

TUTELA COLETIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. RELAÇÕES COM O DIREITO DO TRABALHO

Thais Macedo Martins*

RESUMO

Através do presente trabalho, pretende-se demonstrar a importância e a necessidade de se aprimorar a utilização dos instrumentos previstos na legislação para a tutela coletiva como medida indispensável para implementação do direito de acesso à jurisdição. Nos ordenamentos jurídicos em que, assim como o brasileiro, o Estado assume o monopólio do poder de coerção, o direito de acesso à jurisdição assume importância fundamental, se tornando imprescindível para assegurar a implementação dos outros direitos materiais, incluindo os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Acontece que, no Brasil, existem uma série de obstáculos que dificultam a implementação plena do direito de acesso à jurisdição, o que explica o descumprimento generalizado dos direitos materiais. Na esfera trabalhista, essa situação assume conotações mais graves, uma vez que, via de regra, o empregado depende do salário para garantir a sua subsistência e a de seus familiares. Portanto, negar-lhe direitos trabalhistas básicos que integram o patamar civilizatório mínimo equivale a negar-lhe condições a uma vida digna. Dentre os mecanismos que possibilitam a implementação plena do direito de acesso à jurisdição, destacam-se as ações coletivas como meio potencializado de solução de conflitos porque possibilitam a solução de um número maior de conflitos em uma mesma ação, quando a tutela recair sobre direitos individuais homogêneos, ou permitem a solução de um conflito de maior relevância social. Saliente-se que a importância das ações coletivas é ainda mais evidente no Estado Democrático de Direito em que há uma maior preocupação com a participação social e com o direito de acesso à jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE

* Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Processo Civil. Mestranda em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ABSTRACT

The following paper aims to show the relevance and the necessity of shaping the usage of instruments of collective labour Law as a requirement for the right to access to jurisdiction. On Law systems, like brazilian one, in which State holds the monopoly of power, the right to have access to jurisdiction becomes a main issue, being essential to other rights, such as constitutionally fundamental ones. On Labour Law, this means a worser issue, because the employee depends on his wage for his and his relatives living. Therefore, deny him basic labour rights means deny him his right to a worthy life. Among the instruments that allows the achievement of a fully jurisdiction right, there are the collective lawsuits as a potential way of solving conflicts because they are able to solve a great number of demands on the same lawsuit, if the subject is an homogeneous right, or even because they can solve a more social important issue. To end up, its worth saying that the importance of collective lawsuits are even more clear on a Democratic State, in which there is much more care about social participation and access to jurisdiction.

KEYWORDS

LABOR LAW; LAW COLLECTIVE; JURISDICTION.

INTRODUÇÃO.

Através do presente trabalho, pretende-se demonstrar a importância e, mais do que isso, a necessidade, de se aprimorar a utilização dos instrumentos previstos na legislação para a tutela coletiva como medida indispensável para implementação do direito de acesso à jurisdição.

Para tanto, no primeiro tópico, serão estudados os fatores que ensejaram o surgimento da tutela coletiva, com enfoque para o fator específico da seara trabalhista.

No segundo tópico, serão examinadas as espécies de direito tuteláveis através da ação coletiva, os instrumentos jurídicos vigentes em nosso ordenamento jurídico para tutela desses direitos e a regulamentação da matéria na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional.

O terceiro tópico destina-se ao estudo das adaptações do processo individual para o processo coletivo, tanto em termos genéricos, quanto no que tange a institutos específicos, tais como legitimidade ativa, coisa julgada e liquidação.

O quarto tópico destina-se à análise da importância das ações coletivas no Estado Democrático de Direito, uma vez consideradas as principais características desse modelo de Estado.

Por último, no quinto tópico serão demonstrados os retrocessos e preconceitos verificados na legislação e na jurisprudência quanto ao manejo das ações coletivas, criticando-se esse processo.

1 FATORES QUE ENSEJARAM O SURGIMENTO DA TUTELA COLETIVA

Os doutrinadores mencionam uma série de fatores para o surgimento da tutela coletiva, dentre os quais destacamos quatro: urbanização das sociedades; massificações dos conflitos; aumento do número de demandas e, na esfera trabalhista, a falta de proteção contra a dispensa arbitrária.

O fenômeno da urbanização das sociedades se verifica a partir da migração intensa de grandes grupos de pessoas para as cidades, formando as metrópoles, nas quais a litigiosidade é maior, até mesmo porque as relações jurídicas são mais complexas.

A sociedade capitalista atual se caracteriza pela produção e consumo em massa, o que, por consequência, produz litígios em massa que possuem origem comum e afetam vários indivíduos simultaneamente, como se verifica, por exemplo, na hipótese de comercialização de um produto que contenha vício intrínseco. A globalização e a internacionalização do direito são fatores que acentuam essa característica.

O aumento do número de demandas é reflexo e ao mesmo tempo consequência do fenômeno do descumprimento das obrigações trabalhistas. Isso porque quanto maior o índice de descumprimento da legislação trabalhista, maior o número de ações ajuizadas. E, por outro lado, quanto maior o número de ações, menor a eficiência da prestação jurisdicional, o que estimula o descumprimento do direito material.

Embora o acesso à jurisdição constitua direito fundamental de suma importância, consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (CF) de 1988,

infelizmente, no Brasil, ele não é implementado de forma plena, por diversos fatores, incluindo a deficiência do aparelho estatal.

Além disso, outro fator a dificultar a implementação desse direito é a falta de conhecimento da população, de modo geral, acerca dos direitos materiais consagrados na legislação, o que decorre da falta de divulgação pelo Governo acerca desses direitos e do baixo índice de escolaridade e conscientização política, embora seja imperioso reconhecer que têm ocorrido avanços nesse aspecto, como se verifica, sobretudo, na esfera do Direito do Consumidor. A ficção de conhecimento geral da lei instituída pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, configura realmente uma ficção distante da realidade.

Finalizando, há o fator cultural a dificultar a implementação plena do direito de acesso à jurisdição.

No Brasil, o exercício do direito à jurisdição muitas vezes é visto como um agravo por quem o exerce e como uma afronta contra quem é exercido, que se sente ofendido com o ajuizamento da ação judicial, embora, no plano fático, tenha se recusado a cumprir espontaneamente o direito assegurado na legislação. Essa percepção é comum na prática trabalhista em que o empregado, envergonhado, ao comparecer na audiência, afirma que aquela é a primeira vez que recorre à Justiça e só o faz porque está desempregado e precisa receber as verbas rescisórias que ainda não foram pagas.

O último fator que ensejou o aparecimento da tutela coletiva é específico da área trabalhista.

É sabido que, em nosso ordenamento jurídico, não vigora nenhum tipo de proteção para o empregado contra a dispensa arbitrária, haja vista a falta de regulamentação do inciso I do art. 7º da CF/88. Com isso, o empregado se sente inibido de ajuizar qualquer ação judicial durante a vigência do contrato de trabalho, por receio de que venha a ser dispensado, perdendo a sua principal, ou única, fonte de subsistência.

E o que é pior, mesmo após o término do contrato de trabalho, muitos empregados ainda se sentem inibidos em ajuizar ações judiciais em razão do receio de não conseguirem nova colocação no mercado de trabalho, o que prevalece independente de classe social e nível do cargo ocupado pelo trabalhador.

É que, infelizmente, ainda vigoram as chamadas “listas negras”, nas quais alguns empregadores registram o nome de empregados que ajuizaram ações trabalhistas pleiteando direitos que lhes são assegurados em âmbito constitucional, atribuindo-lhes uma pecha tal como se estivessem usurpando bens alheios.

Sem contar a ofensa ao livre e amplo exercício do direito de acesso à jurisdição, a gravidade dessa conduta se afigura mais evidente se lembrarmos do instituto da prescrição que fulmina a pretensão do empregado de pleitear qualquer direito referente ao contrato de emprego anterior aos últimos cinco do ajuizamento da ação (inciso I da Súmula nº 308 do TST), salvo quanto ao FGTS, cuja prescrição é trintenária, e quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego, o que é imprescritível (art. 11, §1º da CLT).

Sem sombra de dúvidas esse é mais um fator perverso que insufla o descumprimento da legislação trabalhista.

Nesse contexto de sonegação do acesso à justiça, mostra-se indispensável a adoção de mecanismos que possibilitem a melhor implementação desse direito a fim de evitar o surgimento de “sistemas paralelos extra-estatais de direito”¹, nos quais os conflitos são resolvidos por integrantes do próprio grupo a par da intervenção estatal.

Embora se reconheça a vertente positiva desse fenômeno na negociação coletiva adotada de forma ampla na esfera trabalhista em que se possibilita às partes a solução de conflitos sem a intervenção do Estado, a sua vertente negativa pode acarretar graves conseqüências para a vida coletiva, como comprova o crime organizado no Rio de Janeiro que submete a população das favelas a regras próprias de conduta e de solução de conflitos, sem que o Estado consiga intervir de forma satisfatória.

E um dos mecanismos mais eficazes para assegurar a implementação plena do direito de acesso à jurisdição são as ações coletivas, através das quais é possível a defesa de uma série de lesão a direitos.

2 NOÇÕES GERAIS DE TUTELA COLETIVA

Ao contrário do que se possa imaginar, os direitos coletivos não são uma característica da sociedade atual. O que mudou foi o tratamento e a proteção concedida

¹ Rocha, Carmen Lúcia. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 35.

a esses direitos, em razão do fato de que eles passaram a ser incomparavelmente mais atingidos, pelos motivos expostos acima².

Na verdade, identifica-se a origem da tutela coletiva em um instrumento jurídico criado no direito inglês, no século XVII, denominado “bill of peace” que era editado pelas “Courts of Chancery”, dotadas de amplo poder discricionário, com o objetivo de disciplinar uma situação por inteiro (“complete justice”), ainda que nem todos os representados estivessem presentes na ação.

No direito norte-americano, a proteção ao direito coletivo se aprimora através das “class action” destinadas à proteção de direitos individuais homogêneos e que serviram de inspiração para outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. O primeiro diploma que tratou sobre esse tema foi a “Equity Rule” de 1833 e, mais recentemente, a Federal Rule nº 23.

Já no início do século XX, reacende-se na Itália a discussão na seara doutrinária acerca da tutela coletiva, com a edição de obras sobre o tema.³

No Brasil, o debate acerca dessa matéria inicia-se na década de 70 entre doutrinadores de renome, incluindo Ada Pellegrini Grinover.

No âmbito legislativo, antes mesmo da edição da Lei nº 7.347/85 que regula a ação civil pública, representando, sem dúvidas, um marco em se tratando de tutela coletiva, já havia outros diplomas normativos prevendo a tutela de interesse de classe. São eles: a) antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei nº 4.215/62 que outorgava à OAB o direito de representar a classe dos advogados; b) Lei nº 4.717/65 que regula a ação popular prevendo a possibilidade de qualquer cidadão ajuizar ação em defesa do patrimônio público e c) Lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do meio ambiente.

Ainda no plano infraconstitucional, a Lei nº 7.853/89 que dispõe sobre o apoio a pessoas portadoras de deficiência, a Lei nº 7.913/89 que trata da ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei nº 9.394/96 que trata das Diretrizes Básicas da Educação, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 8.429/92 que trata dos atos de

² Nesse sentido, dispõem Elton Venturi, op. cit., p. 24/25, e Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 141.

³ Por exemplo: “La tutela degli interessi collettivi” de Emilio Bonaudi e “Il processo civile moderno – fondamento progresso e avvenire” de Ugo Ferrone, publicadas em 1911 e 1912, respectivamente..

improbidade administrativa e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) também versam sobre tutela coletiva.

A Constituição Federal de 1988, na qual é evidente a preocupação com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, representou um grande avanço em termos de tutela coletiva, acelerando, sobremaneira, a mudança do paradigma até então predominante.

Isso porque a Constituição consagrou diversos direitos transindividuais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, “caput”), direito à defesa do consumidor (art. 170, inciso V), direito à preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano (art. 18, §4º), entre outros.

E para defesa desses direitos, o constituinte consagrou expressamente a ação civil pública, estendendo-a para a defesa de outros direitos difusos e coletivos (art. 129, inciso III), revigorou a ação popular, possibilitando-lhe também a defesa de direitos de ordem difusa (art. 5º, inciso LXXIII) e criou o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXIX).

Antes de analisarmos os instrumentos vigentes em nosso ordenamento para defesa dos direitos coletivos em sentido lato, é imprescindível analisarmos as espécies de direitos passíveis de serem tutelados pela via coletiva, no que iremos adotar a classificação exposta no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) por sua clareza e didática (registre-se que embora esse dispositivo empregue os termos “interesses” e “direitos” de forma alternativa, nesse estudo adotar-se-á apenas o termo “direitos”, por entendermos que interesses são as aspirações do indivíduo acerca de determinado bem, conforme definição apresentada por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho⁴, e os direitos são os interesses que mereceram tutela da ordem jurídica).

Os direitos coletivos em sentido lato se subdividem em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos se conceituam como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstâncias de fato. A título de exemplo, cita-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, salientando-se que o fato do direito ser difuso não impede que o lesado individualmente recorra a juízo por conta própria visando a reparação da

⁴ *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 7.

lesão que sofreu, como no caso de um indivíduo que tenha sido lesado pela compra de um medicamento.

Os direitos coletivos também são transindividuais e indivisíveis, se distinguindo dos direitos difusos pela determinabilidade dos titulares que fazem parte de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por circunstâncias de fato ou de direito. A título de exemplo, cita-se a situação dos alunos deficientes físicos de uma faculdade que postulam a construção de uma rampa de acesso especial para cadeira de rodas.

Os direitos individuais homogêneos, por seu turno, são direitos individuais e de objeto divisível, porém, com origem comum, ou seja, decorrem de uma mesma situação fática. A título de exemplo, cita-se a situação das vítimas de um acidente de avião.

Trata-se de direitos individuais propriamente ditos, cuja tutela coletiva se justifica por razões de ordem social e econômica, pois, muitas vezes não compensa em termos financeiros que uma pessoa individualmente ajuíze uma ação buscando a reparação de seu direito, o que privilegia o causador da lesão. Utilizando-se a expressão cunhada por Sérgio Cruz Arenhart⁵, essas ações são “antieconômicas”, a ponto de inviabilizar a prestação jurisdicional.

Ressalte-se que embora em ação individual também seja possível tutelar direitos individuais homogêneos utilizando-se do instituto do litisconsórcio ativo, esse tipo de defesa encontra limites significativos que evidenciam a superioridade da ação coletiva para tutela desse direito.

Primeiro porque o parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Civil (CPC) expressamente permite ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litisconsortes quando o litisconsórcio comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

E segundo porque a coisa julgada em ações individuais opera efeitos “inter partes”, abrangendo apenas os litisconsortes.

É interessante notar que através de uma mesma ação coletiva é possível a defesa dessas três espécies de direitos, já que um único ato pode gerar a violação aos três. Exemplo emblemático é dado por Marcos Neves Fava. Segundo ele, a restrição ao fumo nos vôos comerciais representa interesse individual homogêneo para os passageiros de

⁵ *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 139.

determinado v^o, interesse coletivo para os aeronautas e interesse difuso para a sociedade como um todo⁶.

De acordo com Nelson Nery Júnior, o que determinará o tipo de direito tutelado em certa ação é o pedido e a causa de pedir⁷.

De fato, imaginemos a situação de uma empresa que não respeite a legislação concernente ao meio ambiente e segurança no trabalho, embora os empregados trabalhem em contato com agente insalubre, especificamente calor além dos limites de tolerância legal. Se o Ministério Público ou mesmo o Sindicato representativo da categoria profissional ajuizar uma ação postulando o pagamento de adicional de insalubridade, estaremos diante de direitos individuais homogêneos, sendo evidente a divisibilidade do objeto, na medida em que cada empregado individualmente será beneficiado com o pagamento desse benefício.

Por outro lado, se o pedido inicial for no sentido de que a empresa adote isolamento térmico ou similares para proteger os empregados, estaremos diante de direitos coletivos, em razão da indivisibilidade do objeto, uma vez que a adoção desses meios beneficiaria indistintamente a todos os empregados, não sendo possível beneficiar um empregado, sem benefício do outro.

Feitos esses esclarecimentos, passemos, agora, à análise dos instrumentos vigentes em nosso ordenamento para defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Em nosso ordenamento jurídico, verifica-se uma primeira grande divisão nesses instrumentos, figurando de um lado a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e de outro as diferentes espécies de ações através das quais é possível veicular pretensões subjetivas de ordem coletiva.

Não obstante a ADI e a ADC se prestem à tutela da integridade do sistema constitucional e não de pretensões subjetivas específicas, não exercendo o Poder Judiciário, nessa hipótese, a sua função típica de aplicação do direito ao caso concreto, através delas é possível a defesa de interesses coletivos da sociedade civil. Isso porque, entre os legitimados para propositura dessas ações, figuram a confederação sindical e as entidades associativas de classe (inciso IX do art. 103 da CF/88) que poderão pleitear, desta forma, a invalidade de uma lei que afete os interesses da categoria.

⁶ Op. cit., p. 79.

⁷ Código de Processo Civil comentado *apud* SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 47.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) instituiu como requisito complementar à legitimidade para propositura dessas ações a pertinência temática no sentido de que deve haver uma relação direta entre a lei impugnada e os objetivos sociais da entidade requerente de tal forma que a edição daquela lei a afete diretamente.

No segundo grupo acima citado, incluem-se: a) mandado de segurança coletivo, através do qual um partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano podem questionar ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública que afete direito líquido e certo da categoria (art. 5º, LXX da CF/88); b) ação popular, através da qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe a direitos coletivos, como meio ambiente e patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inciso LXXIII da CF/88); c) mandado de injunção coletiva, registrando-se que a eficácia dessa medida foi completamente neutralizada pela interpretação do STF no sentido de que a decisão proferida no mandado de injunção apenas decreta a mora do Poder Legislativo, não possuindo o condão de fixar-lhe prazo para elaboração dessa norma, o que significa igualar a eficácia e abrangência do mandado de injunção a da ADI por omissão e d) ação civil pública e ação coletiva.

Propositadamente, a ação civil pública e a ação coletiva foram enquadradas em um mesmo grupo a fim de suscitar a discussão acerca da denominação.

É sabido que a Lei nº 7.347/85 utiliza a expressão “ação civil pública” que foi cunhada pela primeira vez no art. 3º da Lei Complementar nº 40/1981 (antiga Lei Orgânica do Ministério Público) com a intenção de diferenciar esse tipo de ação da ação penal pública.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, cujo advento representou uma reestruturação da Lei nº 7.347/85 de tal forma que se faz necessária a análise conjunta dos dois diplomas normativos, utilizou a expressão “ação coletiva”.

Alguns autores defendem que essas duas expressões são sinônimas⁸, enquanto outros defendem que a ação coletiva é gênero do qual a ação civil pública é espécie. Nesse grupo, existem dois critérios de classificação: o primeiro é o de que a ação

⁸ Pedro da Silva Dinamarco e Márcio Flávio Mafra Leal *apud* SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 42.

coletiva se prestaria também para tutela de interesses individuais homogêneos, além de difusos e coletivos, ao passo que a ação civil pública teria seu objeto restrito à defesa dos dois últimos. O segundo é o de que a ação civil pública seria a espécie de ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público.

A nosso ver, não existe distinção entre as duas expressões, uma vez que nos filiamos à corrente que reconhece que através da ação civil pública é possível a defesa de direitos individuais homogêneos. Por isso, nesse estudo, o termo “ação coletiva” está sendo empregado no sentido genérico, como a ação através da qual é possível a tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

A irrelevância da denominação fica evidente no art. 83 do CDC, segundo o qual “para defesa dos direitos e interesses protegidos por esse Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

Por processo coletivo, entende-se o instrumento através do qual atua a jurisdição para defesa de direitos coletivos em sentido amplo.

O conjunto de inovações processuais que se aplicam à tutela coletiva é denominado de devido processo legal coletivo.

A primeira dessas inovações diz respeito à postura do juiz. Na medida em que as ações coletivas envolvem um interesse de um maior número de pessoas, possuindo, sem dúvidas, maior repercussão social, exige-se do juiz uma postura mais ativa, em busca da verdade real e da efetividade do processo, sem que isso implique a perda da imparcialidade, restando mitigado o princípio do dispositivo em favor do princípio do inquisitivo.

Os críticos da atuação mais ativa do juiz argumentam que tamanha liberdade poderia dar ensejo a prática de arbitrariedades e ao abuso de poder, em prejuízo do jurisdicionado. Ocorre que a exigência de fundamentação das decisões (art. 93, inciso IX da CF/88) e as garantias do contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88) e do duplo grau de jurisdição afastam esse receio, na medida em que evitam a prática de arbitrariedades ou pelo menos facilitam a sua correção.

Outra inovação diz respeito à amplitude e significado do princípio do contraditório que possui duas dimensões: a primeira diz respeito à ciência acerca dos

atos praticados pela parte contrária e a segunda refere-se à oportunidade de prática de atos processuais.

Em se tratando de processo coletivo, o direito de ciência e manifestação deixa de ser de cada indivíduo, passando a ser do ente legitimado para representação da categoria ou do grupo indeterminado de pessoas lesadas, no caso dos direitos difusos.

Além disso, em se tratando de ação coletiva, impõe-se uma alteração em termos de hermenêutica de tal forma a privilegiar a interpretação teleológica e a interpretação histórica⁹, ou seja, atenta às transformações sociais que conduziram à alteração da norma, em detrimento da interpretação literal, sempre que isso for necessário para assegurar a implementação do princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

É importante, também, reconhecer a relevância dos princípios, sobretudo, os princípios constitucionais, que, assim como as regras, constituem espécie de norma e podem ser livremente considerados no julgamento. Na esfera trabalhista, a importância dos princípios é inegável, uma vez que toda a legislação trabalhista, inclusive na esfera processual, é informada pelo princípio da proteção decorrente do desequilíbrio material que caracteriza a relação de emprego oriundo da hipossuficiência do empregado.

Examinadas algumas alterações de ordem genérica no processo individual para adequação às ações coletivas, passemos à análise das modificações em alguns institutos processuais específicos.

No que concerne à legitimidade, a fórmula prevista no art. 6º do CPC, segundo o qual “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei”, não se aplica nas ações coletivas, até mesmo porque, em se tratando de direitos difusos, por exemplo, o direito pertence a um grupo indeterminado de pessoas.

Adota-se conceituação mais ampla da legitimidade ativa, possibilitando que órgãos e entidades expressamente previstos em lei postulem, em juízo, direitos alheios.

De acordo com o art. 5º da Lei nº 7.347/85 e art. 82 do CDC, são legitimados para propor a ação coletiva: a) o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal¹⁰, b) as entidades e órgão da administração pública, direta ou

⁹ Luiz Guilherme Marinoni chama atenção para os ricos de se interpretar uma lei nova sob o paradigma antigo, o que neutraliza o caráter revolucionário da norma, impedindo o avanço intentado pelo legislador.

¹⁰ Na Lei nº 7.347/85 não há referência expressa ao Distrito Federal no rol de legitimados para propositura da ação civil pública, porém, a maioria dos doutrinadores na matéria reconhecem a legitimidade do Distrito Federal para ajuizar ação civil pública.

indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses difusos e coletivos protegidos pelo Código e c) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, dispensada a autorização assemblear e havendo possibilidade, também, de dispensa do requisito referente ao tempo de constituição quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico protegido, como prevêm o art. 5º, §4º da Lei nº 7.347/85 e art. 82, §1º do CDC.

Repare-se que ao contrário do modelo das “class action” norte-americanas, em nosso ordenamento jurídico, não foi reconhecida a legitimidade de pessoas físicas para propositura de ações coletivas.

A nosso ver, o legislador agiu com acerto.

Primeiro porque a admissão de propositura de ações coletivas por pessoas físicas poderia gerar uma série de inconvenientes, incluindo o ajuizamento simultâneo de diversas ações versando sobre o mesmo objeto, o que mitigaria uma das principais vantagens das ações coletivas.

Segundo porque a propositura de ação coletiva não exclui a possibilidade de que o lesado, principalmente em caso de direitos individuais homogêneos, ajuíze ação individual, não se configurando a litispendência entre a ação coletiva e a ação individual, nos termos do art. 104 do CDC (a única consequência é que se o autor da ação individual não requerer a suspensão desta ação no prazo de 30 dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, ele não será beneficiado com os efeitos da coisa julgada “erga omnes”).

Se não bastasse, com a previsão taxativa dos legitimados para ajuizamento da ação coletiva, evita-se discussões acerca da legitimação, as quais poderiam atrasar o andamento do feito, comprometendo a efetividade da prestação jurisdicional. A discussão fática restringe-se somente à verificação da pertinência entre o objeto da ação e o objetivo social da associação representativa de classe caso venha a ser ela a autora.

De acordo com Marcos Neves Fava, a legitimidade na ação coletiva é autônoma, porque é exercida independente da provocação do titular do direito lesado, concorrente porque não exclui outras vias de defesa do direito, como expressamente prevê o art. 81

do CDC, e disjuntiva porque não existe hierarquia entre os diversos legitimados previstos na lei¹¹.

Por último, ainda no que concerne à legitimidade ativa, registramos nosso entendimento de que o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos quando haja interesse social relevante envolvido, como se evidencia na hipótese de ação que trate de reparação por danos causados a trabalhadores submetidos a condições insalubres.

Em relação à coisa julgada, não se aplica a regra prevalecente no processo individual em que a coisa julgada opera efeitos “inter partes”, tendo o legislador adotado o critério variável conforme o resultado da demanda.

De acordo com o art. 103 do CDC, em se tratando de direitos difusos, a coisa julgada opera efeitos “erga omnes”, limitada à competência territorial do órgão prolator da decisão (art. 16 da Lei nº 7.347/85), salvo em caso de improcedência dos pedidos por falta de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar nova ação, valendo-se de novas provas.

Em caso de direitos coletivos, a coisa julgada opera efeitos “ultra partes”, limitada ao grupo, categoria ou classe, aplicando-se a mesma regra descrita acima para a hipótese de improcedência do pedido por falta de provas.

Por último, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a sentença produz efeitos “erga omnes” apenas na hipótese de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

A preocupação do legislador em preservar a possibilidade de tutela individual dos direitos do lesado foi tamanha que além de excluir o efeito “erga omnes” da sentença na hipótese de improcedência da ação por falta de provas, ele ainda previu expressamente que “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

A liquidação também se processa de forma distinta na ação coletiva, configurando uma nova fase de conhecimento. Isso porque o art. 95 do CDC determina que a condenação seja genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, sendo admitido que a liquidação e a execução da sentença sejam promovidas

¹¹ Op. cit., p. 95.

pelas vítimas ou seus sucessores, quando será provado o dano individual sofrido, se for o caso, ou mesmo que ela seja promovida de forma coletiva (art. 97 e art. 98 do CDC).

Aliás, alguns autores têm defendido, inclusive, que a liquidação pode se processar no domicílio do lesado individual, mesmo que distinto do foro em tramitou o processo principal, ainda que tenha havido veto presidencial ao dispositivo da Lei nº 8.078/90 que previa essa possibilidade¹².

Finalizando esse capítulo, há de se lembrar que o Código de Defesa do Consumidor incrementa o princípio da publicidade nas ações coletivas, exigindo que após a sua propositura, seja publicado edital em órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir como litisconsortes, sem prejuízo de divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, nos termos do art. 94 do CDC.

4 TUTELA COLETIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O art. 1º da CF/88 prevê expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Segundo Gabriela Neves Delgado, o Estado Democrático de Direito configura o modelo de Estado “mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos”¹³, revelando-se através de princípios típicos, dentre os quais se destacam os princípios da legalidade e da segurança jurídica que se refletem no processo através dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Gregório Assagra de Almeida identifica como característica principal do Estado Democrático de Direito o “escopo de transformação da realidade social rumo à igualdade substancial entre os indivíduos e ao exercício efetivo da cidadania, que se dá com a participação pública¹⁴”, figurando o Poder Judiciário como instituição fundamental nesse modelo, na medida em que compete a ele a pacificação dos conflitos e implementação dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto” *apud* BARROSO, Luís Roberto “A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana”. *In: Revista de Processo*, 130 (dezembro de 2005), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 1341/153.

¹³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 49.

¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual coletivo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 144.

Elton Venturi, por sua vez, relaciona o Estado Democrático de Direito com o direito de acesso à jurisdição como uma forma de assegurar a plena realização da ordem social, econômica e política¹⁵.

A partir das características do Estado Democrático de Direito acima delineadas, é fácil concluir que as ações coletivas assumem importância fundamental nesse modelo, por duas razões principais.

Primeiro porque representam uma forma de participação da sociedade civil na vida pública, na medida em que a decisão proferida nesse tipo de ação pode gerar modificação na conduta e atos dos agentes políticos, lembrando-se que qualquer interessado pode intervir na ação coletiva como litisconsorte (art. 94 do CDC).

Segundo porque as ações coletivas se revelam como instrumento potencializado de resolução de conflitos, na medida em que através delas é possível a solução de um grande conflito social ou de diversos conflitos interindividuais, no caso dos direitos individuais homogêneos.

De fato, as duas principais vantagens das ações coletivas são desafogar o Poder Judiciário, possibilitando a solução, através de uma única ação, de distintas lesões a direitos que gerariam diversas ações com objeto semelhante, e evitar a proliferação de decisões conflitantes, o que gera descrédito no Poder Judiciário.

E exatamente por isso, as ações coletivas possibilitam implementar de uma forma melhor o direito do acesso à jurisdição, possibilitando que se alcance a necessária efetividade da tutela jurisdicional, o que tem reflexos diretos no cumprimento dos direitos materiais.

5 RETROCESSO E PRECONCEITOS

Em contradição com o potencial transformador e positivo das ações coletivas, tanto o Brasil quanto os Estados Unidos têm vivenciado um fenômeno restritivo do uso dessas ações.

Embora em ambos os países, a motivação remota desse fenômeno seja a rejeição da novidade pelo receio das modificações que ela possa acarretar ao sistema já consagrado, vislumbram-se razões específicas distintas em cada país.

¹⁵ *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 20.

Nos Estados Unidos, esse fenômeno se evidencia como uma reação conservadora e como uma represália aos advogados que seriam os grandes beneficiários desse sistema em razão do pagamento de vultosos honorários advocatícios.

Sob essa ótica, em 2005, foi editada a lei federal denominada “Class Action Fairness Act of 2005” com o propósito declarado de coibir abusos no manejo das ações coletivas. Entre outras medidas, essa Lei instituiu regras de limitação de recebimento de honorários em determinados tipos de acordos, instituiu a exigência de notificação às autoridades estaduais e federais acerca da celebração de qualquer tipo de acordo e ampliou a competência das cortes federais na matéria.

No Brasil, a justificativa mais apontada para o fenômeno restritivo de utilização das ações coletivas é a reação do Poder Público que figura como réu na maioria dessas ações.

Nesse prisma, cita-se a Lei nº 9.494/97 que alterou a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, restringindo os efeitos da coisa julgada “erga omnes” para o limite territorial do órgão prolator da decisão; a MP 2.108-35/2000 que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, vedando a propositura de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados, e que alterou o art. 2º da Lei nº 9.494/97 para exigir nas ações propostas por entidade associativa contra a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios a apresentação da ata de assembléia que autorizou a propositura da ação, acompanhada de relação nominal e endereço de todos os associados. Além disso, essa Lei nº 9.494/97 introduziu restrições para concessão de medidas liminares contra o Poder Público.

A par das alterações legislativas, na doutrina e mesmo na jurisprudência, ainda vigora certo preconceito em relação às ações coletivas, embutido, quase sempre, nas alegações de abusos cometidos pelo Ministério Público, órgão responsável pela propositura da maioria esmagadora de ações civis públicas em nosso ordenamento jurídico, lembrando-se que quando o Ministério Público não atua como autor da ação coletiva, ele atua como fiscal da lei (art. 5º, §1º da Lei nº 7.347/85 e art. 92 do CDC).

Prova disso é o número grande de decisões terminativas do feito pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do Ministério Público para manejo dessas ações, principalmente em se tratando de defesa de direitos individuais homogêneos.

A nosso ver, não se justifica o retrocesso legislativo ou o preconceito jurisprudencial em relação às ações civis coletivas, até mesmo porque o próprio art. 87 do CDC prevê meio corretivo de eventuais abusos no manejo desse instrumento, através da imposição do dever de pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em caso de comprovada má-fé, defendendo Marcos Neves Fava que esse dispositivo seja aplicado extensivamente ao Ministério Público, por força do art. 81 do CDC, segundo o qual “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos ônus que às partes”¹⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendendo-se o Direito como instrumento regulador das relações jurídicas na sociedade, tornando possível a convivência pacífica entre os diferentes atores sociais, conclui-se que ele deve se alterar sempre que necessário a fim de acompanhar as alterações sociais.

No último século, o Brasil passou por intensas transformações que refletiram no Direito, tornando necessária a criação de mecanismos de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, o que também se justifica em razão de questões de ordem prática, como o aumento excessivo de demandas.

Nesse contexto, advieram diplomas normativos regulando instrumentos de defesa dos direitos coletivos, dentre os quais se destaca a Lei nº 7.347/85. O advento da Constituição Federal de 1988 e, mais tarde, do Código de Defesa do Consumidor, representaram grande avanço nesse aspecto, completando o sistema de tutela judicial e extrajudicial (Termo de Ajustamento de Conduta) dos direitos coletivos.

Na esfera legislativa, pode-se afirmar que o Brasil está entre os países mais avançados do mundo no que tange à defesa da tutela dos direitos coletivos, sobressaindo o fato de que o termo “direitos individuais homogêneos” foi criado em nosso ordenamento jurídico pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, no Brasil, não se verifica a utilização adequada dos instrumentos legalmente previstos para tutela dos interesses coletivos, como comprova o fato de que a maioria das ações coletivas é ajuizada pelo Ministério Público, o que sobrecarrega esse

¹⁶ Op. cit., p. 81.

órgão e minimiza, em parte, o caráter participativo das ações coletivas, mais evidente quando o autor seja uma associação representativa de classe.

Uma das explicações possíveis para essa resistência é a de que, no Brasil, a introdução dos mecanismos de tutela coletiva deu-se pela via legislativa e não pela prática forense, gerando resistência nos operadores do direito. Há de se considerar, ainda, o desconhecimento de grande parte da população brasileira acerca de seus direitos, o que desestimula a atuação de entidades associativas.

É preciso, contudo, alterar a mentalidade da sociedade e dos operadores do direito, alertando para a relevância das ações coletivas.

Isso porque, infelizmente, em nosso país, verifica-se que muitos dos direitos consagrados na legislação infraconstitucional e na própria Constituição Federal não são implementados na prática, o que decorre, em grande parte, das dificuldades de implemento do direito de acesso à jurisdição.

Dessa forma, a desigualdade social que hoje nos assusta continuará a imperar, não podendo o Poder Judiciário se esquivar ao seu importante papel de transformador da realidade social no sentido de se alcançar a justiça material.

Sem dúvidas, desde o advento da Lei nº 7.347/85, o avanço na tutela das ações coletivas foi grande, porém, é preciso fazer mais, conhecendo-se e utilizando-se os recursos que a legislação disponibiliza para tutela desses direitos.

Para começar, é preciso aprimorar o estudo da tutela coletiva nas Faculdades de Direito, formadoras dos futuros operadores de direito, de tal modo que eles saibam melhor operar os instrumentos vigentes em nosso ordenamento e valorizá-los mais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144-155.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7-15.

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137-151.
- BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da “*class action*” norte-americana. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 130, p. 141-153, dez. 2005.
- CRUZ, Sérgio Arenhart. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137-151.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- FAVA, Marcos Neves. A classe no pólo passivo da ação coletiva. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortência (et al.) organizadores. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 69-95.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99-103.
- PERISSÉ, Paulo Guilherme Santos. “Interesses tuteláveis por meio de ação coletiva”. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortência (et al.) organizadores. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 118-131.
- ROCHA, Carmen 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.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 33-48.
- VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 15-25.