. 2010.

Na hipótese vertente, o Ministro Gilmar Mendes apresentou manifestação divergente ao voto do Ministro Relator Menezes Direito, declarando existir repercussão geral no tema, uma vez que eram discutidos a validade, os efeitos e os limites de cláusula de caráter dispositivo, constante em acordo coletivo de trabalho, que concedia eficácia ampla e irrestrita à quitação passada a banco-empregador por empregado que tinha aderido a plano de demissão voluntária previsto em instrumento coletivo. O Ministro Gilmar Mendes vislumbrou relevância social, jurídica e econômica na matéria, porque, versando sobre multiplicidade de causas repetitivas cujo objeto é controvérsia alusiva à validade ou invalidade de cláusula coletiva que incentiva a renúncia a direitos trabalhistas indisponíveis, "[...] o espectro de aplicabilidade da decisão desta Corte será imenso, atingindo toda a coletividade de trabalhadores que aderiram aos referidos planos."

O voto divergente do Ministro Gilmar Mendes prevaleceu. O Ministro Marco Aurélio o acompanhou. O STF reconheceu, então, a existência de repercussão geral da questão suscitada, vencidos os Ministros Menezes Direito, Carlos Britto, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Em sede de recurso extraordinário, ainda sem julgamento[162], a mais alta Corte brasileira decidirá sobre a legitimidade e os limites impostos aos sindicatos quando da elaboração dos instrumentos coletivos.

Caso 2

> EMENTA: DIREITO DO TRABALHO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DISPENSA IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. ITEM II DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 247 DA SBDI-1 DO TST. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 589998 RG/PI – PIAUÍ - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski- Julgamento 06.11.2008 - DJe-227 - Publicação 28.11.2008)[163]

Desta vez, a discussão cingiu-se à (ir)relevância jurídica de deliberação tomada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) no sentido de dispensar imotivadamente seus empregados públicos, não obstante a OJ 247, item II, da SBDI-1 do TST tenha firmado

---

[162] Para maiores detalhes, consultar <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>, acessado em: 24 jan. 2011.

[163] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=566209>. Acesso em: 10 out. 2010.

entendimento de que o ato de despedida do empregado da empresa só será válido se contiver motivação, por gozar a ECT de tratamento idêntico àquele destinado à Fazenda Pública no tocante à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski era contrário ao reconhecimento de repercussão geral, porquanto a causa limitar-se-ia ao interesse de uma única empresa pública e o reflexo financeiro decorrente de eventual reintegração restringir-se-ia às relações jurídicas estabelecidas entre a ECT e seus empregados. Para ele, a discussão se referia aos contornos do regime de pessoal aplicável aos empregados públicos da ECT e estaria adstrita a âmbito específico. No mesmo sentido, entenderam os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau, Gilmar Mendes e Menezes Direito.

Ocorre que não houve manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário[164], tendo o Ministro Marco Aurélio sustentado ótica diversa da do Relator, ao entender que a controvérsia era comum a "[...] 'um sem-número' de empresas públicas e sociedades de economia mista, consideradas as três esferas – federal, estadual e municipal [...]."[165]

Daí a imperiosidade de viabilizar técnica dotada de eficácia vinculante, cujo pronunciamento favorecerá, pelo menos em tese, a racionalização do trabalho judiciário.

---

[164] Para compreender o sentido da expressão "ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário", o ponto de partida mais recomendável é a transcrição do §3º do art. 102 da CR/88, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, assim como a reprodução do parágrafo único do art. 324 do Regimento Interno do STF vigente à época do julgamento em tela. "Art. 102, §3º, da CR/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §3º No recurso extraordinário o requerente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."(grifos não constam do original). Art. 324, *caput*, do Regimento Interno do STF vigente à época do julgamento ora analisado: "Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral". Feitas essas considerações preliminares, conclui-se que a referida norma regimental obedeceu ao princípio da supremacia da Norma Fundamental, seguindo a presunção constitucional de existência da repercussão geral, que só poderia ser elidida por manifestação expressa, em contrário, de pelo menos 8 (oito) Ministros do STF e, mesmo assim, dentro do prazo regimental de 20 (vinte) dias. Como isso não aconteceu, a chamada técnica do "silêncio eloquente", mencionada por Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, **Recurso extraordinário e**..., p. 184), produziu seus efeitos na espécie examinada. A título meramente informativo, averbe-se que o art. 324 do Regimento Interno do STF foi alterado por força da Emenda Regimental n. 31/2009, passando a ter a seguinte redação: "Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. **§** 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. **§ 2º** Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil." Vale dizer, o antigo parágrafo único foi convertido em §1º, sem qualquer alteração em seu conteúdo. O §2º foi acrescido para tratar, normativamente, de uma hipótese não aventada no Regimento anterior, alusiva à legislação infraconstitucional, e que opera o efeito oposto ao do §1º.

[165] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=566209>. Acesso em: 10 out. 2010.

Concordaram com o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional os Ministros Carlos Britto e Cármen Lúcia.

Relevante acrescer que a hipótese vertente compreende tanto direitos difusos quanto coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, na medida em que atinge os atuais empregados de empresa pública, aqueles que foram ilicitamente dispensados e os que, em sendo admitidos pela ECT, poderão vir a sofrer o mesmo tratamento ilegal.

O mérito do recurso extraordinário, todavia, ainda não foi julgado pelo STF, porque, após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que conhecia e negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos. Consulta ao sítio eletrônico do STF demonstra que não houve alteração no trâmite processual até o momento.[166]

Caso 3

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS TRABALHISTAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Oferece repercussão geral a questão sobre qual o órgão do Poder Judiciário é competente para decidir a respeito da forma de pagamento dos créditos, incluídos os de natureza trabalhista, previstos no quadro geral de credores de empresa sujeita a plano de recuperação judicial. (RE 583955 RG/RJ - RIO DE JANEIRO - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski – Julgamento 19.06.2008 - DJe-117 – Publicação 27.06.2008)[167]

Entendeu-se que definir o juízo competente para decidir a forma de pagamento dos créditos previstos no quadro geral de credores e no plano de recuperação da VRG Linhas Aéreas S/A e outras empresas litisconsortes encerra questão de repercussão geral ante a importância de sanar rapidamente conflitos de competência em idêntico sentido, que, além de ensejarem causas repetitivas, depõem contra a segurança e a celeridade, além de gerarem reflexos de ordem jurídica, política, social e econômica, vinculado à quebra da principal empresa brasileira de aviação, que dispensou trabalhadores em massa no país.

Para o Ministro Relator, "[...]a questão constitucional controvertida acarreta significativo impacto no corpo social, dada sua relevância a ensejar pronunciamento

---

[166] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 24 jan. 2011.

[167] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536237>. Acesso em: 10 out. 2010.

definitivo desta Suprema Corte."[168] Ficaram vencidos os Ministros Carlos Britto e Eros Grau. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia; impedido o Ministro Menezes Direito.

No tocante ao recurso extraordinário, a maioria dos Ministros do STF acompanhou o voto do Relator, cuja ementa segue abaixo:

> EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO ART. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial. II – Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/05. III – O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho. IV – O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende regrar. V – A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento. VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido.[169]

Nesse panorama, o STF, em sua maioria, entendeu que a Emenda Constitucional n. 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Lei Maior, e a Lei n. 11.101/2005, que regula as recuperações judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, não atribuíram competência material à Justiça do Trabalho para executar créditos trabalhistas no caso de empresa em recuperação judicial. A sistemática não foi modificada, já que o interessado deverá buscar a Justiça Especializada para constituir o seu eventual crédito trabalhista, que será habilitado no juízo universal onde correm os autos da respectiva recuperação judicial.

---

[168] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536237>. Acesso em: 10 out. 2010.

[169] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601787>. Acesso em: 24 jan. 2011.

Caso 4

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ASSOCIAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. ART. 5º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista jurídico. (RE 573232 RG/SC - SANTA CATARINA- REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski- Julgamento 15.05.2008 –DJe-102 – Publicação 06.06.2008)[170]

O tema em discussão refere-se à legitimidade ativa de associações para ajuizarem quaisquer tipos de ação visando à defesa dos direitos de seus membros, independentemente de autorização expressa e individualizada de cada filiado ou de deliberação prévia em assembleia, bastando a previsão genérica constante de seu estatuto social.

De acordo com o Ministro Relator,

> [...]a questão oferece repercussão geral do ponto de vista jurídico, pois o seu julgamento definirá o alcance da expressão *"quando expressamente autorizadas"*, constante do inciso XXI do art. 5º da Constituição, às ações ordinárias de caráter coletivo ajuizadas pelas entidades associativas.[171] (destaques originais)

No caso em tela, como a entidade autora obteve vitória anterior em ação cognitiva já transitada em julgado, considerou-se razoável a sua pretensão de iniciar a fase executiva, sem prejuízo de eventuais ações individuais que cada associado interessado venha a propor. O STF reconheceu, dessa feita, a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestou o Ministro Cezar Peluso.

Desde já, registre-se que estender a titularidade ativa da associação para todas as espécies de demandas e para a fase processual destinada à promoção de atos materiais para a satisfação do crédito exequendo constitui importante passo para a redução do número de ações individuais repetitivas com o mesmo objeto.

O julgamento do recurso extraordinário está suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.[172]

---

[170] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532309>. Acesso em: 10 out. 2010.

[171] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532309>. Acesso em: 10 out. 2010.

[172] Para maiores detalhes, consultar <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2581151>. Acesso em: 24 jan. 2011.

Caso 5

> EMENTA: AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA FECHADA EM DECORRÊNCIA DE MOVIMENTO GREVISTA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 579648 RG/MG - MINAS GERAIS - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Menezes Direito- Julgamento 24.04.2008 - DJe-102 – Publicação 06.06.2008)[173]

Na espécie, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, dada a irradiação de efeitos extraprocessuais decorrente da necessidade de fixar o juízo competente – Justiça do Trabalho ou Justiça Estadual Comum - para apreciar e julgar o interdito proibitório. O pedido envolveu controvérsia relativa a direito possessório cumulada com alegação de (in)validade de movimento grevista que poderia ensejar restrições de locomoção tanto a empregados que não aderissem à paralisação quanto a clientes de instituições bancárias que quisessem ser atendidos independentemente de reivindicações trabalhistas.

Estes, os termos do voto do Ministro Relator Menezes Direito:

> A discussão relativa à interpretação do artigo 114, incisos II e III, da Constituição Federal e à fixação da Justiça competente, especializada ou comum, para processar e julgar as ações de interdito proibitório em casos similares possui relevância jurídica e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo pertinente aos demais processos em tramitação e aos que venham a ser ajuizados no país. Assim, entendo presente a repercussão geral.[174]

Ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia, Ellen Gracie e o Ministro Gilmar Mendes.

Quanto ao julgamento do recurso extraordinário, o STF, por maioria, deu provimento ao recurso, para declarar a competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ação de interdito proibitório. Vencido o Ministro Relator Menezes Direito, lavrará o respectivo acórdão a Ministra Cármen Lúcia, que, em voto divergente vencedor, antecipou que a fixação de competência da Justiça Comum ou da Justiça Especializada não é determinada pela invocação de institutos de Direito Civil. Para ela, como houve piquete em

---

[173] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532347>. Acesso em: 10 out. 2010.

[174] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532347. Acesso em: 10 out. 2010.

movimento grevista, a controvérsia decorre de relação de emprego. Até o momento, foi publicada a ementa do julgado:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: "PIQUETE". ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. *"A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil"* (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego. 2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva. 3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho.[175] (destaques originais)

Caso 6

> EMENTA: Processo Trabalhista. Competência para executar as contribuições previdenciárias decorrentes de todo o período laboral. Artigo 114, § 3º, da Constituição Federal. (RE 569056 RG/PA - PARÁ - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Menezes Direito. Julgamento 28.02.2008 - DJe-102 – Publicação 06.06.2008)[176]

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão constitucional suscitada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em sede de recurso extraordinário. Reputou relevante fixar o alcance do antigo art. 114, §3º, da CR/88, atual art. 114, inciso VIII, da Norma Fundamental, a partir da publicação da EC 45/2004, e, com isso, determinar se a Justiça do Trabalho é competente, ou não, para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias devidas, incidentes sobre toda a vigência do contrato de trabalho, como quer o recorrente, quando há reconhecimento de prestação de serviços, com ou sem vínculo empregatício. Estes, os termos do voto do Ministro Relator:

> Trata-se de discussão relativa à competência para promover a execução de créditos de contribuições previdenciárias e à fixação do alcance da norma do art. 114, inciso,

[175] Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579797>. Acesso em: 24 jan. 2011.
[176] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532301>. Acesso em: 10 out. 2010.

> inciso VIII, da Constituição Federal. Além disso, a matéria é pertinente a inúmeros processos em tramitação na Justiça do Trabalho.[177]

Segundo o INSS, no mérito propriamente dito, a competência da Justiça Especializada se mantém não apenas para proferir decisão condenatória que determine o efetivo pagamento de remuneração. A autarquia federal requer que seja dada interpretação à norma constitucional e, paralelamente, que seja esclarecida a extensão do entendimento sedimentado na Súmula n. 368 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata da matéria.

Todavia, o STF, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Relator, desproveu o recurso extraordinário interposto pelo INSS. Manteve, dessa feita, a decisão do TST, sob o fundamento de que a execução de contribuição social desvinculada de qualquer condenação ou transação seria o mesmo que consentir com uma execução sem título executivo. Segundo o Relator, acompanhado por seus pares, "[...] a sentença de reconhecimento do vínculo, de carga predominantemente declaratória, não comporta execução que origine o seu recolhimento".[178]

Caso 7

> EMENTA: SALÁRIO-MATERNIDADE – INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA – ART. 28, § 2º, I, da LEI 8.212/1991 – NOVA FONTE DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 195, *CAPUT* E § 4º E 154, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1 (RE 576967 RG/PR - PARANÁ - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa – Julgamento 24.04.2008 - DJe-117 – Publicação 27.06.2008) [179]

---

[177] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532301>. Acesso em: 10 out. 2010.

[178] A fundamentação do julgado estudado e a ementa do RE 569056/PA, abaixo reproduzida, encontram-se no mesmo sítio eletrônico do STF. "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE DO ART. 114, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. 2. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 569056/PA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. Menezes Direito – Julgamento 11.09.2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568701>. Acesso em: 24 jan. 2011.

[179] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536185>. Acesso em: 10 out. 2010.

O STF, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário[180], declarou a existência de repercussão geral no caso em tela, que se refere à inclusão ou exclusão do salário-maternidade na base de cálculo da contribuição previdenciária. Considerando que o tema, nas palavras do Ministro Relator Joaquim Barbosa, "[...] repercute em todas as pessoas jurídicas compelidas a arcar com o salário-maternidade"[181] e, segundo o Ministro Marco Aurélio, "[...] é passível de apresentar-se em milhares de casos",[182] foi aclamado que excede os interesses puramente individuais das partes da lide.

Consultando o sítio eletrônico do STF[183], verifica-se que o recurso extraordinário ainda não foi objeto de julgamento, o que se lamenta, porquanto é essencial definir a natureza jurídica do salário-maternidade para fins de contribuição previdenciária. A par disso, matérias pertinentes à tributação são de interesse geral, principalmente em tempos em que cresce o número de mulheres no mercado de trabalho brasileiro.

5.4 Julgamento por amostragem do recurso extraordinário – premissas básicas

Compete, precipuamente, ao STF zelar pela guarda das regras e princípios constitucionais, cabendo-lhe, dentre extenso rol de competências, processar e julgar, de forma originária, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, tudo nos termos do art. 102, inciso I, alínea "a", da CR/88.

O referido órgão também é competente para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contraria dispositivo constitucional, declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da CR/88 ou julga válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, inciso III, alíneas "a" a "d" da Norma Fundamental brasileira).

---

[180] Vale dizer, por força da técnica do "silêncio eloquente" já explicada anteriormente.
[181] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536185>. Acesso em: 10 out. 2010.
[182] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536185>. Acesso em: 10 out. 2010.
[183] Para maiores detalhes, consultar <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2591930>. Acesso em: 24 jan. 2011.

Só o poder do STF de cassar e, se necessário, de rever o julgamento da causa levada a seu conhecimento via recurso extraordinário contribui sobremaneira para o congestionamento e a demora processuais, levando-se em conta, principalmente, a multiplicidade de demandas repetitivas na sociedade pós-moderna e o mau hábito dos brasileiros de utilizarem as vias recursais apenas com intuito manifestamente protelatório.

A abundância de causas seriais atravacando o bom funcionamento da Corte Constitucional brasileira, o risco iminente de proferimento de decisões contraditórias pelas turmas do próprio STF e a diversidade técnica e qualitativa de defesa apresentada por litigantes habituais em detrimento de litigantes eventuais[184] vêm desagradando a Ministros, desembargadores, juízes, partes, advogados, estudiosos do direito e a sociedade em geral. Com o propósito de reduzir esses problemas, que têm repercussões jurídicas, sociais, econômicas e políticas, foi adotada a técnica de julgamento por amostragem, também conhecida por "causas-piloto" ou "processos-teste".

Trata-se, grosso modo, de filtro impeditivo à concessão de efeito devolutivo aos recursos extraordinários. De acordo com a técnica, introduzida na sistemática processual brasileira por força da Lei n. 11.418, de 19.12.2006, que, comungando com a finalidade do art. 102, §3º, aditado à Norma Fundamental, acrescentou o art. 543-B ao CPC, apenas um ou alguns dos recursos extraordinários serão escolhidos pelo tribunal de origem para representar a controvérsia, produzindo a solução aplicada a ele(s) pelo STF efeitos extraprocessuais que alcançarão as causas "representadas", cujo andamento ficará sobrestado até o mais alto Tribunal do país reconhecer a (in)existência de repercussão geral e explicitar a tese jurídica extensível a todos os casos isomórficos.

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, em artigo em coautoria, ensinam que o mecanismo:

---

[184] Litigantes eventuais são aqueles que têm contato isolado ou episódico com os órgãos judiciários, podendo-se dizer que a aproximação entre eles e o Estado-Juiz é mínima, pois estiveram apenas uma ou poucas vezes em um dos polos da relação jurídica processual. Em razão disso, em regra, não sabem como se desenvolve o procedimento, como funciona a estrutura judiciária, como é a sistemática processual. Já a situação dos litigantes habituais é diametralmente oposta, porque eles mantêm contato frequente com os órgãos judiciários. Na qualidade de "clientes assíduos" do Judiciário, costumam ser parte em processos judiciais destinados a resolver os três tipos de litigiosidade: individual ou "a varejo", massificado ou coletivo, repetitivo, serial ou de alta intensidade. Essa extensa experiência judicial confere-lhes muitas vantagens. Cappelletti e Garth citam algumas delas e suas respectivas consequências: "[...]1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem muitos casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.[...]." (CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**..., p. 25)

> [...] se encaixa no perfil técnico das chamadas “causas piloto” ou “processos teste” (*Pilotverfahren ou test claims*), no qual, para resolução dos litígios em massa, uma ou algumas causas são escolhidas pela similitude na sua tipicidade para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais causas paralelas.[185]

Os três processualistas citados compreendem a tendência de limitação de acesso dos jurisdicionados aos tribunais especiais. Questionam, no entanto, a justiça decorrente da padronização dos julgamentos via pinçamento de um ou alguns recursos extraordinários, alertando que a busca desenfreada de celeridade não importa, necessariamente, em eficiência qualitativa e tampouco em eficiência social.

A par disso, haveria o perigo de:

a) o recurso extraordinário representativo ser utilizado prematuramente;
b) as demandas verdadeiramente coletivas serem tratadas como demandas individuais isomórficas;
c) alguns pontos complexos ainda desconhecidos pelo STF constarem do(s) recurso(s) selecionado(s);
d) os temas levantados não serem debatidos e investigados com profundidade, causando cerceamento ao princípio do contraditório dinâmico[186] e
e) a restrição do julgamento de mérito a apenas um ou alguns casos gerar sérios entraves para legitimar socialmente a decisão judicial.

Para esse trio de juristas, é equivocado tratar o cidadão jurisdicionado como mero dado numérico das estatísticas de produtividade do sistema processual. A ele deve ser assegurado e concretizado o direito de receber do Estado a aplicação normativa adequada e justa, sem prejuízo do conhecimento das circunstâncias e peculiariedades que fazem com que seu processo seja único, não moldável a soluções estandardizadas.

Outra falha que apontam diz respeito à negativa de contribuição de todos os envolvidos, porque

---

[185] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 177, nov. 2009, p. 22.

[186] Garantia de não surpresa e de efetiva participação, no âmbito de uma estrutura processual dialógica, que possibilite a adequada formação dos provimentos jurisdicionais. Nesse sentido, NUNES, O princípio do..., **Revista Síntese de Direito**..., p. 83-85.

> [...] a técnica dos "processos teste" nos moldes da repercussão geral não permite, como vem sendo analisada, uma participação efetiva dos interessados, eis que os "recursos representativos da controvérsia" serão escolhidos (pinçados) pelo órgão *a quo*, sem qualquer garantia de que todos os argumentos relevantes para o deslinde da causa, suscitados por todos os interessados, sejam levados em conta no momento da decisão. A participação se limita às partes dos recursos afetados, que podem ou não ter apresentado uma argumentação idônea e técnica.[187]

De fato, a participação efetiva de todos os interessados no julgamento dos recursos representativos não está assegurada no *caput* e nos parágrafos do art. 543-B do CPC. À luz do §1º do dispositivo em estudo, o tribunal de origem fará o pinçamento. Nos termos do §6º do art. 543-A do CPC, o Ministro Relator no STF, a quem caberá o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, poderá autorizar manifestação de terceiro, subscrita por procurador habilitado, somente para a análise da repercussão geral, e não propriamente para os demais pontos levantados nos recursos selecionados e nos preteridos.

Diversamente, há aqueles que realçam os benefícios do julgamento por amostragem, porquanto a técnica resolveria com agilidade casos idênticos, conferindo tratamento uniforme à mesma questão jurídica e estabilidade jurisprudencial. Afirmam que a multiplicação de causas repetitivas, que importa, via de consequência, na tramitação paralela de número expressivo de ações com causa de pedir e objeto coincidentes, deve ser combatida, competindo aos tribunais de superposição (STF e STJ) apreciar tese constitucional ou federal, deixando para os tribunais inferiores o exame de questões fáticas. [188]

Marcelo Moura da Conceição assinala que a técnica do julgamento por amostragem também é justificada pelo fenômeno da "objetivação do recurso extraordinário", já que

> [...] há movimento atual atribuindo cada vez maior objetividade ao recurso extraordinário (revestimento que, *mutatis mutandis*, há de ser aplicado ao recurso especial), como forma de retirar-lhe ao máximo seu caráter subjetivo, de apelo das partes visando reforma de decisão judicial desfavorável, passando a um viés mais abstrato do apelo extremo.[189]

Ainda que o STF precise de mais tempo, disponibilidade e tranquilidade para se dedicar à análise de matérias jurídicas geradoras, em tese, de repercussão ampliada e de efeito extraprocessual, a vulgarização nociva da técnica do julgamento por amostragem do recurso

---

[187] THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Litigiosidade em massa e..., **Revista de Processo**, p. 23.

[188] Nesse sentido: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 170, p. jun. 2009, p. 154-155. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo,** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, jan. 2010, p. 170-171.

[189] CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça? **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 181, mar. 2010, p. 242.

extraordinário deve ser evitada, pois nem sempre os recursos que estão à disposição do tribunal de origem para o pinçamento são os mais completos e os mais adequados - enfim, os mais representativos.

Merecem guarida as ponderações de Theodoro Júnior, Nunes e Bahia no sentido de que a técnica do julgamento "em bloco", operacionalizada com a resolução das causas-piloto, "[...]pode ser 'mesclada' e/ou adaptada às necessidades locais e compromissos democráticos assumidos pelo país".[190] É que o Estado, para ser democrático e de direito, deve garantir a maior participação dos interessados no resultado da demanda, sobretudo para que o debate dos temas amadureça e seja encarado sob diversos ângulos, de modo a contribuir para a melhor resposta jurídica para a matéria.

Não se deve correr o risco de, sob motivação centrada, principalmente, no princípio da celeridade, voltar a tratar o jurisdicionado como mais um entre milhões de brasileiros, sem quaisquer traços identificatórios, desconsiderado enquanto pessoa com necessidades e características próprias. Isso representaria retrocesso à época das codificações e da filosofia pandectista, que via o ser humano como sujeito de direito, nada mais.

Para o jurisdicionado (ex)empregado, eventual aplicação apressada e/ou descomprometida da técnica do julgamento por amostragem, somada à eventual regresso à era de abstração do sujeito, produzirá consequências ainda mais graves, diante do estado de vulnerabilidade que, em regra, acompanha o trabalhador antes, durante e depois da vigência do seu contrato de trabalho e em virtude dos efeitos provenientes das decisões judiciais que se espraiam no mercado de trabalho e na economia brasileiros.

Para ilustrar essa reflexão, basta imaginar o impacto causado por eventual decisão proferida pelo STF que, em recurso extraordinário supostamente "representativo", com repercussão geral, declare válida a dispensa em massa de trabalhadores em tempos de crise econômico-financeira sem prévia tentativa de negociação com os sindicatos profissionais. Diante desse posicionamento jurisprudencial, inúmeras empresas poderiam, a seu arbítrio, adotar a estratégia de resilição em massa dos contratos de seus empregados, antes mesmo de buscar outras soluções juntamente com as entidades de classe, sob o argumento de que a prática não seria ilícita porque respaldada em decisão da mais alta Corte brasileira.

Há efeitos tão ou mais lesivos aos narrados anteriormente. Basta pensar que o STF, em recurso extraordinário representativo, com repercussão geral, pode declarar, incidentalmente,

[190] THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Litigiosidade em massa e..., **Revista de Processo**, p. 46.

a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações)[191] – já o fez pela via direta[192] – e, com isso, isentar a Administração Pública direta e indireta da responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas não honrados pela empresa contratada, mediante procedimento licitatório, para prestação de serviços em terceirização lícita. O Supremo, via transversa, estará conferindo abstração e eficácia *erga omnes* a controle difuso de constitucionalidade que, em sua acepção clássica, tinha a eficácia restrita apenas e tão somente às partes e ao caso concreto levado ao seu conhecimento mediante interposição de recurso extraordinário. A exceção constitucional que autoriza a eventual ampliação dos efeitos decorrentes do controle difuso está prevista no inciso X do art. 52 da Constituição da República de 1988, que atribui competência privativa ao Senado Federal para "[...]suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

A tendência do STF atingirá negativamente milhões de trabalhadores brasileiros na hipótese ventilada, já que o ordinário é a empresa intermediadora de mão de obra não dispor de patrimônio suficiente para quitar o passivo trabalhista ou "quebrar", ficando o (ex)empregado sem garantias suficientes e reais de satisfação de crédito que lhe é devido.

Diante do exposto, sobressaem a ampliação do poder judicial e a importância da correta atuação jurisdicional para a ótima aplicação da técnica de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários. Os magistrados deverão assumir uma postura ainda mais compromissada, com o profundo envolvimento na análise das questões relevantes, com vistas a assegurar a melhor resolução dos temas jurídicos que lhes forem apresentados.

---

[191] Art. 71 da Lei de Licitações, *in verbis*: "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis."

[192] O Informativo n. 610 do STF, referente ao período entre 22 a 26 de novembro de 2010, disponível no sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>, acessado em 02 de dezembro de 2010, noticia que, em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal (ADC 16/DF), o Plenário da mais alta Corte brasileira, por maioria, julgou procedente o pedido formulado, para declarar a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93. Quanto ao mérito, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, o que não significa, porém, que eventual omissão das entidades administrativas quanto ao dever de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade civil. Assim, em sendo comprovada a culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando* dos entes da Administração Pública direta ou indireta, há de ser mantida a condenação subsidiária contra a sua pessoa. A decisão de mérito proferida no referido ADC n. 16/DF produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal nos termos do art. 102, §2º, da CR/88. E, nos moldes como proferida, retira, infelizmente, em boa parte, a efetividade do item IV da Súmula 331 do TST, a saber: "[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial."

Nessa perspectiva, deverão avaliar com acuidade quais os recursos que melhor representam o tema controvertido e quais os possíveis benefícios e riscos decorrentes do julgamento “em bloco” de recurso tão excepcional como o extraordinário. Nesse mister, deverão ser sopesados os objetivos do Estado Democrático de Direito de promover a cidadania, a igualdade substancial e a inclusão social (que também abrange o caráter processual), o contraditório dinâmico e as necessidades de simplificação dos ritos, de agilização dos julgados, de estabilidade e previsibilidade jurisprudenciais, de segurança e certeza jurídicas, sempre almejando tutelar efetivamente as pretensões dos jurisdicionados, lembrando que estes não podem ser tratados como meros números estatísticos de produtividade do sistema jurisdicional e que “caso semelhante” não é o mesmo que “caso idêntico”.

6 TUTELAS COLETIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, NA ITÁLIA E NA INGLATERRA

6.1 *Class actions* americanas – antecedentes históricos

Foi somente no século XVII, com a criação do *Bill of Peace*, que os institutos precursores das ações coletivas ganharam o devido tratamento legal. Diante do rigorismo do tribunal de equidade inglês – que, embora admitisse o litisconsórcio pautado na existência de questões comuns, não dispensava a intervenção obrigatória de todas as pessoas interessadas no julgamento da lide (do contrário, o processo seria extinto) –, tornou-se imprescindível flexibilizar esse tecnicismo com vistas a suplantar os obstáculos de acesso à justiça.

Oportuna, a respeito, a colocação de Gidi:

> [...] historicamente, a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência de "contornar" a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível. [...] Assim, de uma maneira inteiramente fortuita, apenas para contornar uma tecnicalidade processual, que, aliás, já não mais existe, os tribunais criaram um poderoso instrumento para a tutela coletiva dos direitos.[193]

Em determinados casos, o número de interessados é tão expressivo que a participação compulsória de todos na lide emperraria o andamento normal do processo, provocando a morosidade da prestação jurisdicional e a própria denegação da justiça.

A partir do *Bill of Peace*, quando a presença de todos os interessados tornasse o litisconsórcio impraticável e dificultasse a administração do processo, um dos componentes do grupo poderia representar[194] os demais integrantes da classe que estivessem em situação semelhante.

É verdade que, no século XIX, com a disseminação da filosofia liberal individualista – pautada na figura do homem insulado, formalmente livre e igual – as ações coletivas sofreram esvaziamento significativo. Contudo, da segunda metade do século XX em diante e,

---

[193] GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 42.

[194] Assim, adianta-se que as *class actions* se baseiam, fundamentalmente, na possibilidade de um dos interessados ajuizar ação em seu próprio nome e atuar como representante dos demais sujeitos que, no plano do direito material, poderiam postular em juízo idêntico direito individual.

principalmente com o advento do século XXI, a tendência é o seu crescente fortalecimento, seja em virtude da massificação da sociedade e de seus conflitos, seja em razão dos motivos que as justificam: mais eficácia, celeridade e economia na decisão judicial proferida; isonomia entre os interessados, evitando-se multiplicidade de ações e julgamentos colidentes; incremento das garantias provenientes do exercício da cidadania e da democracia com a facilitação do acesso à ordem jurídica justa e, consequentemente, combate às demandas reprimidas.

6.1.1 Class actions - pré-requisitos

Na dicção da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, para que uma pretensão ou uma defesa sejam tuteladas por *class actions*, é imperioso o cumprimento cumulativo dos seguintes pré-requisitos: impraticabilidade do litisconsórcio; questões de fato ou de direito comuns ao grupo; tipicidade e representação adequada.[195]

6.1.1.1 <u>Impraticabilidade do litisconsórcio</u>

Como já explicitado, foram os inconvenientes produzidos pela obrigatoriedade de todos os interessados participarem da lide na qualidade de litisconsortes necessários que impuseram as modificações à chamada *compulsory joinder rule*, dando azo e justificando a criação do *Bill of Peace*.

Independentemente de norma jurídica, registre-se que o bom senso e a razoabilidade há muito aconselhavam o ajuizamento de ações representativas nas hipóteses em que o elevado número de interessados tornava o litisconsórcio impraticável.

Para caracterizar essa inviabilidade, não é preciso demonstrar impossibilidade absoluta na formação do litisconsórcio. Contanto que a reunião de demandas individuais em uma demanda plúrima seja de extrema dificuldade ou inconveniência, pois pode ensejar

[195] Registre-se, desde já, que os referidos pré-requisitos são comuns a todas as modalidades de *class actions*, as quais serão estudadas oportunamente.

desvantagens para as partes e morosidade na prestação jurisdicional, optar-se-á pela *class action*.

Não existe um critério quantitativo predeterminado que fixe quantos interessados seriam necessários para tornar o litisconsórcio impraticável. Como adverte Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[196], o parâmetro não é de ordem numérica. Oscila caso a caso, cabendo ao juiz perquirir, com parcimônia, o preenchimento desse pré-requisito. Segundo o referido doutrinador, alguns fatores podem auxiliar na demonstração da viabilidade ou da inviabilidade das *class actions.* A título de amostragem, citam-se: a dispersão geográfica dos membros da classe, que tornaria difícil, inconveniente e oneroso o litisconsórcio; a natureza e complexidade de algumas causas que, versando sobre questões técnicas, científicas ou jurídicas intrincadas, dependeriam da atuação de profissionais qualificados e de estudos prévios que, em regra, têm um custo considerável que, nem sempre, pode ser arcado pelos jurisdicionados em ações individuais. Há, também, o valor das pretensões, que, individualmente considerado, pode ser irrisório a ponto de não estimular o lesado a procurar o Judiciário em busca de indenização, mas que, em um espectro coletivizado, de maior alcance, ganha expressão econômica significativa ante a repetição do ilícito em face de novas vítimas.

6.1.1.2 <u>Questões de fato ou de direito comuns ao grupo</u>

A Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966 não define o pré-requisito em epígrafe. Esse silêncio, contudo, não impede dizer que a existência de questões de fato ou de direito comuns ao grupo é implícita a quaisquer ações coletivas[197], pois, se não houvesse essa identidade, o processo coletivo seria inútil e desnecessário.

As questões de fato ou de direito comuns ao grupo devem se sobrepor às questões de fato ou de direito peculiares a cada relação jurídica havida entre os membros do grupo e a parte contrária. Noutras palavras: as condições ou exceções pessoais não podem ter importância acentuada capaz de comprometer a unidade do grupo.

---

[196] MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

[197] VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n. 159, mar. 2008, p. 97.

6.1.1.3 Tipicidade

De antemão, deve ser salientado que a tipicidade constitui pré-requisito que complementa o anterior, na medida em que consiste na verificação de questão comum, mas sob a perspectiva endógena do processo. Com efeito, diz-se que a ação coletiva é típica quando a questão comum é analisada no âmbito da relação jurídica processual.

Desse modo, restará preenchido o pré-requisito da tipicidade quando o representante do grupo tiver os mesmos interesses dos representados pelo simples fato de também ter suportado os efeitos de ato ilícito cometido pelo mesmo agente que deu origem à pretensão coletiva. Em suma, o representante deve ser membro do grupo por ele representado[198].

Nessa toada, um empregado negro que se sinta discriminado pelo empregador por motivo de cor e que, por esse motivo, seja excluído do regime de promoções poderá mover ação de classe para representar outros trabalhadores negros que laborem para o mesmo tomador de serviços e que também estejam enfrentando distinção infundada oriunda de política geral de discriminação da empresa.[199]

A investigação do cumprimento do requisito coincide com o momento do ato lesivo. Logo, será típico o representante, mesmo que tenha rompido o vínculo com a parte adversa, quando deduzir em juízo pretensão referente a período em que ainda mantinha relação jurídica com o demandado. Ou seja, combinam-se tipicidade e simultaneidade.

Nesse diapasão, a título de exemplo, não será certificada como ação coletiva a demanda proposta por ex-empregado do setor de funilaria de uma grande empresa que sequer chegou a cumprir turnos ininterruptos de revezamento de 8 horas diárias que causaram danos a outros trabalhadores do setor.

---

[198] Parece razoável sustentar que, no Brasil, o pré-requisito da tipicidade tem estreitas ligações com duas condições da ação: legitimidade *ad causam* e interesse de agir. É que, na qualidade de vítima, a presença do representante no polo ativo da demanda é pertinente, sendo útil e necessária a provocação do Judiciário para o desate da controvérsia resistida.

[199] Como bem retrata o filme "Terra Fria", baseado em história real, a uma empregada de empresa mineradora no interior dos EUA, que sofria sucessivas perseguições de ordem sexual e moral, foi reconhecida pela Justiça americana a legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar *class action*, em que pretendia obrigar o empregador e seus prepostos a se absterem de praticar quaisquer atos que violassem a dignidade de todas as obreiras da empresa em igual situação de assédio. O pedido foi julgado procedente, possuindo, inclusive, viés indenizatório. (TERRA fria. Direção: Niki Caro. Produção: Industry Entertainment, Nick Wechsler, Participant Productions, Warner Bros. Pictures. Intérpretes: Charlize Theron, Frances Mcdormand e outros. Lançamento: Warner Brothers. Local e data de lançamento: Estados Unidos, 2005. 1 DVD (126 min.), longa metragem, colorido)

Também não se verificará tipicidade quando o empregado, ainda que na ativa, não tenha sido atingido por norma regulamentar lesiva direcionada apenas a alguns trabalhadores de outra seção da empresa.

Em que pese a tipicidade importar na coexistência de duas pretensões – a individual do representante e a coletiva do grupo –, o resultado dos pedidos é independente. Assim, a (im)procedência de um não causará, necessariamente, igual consequência no outro.

No exemplo da discriminação do empregado negro, o autor da ação poderá comprovar, de forma satisfatória, atos ilícitos contra a sua pessoa, mas se mostrar incapaz de demonstrar a política geral de discriminação praticada pelo empregador, ou vice-versa. Em síntese: uma parte da decisão não vincula a outra.[200]

6.1.1.4 Representação adequada

Para Antonio Gidi[201], trata-se do pré-requisito mais importante a ser preenchido nas ações de classe americanas, por excepcionar tanto o princípio do devido processo legal quanto a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada apenas às partes que tiveram a oportunidade de se manifestar nos autos.

O representante não é, obrigatoriamente, indicado pelos membros do grupo. O interessado em assumir o papel de porta-voz de sua classe pode, singelamente, apresentar-se como tal – circunstância que o aproxima mais da figura do gestor de negócios do que, propriamente, da figura do representante convencional. Todavia, como salienta Gidi[202], já está consagrada na doutrina americana a denominação *representative.*

Em juízo, o representante demonstrará que possui seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica para agir adequadamente em favor dos interesses de seu grupo.

O atendimento a esse pré-requisito é, no entanto, presumido. Explica-se: se o autor da demanda preencheu o pressuposto anterior – da tipicidade – é membro do grupo. Se, nessa condição, passou pelas mesmas agruras que os membros ausentes que deseja representar,

---

[200] Também parece razoável sustentar que a independência dos pedidos individual e coletivo, que é decorrente do pré-requisito da tipicidade, traduz verdadeiro temperamento ou mitigação do efeito *erga omnes* atribuído às *class actions.*

[201] GIDI, **A *class action* como**…, p. 99-100.

[202] GIDI, **A *class action* como**…, p. 100, nota de rodapé 113.

esperam-se empenho e diligência suficientes para demonstrar a razoabilidade da pretensão deduzida.

No entanto, como bem salienta Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a

> [...] possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente. Consequentemente, estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da denominada representação adequada (*adequacy of representation*)[203]

Por esses motivos, a partir de 2003, com o acréscimo da *Rule* 23 g(1)C à legislação americana, intensificou-se o controle da representação adequada também em relação à pessoa do advogado do representante, que, em verdade, é o advogado do grupo. Isso porque as *class actions* estão sujeitas a procedimento complexo e dispendioso, que, em regra, não pode ser custeado por pessoas comuns, de poucas posses, normalmente vítimas de ilícitos que, individualmente considerados, são de pequena expressão pecuniária.

Em decorrência disso, escritórios de advocacia assumem as despesas advindas do processo coletivo, o que torna o profissional contratado o verdadeiro *dominus litis* e reforça a necessidade de investigação da representação adequada em relação à sua pessoa.

Avaliam-se a ética, a competência e a estrutura material, física e humana do escritório de advocacia que assumiu a causa; ou seja, se ele tem condições de garantir o regular e efetivo andamento do processo. Opera-se a presunção em favor do causídico contratado, já que ele é interessado direto no sucesso da demanda que poderá lhe render vultuosos honorários.

6.1.2 Modalidades de class actions – requisitos específicos

São três as modalidades de *class actions*. Elas são reguladas pela Regra 23, alínea b, que se divide em b(1), b(2) e b(3). A hipótese prevista na alínea b(1) é subdividida em b(1) A e b(1)B.

Ada Pellegrini Grinover esclarece que uma ação pode prosseguir como ação de classe desde que preencha os pré-requisitos comuns a todas as categorias de *class actions* e, ainda:

---

[203] MENDES, **Ações coletivas no direito**..., p. 78.

> [...] (1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; (B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses [...].[204]

O objetivo da ação coletiva do tipo b(1)A é evitar a proliferação de decisões individuais conflitantes no tocante aos interesses da classe, uma vez que provimentos jurisdicionais distintos estabelecem padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe a ela.

Dessa feita, se o empregador estiver subjugado ao cumprimento de várias decisões judiciais proferidas em dissídios individuais que, diversamente, declarem a validade e a invalidade de norma regulamentar instituidora de prazo de decadência convencional, por exemplo, a ação coletiva do tipo b(1)A poderá ser ajuizada para uniformizar o julgamento e, consequentemente, compatibilizar a conduta que deverá ser seguida pelo empregador.

Já a ação coletiva do tipo b(1)B leva em conta o risco dos julgamentos que, conferindo direitos a apenas alguns membros do grupo, podem vir a lesar os interesses de outros integrantes da mesma classe que não foram parte naquele processo. Existe, ainda, o perigo de um julgamento favorável a alguns dos membros impedir a capacidade de proteção dos interesses dos demais integrantes da mesma classe.

Assim, por exemplo, se os integrantes A, B e C de determinada classe sentirem-se lesados porque as decisões judiciais proferidas em ações individuais movidas por D, E, e F (que também pertencem à mesma classe de A, B, C) determinaram a condenação do gestor de um fundo comum e impuseram-lhe a obrigação de pagar dividendos apenas e tão somente aos autores daquelas ações individuais, A, B ou C, na qualidade de credores lesados, ou qualquer outro integrante da classe que também não foi beneficiado poderá propor a ação coletiva do tipo b(1)B.

Já o escopo nas *class actions* do tipo b(2) é a uniformização da conduta daqueles que são contrários aos interesses da classe e que, por isso, agem ou se omitem quanto ao cumprimento de dever legal. O objeto dessa categoria são os direitos civis e os direitos fundamentais constitucionais. O provimento jurisdicional será de natureza mandamental ou declaratória. É descabido, porém, o pedido indenizatório.

---

[204] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 876.

Portanto, a título de ilustração, no âmbito das relações de emprego, poderá ser réu o empregador que não propiciar meio ambiente de trabalho sadio e seguro aos seus empregados.

Finalmente, o tipo b(3) – grande novidade trazida pelas *Rules* de 1966 e inspiradora das ações coletivas brasileiras para a defesa de direitos individuais homogêneos – contempla a chamada *class action for damages*, de natureza predominantemente indenizatória e de caráter residual. Ela está em perfeita sintonia com a tendência socializante do processo.

Os requisitos específicos das *class actions for damages* são:

a) a prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as questões de fato e de direito individuais e
b) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual em termos de justiça e eficácia da sentença.

Os dois critérios são plenamente justificáveis, já que a preponderância de peculiaridades individuais é bastante para obstar os traços de identidade. Se marcantes forem as diferenças, não haverá substrato para as ações representativas. Tampouco elas serão mais vantajosas, já que não subsistirá a relação de dependência ou de ligação entre os lesados, e o processo coletivo poderá apresentar sérias dificuldades que inviabilizem a efetividade da prestação jurisdicional. Nessa temática, é relevante o magistério de Ada Pellegrini Grinover:

> O requisito da *prevalência* dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da *superioridade* leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões.[205] (destaques originais)

Na dicção do art. 23 b(3), alguns valores auxiliam o julgador na aferição da superioridade da tutela coletiva. O rol não é exaustivo e se refere, segundo Gidi[206], à investigação de:

a) eventual interesse dos membros do grupo em controlar suas pretensões em ações individuais;
b) extensão e natureza de ações pendentes, relacionadas à controvérsia, propostas pelos membros do grupo ou contra eles;

[205] GRINOVER *et al.*. **Código brasileiro de**..., p. 877-878.
[206] GIDI, **A *class action* como**…, p. 177.

c) eventuais vantagens ou desvantagens de concentrar a lide em determinada jurisdição e
d) dificuldades com as quais, provavelmente, o grupo deparar-se-á na administração da ação coletiva.

Analisando a questão sob o enfoque justrabalhista, um incêndio ocorrido em estabelecimento ou sede da empresa empregadora que venha a atingir e ferir empregados que ali estavam no momento do sinistro, decorrente de descuido da empresa quanto à conservação do sistema elétrico e dos extintores de incêndio, consubstanciaria, ilustrativamente, uma questão fática comum ensejadora de *class action for damages.*

6.1.3 Alguns aspectos procedimentais das class actions

6.1.3.1 Notificação nas *class actions*

A notificação consiste em ato de comunicação. Normalmente, é realizada após a decisão judicial que certifica a ação proposta como sendo coletiva. Seu objetivo é "[...] informar aos membros ausentes que foi proposta uma ação em tutela dos seus interesses e que esta foi certificada como coletiva."[207]

Diz-se "normalmente", porque houve casos na jurisprudência americana em que a notificação não sucedeu imediatamente a certificação, já que as partes estavam na iminência de celebrar um acordo e, apurada aquela realidade fática, a emissão de notificação na fase inicial do processo seria menos favorável aos interesses do grupo adequadamente representado por um de seus integrantes.

Não raras vezes, delega-se ao advogado da classe a atribuição de redigir os termos da notificação. Isso em face da familiaridade e do conhecimento que ele nutre com as circunstâncias do caso concreto. O ato é controlado pelo advogado da parte contrária. Ao final, o juiz decidirá o conteúdo da notificação, que deverá ser neutro e imparcial, sem

[207] VIANA, Algumas considerações..., **Revista de Processo**, p. 105.

quaisquer traços de exaltação e tampouco de publicidade pessoal do advogado do grupo com o propósito de angariar mais clientes.

Há polêmica quanto à obrigatoriedade e à forma da notificação nas três modalidades de *class actions* previstas no art. 23 b(1), (2) e (3).

Até a publicação da Emenda de 2003, que acrescentou o art. 23 c(2)A às *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, para a perspectiva majoritária, a notificação era dispensável nas duas primeiras espécies de ações coletivas. A seu turno, era obrigatória, individual e pessoal no tipo b(3) para os membros do grupo facilmente identificáveis. Já para os integrantes de difícil identificação, o juiz providenciaria a melhor forma de notificação possível conforme as circunstâncias concretas. Isso poderia se dar mediante editais na *internet*, publicações em revistas especializadas ligadas aos interesses do grupo (*v.g.* revista de carros quando houvesse necessidade de *recall* por defeito mecânico em automóveis), anúncios em jornais ou rádios de âmbito local, estadual ou federal, tudo conforme a extensão territorial do dano.

Para esse segmento (integrantes do grupo de difícil identificação), os efeitos subjetivos da coisa julgada seriam estendidos, ainda que os interessados não tivessem sido individualmente notificados. O ponto crucial seria a emissão da notificação do melhor modo possível.

A distinção de tratamento legal dada às três modalidades de ações coletivas americanas seria fundamentada pela menor coesão havida entre os membros do grupo nas *class actions for damages*, que, similarmente às ações brasileiras para defesa de direitos individuais homogêneos, são apenas e tão somente "acidentalmente" coletivas.

Com a publicação da referida Emenda de 2003, ao juiz foi assegurada a faculdade de decidir pela notificação dos integrantes ausentes do grupo nas *class actions* dos tipos b(1) e (2). Discricionariamente, o magistrado determinará a forma da notificação (se entender por sua necessidade) que será a mais adequada para o caso concreto. Se entender pela não notificação, sua decisão não padecerá de inconstitucionalidade, porque, de acordo com o entendimento recorrente dos tribunais federais superiores americanos, a representação adequada é suficiente para garantir o respeito ao devido processo legal nessas hipóteses.[208]

[208] Para mais detalhes, consultar GIDI, **A *class action* como**…, p. 231.

6.1.3.2 Direito de autoexclusão

Como dois dos pré-requisitos fundamentais das *class actions* são a impraticabilidade do litisconsórcio e a comunhão de questão fática ou de direito entre os membros do grupo, o legislador americano empenhou-se em garantir a maior abrangência possível à decisão proferida no processo coletivo, com o alcance de todos os interessados, ainda que alguns deles não tenham comparecido a juízo.

Para estabelecer a presença fictícia de membros ausentes do grupo na relação processual, foram desenvolvidas 03 técnicas, a saber:

a) presença compulsória;
b) *right to opt in* e
c) *right to opt out*.

Na primeira, ignora-se o querer do interessado quanto à sua participação no processo coletivo. Independentemente do elemento volitivo, todos os membros do grupo representado adequadamente em juízo não poderão exercer o direito de autoexclusão. Assim, sentirão os efeitos subjetivos da coisa julgada qualquer que seja o resultado da demanda.

Essa técnica, em regra, é utilizada nas *class actions* dos tipos b(1) e (2), que, no direito brasileiro, corresponderiam às ações coletivas para a defesa dos direitos difusos e dos direitos coletivos em sentido estrito. Ante a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto, a sentença obrigatoriamente abarcará todos os membros do grupo sem distinção.

Na técnica do *opt in*, privilegia-se a autonomia individual, na medida em que a participação no processo coletivo e a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada dependem de expressa manifestação do interessado. Caso o membro do grupo até então ausente nos autos decida pelo seu ingresso na demanda, ficará adstrito aos efeitos *inter partes* da coisa julgada, qualquer que seja o desfecho da lide (*pro et contra*). Mas, se permanecer inerte, em silêncio, não será atingido pela qualidade que torna imutável e indiscutível a sentença proferida naquele processo coletivo.

O *opt in* foi usado nas antigas *spurius class actions*, constantes da *Rule* 23 de 1938, revogada pela *Rule* 23 de 1966, atualmente em vigor nos Estados Unidos.

Já na terceira modalidade em estudo, exercitável no tipo previsto no art. 23 b(3), parte-se de premissa contrária. A omissão, a inação e o silêncio dos membros ausentes farão

presumir que querem participar da ação proposta. Apenas na hipótese de manifestação expressa é que o integrante do grupo que exerceu o direito de autoexclusão será afastado da lide e libertar-se-á do efeito *erga omnes* da decisão exarada naqueles autos.

Apesar de apresentar desvantagens – assim como as duas categorias anteriores –, a técnica do *opt out* é a mais indicada para o desenvolvimento e a efetividade das *class actions* americanas, por tríplice motivação: a um, o acesso à justiça deve ser estendido à maior parcela de jurisdicionados; a dois, as ações coletivas hão de ser estimuladas e a três, a formação de grupo numeroso conferirá maior poder de barganha à classe que se valeu da ação representativa.

E há outra vantagem, segundo Gidi: "Se é verdade que o sistema de *opt out* opera, na prática, para aumentar o tamanho do grupo, pode-se dizer que ele é vantajoso sempre para a parte que tem razão, seja ela o grupo ou a parte contrária"[209]. Assim, do mesmo modo que é justo indenizar todas as vítimas pela ocorrência de dano coletivo em caso de procedência do pedido, também é justo, se rejeitado o pedido inicial, liberar o demandado – que saiu vitorioso na lide – de futuras demandas que versem sobre idênticas questões de fato e de direito já apreciadas pelo Estado-Juiz.[210]

6.1.3.3 <u>Coisa julgada</u>

As *class actions* – como o próprio nome do instituto indica – são ações representativas desde a sua gênese. Constituem avançado instrumento processual, na medida em que possibilitam a tutela de direitos metaindividuais, que são fruto de transformações sociais e da massificação de conflitos de interesses nas comunidades modernas.

Partindo das premissas de que os membros do grupo estão adequadamente representados em juízo e de que o representante da classe dispõe de recursos tanto técnicos quanto econômicos para atuar em nome de todos os membros do grupo, mormente dos

---

[209] GIDI, **A *class action* como**…, p. 293.

[210] Frise-se que essa é a realidade norte-americana. Com bem esclarece Ada Pellegrini Grinover *(*GRINOVER *et al.***Código brasileiro de**..., p. 927), os motivos que desaconselham a transposição automática e mecânica à legislação nacional do tratamento dado pelas *class actions* ao instituto da coisa julgada são: "[...]a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada". Ademais, ainda de acordo com a ilustre Professora, o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* já estava inserido no

ausentes, o sistema processual americano excepcionou norma jurídica de viés conservador que restringe os efeitos subjetivos da coisa julgada apenas às partes do processo que tiveram a regular oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Contudo, conferiu tratamento diferenciado às *class actions for damages,* como se verá adiante.

Em que pese a opção legislativa dos EUA provocar desconfiança e revolta em intérpretes e operadores do direito mais tradicionais, eis que a decisão proferida nas ações coletivas tem efeito vinculante (*erga omnes)* qualquer que seja o resultado da pretensão (*pro et contra*), medidas são tomadas com o fito de evitar injustiças em detrimento do membro do grupo ausente.

Inicialmente, o Judiciário americano é extremamente cauteloso quanto à satisfação dos requisitos comuns e específicos para a configuração de todas as modalidades de *class actions* e, por conseguinte, para a emissão de certificado nesse sentido.

Em segundo lugar, há certo rigor quanto à notificação nas ações coletivas *for damages*, pois o ato será uma comunicação pessoal, individual e obrigatória dirigida aos membros do grupo facilmente identificáveis. Para os integrantes cuja identificação é difícil, a notificação dar-se-á por meios razoáveis.

Ademais, não se afasta a possibilidade jurídica de, em quaisquer espécies de *class action* – b(1), (2) ou (3) – a coisa julgada ser questionada em demanda posterior, a ser proposta por um membro do grupo ou por toda a classe. Existem mecanismos de revisão da qualidade que, em tese, conferiria imutabilidade à sentença. Essa pretensão revisional é apreciada por outro juiz, diferente daquele que examinou a *class action* primitiva.

Para Antonio Gidi, nas ações coletivas dos tipos b(1) e (2), "[...] na sentença deve ser emitido um critério de pertinência ao grupo, para que se possa saber quem será atingido pela coisa julgada coletiva [...]." [211]

Ante a impossibilidade de identificar e nomear todos os membros do grupo atingidos pela decisão judicial, contornos gerais deverão ser delineados.

Já nas ações coletivas do tipo b(3), em face da notificação obrigatória e da faculdade processual do exercício da autoexclusão (*right to opt out*), é materialmente possível enunciar aqueles que, efetivamente, estarão subjugados à extensão subjetiva da coisa julgada.[212]

---

ordenamento jurídico nacional desde a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 26.06.1965), constando, também, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.07.1985).

[211] GIDI, **A *class action* como**…, p. 272.

[212] Como explicitado anteriormente, o Brasil adotou o regime da coisa julgada *secundum eventum litis.* De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a escolha foi consciente, uma vez que os interesses da classe mais

6.2 Tutela coletiva na Itália (art. 140-bis do Código de Consumo)

Segundo Ada Pellegrini Grinover[213], havia regulamentação jurídica para a tutela coletiva na Itália, mas somente para provimentos de natureza inibitória, carecendo a sistemática processual daquele país de proteção metaindividual de cunho ressarcitório. A tutela coletiva preventiva, contudo, não foi capaz de enfrentar as vicissitudes e imposições advindas da sociedade de massas e da socialização dos conflitos, notadamente a necessidade de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos contratuais ou extracontratuais incidentes sobre uma pluralidade de lesados, algumas vezes de impossível identificação. Assim, em dezembro de 2007, foi incluído no Código de Consumo italiano (Decreto Legislativo n. 206, de 6 de setembro de 2005), por força da *Legge Finanziaria* (Lei n. 244, de 24 de dezembro de 2007), o novo art. 140-bis, que introduziu a tutela coletiva ressarcitória e restituitória no ordenamento jurídico peninsular. A medida era essencial para garantir o retorno do patrimônio da vítima ao estado anterior ao gravame.

Em fórum de discussões realizado em Roma, em 31 de maio de 2007, que contou com a presença de vários processualistas italianos, para a discussão de temas pertinentes às ações coletivas, coordenado por Gianfranco Gilardi, autor do artigo "*Forum: azioni collettive*", do qual consta a transcrição dos diálogos travados no encontro, Giorgio Costantino, um dos juristas presentes, ressaltou:

> [...] a tutela preventiva não interessa a ninguém porque não traz dinheiro. [...] até a explosão do fato evidente, ninguém se encaminha para o juízo porque não se ganha

---

vulnerável merecem tratamento jurídico diferenciado no processo coletivo brasileiro em homenagem ao princípio da igualdade real. Ressalta a brilhante jurista que "[...] o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los. É a coisa julgada, *ultra partes* ou *erga omnes*, em caso de procedência da demanda, mantida a faculdade de os interessados, a título individual, ajuizarem sua ação pessoal, em caso de sentença desfavorável ao autor coletivo. Tudo, ainda, com o temperamento da inexistência de coisa julgada, na hipótese de rejeição da demanda coletiva, por insuficiência de provas." (GRINOVER *et al.* **Código brasileiro de**..., p. 930). Comparando os mecanismos processuais americano e pátrio, conclui-se que o regime da coisa julgada conforme o resultado do processo é o mais adequado para a resolução do segundo tipo de litigiosidade no Brasil, que envolve os conflitos coletivos. É que, mesmo em caso de derrota do autor coletivo, ainda poderá ser ajuizada ação individual pelos interessados, salvo por aqueles que intervieram no processo coletivo na qualidade de litisconsortes (§ 2º do art. 103 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). Na hipótese de procedência do pedido postulado na ação coletiva pela parte ideológica, os efeitos da coisa julgada serão aproveitados por todos os substituídos, verdadeiros titulares do direito material reconhecido em juízo, passando-se diretamente para a fase liquidatória e executiva (parte final do §2º do art. 103 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), o que coaduna com o princípio de efetividade da tutela jurisdicional.

[213] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 169-177.

> um só euro e quem suscita o problema é considerado um chantagista mau caráter.[214] (tradução livre)

Não obstante o progresso advindo da inclusão da tutela reparatória no regime coletivo italiano, o alcance do dispositivo consumerista peca em determinados aspectos. Um deles se refere à aplicação limitada a casos tipificados em lei, como esclarecido por Igor Bimkowski Rossoni:

> Uma primeira característica de monta que deve ser destacada é a restrição da tutela coletiva ressarcitória ou restituitória a casos tipificados. O Código de Consumo italiano permite o exercício "dall'azione di classe" em determinadas hipóteses do direito material, isto é, há verdadeira restrição no plano processual para a tutela dos direitos coletivos. E nesse sentido é expresso a *comma* 2 do art. 140-bis [...] [215] [216]

Tal adstrição, criticada por doutrinadores italianos de escol, demonstra cautela excessiva (ou será receio?)[217] em desenvolver uma sistemática processual avançada, que, combinando as previsões tutelares de caráter inibitório e de cunho repressivo, sem hipóteses de incidência fechadas, completaria a proteção legal aos interesses individuais e coletivos em sentido lato.

---

[214] No original: "[...] la tutela preventiva non interessa a nessuno in quanto non porta denaro. [...] fino a quando non scoppia il fatto eclatante, nessuno intraprende un giudizio perché non si guadagna un solo euro e chi solleva il problema viene considerato alla stregua di un banale ricattatore.[...]" (GILARDI, Gianfranco. *Forum: azioni collettive*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, out. 2007, p. 239).

[215] ROSSONI, Igor Bimkowski. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro**: avanço ou retrocesso? Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso> [sic]. Acesso em: 16 nov. 2010.

[216] Na dicção da *comma* 2 do art. 140-bis do Código de Consumo italiano, a ação de classe tutela: a) os direitos contratuais de uma pluralidade de consumidores e usuários que versem nos litígios de uma mesma empresa em situação idêntica, inclusive os direitos relativos aos contratos celebrados nos termos dos arts. 1341 e 1342 do Código Civil; b) os direitos idênticos relativos ao consumidor final de um produto nos litígios do respectivo produtor, mesmo prescindindo de uma relação contratual direta; c) os direitos idênticos a ressarcimento do prejuízo resultante para os mesmos consumidores e usuários de práticas de comércio desleais ou de comportamentos anticoncorrenciais (tradução livre). No original: "[...] 2. L´azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali". Disponível em: <http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/antitrust_elettrodomestici/codice.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

[217] Uma das possíveis causas que obstam a previsão de tutela coletiva ressarcitória para objetos ilimitados é de natureza político-econômica, pois, sendo a Itália integrante da União Europeia, optar por um modelo jurídico nacional mais eficaz e producente contra os interesses de empresas poderia levar a uma espécie de "concorrência de tutelas", fazendo com que empreendedores preferissem investir em localidades carentes de Judiciário e de legislação efetivos. Em tempos de globalização, a desterritorialização da atividade econômica é um fenômeno comum e, no tocante ao cumprimento de direitos trabalhistas, há migração de investidores para onde se paga menos aos empregados, os custos operacionais são menores, o inadimplemento das obrigações juslaboristas é tardiamente punido pelo Estado-Juiz e os incentivos fiscais são maiores.

A respeito, Guido Alpa, outro jurista que também participou do fórum de discussões realizado em Roma, cujos diálogos foram transcritos por Gianfranco Gilardi em artigo jurídico, menciona:

> [...] é importante ressaltar que as novas regras deveriam ser introduzidos no código de procedimento civil [...] e não no chamado "código do consumo", tratando-se de instrumentos destinados a tutelar interesses que vão além daqueles que pertencem a cada consumidor. [...] Se [...] as novas normas viessem colocadas fora do código de consumo, legitimado passivo deveria ser todo aquele que lese os interesses identificados no âmbito da relativa disciplina e, portanto, poderia ser vista como tal também a Administração Pública que pode ser igualmente produtora de danos [...].[218](tradução livre)

Outra característica do regime italiano de tutela coletiva ressarcitória diz respeito à opção pelo critério *opt in*, que privilegia a autonomia individual, na medida em que a participação no processo coletivo e a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada dependem de expressa manifestação do interessado. Caso o membro do grupo até então ausente nos autos decida pelo seu ingresso na demanda, ficará adstrito aos efeitos *inter partes* da coisa julgada, qualquer que seja o desfecho da lide (*pro et contra*). Mas, se permanecer inerte, em silêncio, não será atingido pela qualidade que torna imutável e indiscutível a sentença. O prazo para aderir à ação coletiva é fixado pelo tribunal competente e não supera 120 dias.

Simpatizantes dessa vertente interpretativa alegam a maior coerência do modelo *opt in* com os institutos, os conceitos e a ideologia da família c*ivil law* a que se filia a Itália. Sustentam que a extensão dos efeitos da coisa julgada apenas àqueles que ingressaram voluntariamente na ação coletiva vai ao encontro do princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 24, *comma* 2, da Constituição italiana, que prescreve: "A defesa é inviolável em todas as etapas e níveis do procedimento."[219]

O eminente jurista Luigi Paolo Comoglio elenca algumas "perplexidades" no regramento italiano da tutela coletiva ressarcitória em face da legitimação dos corpos intermediários e da ausência de regulamentação sobre a relação das demandas coletivas e individuais:

---

[218] No original: "[...]è opportuno sottolineare che le nuove regole dovrebbero essere inserite nel codice di procedura civile [...] e non nel cd 'codice del consumo', tratttandosi di strumenti destinati a tutelare interessi che vanno oltre quelli di cui sono titolari i singoli consumatori [...]. Se [...] le nuove norme venissero collocate fuori del codice di consumo, legittimato passivo dovrebbe essere chiunque leda gli interesssi identificati nell´ambito della relativa disciplina e, dunque, potrebbe rientrarvi anche la Pubblica amministrazione, la cui condotta può essere ugualmente produtttiva di danni [...]". *In*: GILARDI, *Forum*:..., **Revista de Processo**, p. 244.

[219] No original: "Art. 24 [...] La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.[...]." Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>. Acesso em: 30 jan. 2011.

> Antes de tudo, aqui se faz uma grande mistura, conferindo aos entes exponenciais de categoria (ou de grupo) a legitimação para agir não só para a tutela de interesses coletivos, para a qual é especificamente idônea a tutela inibitória, mas também para a tutela de direitos subjetivos ressarcitórios que dizem respeito individualmente a cada um dos consumidores e usuários lesados. Em segundo lugar, parece complicada a relação entre a ação de grupo destinada a desaguar em uma condenação genérica e as ações individuais que venham a ser propostas em época sucessiva [...].[220] (tradução livre)

Tais afirmações indicam que Comoglio não é favorável à titularidade de partes ideológicas na tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, dadas a divisibilidade do objeto e as supostas especificidades de cada situação jurídica.

Como é cediço, abalizada doutrina brasileira[221] já superou essa preliminar, reconhecendo titularidade ativa a determinadas pessoas jurídicas e órgãos definidos em lei para a tutela metaindividual. O legislador fez essa escolha levando em conta que os direitos individuais homogêneos, apesar de acidentalmente coletivos, quando pleiteados em conjunto, potencializam o acesso à ordem jurídica justa, estimulam o lesado a procurar seus direitos, reduzem os custos, os descréditos e as incertezas impingidos ao Judiciário com a lentidão processual, as disfunções e as contrariedades geradas por decisões conflitantes em processos individuais. Doutro tanto, a propositura das ações coletivas por partes ideológicas, que têm mais capacitação técnica, independência e vontade política, funciona como uma espécie de escudo em favor do autor individual, que, se agisse isoladamente, estaria mais vulnerável às pressões exercidas pelo *mass-wrongdoer*.

Quanto à relação das demandas coletivas e individuais, a solução brasileira é inteligente, pois, na fase de liquidação, caberá ao titular demonstrar o nexo de causalidade entre o seu dano pessoal e a condenação genérica. Lado outro, a Lei n. 8.078/1990 traça os parâmetros relativos à litispendência, à coisa julgada e à faculdade do demandante de suspender a ação individual para ser favorecido pelo resultado da tutela coletiva.

---

[220] No original: "Anzitutto, qui si fa (per così dire) di tutta un´erba um fascio, conferendo agli enti esponenziali di categoria (o di gruppo) la legittimazione ad agire non già per la tutela di interessi colletivi, per la cui protezione è specificamente idonea (como si è visto) la tutela di tipo inibitório, bensì per la tutela di diritti soggettivi risarcitori, che spettano comunque ai singoli consumatori od utenti danneggiati. In secondo luogo, appare macchinoso il rapporto fra l´azione individuali, esperibili in epoca successiva.[...]". COMOGLIO, Luigi Paolo. *Aspetti processuali della tutela del consumatore*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 32, n. 154, dez. 2007, p. 113.

[221] Nesse sentido, WATANABE, Disposições gerais..., *in:* GRINOVER *et al*. **Código brasileiro de**..., p. 797 e 834. FAVA, A classe no pólo..., *in:* HORTÊNCIO JÚNIOR *et al.* **Ação coletiva na**..., p. 75.

6.3 *Group litigation order (GLO)* inglês

Assim como a Itália e a Alemanha, a Inglaterra reluta em adotar mecanismos processuais derivados do modelo americano das *class actions* para a tutela de direitos coletivos. Bem apegados ao conservadorismo – marca característica deste país –, os britânicos preferiram desenvolver técnicas próprias para a solução de litígios com multiplicidade de partes.

Neil Andrews[222] noticia a existência de três categorias processuais especiais para dirimir os conflitos coletivos na Inglaterra:

a) a ordem de litígio em grupo (*Group Litigation Order - GLO)*;
b) os processos por representação (*representative action rule*) e
c) o litígio consolidado (*ordinary joinder of co-claimants*), que é tratado mediante legislação específica para diferentes matérias.

Este trabalho analisará tão somente a *GLO* inglesa, modalidade que tem mais pertinência com o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no PLS n. 166/2010[223], que será estudado oportunamente.

O expediente inglês consiste, basicamente, na atribuição de maiores poderes ao órgão judiciário que atuará como *management court*. Deparando-se com lides cuja controvérsia envolva questões de fato ou de direito comuns, o magistrado emite ordem para a administração judicial coletiva dos casos.

De acordo com Neil Andrews[224], a ordem do litígio em grupo requer dupla aprovação, já que a decisão preliminar favorável à sua formação precisa ser ratificada por um *senior*

---

[222] ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução, orientação e revisão de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 337-338.

[223] De acordo com o glossário encontrado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www2.camara.gov.br/glossario/p.html/?searchterm=projeto%20de%20lei>, acessado em: 30 jan. 2011, projeto de lei é "espécie de proposição destinada a regular matéria inserida na competência normativa da União e pertinente às atribuições do Congresso Nacional, sujeitando-se, após aprovada, à sanção ou ao veto presidencial." Feitos esses esclarecimentos, informa-se que o PLS n. 166/2010 foi proposto pelo Senador José Sarney e dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil brasileiro. Uma das modificações sugeridas refere-se à inclusão do instituto denominado incidente de resolução de demandas repetitivas.

[224] ANDREWS, **O moderno processo civil**:..., p. 343, 345.

judge[225]. Nesse diapasão, se a *GLO* for apresentada à *Queen´s Bench Division*, o ato precisará da confirmação do *Lord Chief Justice*; se a questão for levantada, inicialmente, à *Chancery Division*, o *Vice-Chancellor* deverá se manifestar a respeito; e, finalmente, se a hipótese for suscitada perante as *County Courts*, o *Head of Civil Justice* deverá pronunciar-se a favor ou contra.

Exigem-se dos chamados "juízes administradores" da *GLO* qualificações específicas, tais como real habilidade, paciência, bom senso e poder de decisão, porquanto grande quantidade de autores, réus e advogados pode atuar nesse tipo de procedimento. O *management court* deverá agregar os casos que veiculam questões similares para administrá-los de acordo com a melhor eficiência processual e para garantir a igualdade entre as partes. Dentre os seus poderes destacam-se: a especificação de detalhes, a fim de demonstrar que os critérios de admissibilidade da *GLO* foram cumpridos; a instrução para modificar as questões comuns especificadas anteriormente (*GLO issues*); a indicação do principal advogado dos autores ou dos réus; a fixação de prazo cuja infringência impedirá que o interessado seja incluído no registro do grupo, salvo permissão em contrário do tribunal; a extinção do *group litigation* quando não for a fórmula processual adequada para o tratamento da controvérsia.

Têm legitimidade para instaurar a *GLO* os autores, os réus e, de ofício, o órgão judiciário. Isso aproxima o mecanismo inglês do incidente brasileiro de resolução de demandas repetitivas. Obrigatoriamente, as questões comuns deverão ser especificadas para eventual admissibilidade da reunião.

Os interessados têm que manifestar a vontade de aderir ao processo conjunto. Por isso, a *GLO* é um mecanismo de *opt in* coletivo, que se funda em ato comissivo praticado por supostas vítimas de ilícito massificado que expressam, consciente e voluntariamente, a intenção de ingressar na tutela coletiva de litígios com pluralidade de partes.

---

[225] Para a melhor compreensão do regime da *GLO*, serão feitas breves considerações sobre a organização judiciária inglesa. Inicialmente, esclarece-se que existe a *Supreme Court of Judicature*, submetida ao controle da *House of Lords.* A *Supreme Court of Judicature* é constituída, em primeira instância, pela *High Court of Justice* (de jurisdição civil) e pela *Crown Court* (de jurisdição criminal); em segunda instância, é integrada pela *Court of Appel*. Contra os acórdãos desta última corte pode-se recorrer à *House of Lords.* A *High Court of Justice* possui três divisões: *Chancery Division* (presidida pelo *Lord Vice Chancellor*), *Queen´s Bench Division* (presidida pelo *Lord Chief Justice*) e *Family Division* (cuja figura máxima é o presidente). No rol das Cortes inferiores, estão as *County Courts* (cortes dos condados) e os juízes de paz. Segundo Neil Andrews, as ações abaixo de 5.000 libras esterlinas serão obrigatoriamente propostas perante as *County Courts*, havendo mera faculdade de provocação dessa Corte quando as demandas tiverem valores inferiores a 50.000 libras esterlinas. Caso o requerimento da *GLO* seja apresentado às *County Courts*, a decisão preliminar deverá passar pelo crivo do *Head of Civil Justice* (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**:..., p. 20). A respeito, consultar também DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 17-30.

Os sistemas processuais que aplicam o *opt in* fazem-no visando à não vulneração de princípios do contraditório e dos limites subjetivos da coisa julgada. Como uma das notas características da Inglaterra é o conservadorismo, é compreensível que o país tenha preferido a citada técnica inclusiva.[226].

Por força de disposição legal, o ordinário é que a decisão proferida na *GLO* vincule as partes quanto às questões comuns registradas no momento da prolação do julgamento, salvo se a Corte determinar em contrário. Por conseguinte, ações futuras não são atingidas pela decisão exarada na *GLO* anterior, ainda que, reiteradamente, versem sobre as matérias de fato ou de direito idênticas.

Decidida a questão comum, será apreciada cada questão individual. Mas se a questão comum for pertinente à responsabilidade, por exemplo, e, genericamente, na *GLO* tiver sido reconhecida a culpa do(s) demandado(s), daí por diante cada autor deverá demonstrar as suas perdas reais. Leciona o eminente jurista Neil Andrews: "O direito inglês não permite indenização por danos sem que haja provas de perdas reais sofridas por autores individuais."[227]

Ao contrário do regime alemão do *KapMug*, que será tratado no capítulo seguinte desta dissertação, na *GLO* os terceiros interessados não podem afastar o efeito vinculante da decisão nela proferida sob a alegação de exceção de má gestão do processo, o que reforça a coerência do critério do *opt in* na legislação britânica, porque salvaguarda os interesses dos jurisdicionados que não querem ser atingidos pela gestão judicial de processos em grupo.

Finalmente, no tocante à sucumbência, os membros do grupo partilham a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais relativas às questões comuns. Essa divisão colabora para a ampliação do acesso à justiça e, portanto, para o aumento do número

---

[226] O doutrinador brasileiro Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *XIII World Congress of Procedural Law. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 304) lista alguns inconvenientes do critério *opt in*, tais como: a técnica inclusiva, sob o argumento de respeitar os princípios tradicionais do contraditório e da adstrição aos efeitos da coisa julgada, enfraquece as finalidades da tutela coletiva, que são evitar a multiplicação de demandas, os choques decisórios e a fragmentação da prestação jurisdicional, já que o mesmo conflito de massa, uma vez cindido e distribuído a julgadores distintos, dotados, cada um, de uma vivência e olhar, pode ter resultados díspares. Watanabe consigna que o mecanismo *opt out* também recebe censura, porque, ao estender os efeitos da coisa julgada a todos aqueles que não se manifestaram expressamente para exercer o direito de autoexclusão, vulneraria garantias fundamentais do processo, mormente o contraditório. Desde já, deixa-se registrado que o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* adotado pelo Brasil foi concebido exatamente para minorar as desvantagens dos critérios do *opt in* e do *opt out*. No primeiro caso, a solução brasileira evita a dispersão jurisprudencial e realiza justiça de forma massificada; no segundo, reduz os inconvenientes do *opt out* quanto à expansão dos efeitos da coisa julgada quando a ação de classe é rejeitada, pois até o membro da classe que não participou das *class actions* e não exerceu o contraditório é atingido.

[227] ANDREWS, **O moderno processo civil**:..., p. 347.

de autores que passam a procurar o Judiciário. Caso predominassem outras regras alusivas ao princípio da sucumbência, as vítimas não disporiam de recursos financeiros bastantes para suportar, sozinhas, todos os encargos decorrentes de conflitos de massa. Anote-se que é raríssima a liberação de verbas públicas para o patrocínio de litígios em grupo na Inglaterra.

7 PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO (*KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHREN - KapMug*)

7.1 Considerações gerais

O procedimento-modelo alemão, inserido no ordenamento jurídico germânico em 16 de agosto de 2005, tem por finalidade específica proteger os investidores no mercado de capitais, circunstância que limita pontualmente sua aplicabilidade a legitimados ativos e a relações jurídicas previamente definidos. Consiste no desenvolvimento de rito para a resolução coletiva de ações individuais, evitando-se, dentro do possível, os modelos representativos de classe, formulados a partir do instituto da substituição processual e da legitimação extraordinária.

Na Alemanha, as ações de grupo não representativas são preferidas à tutela coletiva. Têm o propósito de promover solução estatal única, exarada a partir de caso individual, mas de esfera coletiva, capaz de surtir efeitos vinculativos extraprocessuais.

Segundo Antonio do Passo Cabral, no procedimento-modelo germânico,

> [...] Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de "incidente coletivo" dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma "não-parte substituída". É a tentativa de estabelecer "algo análogo a uma *class action***,** mas sem classe."[228]

A premissa, portanto, é inversa àquela observada nos mecanismos de tutela coletiva de direitos metaindividuais: ao invés de a entidade com legitimidade extraordinária postular direitos alheios em nome próprio, mediante procedimento representativo, o ponto de partida é uma ação de caráter individual, fundada na titularidade ordinária daquele que se sentiu ameaçado ou lesado em seu patrimônio jurídico.

Verificada, porém, a repetição, em outras demandas individuais, das mesmas questões fático-jurídicas e do mesmo pedido, para expungir os males e os riscos decorrentes de decisões judiciais divergentes, os germânicos permitiram a instauração de incidente de

[228] CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 147, maio 2007, p. 128.

coletivização dentro de ação individual, com o escopo de definir homogeneamente todos os aspectos genéricos comuns às pretensões isomórficas.

Dessa feita, arrisca-se dizer que a lógica extraível do procedimento-modelo alemão apresenta certos traços de objetivação da lide para além da subjetivação das partes, ainda que essa característica não venha a alcançar tamanha grandeza a ponto de desprezar as peculiaridades de cada caso concreto.

7.2 Fato-gênese

O procedimento-modelo alemão surgiu em agosto de 2005 a partir de um caso concreto que causou prejuízos massificados aos investidores que compraram as ações da Deutsche Telekom. É que a empresa alemã, ao vender seus papéis na Bolsa de Frankfurt, omitiu informações aos interessados. A sonegação gerou a queda do valor nominal das suas ações, causando irresignação naqueles que confiaram e investiram na instituição. Entre 2001 a 2003, foram ajuizadas cerca de treze mil ações visando à reparação de danos contra a Telekom alemã. A avalanche de processos gerou uma verdadeira pane no cotidiano da seção de direito comercial do Tribunal de Frankfurt. Em face da demora no julgamento das ações, foram interpostos dois recursos constitucionais ao Tribunal Constitucional alemão em 2004, sob o fundamento de vulneração do direito à duração razoável do processo. A Alta Corte tedesca não acolheu a tese recursal, afirmando que a demora no caso concreto era tolerável. Todavia, mencionou a possibilidade de aplicação de procedimento-modelo.

Na Alemanha, a previsão normativa originária do procedimento-modelo é encontrada no Código da Justiça Administrativa. No entanto, a gravidade dos danos provocados no caso Deutsche Telekom determinou a promulgação do *KapMug* em agosto de 2005, com a finalidade de evitar novos escândalos acionários e de recuperar a confiança do investidor individual nas empresas que participam da bolsa de valores alemã.

O procedimento-modelo germânico foi implantado com prazo determinado de vigência – até o dia 1º de novembro de 2010[229]. Alcançado o termo final, competirá às autoridades alemãs analisar os resultados da legislação especial para decidir se as normas

[229] Notícia veiculada no sítio eletrônico <http://www.wiwo.de/finanzen/musterverfahren-ohne-wert-444439/>, acessado em 12 de novembro de 2010, informa que o *KapMug* foi prorrogado por mais dois anos, porque as ações movidas contra a Deutsche Telekom ainda não chegaram a um fim.

aplicáveis ao *KapMug* merecem sistematização genérica mediante sua inclusão no ZPO, diploma que regula os institutos e as relações jurídicas processuais naquele país.

7.3 Procedimento

Autor e réu têm legitimidade para requerer a instauração do procedimento-padrão com vistas a resolver questões de fato ou de direito comuns a pretensões isomórficas, não cabendo prerrogativa, dever ou função similar ao órgão judiciário alemão. Em petição, devem justificar os pontos que, sob a sua ótica, dependem de decisão coletiva e especificar os meios de prova necessários para a demonstração do efeito extraprocessual da temática.

O poder jurisdicional relativo à declaração de admissibilidade ou inadmissibilidade do incidente de coletivização é reservado tão somente ao juízo de origem, que, em decisão irrecorrível, fixará o mérito do procedimento coletivo a ser apreciado por tribunal de instância superior.

Antes da remessa dos autos ao órgão *ad quem,* contudo, o requerimento de instauração do procedimento-modelo será registrado em cadastro eletrônico e gratuito, do qual constarão breve resumo do pedido, os nomes das partes envolvidas e a justificativa do incidente.

A par disso, a admissibilidade do incidente estará condicionada ao cadastramento, no interstício de quatro meses após a publicação do registro eletrônico, de, pelo menos, outros nove procedimentos-padrão similares ao primitivo. As pretensões paralelas poderão ser requeridas no juízo de origem ao qual foi apresentado o pedido originário do procedimento coletivo ou em outros.

De forma semelhante à prevenção do direito processual brasileiro, uma vez observado o número legal mínimo de requerimentos de procedimento-modelo para causas parecidas (ao menos dez no intervalo de quatro meses), o juízo ao qual, cronologicamente, foi requerido o conhecimento do primeiro incidente pronunciar-se-á sobre o cabimento ou descabimento do procedimento-padrão nos moldes do direito alemão.

Constatada a admissibilidade, "[...] serão suspensos, de ofício e em decisão irrecorrível, todos os processos em que a decisão dependa das questões a serem decididas ou esclarecidas no Procedimento-Modelo".[230]

---

[230] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 136.

Os poderes conferidos ao juízo de origem são tão expressivos que o tribunal não poderá reformar a decisão primeva que declarou a coletivização da questão fático-jurídica comum. A ele (tribunal) caberá a cognição meritória do procedimento coletivo, que, frise-se, foi definitivamente traçada por instância inferior, mais especificamente pelo juízo de origem que analisou a admissibilidade do incidente de coletivização.

Com fulcro em seu espectro decisório, o tribunal procederá à escolha de líderes para os múltiplos autores e réus, a fim de evitar desordem e confusão procedimentais e de otimizar, em tese, a qualidade das manifestações emitidas pelas partes. Os selecionados atuarão na condição de interlocutores diretos das partes com a Corte. Isto é, acompanhados pelos respectivos advogados, serão os porta-vozes dos demandantes e dos demandados.

Tal designação, no entanto, não aproxima o procedimento-padrão alemão do instituto de representação adequada constante do regime das *class actions* norte-americanas. É tamanho o respeito alemão a princípios processuais tradicionalmente consagrados no país e na Europa (dentre eles, o contraditório) que o Ministério da Justiça alemão, em documento oficial, afirmou que o procedimento-modelo constitui uma alternativa para a solução de conflitos de massa, rigorosamente pautada em postulados fundamentais de seu país e do continente europeu, que não incutem nem incitam confusão entre a *KapMug* e c*lass actions.*[231]

Considerando que a decisão proferida no julgamento de mérito do procedimento-padrão atinge, inclusive, processos individuais cujas partes não postularam o incidente de coletivização, a legislação especial alemã autoriza-lhes ingressar no processo. Elas receberão os autos no estado em que se encontrarem e poderão se valer de meios de impugnação, de ataque e de defesa. Dentre as faculdades a elas asseguradas está o requerimento de inclusão de novas questões comuns para o julgamento em esfera coletiva, desde que, é claro, a mencionada fase não tenha sido ultrapassada no momento em que ingressarem nos autos. Em suma: a multicitada inclusão permite que influam no resultado da lide coletiva.

A vinculação subjetiva proveniente de decisão de mérito exarada no procedimento-modelo não alcançará automaticamente processos futuros, ainda que contenham questões e objeto comuns aos decididos no incidente de coletivização. Somente serão atingidas pela repercussão extraprocessual do *KapMug* as demandas individuais ajuizadas até o momento da decisão coletiva, nos ensinamentos de Antonio do Passo Cabral, para quem

> [...] foi adotado sistema contrário ao da *Group Litigation* inglesa, na qual a lei requer uma atuação positiva dos membros da classe para que sejam atingidos pelos

[231] As principais distinções serão abordadas oportunamente.

> benefícios da ação coletiva, consagrando, portanto, um procedimento de *opt in*. No *Musterverfahren* não há essa exigência. Contudo, ainda assim não se trata de um mecanismo de ruptura autoritária com a vontade individual, de extensão coletiva da coisa julgada que despreze a pluralidade. Inicialmente, merece destaque a ampla possibilidade de participação aos interessados, influindo e condicionando a decisão. Por outro lado, o fato de a extensão da coisa julgada ser apenas em relação àqueles que já ajuizaram demandas singulares no momento da decisão coletiva demonstra preocupação com o princípio dispositivo e as estratégias processuais individuais. Essa a grande diferença para as *class actions***,** as quais podem correr "pelas costas" dos membros da classe, como visto[...]." [232] [233] (grifo não consta do original)

A decisão de mérito tomada pelo tribunal é recorrível, mas, para tanto, o insurgente deverá demonstrar o preenchimento de requisito denominado "significação fundamental", que, a grosso modo, pode ser comparado ao pressuposto da repercussão geral do recurso extraordinário brasileiro.

O meio impugnatório oposto à decisão de mérito do *KapMug* não poderá se voltar contra a decisão do juízo de origem que determinou o objeto do incidente de coletivização. Apenas poderão ser combatidos eventuais equívocos cometidos pelo próprio tribunal que julgou as questões de fato e/ou de direito predefinidas na tratativa coletiva.

Têm legitimidade para recorrer as partes originárias do *KapMug* e aqueles que ingressaram posteriormente no procedimento coletivo. Estes últimos podem se insurgir contra a decisão coletiva, sob o argumento de que a parte principal geriu mal o processo. Ou seja, para não sofrerem a extensão automática dos efeitos da coisa julgada, poderão sustentar *exceptio male gesti processus.* Nessa hipótese, assumirão o ônus de demonstrar que, no estado em que receberam os autos, não podiam praticar atos processuais eficazes nem utilizar meios processuais hábeis para comprovar a veracidade e razoabilidade de seus interesses, por desconhecimento causado por culpa grave da parte principal. Se, porém, o andamento do processo não lhes for favorável e, mesmo assim, eles se mantiverem inertes durante a tramitação do procedimento-modelo, deverão suportar a extensão da coisa julgada.

---

[232] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 141-142.

[233] Como foi estudado, o critério do *opt out*, utilizado em determinadas hipóteses de *class actions* americanas, pauta-se na omissão, inação e silêncio de membros ausentes da classe que fazem presumir que o faltoso quer participar da ação proposta. Apenas na hipótese de manifestação expressa é que o integrante do grupo que exerceu o direito de autoexclusão será afastado da lide e libertar-se-á do efeito *erga omnes* da decisão exarada naqueles autos. No procedimento-modelo alemão, não é adotado o critério *opt out*. Os efeitos da coisa julgada não são amplos e nem irrestritos. Eles incidem apenas nos processos individuais que versam sobre questões comuns às do *KapMug* e que foram ajuizados até o momento de emissão da decisão coletiva. Esse marco temporal acaba resguardando os interesses dos jurisdicionados que não ajuizaram demanda individual nesse período. Lado outro, as partes dos processos individuais que não postularam o procedimento-modelo estão autorizadas a ingressar no *KapMug* para o amplo exercício do contraditório, princípio tão prezado pelos germânicos.

No tocante à repartição das despesas processuais, a sistemática alemã parece mais justa. De acordo com Antonio do Passo Cabral[234], os custos do incidente são calculados, proporcionalmente, como encargos do processo de origem, e as cotas-parte são apuradas comparando a grandeza das pretensões individuais com o total das exigências paralelas das partes e daqueles que ingressarem no *KapMug* posteriormente. O êxito e a participação efetiva no procedimento recursal também são considerados para a repartição dos custos do incidente. A princípio, a realização dessas operações matemáticas pode soar estranha, complexa, demorada e trabalhosa. No entanto, não há dúvidas de que a opção do legislador tedesco privilegia a melhor distribuição de justiça.

[234] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 143.

8 O QUE ESTÁ POR VIR NO BRASIL: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

8.1 Considerações gerais

Com a perspectiva de promover segurança jurídica, isonomia, duração razoável ao processo, uniformidade das decisões judiciais para causas repetitivas e maior reconhecimento à jurisprudência, foi instituída Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, por meio do Ato do Presidente do Senado n. 379, de 2009.

O grupo formado pelo Ministro Luiz Fux, pela Doutora Teresa Wambier e pelos Doutores Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro sustenta, dentre outras inovações, a inserção, no ordenamento jurídico nacional, da figura do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O mencionado Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi convertido no PLS n. 166/2010, o qual ainda tramita no Congresso Nacional.

Em que pese ao fato de o PLS n. 166/2010 ainda não ter sido aprovado e convertido em lei federal, a apreciação do mencionado incidente de resolução de demandas repetitivas revela-se proveitosa e coerente com esta dissertação, diante da tendência externada nas súmulas vinculantes do STF e nos julgamentos por amostragem dos recursos extraordinários e especiais representativos da controvérsia, que é criar cada vez mais estímulos "[...]para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize."[235]

[235] Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 25 out. 2010.

8.2 Normatização provável

O regime jurídico provável do incidente de resolução de causas repetitivas encontra-se nos arts. 895 a 906 do PLS n. 166/2010, a saber:

> Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.
>
> § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:
>
> I – pelo juiz ou relator, por ofício;
>
> II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
>
> § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.
>
> § 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.
>
> Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.
>
> Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.
>
> Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.
>
> Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.
>
> § 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.
>
> § 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.
>
> Art. 899. Admitido o incidente, o Presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.
>
> Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.
>
> Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.
>
> Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.
>
> Art. 901. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências

> necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.
>
> Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.
>
> § 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o Presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.
>
> § 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.
>
> Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.
>
> Art. 904. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.
>
> Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.
>
> Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade de origem.
>
> Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.
>
> Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal.[236]

O caminho, porém, foi longo até se chegar a essa redação, na medida em que a primeira versão produzida pela Comissão de Juristas para definir o tratamento jurídico do instituto foi outra, bem diferente e mais próxima do procedimento-modelo alemão, que serviu de parâmetro para as primeiras linhas traçadas do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro.[237]

---

[236] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249> e em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

[237] Art. 1º Identificando o Juiz a existência de causas individuais que tenham questões de fato e de direito comuns, de ofício ou a requerimento de qualquer um das partes ou do Ministério Público, procederá a formação de um incidente de coletivização a ser remetido à superior instância, para decisão única, que se estenderá a todos os casos pendentes, a respeito da controvérsia examinada. § 1º O Juiz deverá selecionar três processos representativos da controvérsia, que julgue estarem com redação clara e profícua, bem como com documentos aptos a auxiliar no deslinde das questões levadas à decisão da superior instância. As causas cujas pretensões versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas, com idênticas causas de pedir, serão automaticamente suspensas, sem prejuízo da concessão de eventuais medidas de urgência. § 2º Quando não for parte, o Ministério Público obrigatoriamente intervirá no incidente de coletivização, na qualidade de fiscal da lei. § 3º Em caso de desistência ou de abandono do incidente pelos líderes, o Ministério Público assumirá sua titularidade. § 4º Não será admitida a formação do incidente modelo em processos cuja etapa de produção probatória já tenha sido encerrada. Art. 2º Tão logo se instaure o incidente, este deverá ser registrado em cadastro nacional próprio, com ampla divulgação e somente será remetido ao órgão *ad quem* se, em período não superior a 90 dias, 20 causas que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas, com causas de pedir semelhantes, forem igualmente levadas a registro. A secretaria do juízo competente deverá, em consulta quinzenal, certificar o contingente de casos submetidos ao cadastro nacional, a respeito da controvérsia, verificando que o número de casos registrados alcançou a quantitativo necessário, remeterá um incidente modelo ao Tribunal estadual ou federal respectivo. § 2º Se não for alcançado o número mínimo de causas, os processos individuais prosseguirão. O incidente de

As modificações no incidente de coletivização – de caráter substancial – foram fruto de debates travados em quatorze reuniões dos membros da Comissão de Juristas, promovidas entre os meses de novembro de 2009 a junho de 2010, e, simultaneamente, de reivindicações e sugestões trazidas em audiências públicas que contaram com a presença de representantes da Comissão de Juristas em vários estados do Brasil, estudiosos e operadores do direito, com vistas a aperfeiçoar o sistema processual brasileiro.[238]

---

coletivização deverá ser julgado pelo Tribunal pleno ou órgão especial, onde houver, do respectivo Tribunal estadual ou federal ao qual estiver vinculado o Juiz que primeiro cadastrar o incidente.§ 4º O cadastro nacional deverá ser implementado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, em período não inferior a 180 dias, contados da publicação da presente lei, e deverá conter, dentre outros dados, o objetivo do procedimento, um extrato do pedido e as partes envolvidas. § 5º Cada estado será responsável pela manutenção de seus respectivos cadastros, sem prejuízo do cadastro nacional, administrado pelo Conselho Nacional de Justiça. A decisão que instaura o incidente é irrecorrível. Remetidos os autos ao Tribunal e admitido o incidente pelo relator, este: 1 – poderá solicitar informações a serem prestadas no prazo de 15 dias ao Juiz de primeira instância que instaurou o incidente de coletivização; 2 – ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, no prazo comum de 30 dias, e, em seguida, o Ministério Público, no prazo de 15 dias, para se manifestarem, podendo requerer, se for o caso, produção de provas; 3 – comunicará os presidentes dos tribunais estaduais e federais, bem como o Conselho Nacional de Justiça a instauração do incidente. Art. 4º Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará competência ao Juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando o prazo de 45 a 90 dias para a devolução dos autos. Art. 5º Concluída a instrução, será aberto o prazo de 30 dias para as partes e demais interessados apresentarem razões finais, seguida de manifestação do Ministério Público, no prazo de 15 dias, observando-se, no que couber, os arts. 549 e 551. Parágrafo Único. Será assegurado às partes bem como ao interessado o direito de sustentação oral. Art. 6º Se for o caso e se o juízo ou Tribunal entender relevante, realizar-se-ão audiências públicas, a critério do respectivo Tribunal, com o intento de colher junto da sociedade opiniões e propostas a respeito da matéria discutida. O período para a realização dessas audiências será de 45 dias, a contar da publicidade conferida ao incidente de coletivização, nos termos do art. 5º. Parágrafo Único. A realização das audiências públicas independe da manifestação dos patronos que atuarem no incidente e será agendada no período constante do *caput*, conforme peticionamento dos interessados, dirigida à presidência do Tribunal federal ou estadual, de sua respectiva seção ou unidade federativa. Art. 7º O recurso especial ou extraordinário interposto e admitido por uma ou ambas as partes será dotado de efeito devolutivo e suspensivo, presumindo-se a relevância da eventual questão constitucional ou federal discutida. Não interposto o recurso cabível pelas partes originárias ou pelo Ministério Público, será cientificada a Defensoria Pública, conforme o caso, para o exame da conveniência da interposição subsidiária. Art. 8º A instauração de incidente de coletivização será sucedida da mais ampla divulgação e publicidade e viabilizará a participação de órgãos e entidades reconhecidamente interessados na solução da controvérsia, assim como daqueles que tiveram seus processos suspensos automaticamente, figurando como líderes as partes dos processos que deram origem ao incidente. Art. 9º Transitada em julgado a decisão que resolvera o incidente de coletivização, os demais processos terão seus segmentos retomados, observado o teor do julgamento da questão de direito nos termos da parte final do *caput* do art. 1º, que diz que vincula os juízes dos processos pendentes. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010. Registre-se que a versão é original, padece de alguns equívocos, não regula integralmente a temática, uma vez que faltantes os §§ 1º e 3º do art. 2º e a previsão do art. 3º. A despeito dessas falhas, é o material disponibilizado ao público em geral para fins de pesquisa e foi publicado no Diário do Senado.

[238] Para maiores informações, consultar o sítio eletrônico <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249> que disponibiliza a ata das 14 reuniões realizadas pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Em tramitação o PLS n. 166/2010 perante o Congresso Nacional, é provável que novas mudanças ocorram[239]. De toda sorte, mostra-se oportuno o estudo das diretrizes básicas do incidente de coletivização, seja porque as circunstâncias fático-políticas indicam que o instituto será aprovado rapidamente pelos representantes do Poder Legislativo mediante acordo de lideranças, seja porque a técnica uniformiza a jurisprudência, objetivo visado pela Comissão de Juristas e enfatizado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

8.3 Origem, natureza jurídica e conceito

Normalmente, o incidente de resolução de demandas repetitivas é conceituado como técnica inspirada no procedimento-modelo para controvérsias do mercado de capital alemão, chamada *Kapitalanleger-Musterverfahren* (*KapMug*), que produz decisão de referência (*Muster*) para a resolução de número expressivo de processos similares.

Tanto isso é verdade que, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, está expressamente consignado que novas figuras foram instituídas para evitar excessiva dispersão jurisprudencial e "[...]com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas."[240]

No entanto, é de bom alvitre salientar que alterações profundas afetaram a versão original do recém-criado instituto brasileiro, tornando-se cada vez menores e mais sutis as semelhanças entre os dois expedientes. Em razão desse afastamento, esta dissertação propõe que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja compreendido, em sua essência, não como expediente de origem alienígena, mas como modalidade especial de julgamento massificado, estendida a tribunais estaduais e regionais do país.

---

[239] O Plenário do Senado Federal, na noite do dia 15 de dezembro de 2010, aprovou o PLS n. 166/2010, que estava em sua terceira sessão de discussão em turno único. Foram realizadas cinco mudanças no texto - nenhuma delas referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas. O multicitado PLS foi remetido, então, para a Câmara dos Deputados. Para maiores detalhes, consultar <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249> e o site oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, disponível em: <http://novo.direitoprocessual.org.br/content/view/94/82>, ambos acessados em 16 de dezembro de 2010.

[240] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 25 out. 2010.

Superado esse aspecto, a simples leitura do art. 895[241] do PLS n. 166/2010 revela a preferência por conceitos jurídicos indeterminados, tais como "controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos" e "grave insegurança jurídica", na tipificação dos pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Mas, efetivamente, o que essas expressões tão imprecisas significam? O que querem dizer?

Com suporte na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil[242], infere-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas é admitido quando pontos controvertidos de direito, suscitados em uma demanda e repetidos em outras ações, não necessariamente movidas pelas mesmas partes, têm o potencial de gerar instabilidade ante o risco de coexistência de decisões conflitantes sobre a mesma matéria jurídica.

8.4 Questão de direito *versus* questão fática

A versão original do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil previa como elemento constitutivo do incidente de resolução de demandas repetitivas a existência de "questões de fato e de direito comuns", como se extrai da ata circunstanciada da 6ª reunião da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do texto, realizada em 23 de março de 2010:

> Art. 1º Identificando o Juiz a existência de causas individuais que tenham questões de fato e de direito comuns, de ofício ou a requerimento de qualquer um das partes ou do Ministério Público, procederá a formação de um incidente de coletivização a ser remetido à superior instância, para decisão única, que se estenderá a todos os casos pendentes, a respeito da controvérsia examinada.[243]

A inclusão de "questões de fato comuns" provocou intenso debate entre os integrantes da Comissão, por tríplice motivo:

---

[241] Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

[242] Do referido documento consta: "O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes". Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

[243] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

a) eventual inserção dessa categoria de controvérsia causaria o alargamento da fase instrutória e, consequentemente, o retardamento, em demasiado, da resolução das causas repetitivas, com produção de prova pericial, oitiva testemunhal, dentre outros meios probatórios;
b) há dificuldade didática em distinguir as questões de fato das questões de direito[244] e
c) era necessário compatibilizar a redação do *caput* do citado art. 1º com o art. 9º do Anteprojeto, que, expressamente, reconhecia o cabimento do incidente apenas em caso de processos com questões de direito idênticas.[245]

Após sucessivas intervenções dos integrantes da Comissão e de colocações do Prof. Humberto Theodoro Júnior no sentido de distinguir questão fática de questão jurídica[246], decidiu-se restringir o cabimento do incidente de coletivização às causas repetitivas que contenham, apenas, questões de direito.

Optou-se, assim, por manter a sistematicidade do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, na medida em que dois dos valores nucleares do diploma legal em construção – segurança e certeza jurídicas –, a princípio, apresentam maior coerência com a vertente que diferencia questões de fato de questões de direito.

Importante lembrar que a ideologia conceitualista está fundada em bases liberal-iluministas e propugna o método silogístico-subsuntivo, por meio do qual a lei é a premissa maior; o fato é a premissa menor; e o julgamento pautado na imperatividade da norma é a conclusão. A perspectiva, portanto, deita raízes no paradigma racionalista-burguês e tem por propósito retirar poderes do juiz e, simultaneamente, proibi-lo de examinar equitativamente os fatos, tudo sob a escusa de expungir arbitrariedades e manter a segurança jurídica. Não se pode esquecer de que as experiências romano-pretoriana e medieval desagradavam a classe burguesa, porque, na primeira, não havia primazia da lei, mas vasta investigação dos fatos pelos pretores, e, na segunda, concentravam-se no juiz mais poderes decisórios.

---

[244] Há perspectiva interpretativa que defende a interdependência entre questões de fato e questões de direito. Sustenta que a unidade do juízo – nos aspectos fático e jurídico – não justifica a distinção entre fato e direito.
[245] A respeito, leia-se o art. 9º citado: Art. 9º Transitada em julgado a decisão que resolvera o incidente de coletivização, os demais processos terão seus segmentos retomados, observado o teor do julgamento da questão de direito nos termos da parte final do *caput* do art. 1º, que diz que vincula os juízes dos processos pendentes.
[246] Questões de fato seriam aquelas apreciadas pelo julgador a partir das alegações feitas pelas partes e de acordo com os elementos colhidos na instrução probatória, o que demanda tempo. Questões de direito seriam as dirimidas com base no próprio conhecimento legislativo, normativo e principiológico do julgador, revelando-se desnecessário instruir o processo com testemunhas, perícias etc.

Piero Calamandrei, citado por Sergi Guasch Fernández, questiona se a tradicional separação entre a questão de direito e a questão de fato ainda é um pensamento idôneo em tempos de renovação social, como os atuais. Utilizando-se de uma metáfora, o renomado processualista italiano enfatiza que o direito em formação está repleto de surpresas, além de mesclado, misturado e amalgamado a fatos, como o metal ao mineral escavado. Para ele, a referida distinção parece ter sido criada pelo racionalismo iluminista para proibir o juiz de atender às exigências equitativas do caso concreto. Seguem suas palavras:

> [...] a veces cuando yo observo en la práctica profesional de todos los días el modo como institucionalmente funciona la Corte de Casación, con esa su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación el culto de la máxima y para prohibir al juez que se deje conmover por las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idoneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el Derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. (grifos não constam do original)[247]

Partindo-se de interpretação autêntica, conclui-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, convertido no PLS n. 166/2010, ao excluir as questões de fato do espectro do incidente de resolução de demandas repetitivas, apegou-se a axiomas tradicionais e racionalistas, inerentes à dogmática processual liberal, embora o tempo seja de Estado Democrático de Direito.

8.5 Instauração do incidente e legitimidade ativa

Caso o PLS n. 166/2010 venha a ser aprovado em sua redação original, terão legitimidade para requerer a instauração do incidente de demandas repetitivas as próprias partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, todos mediante apresentação de petição acompanhada de documentos hábeis a demonstrar a necessidade de promoção do referido expediente processual.

O requisito de juntada prévia de documentos capazes de revelar o potencial multiplicador da controvérsia e o risco de grave insegurança jurídica decorrente da

---

[247] CALAMANDREI, Piero. ***Función de la jurisprudência***, p. 249. *Apud* FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. ***El hecho y el derecho en la casación civil***. Barcelona: Bosch, 1998, p. 195-196.

coexistência de decisões conflitantes é compreensível e até mesmo indispensável, pois a maior incidência da decisão judicial impõe redobrada cautela na fase inicial do incidente.

A legitimidade ativa das partes para instaurar o incidente de coletivização se justifica nos moldes da teoria do *status assertionis*, já que sua titularidade é presumida verossímil pela singela leitura das alegações ventiladas na exordial, sem adentrar no mérito.

A inclusão do Ministério Público como possível requerente do incidente se explica pela função institucional da entidade, que, dentre outras competências constitucionais elencadas no art. 129 da Lei Fundamental, há de promover as medidas judiciais para a proteção de direitos metaindividuais, que abrangem tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.[248]

Anote-se que o regime jurídico das causas repetitivas, que inclui a figura em estudo, tem a finalidade de tutelar, de forma uniforme, os direitos individuais homogêneos, para evitar a dispersão jurisprudencial. Esse fato, por si só, torna manifesta a legitimidade do *Parquet* para instaurar o incidente de coletivização de demandas seriais.

Se o Ministério Público não atuar como requerente, participará, obrigatoriamente, do incidente na qualidade de *custos legis.* E, na hipótese de desistência ou abandono pelas partes, deverá assumir a sua titularidade.

A saída é similar (mas não idêntica) à prevista no art. 5º, §§1º e 3º, da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, porquanto o art. 859, §3º, do PLS n. 166/2010 se vale do verbo "poderá", enquanto a disposição da Lei de Ação Civil Pública não confere ao Ministério Público a faculdade de assumir a titularidade da ação civil pública, em caso de desistência infundada ou de abandono da ação por associação legitimada a propô-la. Verificada uma dessas hipóteses legais, obrigatoriamente, o *Parquet* deverá tomar as rédeas da ação coletiva.

O bom senso, a economia processual e a razoabilidade sugerem que o verbo "poderá" constante do §3º do art. 859 do PLS n. 166/2010 seja interpretado como "deverá", dada a evidente inspiração no art. 5º, §3º, da Lei de Ação Civil Pública, que não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade da avocação ministerial.

---

[248] A expressão "direitos individuais homogêneos" não consta expressamente do inciso III do art. 129 da CR/88, porque foi cunhada pelo Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990. No entanto, isso não inviabiliza sua inserção no conceito trazido pela norma constitucional que, ao utilizar a expressão "outros interesses difusos e coletivos", quis, em verdade, referir-se aos direitos metaindividuais em geral. Esse é o caminho interpretativo preferido por doutrina abalizada e está em compasso com os avanços do neoprocessualismo e com a interpretação evolutiva do sistema jurídico nacional. Nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

Outrossim, como os efeitos da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas serão expandidos, isto é, a lide terá repercussões extraprocessuais, atingindo outros patrimônios jurídicos, o desinteresse da parte que manejou, inicialmente, a técnica não é bastante para afastar a discussão do Poder Judiciário, cabendo ao Ministério Público zelar pelo andamento do incidente.

Sobre o último legitimado para a instauração do incidente de demandas repetitivas, foi reconhecida a pertinência subjetiva da Defensoria Pública, à qual deve ser dispensado o mesmo tratamento conferido ao Ministério Público. A inclusão é correta, pois, com base na observação do jurista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, um dos membros da Comissão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, "[...]como nós estamos em sede de direito individual em quantidade, a Defensoria Pública tem interesse.[...]". [249]

8.6 Procedimento do incidente brasileiro

São duas as formas de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas: ofício elaborado por juiz ou relator, ou petição feita pela(s) parte(s), Ministério Público ou Defensoria Pública. Em ambas as hipóteses, o requerimento será dirigido ao Presidente do tribunal e deverá ser acompanhado de documentos que demonstrem a necessidade de instauração do incidente de coletivização, nos termos do art. 895, §§1º e 2º, do PLS n. 166/2010.

Distribuído o ofício ou a petição, o Relator poderá requisitar informações ao órgão em que o processo originário se iniciou. Essa medida constitui faculdade do Desembargador Relator, que poderá exercê-la, caso entenda proveitoso obter mais dados acerca da controvérsia. O prazo para oferecimento de informações pelo juízo de origem é de quinze dias improrrogáveis. Esgotado esse lapso, o Relator solicitará data, junto ao plenário ou, onde não houver, junto ao órgão especial do tribunal, para averiguação do juízo de admissibilidade do incidente, intimando-se o Ministério Público, instituição que sempre atuará como fiscal da lei, quando não for o próprio requerente do incidente de demandas repetitivas, tudo à luz do disposto no art. 897 e §3º do art. 895, ambos do PLS n. 166/2010.

---

[249] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

No juízo de admissibilidade, será averiguada a existência, ou não, dos requisitos do incidente, quais sejam: lide com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e com capacidade de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. A par disso, o tribunal considerará a conveniência, ou não, de proferimento de decisão paradigmática, de efeito vinculativo (art. 898, §1º, do PLS n. 166/2010).

A previsão do requisito adicional "conveniência" é polêmica. Em determinadas situações, o Relator pode entender pela imediata rejeição do incidente. Em outras, na relação custo-benefício, pode parecer-lhe mais oportuno e conveniente solucionar inúmeras controvérsias de direito com uma única decisão, sem que isso provoque mal maior para os jurisdicionados. No fiel da balança, os resultados obtidos com a decisão paradigmática devem ser mais produtivos que os sacrifícios impostos a quem sucumbiu no objeto da lide, julgada massivamente no regime do incidente de coletivização.

Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado, por força da primeira parte do §2º do art. 898 do PLS n. 166/2010.

Mas, se o incidente for admitido pelo pleno ou pelo órgão especial, o Presidente do tribunal determinará a suspensão, na própria sessão, dos processos pendentes em primeiro e segundo graus de jurisdição. Durante o período de paralisação temporária dos demais feitos, medidas de urgência não ficarão descobertas, podendo ser concedidas no juízo de origem, conforme insculpido no *caput* e no parágrafo único do art. 899 do PLS n. 166/2010.

O dispositivo acima analisado segue a mesma lógica do Código de Processo Civil vigente, que, em seu art. 266, autoriza o juiz, em casos excepcionais, a conceder medidas urgentes durante a suspensão do processo, para evitar dano irreparável. A propósito, idêntica *ratio* é deduzida do Capítulo II do PLS n. 166/2010, cujo inciso IV do art. 298 elenca o incidente de resolução de demandas repetitivas como um dos motivos de suspensão do processo, e o art. 299 ratifica o poder geral de cautela do juízo de origem ainda que em feitos suspensos.

A paralisação provisória dos demais processos justifica-se pelos escopos teleológicos do incidente, a saber: a racionalização e a padronização da atividade jurisprudencial, com predileção dos valores segurança, previsibilidade e certeza jurídicas. Esses axiomas seriam gravemente prejudicados se não houvesse a suspensão das demandas remanescentes.

O incidente de coletivização deverá ser julgado em até seis meses. Tem tramitação preferencial sobre os demais feitos, salvo quando se tratar de réu preso e *habeas corpus*, haja vista a sobreposição do valor liberdade**.** Excedido o prazo para julgamento, acabará a eficácia

suspensiva do incidente, salvo se o Relator proferir decisão fundamentada em sentido contrário, *ex vi* do art. 904 e seus parágrafos do PLS n. 166/2010.

As partes, os interessados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente de coletivização, independentemente dos limites decorrentes de competência territorial, poderão requerer ao STF ou ao STJ a suspensão de todas as demandas em trâmite no Brasil que versem sobre objeto idêntico ao do incidente, consoante preconizado no art. 900 do PLS n. 166/2010.

Essa concessão merece comentários, por majorar, substancialmente, o exame espacial da questão. Se, de um lado, o Presidente do tribunal regional ou estadual suspende os processos pendentes somente no primeiro e no segundo graus da jurisdição, quando deferido o requerimento feito ao Supremo ou ao STJ, não se imporá qualquer barreira territorial em face da abrangente circunscrição dos dois tribunais de superposição brasileiros, que têm o poder de dizer o direito aplicável ao caso concreto independentemente do rincão do país onde a controvérsia se origine.

Admitido o incidente de coletivização e suspensos os processos pendentes, passa-se para o próximo estágio**,** retornando os autos para o Relator, que, à luz do art. 901 do PLS n. 166/2010, ouvirá as partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia[250]. Todos terão o prazo comum de quinze dias para requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão jurídica controvertida. O Ministério Público, quando *custos legis*, manifestar-se-á posteriormente, no mesmo prazo.

Encerrada a primeira fase instrutória, nos termos do art. 902 do PLS n. 166/2010, o Relator pedirá dia para julgamento de mérito do incidente pelo pleno, ou, onde não houver, pelo órgão especial do tribunal. Aberta a sessão, ele próprio fará a exposição do incidente (§1º do art. 902 do PLS n. 166/2010). Em seguida, o Presidente do tribunal dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário e ao MP, pelo prazo de trinta minutos para sustentação de suas razões. Os demais interessados também poderão se manifestar. No entanto, o prazo será comum de trinta minutos, dividido entre todos, sendo

[250] A previsão do *amicus curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas é uma novidade positiva, porquanto possibilita a participação de instituições da sociedade civil na formação das decisões em processos seriais. A presença do amigo da corte poderá possibilitar a maior prospecção de dados para o amadurecimento da causa e para o maior acerto da resposta estatal. A propósito, se são múltiplos os destinatários diretos do provimento generalizante, é democrático, civilizatório e atende às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal reconhecer legitimidade e representatividade ao *amicus curiae* para requerimento de juntada de documentos, bem como de diligências necessárias à elucidação da questão controvertida de direito, como se extrai do art. 901 do PLS n. 166/2010.

indispensável inscrição nas 48 horas que antecederem a sessão de julgamento (§2º do art. 902 do PLS n. 166/2010).

A obrigatoriedade de registro prévio se faz necessária para a manutenção da ordem procedimental, a justa distribuição do tempo entre os interessados e a observância do princípio da isonomia entre aqueles que agirão na qualidade de *amicus curiae*.

Julgado o incidente, será lavrado acórdão, e a tese jurídica nele contemplada deverá ser aplicada pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito da competência do Tribunal (arts. 898, §2º e 903, ambos do PLS n. 166/2010). Desse modo, com um único ato judicial, são obtidos os mesmos resultados em outros processos que versem sobre questão jurídica idêntica àquela decidida no incidente de coletivização.

Terá efeito suspensivo o recurso extraordinário ou especial interposto contra decisão proferida no incidente de resolução de causas repetitivas, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente eriçada. Mesmo sem o primeiro juízo de admissibilidade no tribunal de origem, esses dois recursos excepcionais serão remetidos para o STF (se o apelo for extraordinário) ou para o STJ (se o apelo for especial), nos termos do parágrafo único do art. 905 do PLS n. 166/2010.

Caberá reclamação ao tribunal competente, nos moldes fixados em seu regimento interno, quando a tese jurídica estampada na decisão do incidente de coletivização não for seguida nos outros feitos, conforme previsão constante do *caput* e do parágrafo único do art. 906 do PLS n. 166/2010.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que o instituto em estudo constitui mais uma técnica de julgamento por amostragem. Dessa vez, porém, não se lançou mão de pinçamento de recursos representativos para a análise em instâncias superiores. O que se fez foi trazer para a instância ordinária, nas hipóteses em que o objeto das demandas é formado exclusivamente de questão de direito, a aplicação adaptada da teoria da objetivação dos recursos extraordinários.[251]

[251] Como explicitado anteriormente, a tendência observada no STF é a da objetivação do recurso extraordinário. Através dela, o caráter marcadamente subjetivo desse meio impugnatório tão excepcional tem sido em alguns casos superado pela mais alta Corte brasileira para a resolução de temas jurídicos que, por apresentarem interesse público primário ou interesse social, reclamam uma abordagem mais objetiva para a produção de efeito extraprocessual. No incidente de resolução de demandas repetitivas, o raciocínio é semelhante, pois esse instituto foi criado com o propósito de evitar dispersão jurisprudencial e se baseia na existência de questões de direito comuns a vários processos que, objetivamente, deverão ser decididas de idêntica forma. Desse modo, também em instâncias ordinárias, haverá transcendência do interesse direto e imediato subjetivo das partes.

8.7 Ampla e específica publicidade

O art. 896 do PLS n. 166/2010 preconiza:

> Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.
> Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.[252]

Em tempos de informatização dos órgãos judiciais e, principalmente, de implantação do processo eletrônico, é cabível e indispensável a ampla divulgação, via digital, da instauração, instrução e julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas.

O meio escolhido – registro eletrônico – mostra-se o mais eficiente, dada a extensa área territorial do Brasil e a crescente necessidade de oferecer publicidade, de forma ágil e contemporânea, à utilização da técnica processual em qualquer foro do país. Do contrário, será material e juridicamente impossível garantir o êxito do instituto, que depende da centralização das informações em determinado órgão para fins de consulta nacional e de produção de efeitos jurídicos.

Repise-se: o aprimoramento dos mecanismos de comunicação do Judiciário nacional é essencial para o sucesso do expediente processual proposto, já que a uniformização jurisprudencial proveniente do incidente de coletivização não dispensa publicidade e consulta irrestritas para o êxito das decisões-paradigma.

Caberá ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criar um banco nacional de dados relativos aos incidentes de coletivização com o propósito de racionalizar o julgamento, garantir maior efetividade à prestação da tutela fundamental jurisdicional, e, por conseguinte, evitar decisões contraditórias que depõem contra o escopo maior do incidente de coletivização e contra a credibilidade do Poder Judiciário brasileiro.

O registro nacional será alimentado por informações processuais advindas de cada tribunal brasileiro. Talvez, o caminho mais fácil para atingir essa meta seja desenvolver *software* que cuide da transferência automática de dados obtidos no cadastramento dos feitos nos tribunais estaduais e regionais para o banco de dados do CNJ. A interligação de sistemas

---

[252] Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

eletrônicos é comum na atualidade, e os avanços tecnológicos devem ser aplicados em proveito do jurisdicionado.

Saliente-se que o CNJ, por força da Portaria n. 198/2010, determinou a constituição de grupo de trabalho composto por juízes auxiliares da Presidência e da Corregedoria do Conselho, magistrados, servidores, além de membros do Ministério da Justiça, com a participação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), para a criação de banco nacional de dados de ações coletivas.

Em entrevista, o Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti confirmou que há no Judiciário nacional grande quantidade de ações coletivas repetidas, com o mesmo tema, objeto e partes, que poderiam ter uma solução única. Explica:

> Hoje faltam mecanismos de comunicação, o que acaba gerando uma sobreposição de decisões, inclusive conflitantes, a respeito de uma mesma matéria, alerta o conselheiro. Com a criação de um banco nacional e as ações propostas pelo grupo, a ideia é contribuir para desafogar o Judiciário e garantir maior agilidade à solução de processos relacionados, por exemplo, a contratos bancários ou de telefonia, planos de saúde, fornecimento de medicamentos, questões ambientais, entre outros.[253]

A experiência que será acumulada pelo CNJ com a implementação do banco nacional de ações coletivas contribuirá, portanto, para a criação do registro eletrônico dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Embora existam diferenças básicas entre ações coletivas e incidentes de coletivização de contendas individuais seriadas, as duas técnicas visam a racionalizar os julgamentos e a evitar decisões conflitantes, razão pela qual o repasse e a confluência de avanços tecnológicos são possíveis e estimulados.

8.8 Negativa da remessa necessária

A remessa necessária constitui instituto jurídico concebido para proteger o interesse público, quando a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios e Fazenda Pública são totalmente ou parcialmente vencidos em julgamentos. No caso, a sentença somente produzirá efeitos depois de confirmada por tribunal *ad quem.*

A regra, no entanto, comporta algumas exceções.

---

[253] CNJ vai criar banco nacional de ações coletivas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12357:cnj-vai-criar-banco-nacional-de-acoes-coletivas-&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 30 out. 2010.

Neste estudo, interessa a previsão constante do art. 478, §3º, do PLS n. 166/2010, que suprime a exigência de remessa necessária nas hipóteses de julgamento por amostragem e de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Com efeito, o referido artigo preceitua:

> Art. 478. Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal a sentença:
> [...]
> §3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas (grifo não consta do original)
> [...].[254]

Inicialmente, a dispensa do chamado "recurso *ex officio*" nos incidentes de coletivização gerou dúvidas entre os membros da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, entendendo alguns que a decisão tomada pelo pleno ou pelo órgão especial dos tribunais estaduais ou regionais deveria ser reexaminada por instância superior, enquanto outros descartavam esse requisito para a atribuição de eficácia ao provimento.

Consultado, o eminente Professor Humberto Theodoro Júnior esclareceu: "[...] acho que, se a estrutura admite que um Tribunal local possa resolver um tema de direito federal, e esse tema de direito federal transita em julgado, não precisa estar (sic) sempre confirmado pelo STJ ou pelo Supremo."[255] O jurista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro complementou: "[...] Por que nós vamos fazer aqui um reexame obrigatório aqui? (sic). Vai ser julgado pelo órgão especial ou Tribunal pleno, como disse o Professor Humberto, na capital do estado."[256]

Após longo debate, a Comissão decidiu pela dispensabilidade da remessa necessária no tocante à decisão prolatada no incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que o órgão julgador tem competência material para decidir controvérsia jurídica, ainda que envolva discussão de existência, validade e eficácia de lei federal. A parte que não concordar com a decisão do incidente deverá agir por si mesma, podendo interpor recurso extraordinário ou recurso especial. Prevalecerão, desse modo, o princípio da demanda e do interesse recursal.

---

[254] Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.
[255] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf.> Acesso em: 30 out. 2010.
[256] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf.> Acesso em: 30 out. 2010.

A conclusão da Comissão de Juristas se harmoniza com o neoprocessualismo, cuja tendência é dinamizar o procedimento em vez de se apoiar em novas esferas de julgamento que contribuiriam tanto para a demora fisiológica do processo quanto para a vulneração do princípio constitucional da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CR/88.

8.9 Negativa às audiências públicas

A democracia não se restringe ao direito de votar e ao direito de ser votado. Para a efetiva concretização da soberania popular, valor estampado no preâmbulo e no art. 2º, ambos da CR/88, é essencial que a titularidade do poder estatal caiba ao povo e que este possa participar das decisões dos órgãos e entes públicos.

Partindo da premissa de que o Estado Democrático de Direito deve operar em proveito do interesse público e retratar os anseios do povo, inúmeros mecanismos vêm sendo institucionalizados com o escopo de aumentar a participação popular nas três esferas do poder estatal.

A audiência pública é um deles e vem sendo adotada em assuntos de ordem administrativa e legislativa. Resta saber se pode ser realizada com vistas a contribuir para a formulação de decisões judiciais em incidentes de resolução de causas repetitivas, que têm vulto e relevância social.

Nos termos do *caput* e do parágrafo único do art. 6º da versão original dos preceitos jurídicos que regeriam o incidente de coletivização ora em estudo[257], o período para a realização das audiências públicas seria de quarenta e cinco dias, contados da publicidade conferida ao incidente de coletivização, e não dependeria da manifestação dos patronos que atuaram no incidente. O ato seria agendado no período acima, conforme peticionamento dos interessados, dirigido à Presidência do tribunal regional ou estadual de sua respectiva seção ou unidade federativa.

No entanto, a própria Comissão de Juristas responsável pela redação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil se convenceu, na 6ª reunião, realizada em 23 de março de 2010, de que a realização de audiência pública deveria ser abolida por tríplice motivo:

[257] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

a) a sua eventual operacionalização seria bastante complexa;
b) a finalidade do ato poderia ser desvirtuada em razão de *lobby* político tendente a tumultuar a resolução da questão jurídica levantada no incidente de coletivização e
c) poderia haver a usurpação da atividade jurisdicional por pessoas estranhas ao Poder Judiciário.

O Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão, em conversa travada com os demais integrantes, alertou:

> Eu, pela minha experiência da vida prática, eu verifico que essa Audiência Pública, na prática, ela vai servir a *lobbies***,** vai ser servil à intromissão de pessoas que vão lá tumultuar para não coletivizar. Isso é do Juiz. O Tribunal decidiu que tem que coletivizar, acabou [...]. O *amicus curiae* é o maior instrumento de legitimação democrática desse instituto aí. Audiência Pública, para julgamento, você acaba como o cantão da Suíça, que tem 25 pessoas ali em pé na praça, decidindo a sorte dos outros. [258]

Realmente, o procedimento reservado à audiência pública, se inserido no incidente de resolução de demandas repetitivas, colidiria com o anseio de decisão judicial em tempo razoável e com o postulado do neoprocessualismo de simplificar e racionalizar a duração do rito.

De todo modo, espera-se que ao povo brasileiro, num primeiro momento, por intermédio de seus representantes políticos no Congresso Nacional, que podem propor emendas ao PLS n. 166/2010, seja dada, ao menos, a oportunidade de refletir e debater seriamente acerca das (in)conveniências da realização de audiências públicas em incidentes de resolução de demandas repetitivas, esperando-se que, num futuro próximo, as decisões judiciais sejam dotadas de mais legitimidade e eficácia sociais, principalmente quando possuírem efeito irradiante.

8.10 Aplicação no processo do trabalho?

Para saber se o incidente de resolução de demandas repetitivas tem aplicabilidade no processo do trabalho, deve-se investigar o art. 769 da CLT que, em caso de omissão

[258] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf.>. Acesso em: 30 out. 2010.

legislativa, autoriza o uso de método integrativo, contanto que as normas utilizadas como subsídio para a solução do caso concreto não colidam com os princípios inspiradores do processo do trabalho.

O preceito jurídico em destaque, quando criado nos idos de 1943, tinha por escopo coibir a "contaminação" do processo do trabalho, bem como de seus postulados genéricos, tais como simplicidade, oralidade, conciliação, concentração de atos processuais em audiência. O citado ramo jurídico, para ser reconhecido como ciência autônoma, deveria, assim, preservar sua "pureza".

Daí, Carlos Henrique Bezerra Leite afirmar: "[...] a referida norma [...] funcionava como uma 'cláusula de contenção' destinada a impedir a migração indiscriminada das regras do processo civil, o que poderia comprometer a [...] efetividade do processo laboral."[259]

A unicidade do sistema processual, porém, constitui fenômeno irreversível, razão pela qual ao art. 769 do Texto Consolidado deve ser conferida interpretação atualizada e coerente com as necessidades contemporâneas, sob pena de inutilidade do processo do trabalho e desvirtuamento de sua função garantística.

Ante esse cenário, quando o art. 769 da CLT prevê que, "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título" (grifo não consta do original), a expressão destacada deve compreender não apenas as lacunas chamadas de normativas mas também aquelas de natureza axiológica e ontológica.

As primeiras são percebíveis mais facilmente, porque apegadas à concepção tradicional que equivale omissão à ausência, à falta explícita de preceito jurídico sobre determinada matéria. A lacuna axiológica decorre do desencontro entre norma expressa – portanto, existente – e o conceito de justiça. Noutras palavras, a aplicação cega da prescrição legal subsistente importa em solução insatisfatória e injusta para aquele caso concreto. Finalmente, há lacuna ontológica, quando os fatos sociais justificadores da norma à época de sua publicação confrontam com os fatos sociais vigentes à época de sua aplicação.

Luciano Athayde Chaves faz ponderações relevantes a respeito:

> [...] precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microssistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresente

[259] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho sob a perspectiva da efetividade do acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=252>. Acesso em: 07 dez. 2010.

> fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes. Perceba o leitor que não estou tratando de forma simplista a questão da compatibilidade de institutos processuais integrantes de outros microssistemas com o Processo do Trabalho, como alude a parte final do art. 769 da CLT. Noutras palavras, não estou limitando a abordagem da heterointegração apenas quando existente a lacuna em seu sentido normativo, mas também nas frequentes hipóteses em que a norma processual trabalhista sofre de manifesto e indiscutível ancilosamento em face de institutos processuais semelhantes adotados em outras esferas da ciência processual, inequivocamente mais modernos e eficazes.[260]

A Consolidação das Leis do Trabalho padece de lacuna normativa quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas: a um, porque o instituto sequer existe no ordenamento jurídico brasileiro até o presente momento; a dois, porque, mesmo que houvesse previsão legal sobre a matéria, ela constaria do novo Código de Processo Civil.

O cumprimento do primeiro requisito elencado no art. 769 da CLT (omissão) não garante, todavia, que a lacuna seja imediatamente colmatada. Resta perquirir se a *ratio legis* inspiradora do incidente de coletivização é harmonizável com os princípios que inspiram, integram e edificam o processo do trabalho, porque, embora tenha sido rompido o dogma da autonomia absoluta da ciência, para a solução jurisdicional ser "ótima", é imprescindível que o diálogo entre as normas processuais civis e as normas processuais trabalhistas seja convergente e compatível com a promessa constitucional de oferecer prestação jurisdicional diferenciada, de qualidade, útil e satisfatória, de duração razoável a jurisdicionado tão especial que bate às portas da Justiça do Trabalho.

A intenção do legislador, quando propôs o PLS n. 166/2010 e nele incluiu o incidente de resolução de demandas repetitivas, foi, sinteticamente, proporcionar e assegurar isonomia aos litigantes, uniformidade aos provimentos, segurança e certeza jurídicas, agilidade procedimental, recuperação de prestígio e credibilidade aos órgãos judiciais e, finalmente, desobstrução das pautas de julgamento.

Levando-se em conta todos esses argumentos, tudo indica que a figura será aceita no âmbito do processo do trabalho e aplicada pelos tribunais regionais do trabalho.

Ponderação se faz, porém, quanto ao objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas. A ampliação do seu espectro para a inclusão de questões fáticas juntamente com as questões de direito seria mais proveitosa para a obtenção de resultados úteis em lides trabalhistas, que envolvem relações jurídicas materiais, naturalmente marcadas pela assimetria de forças entre seus principais sujeitos e pela imbricação de fato e direito.

---

[260] CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29.

Nesse diapasão, os fatos-gênese, interdependentes das questões jurídicas, não ficariam à margem do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois, resumidamente, constituem sua principal essência.

A título meramente ilustrativo, arrolam-se algumas questões fático-jurídicas trabalhistas que poderiam ser examinadas no incidente de coletivização brasileiro:

a) política de contratação implantada pelo empregador que excluísse as pessoas portadoras de deficiência, embora a legislação pátria assegure a elas reserva de mercado de trabalho, nos moldes fixados no art. 93 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que veio atender à determinação constante da alínea "d" do inciso III do art. 2º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989;
b) política de contratação implantada pelo empregador que ensejasse a preterição de aprendizes, a despeito de o art. 429 do CLT estipular parâmetros objetivos que visem a assegurar uma reserva de mercado a essa especial classe de trabalhadores;
c) prática de descontos salariais realizada pelo empregador de forma genérica, repetitiva e ilícita em face de seus empregados, que não assinaram qualquer autorização prévia e por escrito para que fossem integrados em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa;
d) descumprimento reiterado por parte de empregadores e de tomadores de serviços das normas de segurança, medicina e saúde no trabalho que desencadeia condições laborativas adversas, causadoras de acidentes de trabalho, doenças profissionais, além de morte no trabalho ou em razão dele e
e) exercício abusivo do poder empregatício com imposição de metas e resultados irreais e desmedidos que culminem em generalizada, pública e notória gestão pelo estresse que, de tão extremada, chegue a provocar o suicídio de trabalhadores por depressão[261].

[261] A explosão de suicídios na empresa France Télécom - em 2008/2009, 35 trabalhadores ceifaram a própria vida - demonstra que a implantação de metas irreais pelo empregador engendra gestão por estresse, responsável por efeitos nocivos à saúde físico-mental do empregado. O clima generalizado de intranquilidade, agravado por dispensas em massa, além de causar depressão e isolamento nos obreiros, em casos extremos, culminou em morte de número expressivo de trabalhadores. Registre-se, por exemplo, que, nos centros de *call center* da France Télécom, os empregados da antiga empresa estatal francesa, agora privatizada, eram obrigados a apertar um botão para "prevenir" o gerente cada vez que iam ao banheiro. Para suas necessidades fisiológicas, tinham apenas e tão somente 10 minutos diários, como se fosse saudável, normal e natural condicionar o funcionamento do corpo humano a diretrizes capitalistas de produtividade e à concorrência interempresarial. O pronunciamento do então Diretor da empresa, no sentido de que havia sido instituída a "moda do suicídio" na France-Télécom,

evidencia não só enorme descaso com a questão, que repercutiu negativamente na vida privada dos empregados, mas, também, distanciamento entre os objetivos capitalistas e a realidade fática. A referida estratégia neoliberal vulnera o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que reduz o obreiro a simples objeto da relação material de emprego, usado, explorado e descartado de acordo com as conveniências do empregador. Coincidência, ou não, empresas brasileiras de telecomunicações vêm adotando a mesma tática de gestão por estresse e controle do tempo utilizado no toalete pelos empregados de *call center*. A jurisprudência nacional não é uníssona quanto à validade ou invalidade dos limites impostos pelo empregador, tampouco sobre a competência do TST para decidir a questão. A respeito, vejam-se dois julgados contrapostos, ambos da mais alta Corte trabalhista: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. TERCEIRIZAÇÃO**.** Estando a decisão em conformidade com a jurisprudência desta Corte (Súmula 331/TST), não prospera o recurso de revista (art. 896, § 4º, da CLT e Súmula 333/TST). 2. PRÊMIOS. Não caracterizada a ofensa legal indicada e com a apresentação de dispositivo não prequestionado (Súmula 297/TST), impossível o processamento da revista. 3. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. 1. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. 2. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, *-caput-* e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. 3. Resta definido, no quadro fixado pela instância pregressa (pelos limites e funções da instância extraordinária, definitivos), que a reclamada restringia o uso de toaletes por parte de seus empregados, limitando a cinco minutos o tempo para tanto e os obrigando a pedir consentimento a supervisor, caso, depois, pretendessem retornar (aqui, explicitando a razão para tal!). 4. A teor do art. 389 da CLT, as empresas têm por obrigação instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico. Faz-se clara a intenção do legislador de propiciar ambiente de trabalho saudável. Tal dispositivo, embora dirigido às mulheres empregadas, é passível de aplicação aos empregados em geral, em face do princípio da igualdade também assegurado pelo Texto Maior. 5. A restrição ao uso de toaletes, com a necessidade de pedido de autorização para tanto, não pode ser considerada conduta razoável, violando a privacidade e ofendendo a dignidade, ao tempo em que expõe o trabalhador a constrangimento desnecessário. 6. A necessidade de continuidade dos serviços, pela sua natureza, não pode ser alcançada pelo sacrifício e humilhação do empregado, cabendo tal ônus, obviamente, à empresa, que há de conceber rotinas que a assegurem, com postos de trabalho suficientes e ferramentas hábeis. Ao assumir os riscos de seu empreendimento (CLT, art. 2º), o empregador toma a si a obrigação de adotar métodos eficazes de produção e rentabilidade, providências que justifiquem o seu negócio e o seu patrimônio. 7. Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a restringir o uso de toalete, no modelo sob exame, resultando a prática em repudiado tratamento degradante (Constituição Federal, arts. 1º, III e 5º, III e X). 8. Infligindo dano moral, o empregador se obriga à indenização correspondente (CF, art. 5º, V), notando-se que são inapreensíveis por outrem os direitos à preservação da dignidade, intimidade, privacidade e honra. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Processo: AIRR - 129340-84.2008.5.03.0138 Data de Julgamento: 16.06.2010, Relator (a): Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Publicação DEJT 06.08.2010). Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-129341-69.2008.5.03.0138&base=acordao&numProcInt=829561&anoProcInt=2009&dataPublicacao=06/08/2010 07:00:00&query=> Acesso em: 08 dez. 2010. EMENTA: RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CONTROLE DO USO DO TOALETE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 126. 1. O egrégio Tribunal Regional, soberano na análise das provas, entendeu que não houve no presente caso abuso de poder por parte da reclamada ao limitar as idas dos empregados ao banheiro. Registrou, nesse ponto, que tal medida era inofensiva à honra ou dignidade do reclamante, porquanto tratava-se de mero uso regular do poder diretivo do empregador, necessário para o controle do tempo em que os trabalhadores passavam fora de seus postos de serviço. Para se infirmar tal conclusão, imprescindível o reexame dos depoimentos prestados em juízo, procedimento vedado a esta Corte Superior pelo óbice perfilhado na Súmula n. 126. 2. Recurso não conhecido. (Processo: RR - 180100-65.2007.5.18.0005. Julgamento 29.04.2009, Relator (a): Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Publicação DEJT 04.05.2009). Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-180100-65.2007.5.18.0005&base=acordao&numProcInt=198584&anoProcInt=2008&dataPublicacao=04/05/200907:00:00&query=> Acesso em: 08 dez. 2010. Se há dissidência na cúpula do Judiciário trabalhista pátrio no tocante à questão, o que dizer nas várias turmas dos tribunais regionais do trabalho. O incidente de resolução de demandas

Todas as situações retromencionadas caracterizam lesões pluriofensivas e massificadas que poderiam ser coibidas em incidente de resolução de demandas repetitivas trabalhistas, se a aludida técnica englobasse o exame de questões de fato e de direito e se a proposição constante do PLS n. 166/2010 não tivesse se afastado tanto do procedimento-modelo alemão que lhe serviu de inspiração inicial. Ressalte-se que o *KapMug* divide a cognição judicial em dois momentos e concentra amplos poderes no juízo de primeiro grau.

A padronização decisória referente às questões fáticas justificar-se-ia, analogicamente, quando presentes os requisitos adicionais das *class actions for damages:*

a) a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito e de fato individuais e
b) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia do provimento jurisdicional.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, a predominância dos aspectos comuns sobre os individuais possibilitaria uma instrução probatória focada na controvérsia central do procedimento coletivo, sendo transferidos para momento posterior os eventuais detalhamentos de cada caso concreto, que, repise-se, não poderão ser contundentes a ponto de obstar a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual. A superioridade da tutela coletiva obtida no incidente de resolução de demandas repetitivas evitaria, a seu turno, o risco de fragmentação decisória, de multiplicidade de ações e de insegurança jurídica. Finalmente, promoveria a realização da justiça em bloco.

Mas, como as circunstâncias indicam que o PLS n. 166/2010, pelo menos no tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, deverá ser aprovado nos moldes ali delineados, essa reforma do CPC, com repercussão subsidiária no processo do trabalho, mostrar-se-á incompleta. Nesse panorama, a tutela metaindividual sobrepõe-se, novamente, em importância e em maior efetividade, como o mecanismo mais adequado para a solução de conflitos de interesses individuais homogêneos.

---

repetitivas poderia ser um dos mecanismos processuais destinados a afastar a repetição do trágico fenômeno francês no Brasil, se contemplasse questões fáticas e de direito em seu bojo. A par disso, evitaria a dispersão jurisprudencial, como mencionado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pelo menos, na circunscrição dos tribunais regionais do trabalho.

9 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO - CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

9.1 Objetivo do método comparativo proposto

Conhecido o regime jurídico do *KapMug* alemão e admitida a provável normatização do instituto brasileiro incidente de resolução de demandas repetitivas, serão apontadas algumas convergências e divergências entre os dois sistemas. O objetivo do método comparatístico proposto é investigar a existência, ou não, de pontos de contato, além de possíveis influências recíprocas, com vistas ao aperfeiçoamento da legislação brasileira para assegurar maior efetividade aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Para o desenvolvimento dessa tarefa, serão enfocadas questões alusivas à legitimidade ativa, aos requisitos, ao objeto (questão de fato *versus* questão de direito) e aos poderes conferidos ao juízo de origem.

9.2 Legitimidade ativa

Diversamente da disposição prescrita para a gestão coletiva de processos individuais no Brasil, o regime germânico não admite a instauração de ofício do procedimento-modelo.

Talvez, a exclusão de poderes ao magistrado alemão para apresentação de *KapMug* se deva, pura e simplesmente, à desnecessidade da medida em território germânico. Isso porque se verifica, na Alemanha, o apego a enunciados genéricos tradicionais (*v.g.*, princípios da demanda e dispositivo), além do excelente hábito de número considerável de conflitos intersubjetivos de interesses ser resolvido na esfera administrativa por órgãos fiscalizatórios estatais. Esse fenômeno pode ser suficiente para restringir a titularidade ativa do procedimento-padrão tedesco somente ao autor e ao réu.

Já o Brasil padece de grande mal: um dos maiores responsáveis pela vulneração de direitos fundamentais do jurisdicionado é o próprio Estado, seja por intermédio de pessoas jurídicas da Administração direta, seja por meio de entidades da Administração indireta que, pelas vias da descentralização, fazem as vezes do ente público. Dados estatísticos levantados

pelos tribunais regionais do trabalho, em especial pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em cumprimento à determinação do CNJ, demonstram que entes estatais e paraestatais constam da lista dos 100 maiores litigantes habituais na primeira e segunda instâncias mineiras, considerados os processos em tramitação até 31.07.10.[262]

Doutro tanto, aqui, não há tradição de uso de mecanismos alternativos e extrajudiciais para a composição de conflitos, em que pese a proliferação de tentativas para a implantação de técnicas autocompositivas de interesses como requisito para a admissibilidade de eventual ação judicial.[263]

Em face dessa realidade, a possibilidade de instauração, de ofício, do incidente de resolução de demandas repetitivas para a gestão coletiva de processos individuais com questões comuns não pode ser censurada, pois o surgimento do terceiro tipo de litigiosidade[264], associado à crise do Judiciário brasileiro, acaba tornando irreversível a tendência de padronização decisória, que, segundo a proposta apresentada no PLS n. 166/2010, tenta evitar a dispersão jurisprudencial e o colapso nos órgãos judicantes, abarrotados de processos com pretensões isomórficas e seriadas que emperram a pauta de audiências e de sessões de julgamento e que contribuem para o descrédito popular em relação a todos os agentes políticos e administrativos que atuam nessa função estatal, sejam eles juízes, desembargadores, ministros, serventuários ou auxiliares da justiça em geral.

Todavia, é imperioso esclarecer que a busca desenfreada pela celeridade processual, mediante atuação de ofício do julgador para a estandardização interpretativa dos julgados, nem sempre resulta em justiça e em bom funcionamento do Judiciário. O Brasil não pode,

---

[262] Para maiores detalhes, consultar os sítios eletrônicos <http://www.trt3.jus.br/download/litigantes/1instancia.pdf> e <http://www.trt3.jus.br/download/litigantes/2instancia.pdf>, acessados em: 09 dez. 2010.

[263] A título de ilustração, citam-se as Comissões de Conciliação Prévia, disciplinadas nos arts. 625-A a 625-H da CLT, que, dependendo da perspectiva interpretativa adotada, podiam ser classificadas como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo ou como condição da ação ou, ainda, podiam ser declaradas inconstitucionais por afronta ao princípio da inafastabilidade insculpido no art. 5º, XXXV, da CR/88. O STF, em decisão proferida nos autos de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2139), por maioria de votos, dizimou a polêmica, ao deferir parcialmente pedido cautelar para, dando interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, determinar que as demandas trabalhistas podem ser submetidas à Justiça do Trabalho independentemente de exame anterior por comissão de conciliação prévia. Segue a ementa do julgado: PROCESSO OBJETIVO – PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA – FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo. (grifo acrescido) (ADI 2139 - Relator (a): Ministro Marco Aurélio – Julgamento 13.05.09 – DJe 23.10.09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>. Acesso em: 17 jan. 2011.)

[264] Para Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, as causas repetitivas de alta intensidade "[...] possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa."

portanto, deixar-se seduzir pela aplicação mecânica da técnica de julgamento por amostragem, até porque nem todo caso é idêntico ao outro.

Verifica-se, é verdade, um movimento crescente de aproximação das famílias do *civil law* e do *common law*. Contudo, como bem advertem Theodoro Júnior, Nunes e Bahia, [265] deve-se sempre ter em mente que o precedente americano funciona como um ponto de partida para o julgamento do caso concreto. O seu uso pode ser afastado, quando a parte interessada demonstrar que a sua situação não é idêntica àquela nele versada. Espera-se que esse alerta não seja desprezado pelos operadores e aplicadores do direito brasileiro.

9.3 Requisito quantitativo *versus* conveniência como elemento questionável

Como exposto anteriormente, a admissibilidade do procedimento-modelo alemão está pautada em parâmetro quantitativo, na medida em que, nos quatro meses seguintes à publicação do registro eletrônico contendo o primeiro requerimento de gestão coletiva de processos individuais, devem ser postulados, pelo menos, outros nove procedimentos-padrão paralelos no mesmo juízo de origem ou em outro. A centralização do cadastro permite a averiguação de pretensões isomórficas. E, uma vez atendidos os demais requisitos, o *KapMug* é admitido.

A princípio, a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro também utilizou um critério quantitativo como condicionador da admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, tanto que a redação da proposta original, que ficou a cargo de seu ilustre integrante Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, previa:

> [...]
> Art. 2º Tão logo se instaure o incidente, este deverá ser registrado em cadastro nacional próprio, com ampla divulgação e somente será remetido ao órgão *ad quem* se, em período não superior a 90 dias, 20 causas que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas, com causas de pedir semelhantes, forem igualmente levadas a registro. A secretaria do juízo competente deverá, em consulta quinzenal, certificar o contingente de casos submetidos ao cadastro nacional, a respeito da controvérsia; verificando que o número de casos registrados alcançou a quantitativo necessário, remeterá um incidente modelo ao Tribunal estadual ou federal respectivo.
> [...]
> § 2º Se não for alcançado o número mínimo de causas, os processos individuais prosseguirão. O incidente de coletivização deverá ser julgado pelo Tribunal pleno ou

[265] THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 42.

> órgão especial, onde houver, do respectivo Tribunal estadual ou federal ao qual estiver vinculado o Juiz que primeiro cadastrar o incidente.
> [...] (grifos não constam do original)[266]

Nada obstante, no decorrer das reuniões, a Comissão modificou os requisitos nucleares do instituto brasileiro. Assim, se o PLS n. 166/2010 for aprovado, o conhecimento do incidente de coletivização dependerá:

a) da existência de questão jurídica comum a múltiplos processos, capaz de gerar relevante multiplicação de processos e com a potencialidade de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes;
b) de requisito avesso à sistemática germânica, que é a "conveniência de se adotar decisão paradigmática".

É provável que a exigência adicional referida acima origine problemas, pois a indeterminação do conceito jurídico "conveniência" pode conduzir a interpretações distorcidas, distantes do escopo teleológico do expediente. A par disso, como sugere Igor Bimkowski Rossoni[267], o instituto pode surgir natimorto ou se tornar de rara aplicação, considerando que os tribunais, principalmente o STJ, entendem que a técnica de uniformização de jurisprudência, que guarda algumas semelhanças com o incidente de resolução de demandas repetitivas e está prevista no art. 476 do Código de Processo Civil atualmente em vigor, encerra mera faculdade do órgão judicante[268]. Logo, o incidente pode ter idêntico destino.

---

[266] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

[267] ROSSONI, **O "incidente de resolução de**.... [*sic*]

[268] "EMENTA: LML E OUTRO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MALVERSAÇÃO DO § 2º DO ART. 254 DO RISTJ, INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. I. Não há violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido dirime de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. II. Não há vulneração ao RISTJ, porquanto a decisão monocrática seguiu o que dispõe o seu inciso I do art. 254. III. O incidente de uniformização de jurisprudência deve ser suscitado quando do oferecimento das razões do recurso, sendo inviável em sede de agravo regimental. Ademais, "a suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto." (REsp n. 3.835/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 29/10/1990.) [...]" (grifos não constam do original) (EDcl no AgRg no AI 982233 /PR - Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0269815-8 - Relator(a) Ministro Aldir Passarinho Júnior - Órgão Julgador T4 – Quarta Turma. Julgamento 23.11.2010. DJe 01.12.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12973202&sReg=200702698158&sData=20101201&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2010.

Some-se a isso a possibilidade de o incidente de coletivização ser aventado no Brasil com conotações exclusivamente políticas que visem ao atendimento de aspirações setorizadas de determinadas classes ou segmentos econômicos mais privilegiados, interessados na suspensão *ope legis* de processos com pretensões paralelas ou no não conhecimento da gestão comum de processos individuais isomórficos, conforme lhes for mais conveniente.

9.4 Questões de fato e de direito

No regime alemão, a instauração de procedimento de decisão coletiva para a resolução de pretensões individuais isomórficas não desonera o Poder Judiciário germânico de apreciar questões de fato e questões de direito comuns às ações repetitivas.

Para preservar as peculiaridades de cada caso concreto, a cognição judicial tedesca é dividida em dois momentos. Como ensina Antonio do Passo Cabral[269], a primeira decisão cuida coletivamente de elementos e circunstâncias referentes ao fato-gênese, similar nas causas individuais. Na segunda fase da cognição judicial, que é complementar, as particularidades de cada caso concreto são realçadas para garantir legitimidade social ao procedimento-padrão alemão e despertar no jurisdicionado, individualizado, o sentimento de que suas pretensões, com todas as suas nuanças e matizes, foram analisadas com acuidade pelo magistrado.[270]

Mais uma vez, Antonio do Passo Cabral esclarece:

> Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se, na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissoluvelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.[271]

---

[269] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 128-129.

[270] A repartição da fase cognitiva observada no ordenamento alienígena guarda, assim, coincidências com a tutela metaindividual brasileira, porquanto, nesta última modalidade de solução de conflitos, na sentença genérica, declara-se a prática de ilícito de dimensões coletivas e traçam-se as linhas-mestras do comando condenatório e/ou mandamental. Assim, inicialmente, é definido o *an debeatur*, para, então, na fase subsequente, de liquidação da sentença coletiva, ser demonstrado o nexo de causalidade havido entre o dano genérico reputado condenável e digno de reparação por força do provimento jurisdicional e a lesão efetivamente imposta ao patrimônio jurídico de cada titular da pretensão material apreciada. Isto é, somente após a fase complementar, na qual serão consideradas eventuais particularidades do caso concreto, é que, finalmente, haverá a quantificação do prejuízo sentido por aquele titular individual, vale dizer, será fixado o *quantum debeatur*.

[271] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 132-133.

No Brasil, a concepção abraçada pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ao guardar o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas para questões de direito comuns, foi mais tímida e conservadora. Com efeito, prendeu-se à dogmática tradicional-burguesa que dissocia fato de direito. A escolha não parece a mais correta, pois a imbricação/miscigenação desses dois aspectos do litígio é inquebrantável e ambos não dispensam análise judicial, ainda que a providência seja tomada em fases cognitivas distintas e sucessivas.

9.5 Poder do juízo de origem – maior e menor escala

O instituto alemão confere amplos poderes ao juízo de primeiro grau, que, além de decidir sobre a (in)admissibilidade do *KapMug*, determina, em decisão irrecorrível, o mérito do procedimento coletivo, que não poderá ser alterado pela instância *ad quem.*

No Brasil, o raciocínio foi diametralmente oposto, pois ao juízo de origem foi concedido número reduzido de atribuições. Com efeito, ele prestará informações e posicionar-se-á a respeito de medidas de urgência. O raciocínio brasileiro vai de encontro à tendência mundial de privilegiar a proatividade do julgador de primeiro grau, reconhecendo-lhe mais poderes por estar mais próximo das partes e da questão controvertida.

Da simples leitura da ata da 6ª reunião da Comissão de Jurista do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, verifica-se cautela em conceder poderes aos juízes singulares, sobretudo no tocante à suspensão dos processos isomórficos.

A respeito, o Ministro Luiz Fux ponderou que a Comissão seria alvo de críticas, porque estaria "[...] dando muitos poderes aos juízes de paralisar os processos"[272]. O jurista e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo José Roberto dos Santos Bedaque acrescentou: "Eu acho que é esse o grande problema, Presidente, é o problema de delegar poder ao Juiz lá do interior, não sei de onde, e suspender processo no Brasil inteiro".[273]

---

[272] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

[273] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

O diálogo acima demonstra que a Comissão, apreensiva com os efeitos de eventual ordem emanada por juiz singular, preferiu assumir uma postura mais tradicional, distanciando-se, nesse aspecto, do protótipo germânico.

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, então, será requerida ao Presidente do tribunal, cabendo ao Desembargador Relator tomar as medidas processuais cabíveis para posterior pronunciamento do pleno ou, onde não houver, do órgão especial do tribunal acerca da admissibilidade e do julgamento de mérito das questões comuns em pretensões paralelas.

Dessa feita, não há fragmentação da atividade cognitiva, considerando que o conhecimento, a instrução, o julgamento e o efeito suspensivo são centralizados no tribunal, competindo ao juízo de origem papel “coadjuvante”, bem diverso do brindado ao juiz singular pela sistemática processual tedesca.

10 LACUNAS E DÚVIDAS NO PROVÁVEL REGIME JURÍDICO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL

O PLS n. 166/2010 não regula, de forma global e completa, os aspectos do incidente de resolução de demandas repetitivas. O presente trabalho abordará algumas lacunas e dúvidas verificadas no pretenso regramento do incidente de coletivização brasileiro, sem pretensão de esgotar tema tão complexo.

10.1 Alcance da decisão emanada do tribunal – processos futuros?

No procedimento-modelo alemão, são suspensas as demandas isomórficas propostas até o momento do julgamento das questões comuns pelo tribunal, ficando à margem dos efeitos vinculativos da decisão do *KapMug* os processos supervenientes instaurados após esse marco temporal.

No Brasil, o art. 903 do PLS n. 166/2010 dispõe, genericamente, que a decisão será vinculativa para "todos os processos". Não está nítido, porém, o alcance da expressão. Ela significa que a eficácia *erga omnes* abrange processos pendentes e vindouros ou sujeitar-se-ão ao efeito vinculante da decisão do incidente somente os primeiros?

Se for levada em conta a gênese do instituto, a linha interpretativa prevalente será aquela que segue a solução apresentada pelo ordenamento jurídico alemão.

Lendo a ata da 6ª reunião da Comissão de Juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, parece que essa foi a intenção de seus membros, tanto que a jurista Teresa Arruda Alvim Wambier alertou os demais integrantes da sugestão do Desembargador Elpídio Donizete para "[...]que fique mais claro que a abrangência da decisão do incidente de coletivização alcance os casos pendentes e as ações que forem impetradas (sic), enquanto o incidente estiver correndo" [274], tendo o ilustre integrante Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,

[274] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

responsável pela redação primitiva das normas pretensamente aplicáveis ao incidente de resolução de causas repetitivas, respondido: “Isso eu já coloquei”.[275]

Todavia, na parte final da ata da 6ª reunião da Comissão constou expressamente que foi aprovada, por unanimidade, “[...] a proposta de que a tese jurídica adotada da decisão do incidente de coletivização será aplicada tanto aos casos já ajuizados quanto às ações supervenientes. É uma redundância mas deixa.”[276]

Ainda que o Ministro Luiz Fux tenha mencionado “É uma redundância mas deixa”, parece que o ponto não restou devidamente esclarecido, pois são situações bem distintas propugnar, no desenrolar da reunião, que o incidente abrangerá casos pendentes e ações propostas durante a sua tramitação e, ao final do encontro, nas notas conclusivas, asseverar que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada tanto a casos já ajuizados quanto a ações supervenientes.

Se, de um lado, a predominância da primeira exegese encontra amparo em disposição legal alienígena, de outro, o incidente de coletivização não terá força nem amplitude suficientes no Brasil para, de uma única vez, solucionar uniforme e homogeneamente a pluralidade de demandas repetitivas levadas ao conhecimento do Judiciário.

Quer dizer, se o tribunal já tiver adotado posicionamento sobre questão jurídica comum, será necessária a admissibilidade de outro incidente para a suspensão de novos processos, ainda que estes venham a repetir as mesmas questões jurídicas de outrora.

Há pontos positivos e negativos na adoção dessa linha de pensamento, já que o intervalo entre o julgamento do incidente de coletivização e as novas ações pode levar à maturação da questão pelo tribunal e à eventual modificação de seu entendimento. Doutro turno, o interstício pode gerar atraso em outras hipóteses, quando a decisão tomada inicialmente não merecer qualquer ajuste ou decote.

Enfim, a dúvida persiste. Somente debates doutrinários consubstanciados e jurisprudência robusta poderão dissipá-la.

---

[275] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

[276] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

10.2 Recursos especial e extraordinário – ordem de suspensão emanada do STJ ou do STF

Na dicção do art. 905 do PLS n. 166/2010, contra a decisão proferida no incidente de coletivização poderá ser interposto recurso especial para o STJ ou recurso extraordinário para o STF. Ambos terão efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente eriçada no recurso manejado para a mais alta Corte brasileira.

Sobre o tema, foi instaurado entusiasmado debate durante a 6ª reunião da Comissão de Juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. As indagações cingiram-se à força da decisão proferida no incidente de coletivização em relação ao STJ e ao STF e à possível suspensão de demandas individuais repetitivas em tramitação nesses dois órgãos judiciários.

Seguem-se o diálogo e as respectivas dúvidas levantadas pelos integrantes da Comissão:

> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: Mas aí tenho uma dúvida [...] O Supremo e o Superior estão sujeitos àquela tese, ao julgar o especial ou extraordinário?
>
> SR. BRUNO DANTAS: Não, segundo o que nós estamos decidindo, não. Só os Tribunais.
>
> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: Aí ele julga diferente. O que adianta aquela tese lá embaixo, se o Supremo julgou diverso?
>
> [...]
>
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: Não, Bedaque, não cai por água abaixo, de jeito nenhum. Nós temos casos aí, diversos casos, diversos casos, em que no próprio Superior há divergência em turmas, cada turma julga de uma maneira. O fato de eu ter uma coisa julgada sem súmula no STJ e depois ter o julgamento do incidente não significa nada.
>
> [...]
>
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: [...]Agora, [...] o STJ poderá manter aquela posição ou mudar, não tem súmula. O STJ está cansado aí de uma turma julga (sic) de uma maneira, outra turma julga (sic) de outra.
>
> [...]
>
> SR. PRESIDENTE LUIZ FUX: Quando for recurso do incidente de coletivização para o STJ e para o Supremo, as causas esperarão isso também?
>
> [...]
>
> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: Aí, na medida em que for interposto um recurso especial para o STJ, suspende os que estão lá.
>
> [...]
>
> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: A mesma técnica, a parte recorreu, não julga os que estão lá. Suspende, julga.
>
> SR. PRESIDENTE LUIZ FUX: Faz a mesma técnica do repetitivo.
>
> SR. JANSEN FIALHO DE ALMEIDA: E também para o STF, porque nós estamos falando de duas linhas, não é?
>
> [...]
>
> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: Acho que aí fica bom.

> [...]
> SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: [...]Aí, para ter coerência, tem que ser em todos os graus de jurisdição.
> [...]
> SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: Eu acho que tem que suspender todas as ações.
> [...]
> SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: Se, amanhã ou depois, o STJ ou o Supremo modificarem isso, isso tem efeito retro-operante.
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: Não, não necessariamente.
> SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: Vai se destruir tudo o que se decidiu.
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: Não, não, não, não, não. Note bem, são duas coisas distintas, nós temos recursos individuais pendentes no STJ, vamos admitir recursos individuais.
> [...]
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: E nós temos o recurso interposto contra o incidente. Se, num recurso interposto contra um incidente, quando chega ao STJ, e se o STJ tiver centenas de causas individuais, ele suspende as individuais, para julgar o incidente.
> SR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: Exatamente.
> [...]
> SR. PRESIDENTE MINISTRO LUIZ FUX: Eu não sei se me fiz entender. Eu acho que guardaria coerência se tudo ficasse suspenso, enquanto o STJ e o STF, provocados, vão se manifestar.
> [...]
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: Mas isso já está, porque tem efeito suspensivo o recurso.[277]

As ponderações transcritas merecem comentários, começando pela não submissão do STJ e do STF à tese adotada pelos tribunais regionais e estaduais no incidente de coletivização, já que o sistema judiciário do país está edificado sobre estrutura hierárquica e é atribuída condição de tribunais de cúpula e de superposição tanto ao STJ quanto ao STF, detendo ambos poder revisional sobre as decisões judiciais impugnadas e levadas a seu conhecimento. Desse modo, se eles podem reformar os comandos de instância inferior, não estão sujeitos à tese sustentada por tribunais regionais e estaduais na solução de demandas múltiplas.

Mesmo que o STJ e o STF venham a reformar decisão proferida no incidente de coletivização, este instituto não perderá, em definitivo, sua finalidade, porque, não sendo interposto recurso especial ou recurso extraordinário pelas partes, pelos interessados, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública (art. 900, *caput*, do PLS n. 166/2010) ou por aquele que for parte em processo em curso no qual se discute a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente, independentemente dos limites da competência territorial (parágrafo

[277] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 de out 2010.

único do art. 900 do PLS n. 166/2010), o provimento emanado do tribunal em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas transitará em julgado. Logo, a coisa julgada - qualidade que confere imutabilidade à decisão do incidente - perdurará, uma vez que é vedada a remessa necessária a tribunal superior, nos termos do art. 478, §3º, do PLS n. 166/2010.

Caso seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário voluntário, é de bom alvitre suspender os recursos interpostos em demandas individuais paralelas, em qualquer grau de jurisdição, salvo se já julgados[278], e os processos individuais com questões de direito idênticas, ainda em tramitação na primeira instância, sem qualquer impugnação via recursal, até que acórdão do STF ou do STJ valide ou reforme decisão exarada em incidente de coletivização. Lembre-se de que a jurisdição dos aludidos tribunais de superposição está circunscrita a todo o território nacional.

Nesse particular, o raciocínio seria semelhante àquele que orienta o julgamento por amostragem de recursos extraordinários. Da mesma forma que ele impõe a suspensão das demais demandas paralelas dentro da técnica de processo-teste, o incidente de coletivização possui a idêntica finalidade de proporcionar o julgamento em bloco de pretensões isomórficas, ainda que o mecanismo colocado à disposição do jurisdicionado seja outro.

10.3 Efeito vinculante da decisão proferida no incidente de coletivização – natureza jurídica

Definir a natureza jurídica da decisão exarada no incidente de resolução de causas repetitivas é tarefa complexa e gera polêmica. Pode-se sustentar a existência de coisa julgada e a extensão de seus efeitos a terceiros interessados no incidente de coletivização ou, simplesmente, alegar que da referida decisão decorrerá, futuramente, uma súmula.

Para adotar uma posição ou outra, primeiro, é necessário responder a duas perguntas que têm o mesmo pano de fundo: a decisão proferida no incidente de coletivização tem dimensão abrangente capaz de atingir todos os processos supervenientes à data da sua prolação? Qual interpretação é a mais adequada para o disposto no art. 903 do PLS n. 166/2010, quando alude a “todos os processos”?

[278] Não se há falar em suspensão de processos ou recursos anteriores, já decididos e sujeitos à qualidade da coisa julgada formal ou material, antes da decisão do incidente de coletivização, por dúplice motivo: a) não se suspende feito já julgado; b) por questão de política judiciária, vigora o princípio *tempus regit actum.*

Se quem responder à indagação se alinhar à vertente que amplia os efeitos da decisão aos processos futuros, poder-se-á cogitar de súmula, porque a tendência do tribunal que exarou a decisão será promover a estandardização interpretativa do julgado[279].

O diálogo entre dois membros da Comissão de Juristas que participaram da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Theodoro Júnior – indica essa possibilidade. Veja-se:

> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: [...] Depois que isso for decidido, dificilmente outras pessoas vão promover novas ações, e isso já vai estar decidido, etc.
> SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: Vira uma súmula, não é?
> SR. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: Vira súmula. Vai acabar virando súmula.[280]

Todavia, quem preferir essa concepção esbarrará em obstáculo de ordem constitucional: eventual súmula, que venha a ser editada e publicada com amparo em decisão de incidente de resolução de demandas repetitivas tomada pelo Pleno ou pelo Órgão Especial de tribunais regionais ou estaduais, não terá força vinculante irrestrita, nem irradiará seus efeitos para todo o país. Ela tampouco obrigará aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Para tanto, seria indispensável reforma constitucional que atribuísse essa competência aos tribunais estaduais e regionais. Por enquanto, só o STF pode publicar, revisar ou cancelar súmulas vinculantes e, mesmo assim, desde que observados os requisitos constitucionais elencados no art. 103-A e seus parágrafos da CR/88.

Aqueles que defenderem a limitação da eficácia vinculativa aos processos pendentes ao tempo da decisão do incidente coadunarão com a doutrina alemã, que, segundo Antonio do Passo Cabral, "[...] tem se inclinado pela aplicação do instituto da coisa julgada [...]"[281] no tocante ao provimento jurisdicional exarado no *KapMug*. Saliente-se que a legislação especial germânica expressamente menciona a *res judicata* em seu corpo.

Esta última alternativa parece a mais correta, pois, no PLS n. 166/2010, são oportunizados a manifestação, a atuação e o poder de influência das partes e de terceiros interessados no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Logo, todos

---

[279] Para maiores detalhes acerca da expressão "estandardização interpretativa dos julgados", consultar THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 24.

[280] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

[281] CABRAL, O novo procedimento..., **Revista de Processo**, p. 142.

têm ônus, obrigações, deveres, faculdades e encargos de parte no regime jurídico brasileiro, razão pela qual devem arcar com os riscos processuais correspondentes, qualquer que seja o resultado da lide – pró ou contra.

11 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS REGIMES PROCESSUAIS ESTUDADOS

11.1 Coincidências entre o objeto indivisível do litisconsórcio unitário e a tutela metaindividual

A Lei n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor brasileiro –, em seu art. 81, classifica os direitos metaindividuais em três espécies: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, sendo características comuns às duas primeiras modalidades a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. As distinções existentes entre elas são a indeterminação dos sujeitos nos direitos difusos, porque ligados por circunstâncias de fato, enquanto, nos direitos coletivos em sentido estrito, os titulares são determináveis, haja vista formarem grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A seu turno, o objeto é divisível nos direitos individuais homogêneos; as pessoas são determinadas e a espécie decorre de origem comum, sendo "acidentalmente" catalogados como metaindividuais, nas palavras de Barbosa Moreira[282], ante as vantagens apresentadas pelo processo coletivo.

Nos direitos difusos, como o objeto é fluido e disperso na sociedade, sendo impossível determinar as pessoas que foram, serão ou são prejudicadas por lesão ou ameaça a direito, o bem da vida perseguido em juízo não pode ser cindido, seja por motivos de ordem fática, seja por motivos de absoluta impossibilidade jurídica.

Em relação aos direitos coletivos em sentido estrito, a indivisibilidade do objeto é notada no âmbito de grupo, categoria ou classe, cujos integrantes são ligados entre si ou com

---

282 Foi o Prof. José Carlos Barbosa Moreira quem utilizou a expressão "litígios acidentalmente coletivos". Segundo o respeitável jurista, "[...]É claro que nada impede que os conflitos de interesses relacionados com cada uma das pessoas prejudicadas possam ser objeto de apreciação isolada, individual, em princípio, nada obsta isso: mas, por vezes, acontece que o fenômeno tem dimensões diferentes quando olhado por um prisma global. Curiosamente, aquela proposição aritmética relativa às parcelas e à soma falha. Aqui, na verdade, há casos em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto da vida social, um impacto de massa.[...]." MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 188-189, jan./mar. 1991.

a parte adversa por força de relação jurídica base. Esse vínculo jurídico pode ser um contrato de emprego, por exemplo.

Tal como acontece no litisconsórcio unitário, em que a natureza incindível da relação material é determinante para a uniformidade e a homogeneidade da sentença ou acórdão, os titulares de direitos difusos e coletivos em sentido estrito são tratados como "um todo monolítico", "um bloco" sujeito a idênticas decisões judiciais.

A comparação é mantida em relação aos direitos individuais homogêneos, porque, embora tenham objeto divisível e titulares determinados, quando tutelados metaindividualmente, geram um comando judicial genérico que, na fase liquidatória, aí sim, poderá vir a excluir algum titular individual que não demonstrar, satisfatoriamente, o nexo de causalidade entre o dano coletivo e o seu prejuízo pessoal.

11.2 Julgamento por amostragem via recursos representativos e litisconsórcio por afinidade

Fredie Didier, citado por Theodoro Júnior, Nunes e Bahia,[283] sustenta a existência de litisconsórcio por afinidade nas hipóteses dos arts. 543-B e 543-C do CPC atual, que tratam, respectivamente, de julgamento por amostragem mediante recursos extraordinário e especial representativos.

A teoria torna-se interessante se for levado em consideração que a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, expressamente elencada no art. 46, inciso IV, do CPC vigente, constitui requisito mais brando que a conexão de causas pelo objeto ou causa de pedir, requisito insculpido no art. 46, inciso III, do CPC vigente, para fins de formação de litisconsórcio.

No entanto, a associação proposta merece algum cuidado, pois, em sua grande maioria, impera o querer dos litigantes na instituição, ou não, de cumulação subjetiva inicial ou superveniente. Ou seja, o ordinário é o litisconsórcio facultativo, e não o litisconsórcio necessário.

---

[283] DIDIER, Fredie. **Repercussão geral**. Análise do §3º do art. 543-A do CPC. Inexistência de presunção legal absoluta nos casos de decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência do STF. Editorial 41 do sítio eletrônico <www.frediedidier.com.br>, atualmente sem acesso ao referido artigo. *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 177, p. 09-46, 2009, p. 33.

No julgamento por amostragem contemplado nos arts. 543-B e 543-C do CPC atualmente vigente, independentemente da vontade dos envolvidos, todos terão suas demandas suspensas enquanto o recurso extraordinário ou especial, pinçado para representar os demais, estiver sendo apreciado pelo STF ou STJ. Vale dizer, todos submeter-se-ão à tese objetiva que será estampada no acórdão dos tribunais de superposição brasileiros e que possuirá eficácia vinculativa. Logo, independentemente da vontade dos jurisdicionados, no julgamento por amostragem, será operada a gestão conjunta de ações individuais, motivo pelo qual, em que pese ao respeito às reflexões propostas pelo ilustre processualista Fredie Didier, não se vislumbra concordância entre os institutos.

11.3 Direitos individuais homogêneos, tutela metaindividual, litisconsórcio e incidente de resolução de demandas repetitivas

A correlação entre tutela metaindividual, litisconsórcio, incidente de resolução de demandas repetitivas e direitos individuais homogêneos é mais singela, apesar dos múltiplos desdobramentos possíveis decorrentes da distinção entre tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos. A respeito, brilhantemente expõe Teori Albino Zavascki:

> [...]Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (notadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos "são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficácia e da economia processuais". Quando se fala, pois, em "defesa coletiva" ou em "tutela coletiva" de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.[284]

Nessa linha de raciocínio, os direitos individuais homogêneos se submetem aos três tipos de litigiosidade: individual ou "a varejo", massificada ou coletiva e repetitiva, serial ou de alta intensidade. Seguem-se as hipóteses cabíveis:

---

[284] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42-43.

- verificados pontos comuns de fato ou de direito nos interesses individuais homogêneos, mostra-se mais vantajosa, rápida, econômica, persuasiva e pedagógica a opção pela tutela metaindividual, que, cotejada com o litisconsórcio, apresenta vantagens, porquanto, na cumulação subjetiva de partes, há limitações de ordem quantitativa; as ações plúrimas expõem individualmente o demandante, dando-lhe rosto e voz; há o risco de decisões judiciais desarmônicas, já que nem todos os litisconsórcios são unitários;
- não há obrigatoriedade, contudo, de os direitos individuais homogêneos serem postulados em ações coletivas ou em litisconsórcio por afinidade, pois compete ao jurisdicionado escolher o tipo de ação judicial que moverá, podendo eleger a demanda individual tradicional, autônoma e solitária;
- o jurisdicionado pode, simplesmente, sucumbir aos efeitos da litigiosidade contida, e não mover ação alguma;
- os direitos individuais homogêneos poderão, finalmente, ser submetidos à gestão coletiva de processos, quando instaurado, por requerimento das partes ou de ofício, o incidente de resolução de demandas repetitivas, estudado mais detidamente nos capítulos anteriores e previsto no PLS n. 166/2010 que atualmente tramita na Câmara dos Deputados. Todavia, como já afirmado, se não for apresentada emenda modificativa ou substitutiva ao multicitado PLS, pelo menos no tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, esse instituto não contribuirá para a plena efetividade da prestação jurisdicional.

As elocubrações, contudo, não se esgotam nas hipóteses retromencionadas, na medida em que o jurista Remo Caponi apresenta correlação instigante entre tutela coletiva ressarcitória e litisconsórcio que denominou de “agregado”. No seu entender,

> A ação ressarcitória sob a forma coletiva cria uma nova figura de litisconsórcio facultativo, que pode ser definida como “agregado”, uma vez que dá lugar a uma agregação de ações seriais (adesões) destinadas a fazer valer créditos ressarcitórios ou restituitórios nos litígios contra o comerciante. A ação ressarcitória na forma coletiva se exaure na cumulação e na gestão conjunta das ações individuais dos aderentes por obra de um autor formal (associação ou representante).[285]

[285] No original: “L'azione risarcitoria in forma collettiva crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che si può definire “aggregato”, poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le “adesioni”) tese a far valere crediti risarcitori o restitutori nei confronti del professionista. L'azione risarcitoria in forma collettiva si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un attore formale (associazione o comitato)”. CAPONI, Remo. *Litisconsorzio “aggregato” l´ azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori. Azione colettive: interessi protetti e modelli processuale di tutela*. **Rivista di diritto processuale,** Disponível em:

Nesse diapasão, pode-se cogitar que os modelos de tutela metaindividual e litisconsórcio por afinidade na Itália (que equivale ao litisconsórcio agregado, assim denominado por Remo Caponi) têm congruência recíproca, podendo-se dizer que as técnicas são complementares naquele país. No Brasil, os direitos individuais homogêneos são muito mais que a simples soma de pretensões particulares plúrimas. Eles representam a síntese de uma pretensão comum.

11.4 Coisa julgada *secundum eventum litis* na tutela metaindividual brasileira e coisa julgada *pro et contra* no incidente de resolução de demandas repetitivas

Determina o subsistema processual brasileiro, que cuida da tutela metaindividual, que, quando o objeto das ações coletivas está circunscrito a direitos individuais homogêneos, a *res judicata* é regida pelo critério *secundum eventum litis*.

Desse modo, o resultado meritório, quando pautado em conjunto probatório suficiente e desfavorável à pretensão dos titulares do direito material, substituídos por parte ideológica, não atingirá terceiros que não participaram do processo na qualidade de litisconsortes e que, por isso, estarão livres para propor ação indenizatória e/ou inibitória a título individual, nos termos do §2º do art. 103 da Lei n. 8.078/90.

Já o efeito vinculante da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas não depende do sucesso ou do fracasso de pretensões seriadas que contenham questões jurídicas comuns. Favorável ou não, o provimento produzirá efeitos jurídicos no mundo empírico, porque dotado de eficácia extraprocessual irradiadora para lides idênticas.

Essa contraposição e aparente antinomia entre os parâmetros *secundum eventum litis* da tutela metaindividual de direitos individuais homogêneos e *pro et contra* do incidente de coletivização exigirão dos operadores de direito maior cuidado na apreciação das duas figuras, cabendo às partes e aos entes legitimados extraordinariamente, ao instaurarem um ou outro procedimento, avaliar as reais vantagens e desvantagens de cada técnica processual, para não

---

<http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/138053/R._Caponi_Litisconsorzio_YAML_Syck_MergeKey_0xb4378674_aggregato_Lazione_risarcitoria_in_forma_collettiva_dei_consumatori_2008>. Acesso em: 30 jan. 2010.

se frustrarem nem surpreenderem negativamente seus substituídos no caso de ajuizamento de ação coletiva.[286]

[286] De antemão, deixa-se registrado que o regime da coisa julgada conforme o resultado do processo também é o mais adequado para a resolução dos conflitos de direitos individuais homogêneos de alta intensidade. É que, em caso de derrota, os interessados ainda poderão ajuizar ação individual, salvo aqueles que intervieram no processo coletivo na qualidade de litisconsortes (§ 2º do art. 103 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). Na hipótese de procedência do pedido, os efeitos da coisa julgada serão aproveitados pelos verdadeiros titulares do direito material reconhecido em juízo. No incidente de resolução de demandas repetitivas, o regime é do "tudo ou nada". Logo, os riscos são muito maiores.

12 CONCLUSÃO

O Estado liberal, amparado no mito do legislador onipresente e onisciente, contribuiu para a formulação de vários dogmas na processualística tradicional, tais como o perfil individualista mínimo da ação judicial, que retrata litígio entre um autor e um réu; a uniformidade do rito processual, de cognição plena e exauriente, como o único expediente seguro e confiável para a solução de conflitos intersubjetivos de interesses; a compartimentalização do processo em procedimentos cognitivo, executivo e cautelares; a tutela ressarcitória como via exclusiva de dirimir litígios; os procedimentos excessivamente formais; a negativa de proatividade ao julgador; a inexistência de execução sem título; a prevalência dos princípios da demanda e dispositivo.

Ocorre que a referida estrutura normativa constitui promessa ilusória de acesso universal à ordem jurídica justa, pois, edificada sob as bases da liberdade e da igualdade meramente formais, trata o indivíduo como sujeito de direito abstrato, capaz de desfrutar somente em tese das mesmas oportunidades gozadas por pequena parcela da sociedade capitalista, a qual, verdadeiramente, foram concedidas liberdades políticas e civis de primeira dimensão.

O fenômeno da sociedade massificada, a partir da Primeira Revolução Industrial, provocou transformações substanciais no cenário contemporâneo, destacando-se a produção em série, cujo escoamento dependia do aumento progressivo do número de consumidores na civilização industrial incipiente. À medida que os indivíduos adquiriam bens e produtos, despertava o desejo de igualização material e de inclusão social.

A massificação dos conflitos, outro fruto da Primeira Revolução Tecnológica, corroborou, de sua vez, para o surgimento do sentimento de solidariedade entre os indivíduos, notadamente os trabalhadores, que passaram a constituir grupos, categorias e classes, aos quais era conferida legitimidade social na busca pela concretização de conquistas mais abrangentes.

Essa nova realidade proporcionou o gradativo e contínuo rompimento dos paradigmas do Estado Liberal oitocentista. Inicialmente, ganhou ênfase a dimensão social e previdenciária do Estado-Providência (*Welfare State)*, posteriormente aprimorada pelo Estado Democrático de Direito, que, associando o direito de exercício da ação à eficiência social, foi responsável pela concepção social do processo.

É com base nessa perspectiva, a qual encara o processo como instrumento político de participação, que devem ser estudados o litisconsórcio, a tutela metaindividual e as técnicas de julgamento por amostragem - regimes jurídicos prescritos com vistas a combater lesões pluriofensivas causadas por vulneração cumulativa, massificada ou repetitiva de direitos.

No âmbito da dogmática clássica, o litisconsórcio representou considerável avanço no paradigma liberal de litigiosidade, uma vez que a cumulação subjetiva no processo ultrapassa o "esquema mínimo" das ações judiciais tradicionais, formado por um autor, um réu e o Estado-Juiz em relação jurídica trilateral.

Verificada a presença de colitigantes na lide, o magistrado deverá manter, no que couber, a coerência do julgamento, com a melhor proporcionalidade possível entre custos e benefícios, para a máxima extração de resultados úteis com o menor número de atos processuais.

Em que pese ao esforço de solucionar, simultaneamente, pretensões coincidentes via litisconsórcio, o regime jurídico de cumulação subjetiva no processo demonstra insuficiências, porque, em alguns aspectos, continua atrelado a dogmas do modelo processual tradicional, como a vedação à reunião de colitigantes em número excessivo e a obrigatoriedade de citação de todos os litisconsortes quando a natureza incindível da relação jurídica material exigir decisão uniforme para todos os colitigantes.

Se a pré-ordenação conservadora do processo não atende a direitos puramente individuais, o que dizer de sua funcionalidade para os direitos multitudinários e as macrolesões, em que é impossível ou difícil identificar cada titular que teve seu direito lesado ou ameaçado?

Exsurge daí a importância da segunda onda reformadora do processo, pautada na tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, que abarcou, também, os direitos individuais homogêneos, acidentalmente considerados coletivos.

A tutela metaindividual é recomendável, mormente nas lides entre (ex)empregados e (ex)empregadores, uma vez que a ação coletiva proposta por corpos intermediários incentiva a maior participação no processo dos jurisdicionados. Sem expor seus rostos, eles têm mais chances de vencer o medo de retaliações e de listas negras e de se insurgir contra o vilipêndio de direitos que, sob a ótica fragmentada/atomizada, pareceriam de menor importância e sem expressão pecuniária, mas, que, numa visão globalizada/molecularizada, constituem um conjunto de faculdades e posições jurídicas fundamentais.

O regime foi concebido, portanto, para promover justiça com menos custos, mais efetividade e em menor tempo. Normalmente, o deferimento de indenização de danos morais

coletivos e o reforço do cumprimento da decisão judicial via meios coercitivos indiretos têm maior influência e poder suasório sobre a vontade do agente infrator que, em regra, vê-se desestimulado a reincidir no ilícito coletivo e cumpre o comando estatal.

Desse modo, privilegiar a tutela metaindividual representa caminho imponderável rumo à concretização da democracia participativa nas relações jurídicas, especialmente nas de cunho social trabalhista, porque, em maior escala e de forma mais qualificada, garante-se tratamento substancialmente igualitário aos indivíduos.

Todavia, como o subsistema processual coletivo não é de uso irrestrito (há óbices legais para o manejo de ações coletivas em determinadas matérias, tais como FGTS, tributos, etc.), e considerando que, nas hipóteses de seu cabimento, a técnica ainda não é empregada em toda a sua potencialidade[287], embora o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* seja o mais adequado para a realidade brasileira, demandas repetitivas afetas a direitos individuais homogêneos, que não são tuteláveis obrigatoriamente pela via coletiva, continuam abarrotando os juízos e tribunais brasileiros. Desponta, assim, o terceiro tipo de litigiosidade, que é de alta intensidade e repetição seriada.

Sob a justificativa de que o ordenamento jurídico deve manter a unidade e a coerência e sob o fundamento de que a primeira instância, os tribunais estaduais, os tribunais regionais federais e os tribunais de superposição devem dispor de mais tempo para apreciar outras questões, não repetitivas, são desenvolvidas técnicas de julgamento por amostragem e filtros de contenção de recursos que, sinteticamente, visam à uniformização da jurisprudência a partir de caso-piloto ou recurso representativo. Nesse elenco, incluem-se, exemplificadamente, o julgamento *prima facie* do art. 285-A do CPC, a repercussão geral do recurso extraordinário, o pressuposto especial da transcendência do recurso de revista trabalhista, os recursos extraordinários representativos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, que se pretende inserir na sistemática processual, por meio de projeto de lei para reforma do Código de Processo Civil.

A apreciação, pelo Judiciário, de causas isomórficas seriais mediante expedientes de julgamento por amostragem não pode implicar, porém, retrocesso ao movimento pandectista que tratava o indivíduo como sujeito abstrato de direito. Tampouco é salutar que seja dado tratamento

[287] Acredita-se que alguns dos motivos para a técnica da tutela metaindividual não ser empregada em toda a sua potencialidade são: os jurisdicionados ainda não conhecem todas as vantagens do referido mecanismo; muitos jurisdicionados ainda se envergonham de procurar o Estado-Juiz, como se movimentar a máquina judiciária fosse algo ruim, errado ou vexatório; a maioria dos jurisdicionados não acredita na efetividade da prestação jurisdicional, porque os mecanismos processuais desenvolvidos para a solução do primeiro tipo de litigiosidade (individual ou "a varejo") mostraram-se excessivamente morosos, implicando denegação de justiça.

uniforme às causas por motivos quantitativos e/ou estatísticos do Poder Judiciário para fim exclusivo de desobstrução de suas pautas de julgamento. A decisão única não pode tratar os titulares de pretensões semelhantes ou paralelas como uma massa compacta, privada do exercício do contraditório dinâmico e, consequentemente, cerceada em relação ao direito de acrescentar fundamentos jurídicos importantes. Vale dizer, o bom êxito da técnica de julgamento por amostragem depende da conexão direta com uma estrutura processual dialógica, pautada na comparticipação dos interessados na busca pela realização da justiça.[288]

O PLS n. 166/2010, caso aprovado, instituirá o novo Código de Processo Civil. Dele consta o incidente de resolução de demandas repetitivas, mecanismo que também pretende impor uma espécie de contingenciamento à litigiosidade no Brasil. Como não poderia deixar de ser, a *ratio* apresentada é a busca pela melhora qualitativa da prestação jurisdicional e a redução dos riscos, da insegurança, da incerteza e do descrédito causados pela dispersão jurisprudencial.

Verificam-se, contudo, algumas falhas na proposta, seja porque exclui da apreciação do Judiciário as questões de fato, seja porque desconfia do juízo de primeiro grau, retirando-lhe poderes, embora a tendência mundial se dirija a reconhecer proatividade ao julgador de primeira instância, seja porque a fixação, a instrução e o julgamento do procedimento coletivo foram concentrados, quase que exclusivamente, em tribunal estadual ou regional.

Como explicitado anteriormente, a ampliação do espectro do incidente de coletivização, com a respectiva inclusão de questões fáticas ao lado de questões de direito, seria mais proveitosa para a obtenção de resultados úteis nas lides trabalhistas, que envolvem relações jurídicas materiais em que os fatos-gênese, naturalmente imbricados ao direito, constituem a maior essência dos conflitos entre prestadores e tomadores de serviço. A padronização decisória referente às questões fáticas justificar-se-ia, analogicamente, quando presentes os dois requisitos adicionais das *class actions for damages:*

a) a prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as questões de fato e de direito individuais e
b) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual em termos de justiça e eficácia da sentença.

[288] Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, Breves considerações sobre..., **Revista de Processo**, p. 18, 19, 21, 38, 39, 51.

Também seria necessária a alteração parcial do PLS n. 166/2010 com vistas a reaproximar o incidente de resolução de demandas repetitivas do procedimento-modelo alemão.

Decerto que a intempestividade e a heterogeneidade de decisões judiciais provocam consequências indesejadas em face dos protagonistas da lide (Estado-Juiz, partes materiais ou partes processuais), da sociedade em geral, da economia do país e da regulação do mercado. Decerto que o regime jurídico das causas repetitivas vem ganhando cada vez mais força e, ao que tudo indica, traduz um movimento irreversível e inegável.

Nada obstante, não pode ser olvidado que a criação de mais e mais técnicas, isoladamente, não bastará para resolver o problema da morosidade na prestação jurisdicional, pois esta existe em virtude de fatores genéricos de ordem institucional, subjetiva e técnica, além de outros derivados da insuficiência material. Logo, o problema não é apenas de norma.

No tocante ao risco de dispersão jurisprudencial, realmente algumas matérias são de interesse geral e merecem posicionamento homogêneo. Também é verdade que a tendência no Brasil é pela objetivação de temas jurídicos para uniformização das decisões judiciais em substituição ao julgamento de cada cada concreto. Essa opção, porém, deve ser praticada com cautela, porque a restrição do julgamento de mérito a apenas um ou alguns recursos ditos "representativos" pode gerar sérios entraves de legitimação social, o que não é coerente com os postulados do Estado Democrático de Direito. Ademais, caso semelhante não é o mesmo que caso idêntico.

Esses perigos se agigantam no processo trabalhista, instrumento a serviço do Direito do Trabalho que, na condição de ciência destinada à normatividade material das relações de emprego, deve estampar índole protetiva destinada à concretização dos direitos fundamentais, ao exercício da efetiva democracia participativa e, sobretudo, ao respeito da dignidade da pessoa humana. Todos esses escopos têm que ser garantidos pelo Estado-Juiz, revelando-se a tutela metaindividual a técnica mais apropriada para a pacificação dos conflitos trabalhistas com justiça e efetividade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. **Conceito jurídico indeterminado**, **interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>. Acesso em: 05 out. 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um ramo do direito processual. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A relação entre ações coletivas e ações individuais no processo do trabalho: litispendência e coisa julgada. 2010. 342f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ANDOLINA, Ítalo. *Il tempo e il processo*. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 34, n. 176, p. 259-274, out. 2009.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução, orientação e revisão de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANTUNES, Ricardo. A era da informatização e a época da informalização: riqueza e miséria do trabalho no Brasil. *In*: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 15-25.

ATHENIENSE, Alexandre. As faces do direito eletrônico no Brasil. **Hoje em Dia**, Belo Horizonte, 31 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/32290895/Entrevista-Alexandre-Atheniense-As-faces-do-direito-eletronico-no-Brasil-Jornal-Hoje-em-Dia-31-05-2010>. Acesso em: 23 jan. 2011.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil** (arts. 1º ao 55). Rio/São Paulo: Forense, 1975. v. I, t. I.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ano XXV, v. 65, n. 4, p. 22-28, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Tradução de Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Audiência pública como direito de participação**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1645537/audiencia-publica-como-direito-de-participacao.> Acesso em: 18 out. 2010.

BRASIL. **Ata da 6ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2010/05/13052010/20771.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Arquivamento do Projeto de Lei n. 3.267/2000**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19377>. Acesso em: 02 out. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ vai criar banco nacional de ações coletivas**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12357:cnj-vai-criar-banco-nacional-de-acoes-coletivas-&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 30 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em:14 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 16 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1967/1969). **Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977**. Acrescenta o §1º ao art. 119 da Constituição de 1967/1969 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 01 out. 2010.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.608, de 18 de agosto de 1939**. Institui o Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Altera a Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 jul. 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito Processual. **Segue para a Câmara o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://novo.direitoprocessual.org.br/content/view/94/82>. Acesso em: 16 dez. 2010.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil de 1916, revogado pela Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 ago.2010.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil atual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 out. 2010.

BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 2001**. Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2226.htm> Acesso em: 30 set 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 166/2010**. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. **Relatórios das VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal.** Disponível em: <http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/74/1>. Acesso em: 07 set. 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Sumário de Tramitação do Projeto de Lei do Senado n. 166/2010**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 16 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 982233/PR. Relator(a): Ministro Aldir Passarinho Júnior. **DJe 01.12.2010**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12973202&sReg=200702698158&sData=20101201&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.139. Relator(a) à época do julgamento: Ministro Marco Aurélio. Julgamento 13.05.2009. Publicação **DJe 23.10.2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>. Acesso em: 17 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento processual do Recurso Extraordinário n. 573232/SC**. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2581151>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento processual do Recurso Extraordinário n. 576967/PR**. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2591930>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento processual do Recurso Extraordinário n. 589998/PI**. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento processual do Recurso Extraordinário n. 590415/SC**. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Sentença Estrangeira n. 5206**. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento 08.05.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 15 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela n. 175/CE**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 17.03.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 17.03.2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 475812/SP**. Relator(a): Ministro Eros Grau. Publicação 04.08.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383055>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 610**. Brasília, 22 a 26 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em: 02 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.** Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento 29.04.2004. Publicação 04.05.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.695**. Autor Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 193503/SP**. Relator(a): Ministro Carlos Vellloso. Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. **DJe 087.** Divulgação 23.08.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+211303.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+211303.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 569056/PA.** Relator(a): Ministro Menezes Direito. Julgamento 11.09.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568701>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 583955/RJ**. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Publicação 28.08.2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601787>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno atual**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno de 1970** (consolidado até a ER n. 5 e atualizado até a ER n. 8). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970ConsolidadoAtualizado.pdf>. Acesso em: 01 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Mar2010.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 569056. Relator (a): Ministro Menezes Direito. **DJe 102**. Divulgação 05.06.2008. Publicação 06.06.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532301>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 573232. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. **DJe 102**. Divulgação 05.06.2008. Publicação 06.06.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532309>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 576967. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. **DJe 117**. Divulgação 26.06.2008. Publicação 27.06.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536185>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 579648. Relator (a): Ministro Menezes Direito. **DJe 102**. Divulgação 05.06.2008. Publicação 06.06.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532347>.Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 583955. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. **DJe 117**. Divulgação 26.06.2008. Publicação 27.06.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=536237>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 589998. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. **DJe 227**. Divulgação 27.11.2008. Publicação 28.11.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=566209>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 590415. Relator(a): Ministro Menezes Direito. **DJe 148**. Divulgação 06.08.2009. Publicação 07.08.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599718>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 241/RJ**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 10.08.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=16/10/2008&incidente=2620579&codCapitulo=6&numMateria=154&codMateria=7>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Antecipação de Tutela n. 268/RS**. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 22.10.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=204&dataPublicacaoDj=29/10/2008&incidente=2637411&codCapitulo=6&numMateria=162&codMateria=7>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Ação Rescisória n. 01607-2005-000-03-00-3**. Publicação 13.07.2007. Relator (a): Desembargadora Denise Alves Horta. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consultaprocessual/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=AR++05++374&idAndamento=AR++05++374PACO20070712++++10032500. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 129340-84.2008.5.03.0138**. Relator(a): Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. **DEJT 06.08.2010**. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-129341-69.2008.5.03.0138&base=acordao&numProcInt=829561&anoProcInt=2009&dataPublicacao=06/08/2010 07:00:00&query=>. Acesso em: 08 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1801/2007-005-18-00.0. Relator (a): Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. **DEJT 04.05.09**. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR - 180100-65.2007.5.18.0005&base=acordao&numProcInt=198584&anoProcInt=2008&dataPublicacao=04/05/2009 07:00:00&query=>. Acesso em: 08 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 182100.14.2007.5.18.0013. Relator(a): Ministra Kátia Magalhães Arruda. Data de Divulgação **DEJT 01.10.2010**. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20182100-14.2007.5.18.0013&base=acordao&numProcInt=524096&anoProcInt=2008&dataPublicacao=01/10/2010%2007:00:00&query=>. Acesso em: 02 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 610376-94.1999.5.12.5555. Relator(a): Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. **DEJT 30.04.2009**. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>. Acesso em: 25 ago. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e giustizia. In:* ***Studi sul processo civile***. Padova: CEDAM, 1957, p. 03-20.

CAMPELO, Erika. France Télécom: delírio financeiro e funcionários suicidas. ***Opera Mundi***. Paris. 18 dez. 2009. Disponível em: <http://www.entrelinhasweb.com.br/clientes/opera/entrevistas_ver.php?idConteudo=59> Acesso em: 08 dez. 2010.

CAPONI, Remo. *Litisconsorzio "aggregato" l´ azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori. Azione colettive: interessi protetti e modelli processuale di tutela*. Disponível em: http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/138053/R._Caponi_Litisconsorzio_YAML_Syck_MergeKey_0xb4378674_aggregato_Lazione_risarcitoria_in_forma_collettiva_dei_consumatori_2008. Acesso em: 30 jan. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 5, p. 128-159, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 16, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Aspetti processuali della tutela del consumatore*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 32, n. 154, p. 103-113, dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição alemã de 1919**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça? **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 181, p. 231-254, mar. 2010.

COSTA, Carlos Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. 4. ed. rev. atual. e adapt. à Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2. ed. rev e ampl, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167-187.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo,** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 179, p. 139-174, 2010.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Democracia e justiça**. São Paulo: LTr, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Class actions*: contribuições para a maior efetividade das obrigações trabalhistas no Brasil. **LTr Suplemento Trabalhista**. São Paulo, 117/09, p. 549-554, 2009.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Morte: de assunto comum na filosofia a tabu nos ambientes de trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, ano 16, n. 08, p. 04-08, ago. 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p. 13-62.

FAVA, Marcos Neves. A classe no pólo passivo da ação coletiva. *In*: HORTÊNCIO JÚNIOR, José *et al.* (Orgs.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores**. São Paulo: LTr, 2006, p. 75.

FERNANDES, Nadia Soraggi. Ação civil pública trabalhista: forma célere e efetiva de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. 2009. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 170, p. 140-155, jun. 2009.

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

GILARDI, Gianfranco. *Forum: azioni collettive*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 32, n. 152, p. 229-257, out. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 26, n. 101, p. 11-27, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n. 157, p. 147-164, mar. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Eficácia ultra-subjetiva da coisa julgada e garantia do contraditório em ações coletivas. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 319-324.

HADDAD, José Eduardo. Recurso de revista e transcendência. **Revista LTr**, 65-09, p. 1038-1041, 2001.

HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. O julgamento do mérito da demanda ante a angularização do processo (aplicação subsidiária do art. 285-A, do CPC – *in vacatio legis*). **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 03, p. 357-362, mar. 2006.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**: 1789-1848. 10. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOBSBAWM, Eric. **A era do capital**: 1848-1875. 5. ed. rev. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho sob a perspectiva da efetividade do acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=252>. Acesso em: 07 dez. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LINDSAY, A. D. **O estado democrático moderno**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

LUCA, Tânia Regina de. Direitos sociais no Brasil. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 468-493.

MACIEL, José Alberto Couto. Recurso de revista – requisito da transcendência – medida provisória n. 2.226/2001: extinção do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**, 65-09, p. 1035-1037, set. 2001.

MALLET, Estevão. O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil. **Revista LTr**, 70-06, p. 668-675, jun. 2006.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 30. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 297-318.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O critério de transcendência no recurso de revista:** projeto de lei n. 3.267/00. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_20/artigos/IvesGandra_rev20.htm>. Acesso em: 02 out.2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 325-332.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÉXICO. Constituição (1917). ***Constitución Federal da Republica de México de 1917***. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>. Acesso em: 30 jun. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **100 maiores litigantes processos de primeira instância em tramitação até 31 de julho de 2010**. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/download/litigantes/1instancia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **100 maiores litigantes em processos de segunda instância em tramitação até 31 de julho de 2010**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/litigantes/2instancia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2010.

MORAES. Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. *In*: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da Silva (Coords.). **Constitucionalismo social**: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 226-262.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, p. 187-200, 1991.

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

NOGUEIRA, Daniel Fábio Jacob. **Entendendo o anteprojeto do CPC**: *amicus curiae.* Disponível em: <http://blex.com.br/index.php/2010/atualidades/1030>. Acesso em: 25 out. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, ano V, n. 29, p. 73-85, mai./jun. 2004.

OINEGUE, Eduardo. Exaustos meritíssimos: um supremo já congestionado fica mais intolerável ainda com as tolices que chegam lá todos os dias. **Revista Veja**, edição de 26 de março de 1997. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx?termo=boi%2026%20mar%E7o%201997%20borboleta%20exaustos%20oinegue>. Acesso em: 29 set. 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf> Acesso em: 18 out. 2010.

PASSOS, J. J. Calmon. Democracia, participação e processo. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

PERRY, Marvin. **Civilização ocidental**: uma história concisa. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição**: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas. 2001. 882f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Inédita, 2001.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. *In:* PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. (Coords.). **A tutela metaindividual trabalhista**. São Paulo: LTr, 2009, p. 09-50.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. *In:* PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). **Direito do trabalho**: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 336-399.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul./dez. 2007.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, jan./jun. 2006.

PROSCURCIN, Pedro. A ilusão da atual autonomia coletiva privada. **Revista LTr**, São Paulo, ano 69, n. 9, p. 1088-1097, set. 2005.

RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 150-165.

REALE, Miguel. A sanção da lei que instituiu o novo código civil: discurso do Prof. Miguel Reale, supervisor da "comissão revisora e elaboradora do código civil". *In:* MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 17-19.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Tutela metaindividual: por quê? Por que não? *In:* PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. (Coords.). **Tutela metaindividual trabalhista**. São Paulo: LTr, 2009, p. 51-79.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-51.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de resolução dedemandas repetitivas**: artigos 895 a 906 do projeto de código de processo civil, PLS n. 166/2010. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/RenatoRosa/Papers/209078/Incidente_de_resolucao_de_demandas_repetitivas_Artigos_895_a_906_do_Projeto_de_Codigo_de_Processo_Civil_PLS_no_166_2010>. Acesso em: 25 nov. 2010.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro**: avanço ou retrocesso? Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso> [sic]. Acesso em: 16 nov. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SCHÖNWITZ, Daniel. ***Musterverfahren ohne wert***. Disponível em: <http://www.wiwo.de/finanzen/musterverfahren-ohne-wert-444439/>. Acesso em: 12 nov. 2010.

SILVA, Antônio Álvares. **A transcendência no recurso de revista**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora RTM, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 10 jul. 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1287-1303, nov. 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do código de processo civil no processo do trabalho. **Revista LTr**, 70-08, p. 927-928, ago. 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. O requisito de transcendência para o recurso de revista. **Revista LTr**, 65-12, p. 1432-1434, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 79-92.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A medida provisória n. 2.226/01 (“transcendência” em recurso de revista): inconstitucionalidades e inconveniências. **Revista LTr**, 65-10, p. 1159-1166, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 03, p. 274-299, mar. 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

TERRA fria. Direção: Niki Caro. Produção: Industry Entertainment, Nick Wechsler, Participant Productions, Warner Bros. Pictures. Intérpretes: Charlize Theron, Frances Mcdormand e outros. Lançamento: Warner Brothers. Local e data de lançamento: Estados Unidos, 2005.1 DVD (126 min.), longa metragem, colorido.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre *civil law* e o *common l*aw e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 09-52, nov. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 177, p. 09-46, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 32, n. 143, p. 42-64, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In:* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 301-340.

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n. 159, p. 93-117, mar. 2008.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *In:* **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 171-191, 1º e 2º sem. 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção n. 158 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 235-246, jul. a dez. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 185-196.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 797.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 139, p. 28-35, 2006.

WATANABE, Kazuo. XIII *World Congress of Procedural Law*. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 304.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.