



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas:

um enfoque na substituição processual sindical

Brasília

2009

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas:

um enfoque na substituição processual sindical

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo José Macedo de Britto Pereira.

Brasília

2009

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas:

um enfoque na substituição processual sindical

Esta monografia de conclusão de curso foi julgada adequada para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e aprovada, em sua versão final, pela banca examinadora composta pelos professores:

Prof. Ricardo José Macedo de Britto Pereira (Orientador)

Prof. Min. Carlos Alberto Reis de Paula

Prof. Marilene de Souza Polastro

Brasília, ____ de _____ de 2009.

Dedico este trabalho a Deus, por dispensáveis comentários;

A minha mãe - que só não figura como a primeira homenageada porque antes vem o nosso Criador -, pelo amor e carinho intermináveis e inabaláveis;

A meu pai, meu fiel norteador;

A meus irmãos, amigos e namorada, que com o incondicional companheirismo, humor e amor, muito me engrandecem nessa agradável caminhada da vida.

A substituição processual sindical como instrumento de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas: uma reação à sina histórica da Justiça do Trabalho de ser a Justiça dos desempregados.¹

¹ Frase esta inspirada nos dizeres do Ministro Sepúlveda Pertence em debate ocorrido durante o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

RESUMO: Este trabalho monográfico ocupa-se, inicialmente, com uma explanação sobre os direitos fundamentais sociais, ressaltando a preocupação com a terminologia dos termos empregados, o significado e a importância da marca da fundamentalidade desses direitos diferenciados. É também exposta a tradicional classificação doutrinária dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira dimensão para, em seguida, focar a temática dos direitos fundamentais àqueles sociais, especialmente no que diz respeito à tutela coletiva como instrumento de efetividade. No segundo capítulo, dá-se um panorama histórico da tutela coletiva, discorrendo sobre a evolução legislativa da proteção dos interesses metaindividuais, bem como sobre a formação de um microsistema processual para a tutela desses direitos coletivos. Por conseguinte, cuida-se dos conceitos de direitos sociais metaindividuais necessários à completa compreensão do assunto. Ao final do segundo capítulo, é explorada a forma de identificação dos distintos tipos de interesse metaindividual, enfocando-se na distinção entre interesses individuais homogêneos e heterogêneos no âmbito trabalhista. São exploradas, no terceiro capítulo, as distinções entre a substituição processual do direito comum e a substituição processual sindical na seara trabalhista. Ademais, é abordada a legitimidade sindical para atuar como substituto processual no processo do trabalho, atentando-se para a função institucional do sindicato e o modo de legitimação ao atuar no processo. Por fim, são tratadas as nuances da substituição processual sindical, inclusive com estudo evolutivo, enfocando-se a substituição processual protagonizada pelos sindicatos na fase de execução do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais. Tutela jurisdicional metaindividual. Direitos individuais homogêneos. Substituição processual. Legitimidade sindical. Amplitude da substituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	10
1.1. Aspectos terminológicos	10
1.2. Dimensões dos Direitos Fundamentais	11
1.3. Os Direitos Sociais e a relevância da fundamentalidade	13
1.4. A tutela coletiva como instrumento de acesso à Justiça e de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas	16
2. SISTEMA NORMATIVO DA TUTELA COLETIVA	20
2.1 Um breve histórico	20
2.2 A formação de um microsistema processual coletivo	21
2.3 Direitos ou interesses metaindividuais?	23
2.4 Tipologia dos direitos e interesses metaindividuais	25
2.4.1 Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos....	26
2.4.2 Identificação dos interesses metaindividuais	29
2.4.3 Distinção entre direitos individuais homogêneos e heterogêneos no âmbito trabalhista. Decorrências	31
3. LEGITIMIDADE SINDICAL PARA A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA	
3.1 .OSindicato como protagonista da tutela coletiva	34
3.2 .Legitimação ordinária e extraordinária.....	36
3.3 .A substituição processual civil na doutrina clássica.....	37
3.4 .Representação ou substituição processual trabalhista	39
3.5 .A Substituição processual sindical	42
3.5.1 Evolução	42
3.5.2 A ex-súmula n.º 310 do Tribunal Superior do Trabalho	45
3.5.3 A amplitude da substituição processual sindical : substituição na fase de execução	47

3.5.3.1 O processo trabalhista e o Código de Defesa do Consumidor	48
3.5.3.2 A substituição processual ampla e o posicionamento dos ministros da Suprema Corte	52
3.5.3.3 O viés prático da decisão do Supremo Tribunal Federal.....	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

O trabalhador brasileiro², premido pela necessidade de emprego, vive na atualidade uma delicada situação: submete-se às mais degradantes condições de labor, mesmo consciente de que “tem direito” a um tratamento mais humano, e não se anima a enfrentar seu patrão perante o Poder Judiciário. As razões desse temor generalizado, que nem sempre, mas muito frequentemente ocorre no seio das relações trabalhistas, possui razões nítidas e inconfundíveis: receio que tem o obreiro de perder o emprego que com tanta dificuldade conquistou, haja vista a inevitável retaliação que o provedor imediato do seu sustento pode lhe desferir.

Fator que agrava esse quadro desfavorável ao trabalhador é o descrédito que tem o jurisdicionado em face da Justiça Trabalhista, em razão de deficiências como atraso no reconhecimento do seu direito (de natureza alimentar, diga-se de passagem), carência de concretização das decisões e disparidade dos julgados no âmbito trabalhista. Perante esse impasse, abre-se espaço para a negligência dos direitos fundamentais dos trabalhadores, constitucionalmente assegurados, tornando letra morta o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Resulta clara, assim, a noção de que são insuficientes belos institutos abstratamente assegurados ao trabalhador no ordenamento jurídico. Conforme veremos no decorrer deste trabalho, nada adiantarão belos discursos de proteção do trabalhador se, dos seus conteúdos, aqueles que mais precisam não puderem usufruir. São necessárias, isso sim, medidas verdadeiramente eficazes, denotando uma atuação judicial não meramente repressiva, mas também de resguardo dos direitos dos trabalhadores. Tornam-se necessários mecanismos judiciais apropriados para uma prestação jurisdicional eficiente.

Nota-se, como reação a esse contexto, o momento de mudança por qual passa o Direito do Trabalho. Seguindo a trilha de uma sociedade cada vez mais exigente, numerosa, massificada, consciente de seus direitos e deveres, o ramo do Direito que visa a proteger as

² Expressão esta que nos remete à poética e entristecida letra da canção “*Trabalhador Brasileiro*”, cuja composição pertence ao músico Seu Jorge. “*Está na luta, no corre-corre, no dia-a-dia/ marmita é fria, mas se precisa ir trabalhar/ essa rotina em toda firma começa às sete da manhã/ patrão reclama e manda embora quem atrasar; Trabalhador/ trabalhador brasileiro/ dentista, frentista, polícia, bombeiro/ trabalhador brasileiro/ tem gari por aí que é formado engenheiro/trabalhador brasileiro/ trabalhador; E sem dinheiro vai dar um jeito, vai pro serviço/ é compromisso, vai ter problema se ele faltar/ salário é pouco, não dá pra nada e desempregado*”

amplas e diversificadas relações de trabalho se transforma, a fim de satisfazer os novos anseios sociais. Acentua-se a preocupação de que a Justiça do Trabalho cada vez mais garanta, de forma efetiva, os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

As transformações ocorridas na ordem econômica mundial nos últimos anos e a proliferação dos conflitos de massa, mormente os que encontram residência entre as forças do capital e do trabalho, culminaram com o aparecimento de "novos direitos", também chamados de direitos fundamentais de terceira dimensão ou interesses metaindividuais.

Começa, assim, a existir uma consciência doutrinária e jurisprudencial de que as formas tradicionais de solução dos conflitos trabalhistas, de caráter e alcance essencialmente individuais, não mais atendem à indispensável efetivação das normas protetoras dos direitos laborais. A atenção volta-se, então, para a adoção do processo metaindividual para defesa e prevenção dos direitos dos trabalhadores.

Bem, é nesse cenário de falta de efetividade das normas trabalhistas e de destaque da demanda coletiva para satisfação dos interesses trabalhistas de origem comum que observamos a importância da substituição processual do trabalhador pelo ente sindical. A despersonalização dos litígios trabalhistas – já que o empregado não comporá o pólo ativo da demanda –, a valorização institucional do sindicato como defensor dos direitos da categoria – o que, inclusive, poderá proporcionar uma atuação associativa mais intensa por parte dos trabalhadores –, aliados aos benefícios das decisões judiciais coletivas – homogeneidade e celeridade à resolução dos conflitos, na medida em que evita a difusão de distintas ações –, figuram como rol não exaustivo de aspectos que enaltecem a importância da tutela coletiva para a efetividade do Direito do Trabalho.

E é com base nesses aspectos que este trabalho irá se nortear, enfocando a temática da tutela coletiva à atuação sindical, especialmente no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, tão recorrentes na seara trabalhista, já que as relações de trabalho configuram cenário fértil para conflitos de origem comum.

também não dá/ e desse jeito a vida segue sem melhorar/ trabalhador brasileiro/ garçom, garçonete, jurista, pedreiro/ trabalha igual a um burro e não ganha dinheiro/ trabalhador brasileiro.”

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1 Aspectos terminológicos

Empregada expressamente na Constituição da República, especialmente no Título II, a designação “Direitos Fundamentais” não possui utilização por toda a doutrina, tampouco possui conceito único entre os juristas que se debruçam sobre o assunto. Diversas são as expressões que buscam traduzir a intrínseca relação entre tais direitos e a dignidade humana, como, em exemplo: direitos do homem, direitos humanos, liberdades fundamentais. O que elas têm em comum, em verdade, é a tentativa de exprimir a especial importância que esses direitos possuem no ordenamento jurídico pátrio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, qualifica os direitos humanos como aqueles inerentes a todos os seres humanos, independentemente do contexto social, que deverão ser assegurados e observados de forma universal e efetiva, tanto pelos povos dos próprios Estados-membros, como pelos povos dos territórios sob a jurisdição das Nações Unidas.

Nos ensinamentos de Ives Gandra Martins Filho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao declarar quais são os direitos humanos fundamentais, em uma abordagem nitidamente jusnaturalista, reconheceu também que eles “pré-existem” a qualquer ordenamento jurídico nacional, figurando como direitos que decorrem da própria natureza humana.³ Vale dizer, para fins de ilustração, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece como núcleo básico dos direitos fundamentais da pessoa humana o direito à vida (artigos III e VI), à liberdade (artigos IV, IX, XIII, XVIII, XIX, XX e XXVII), à igualdade (artigos I, II e VII), à justiça (artigos VIII, X, XI e XXVIII) à segurança (artigos V, XII, XIV, XXII, XXIX e XXX), à cidadania (artigos XV e XXI), à família (artigo XVI), à propriedade (artigos XVII), ao trabalho (artigos XXIII e XXIV), à saúde (artigos XXV) e à educação (artigos XXVI).

Importante mencionar, apenas para fins terminológicos, que, enquanto a difundida expressão “direitos humanos” costuma ser empregada na doutrina para designar direitos reconhecidos na ordem jurídica supranacional, tal como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a expressão “direitos fundamentais” passou a ter relação com direitos

³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n.º 4. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev04/direitos_fundamentais>. Acesso em 25/6/2009.

previstos nas constituições de cada país. Como observa Canotilho, sem a positivação jurídica constitucional não se pode falar em direitos fundamentais, mas talvez em direitos humanos, liberdades públicas, aspirações ou até mesmo privilégios.⁴ Por sua vez, Robert Alexy ensina que “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”.⁵

A expressão “direitos sociais”, adotada de modo uniforme pelo texto constitucional atual, também não está isenta de multiplicidade terminológica. Alguns autores, como o espanhol José Ramon Cossio Díaz, defende que tal designação não expressa o real significado desses direitos transindividuais, de contraposição do individual ao social, de elemento de luta pela igualdade de condições entre os indivíduos. Afirma que, na medida em que as constituições positivaram esses direitos, a melhor designação seria “direitos a prestações” ou “direitos de igualdade”.⁶ Vicente Raó, de outra banda, aduz que a expressão direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações e condições, apesar das diferenças materiais, que visam socorrer os mais fracos.⁷

Malgrado toda a diversidade de termos, ainda não é possível vislumbrar motivos convincentes para abandonar a expressão “direitos fundamentais sociais” como desígnio dos direitos que constituem a estrutura da vida humana para um nível mínimo de dignidade, para o alcance do verdadeiro direito à igualdade e à liberdade.

1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Há uma tradicional classificação doutrinária, de cunho predominantemente pedagógico, de elevada valia para o estudo dos direitos fundamentais, porquanto exalta a universalidade e a interdependência típicas dos direitos fundamentais. Com base em momentos históricos, classificam-se os direitos fundamentais em três dimensões distintas. Desde já, cabe ressaltar a preferência pela expressão “dimensão” a “geração”, pois, enquanto esta induz à idéia de sucessão entre momentos históricos estanques, aquela melhor permite compreender as características base dos direitos fundamentais, que são, frise-se, a universalidade e a interdependência recíproca.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 29.

⁵ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Tradução Luiz Afonso Heck. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 217. p. 73.

⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 32.

⁷ RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1982. p. 57.

A primeira dimensão surgiu com as revoluções burguesas nos séculos XVII e XVIII. Assentam-se esses direitos no liberalismo clássico, encontrando inspiração no racionalismo iluminista. Por exaltar a individualidade humana, oponível à atuação estatal, são chamados de direitos de liberdade. É voz corrente na doutrina que esses direitos constituem uma espécie de comando negativo, limitando a atuação do Estado em prol da liberdade pública assegurada ao indivíduo. Os direitos civis e políticos - tais como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal, à liberdade em seus diversos aspectos (expressão, reunião, religião, locomoção) - constituem os direitos fundamentais de primeira dimensão.⁸

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por outro lado, impõem uma atuação positiva do Estado, uma prestação no sentido de satisfazer as demandas sociais, requerendo, para tanto, políticas públicas convergentes com o ideal de garantir condições materiais aos indivíduos. Conhecidos por direitos de igualdade, são os direitos sociais, econômicos e culturais, onde se inserem o direito à proteção do trabalho, o direito à educação contra o analfabetismo e o direito à saúde, que dominaram o século XX. A positivação desses direitos sociais deu origem ao constitucionalismo estatal que, como característica precípua, buscou fazer com que os direitos individuais, ao serem exercidos, cumprissem sua função social.⁹

A terceira dimensão de direitos surge com a consciência da indesejável divisão mundial entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que, em alguns casos, não seria exagero chamar de submundo. Decorrem, pois, da reflexão humanista no tocante a temas de paz mundial, desenvolvimento, meio-ambiente, patrimônio comum da humanidade. Não buscam a proteção apenas da individualidade humana, mas do gênero humano.¹⁰ Paulo Bonavides ainda menciona uma quarta dimensão de direitos, que emergem da globalização política, mas que aqui não cabe discorrer em razão do enfoque temático nos direitos sociais.

Importante ter em mente que, não obstante o estudo dessas classificações dos direitos fundamentais em diversas dimensões, os direitos de uma dimensão, se vistos num contexto histórico diverso, acabam evidenciando a universalidade e complementaridade dos direitos fundamentais, especialmente porque direitos de uma geração mais recente acabam se tornando pressupostos para a real compreensão daqueles posteriores. À guisa de esclarecimento e exemplificação, válidas são as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 28

⁹ *Idem*. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: Editora LTR, 1997. p. 11

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. p. 523

O direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.¹¹

Os direitos fundamentais constituem, portanto, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, em uma verdadeira fusão de dimensões que exalta a universalidade, a indivisibilidade e a complementaridade desses direitos da humanidade.

1.3 Os direitos sociais e a relevância da fundamentalidade

Para que um direito seja privilegiado com a marca da fundamentalidade, não há apenas o caminho formal, por redução ao texto constitucional – fundamentalidade formal. Serão também considerados fundamentais aqueles que decorrerem dos princípios e do regime constitucional, bem assim aqueles previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte, tal como estatuído no § 2º do artigo 5º da Constituição da República – fundamentalidade material.¹² Poderão ser considerados fundamentais, portanto, não só aqueles direitos expressamente previstos na Lei Magna, mas também aqueles que, materialmente, sejam dotados de conteúdo constitucional, assumindo equiparada relevância.

Oportuno ressaltar que o conceito material de fundamentalidade não tem sua utilidade estritamente voltada para a identificação de direitos fundamentais fora do texto constitucional. Assume também especial relevância para se compreender o verdadeiro conteúdo e valor de todos os direitos contemplados na Constituição Federal, ainda que não inseridos no Título II.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade dos direitos possui as seguintes peculiaridades, a saber: torna-os hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico; submete os direitos fundamentais aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional; confere aplicabilidade imediata a esses direitos especiais, vinculando todos os poderes públicos, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 5º

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 1997. p.42.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 161-164.

constitucional.¹³ Eis aí a importância prática de se discutir a fundamentalidade dos direitos sociais.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda muito se discute na doutrina e na jurisprudência sobre a fundamentalidade dos direitos sociais. Os questionamentos cingem-se em definir se tais direitos devem ser aplicados no mundo dos fatos como verdadeiros direitos fundamentais – ressaltado o princípio da aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF) – ou se são meras normas programáticas, indicativas de políticas públicas, de acordo com a vontade manifestada em regime de conveniência e oportunidade, de modo dependente da atuação concretizadora do Poder Legislativo.

Alguns autores, entre os quais podemos citar José Carlos Vasconcellos dos Reis, vislumbram distinções ontológicas entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, de modo a concluir pela ausência da prerrogativa da fundamentalidade a todos os direitos sociais. Asseveram que, quando comparados com os direitos individuais, aqueles se articulam de maneira diferente com a universalidade e os critérios de igualdade aplicáveis na prática, razão por que não vislumbram o caráter da fundamentalidade.¹⁴

Diversos autores de grande consagração na doutrina constitucional¹⁵, por outro lado, defendem que todos os direitos previstos nos artigos 6º e 7º da Lei Magna são autênticos direitos fundamentais. Nesse sentido, os fundamentos de Ingo Sarlet:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido o caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada.¹⁶

Além do argumento topográfico exposto alhures, é possível justificar a fundamentalidade dos direitos sociais por meio de razões finalísticas. O constituinte se ocupou dos direitos sociais dotando-lhes da mesma fundamentalidade que os direitos individuais, atribuindo a eles a tarefa de concretização do princípio da liberdade, a fim de

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87.

¹⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 24-25.

¹⁵ Como exemplo podemos citar Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso e Paulo Bonavides, malgrado pertencentes a diferentes gerações do constitucionalismo brasileiro.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 77.

realizar os objetivos fundamentais dispostos no artigo 3º da Constituição da República.¹⁷ São direitos que possibilitam melhores condições de vida àqueles que mais necessitam, direitos que buscam igualar situações sociais desiguais. São, portanto, pressupostos materiais para o desfrute do verdadeiro direito à igualdade e à liberdade.

Analisando os direitos sociais pela ótica dos direitos humanos, a ilustre jurista Flávia Piovesan elucida que “a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade”.¹⁸

O óbice visto por alguns doutrinadores ao reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais aparenta mais de ordem ideológica do que estritamente jurídica. As idéias neo-liberais, que chegaram ao Brasil por meio de micro-reformas constitucionais pregando um “Estado-mínimo”, mero fiscalizador das atividades livremente exercidas no meio social, não se coadunam com um Estado como o Brasil, que possui índices de desigualdade social alarmantes, sendo extremamente dependente de políticas públicas sociais em razão do despreparo e desinteresse da iniciativa privada em suprir as demandas da população. Depreende-se, daí, a fundamental importância dos direitos sociais.

1.4 A tutela coletiva como instrumento de acesso à Justiça e de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas

Por não serem absolutos, tampouco estanques, como já visto, os direitos fundamentais, assim como a sociedade alvo de suas disposições, sempre se modificaram e sempre continuarão a se modificar na história, na medida em que variam os interesses e as necessidades sociais, bem assim os meios para a realização dos interesses e para a satisfação das necessidades.

Somados à teoria dos direitos fundamentais, surgem, hodiernamente, amplos discursos a respeito dos interesses metaindividuais, consagrando a superação da tradicional doutrina individualista. A idéia da coletivização dos interesses nasce como fruto da chamada “sociedade de massa”, em que se verificam preocupações sociais, econômicas e políticas

¹⁷ Constituição da República de 1988. Artigo 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2º edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997. p.55

desvinculadas da individualidade humana.¹⁹ Desponta, assim, a complementaridade entre a teoria dos direitos fundamentais e a dos interesses metaindividuais.

O constituinte de 1988, ao positivizar os direitos fundamentais em local especial do texto constitucional – entre os primeiros dispositivos – por certo buscou revelar sua intenção de exaltar a preocupação com a proteção e eficácia desses direitos. Certo é que, da leitura do título II da Constituição, concernente aos direitos e garantias fundamentais, observa-se a preocupação do constituinte não só com interesses individuais, como também com aqueles de caráter coletivo, e não apenas com os de caráter liberal, mas também com aqueles de cunho social, donde sobressai a importância do valor social do trabalho.

Aliada ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, surge a preocupação com a promoção efetiva e adequada desses direitos de segunda dimensão. Sem operacionalidade, sem conteúdo prático, qualquer direito ou garantia fundamental corre o sério risco de esvair-se em seu próprio discurso. Nos valiosos ensinamentos de Norberto Bobbio:

“(…) o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção do fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e oposições.”²⁰

A normatividade dos direitos fundamentais norteia a produção legislativa nacional, bem assim o âmbito de interpretação dos dispositivos legais. Não obstante a previsão constitucional, alguns dos direitos fundamentais sociais da Carta Política de 1988 não chegaram a ser implementados, por falta da legislação regulamentadora. É o que acontece com a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária²¹, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço²², adicional de penosidade²³; proteção em face da automação²⁴, dentre

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 48

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 61.

²¹ Constituição da República de 1988. Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: Inciso I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, **nos termos de lei complementar**, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (grifos aditados). Vale registrar que a regra do inciso I do artigo 10 do ADCT, que elevou de 10 para 40% a indenização sobre os depósitos do FGTS, enquanto não editada a lei complementar, tornou-se permanente.

²² *Idem*. Artigo 7º. Inciso XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, **nos termos da lei**; (grifos aditados)

²³ *Idem*. Artigo 7º. Inciso XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, **na forma da lei**; (grifos aditados)

²⁴ *Idem*. Artigo 7º. Inciso XXVII - proteção em face da automação, **na forma da lei**; (grifos aditados)

outros que aqui não cabe maiores digressões em razão do recorte temático do presente trabalho. Diversos dos direitos sociais sequer chegaram a ser objeto de lei específica que programasse seu conteúdo.

De acordo com Ives Grandra Martins Filho, um dos caminhos da implementação, no âmbito do direito do trabalho, dos direitos sociais é o da auto-composição coletiva, por meio de acordos e convenções coletivas. Sindicatos profissionais, sindicatos da categoria econômica e até mesmo as empresas, por serem sujeitos coletivos para o direito do trabalho, podem estabelecer os parâmetros concretos para torná-los exequíveis, de forma a suprir a lacuna legislativa existente.²⁵

Por outro lado, no tocante aos direitos sociais trabalhistas já regulamentados, podemos exaltar a tutela coletiva como caminho para a efetividade. Muito pouco, ou de nada adiantará a criação de diplomas legais que, abstratamente, prevejam proteções aos cidadãos por meio de melhores condições sociais, por meio da busca do equilíbrio social, sem que haja instrumentos para garantir sua aplicação prática. De nada adiantarão os belos discursos de solidariedade se, dos seus conteúdos, aqueles que mais precisam não puderem usufruir. Nesse sentir, sobressai a importância dos instrumentos processuais para tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais.

A simples posituação de um catálogo de direitos fundamentais tornaria esses direitos em verdadeiro objeto simbólico na medida em que desacompanhados de normas destinadas a sua proteção. Os direitos fundamentais sociais trabalhistas, por concentrarem as noções de dignidade da pessoa humana, essencialidade e relevância, devem ser objeto de regulamentação processual efetiva e satisfatória, destinada a assegurar a consecução de bens da vida materiais e imateriais indispensáveis para a garantia de, pelo menos, o mínimo existencial para a vida e a liberdade do trabalhador.

Para a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, não basta reconhecer a essencialidade deles emanada. Para sua operacionalidade, concretização e efetividade, há de ser somada a acessibilidade ao Poder Judiciário, por meio de procedimentos, mecanismos, técnicas e expedientes que se prestem a garantir a tutela de bens materiais e imateriais de elevada carga valorativa, inerentes ao cidadão-trabalhador e indispensáveis ao desenvolvimento de uma vida digna, livre e isonômica, dentro e fora do vínculo empregatício.

²⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n.º 4. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev04/direitos_fundamentais>. Acesso em 29/6/2009.

Torna-se imperiosa, assim, a procura por mecanismos processuais eficazes de proteção desses direitos de manifesta importância. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “Nesse sentido é que a doutrina especializada cuida hoje de um direito fundamental à organização e ao procedimento (Alexy) e de um *status activus procesualis* dos indivíduos (Häberle)”²⁶, consubstanciados, consoante previsão legislativa, por exemplo na ação civil pública para proteção de interesses coletivos e no mandado de segurança coletivo.

Ainda no âmbito dos direitos à organização e ao procedimento, inclui-se a pretensão social à criação de entes efetivos para representação dos grupos e organizações, sem os quais seria inviável a proteção coletiva dos direitos dos representados, ainda que no âmbito judicial. Na esteira dos ensinamentos de Gilmar Mendes:

Se se toma como pressuposto a estreita relação entre direitos fundamentais e democracia, parece sensato concluir que aqueles somente podem obter a máxima proteção num regime que crie as condições para a existência de entidades representativas de determinados grupos políticos, sociais e econômicos. A democracia pressupõe a existência desses vínculos entre indivíduos e o poder, e, por isso, a ordem constitucional democrática reserva papel fundamental aos partidos políticos, às associações, aos organismos não-estatais, às entidades de classe, etc.²⁷

Nesse contexto, torna-se possível vislumbrar o papel fundamental reservado aos sindicatos profissionais na defesa dos interesses coletivos de sua categoria - objeto de estudo específico neste trabalho -, figurando como entidades imprescindíveis para a plena efetividade dos interesses dos obreiros representados.

A concentração de demandas num único processo para reconhecimento genérico da existência de lesão de determinado direito, a cooperação para uma instrução probatória que retrate de forma mais fiel possível a realidade, o caráter pedagógico de uma condenação em larga escala, a certeza de decisões uniformes quando se tratar de direitos metaindividuais, a consequente celeridade processual a ser obtida em razão de um desafogamento do Poder Judiciário, que não mais gastará seu exíguo tempo com decisões repetitivas para casos idênticos pulverizados nos diversos Juízos de primeiro grau, tudo isso permite, ao menos em tese, ter-se noção da contribuição da tutela coletiva de direitos para a efetividade da Justiça.

²⁶ Trecho extraído do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

²⁷ *Idem*.

A elevação crescente do nível cultural da sociedade, que, por consequência, aumentará a cada dia a demanda por provimento jurisdicional, só fará crescer a importância da modalidade coletiva de atuação processual, na medida em que o Poder Judiciário não tem (e cada vez menos terá) condições de dar resposta célere e satisfatória a uma infinidade de ações de caráter individual e repetitivo dispersas pelo vasto território nacional.

SISTEMA NORMATIVO DA TUTELA COLETIVA

2.1 Um breve histórico

Com a modernização social e consequente aumento da complexidade das relações jurídicas - aí incluída a evolução das relações trabalhistas -, observou-se, no século XVIII em diante, uma crescente preocupação com a proteção dos trabalhadores. Diversas legislações e correntes doutrinárias juslaboristas enveredaram-se na busca por uma minimalização dos problemas sociais advindos com a Era Industrial. A evolução da sociedade, com a concentração em centros urbanos, a progressiva industrialização e expansão comercial, o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, a adoção do modelo capitalista de produção, a globalização, entre outras questões, fizeram surgir uma nova espécie de conflito social: os conflitos de massa.²⁸

Nesse contexto, mais especificamente a partir do século XIX, teve início o desenvolvimento da chamada sociedade de massas, com a intensificação dos conflitos sociais. As lutas sociais protagonizadas pelos trabalhadores, bem como por outros grupos sociais, como estudantes e alguns setores da pequena burguesia, aceleraram o processo de crise do velho paradigma liberal-individualista, em que a postulação judicial fundava-se unicamente no direito subjetivo.²⁹ Esse processo expandiu-se e atingiu seu auge após a Segunda Guerra Mundial, sem, contudo, esvair-se na história.

A massificação dos conflitos não mais encontrava resposta suficiente no modelo tradicional de tutela jurisdicional, marcada pela concepção individualista. A inquietação social, tendo como catalisador o crescente senso crítico da humanidade, forçou o Direito a buscar cada vez mais novos instrumentos que reunissem condições de satisfação dessas demandas sociais coletivas. Era necessário encontrar mecanismos que permitissem prevenir e reparar, de forma eficiente, as lesões que se faziam sentir no âmbito coletivo. Nesse sentir, a tutela coletiva torna-se um importante instrumento processual, porquanto, além de permitir economia, celeridade e efetividade do processo trabalhista, ainda garante o amplo acesso à Justiça.

²⁸ ALVIN, Arruda. Ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 87, p. 149-165, jul./set. de 1997. p. 15

²⁹ ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 15.

2.2 A formação de um microsistema processual coletivo

Após vislumbrar, no cenário mundial, a criação das *representatives actions* inglesas, bem assim a criação das *class actions* norte-americanas, reguladas desde 1912, e os mecanismos de defesa europeus, com suas nuances próprias, o Brasil adotou a ação popular como primeira ação de índole coletiva, admitida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1934. Na vigência da Constituição de 1946, todavia, é que foi regulamentada a ação popular, por meio da Lei n.º 4.717/65.³⁰

Ainda sob a égide da Constituição Federal de 1934, que constitucionalizou a Justiça do Trabalho, foi admitida no direito pátrio a figura do dissídio coletivo, previsto pelo Decreto-lei n.º 1.237/39 e disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho (1º de maio de 1943), que trouxe, por sua vez, a ação de cumprimento. Esta, em linhas gerais, busca o cumprimento coercitivo do conteúdo geral e abstrato das normas jurídicas referentes às novas condições de trabalho definidas na sentença normativa oriunda do dissídio coletivo.³¹

Ademais, prevista originariamente pela antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n.º 40/81), a ação civil pública foi regulada pela Lei de Ações Cíveis Públicas (Lei n.º 7.347/85). Recepcionada e ampliada pela atual Lei Maior, tornou-se a ação civil pública o instrumento mais corriqueiro e verdadeiramente efetivo para a tutela das demandas coletivas. A ação civil pública, como espécie das ações coletivas, tem por finalidade proteger direitos metaindividuais de ameaças e efetivas lesões, podendo veicular um conteúdo condenatório, cautelar, declaratório, constitutivo, mandamental, de liquidação e de execução, desde que necessário para a tutela dos direitos coletivos em sentido lato.³²

Posteriormente, foram criadas diversas leis esparsas que dispunham sobre particularidades da ação civil pública quando utilizada para tutelar bem jurídicos

³⁰ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Microsistema processual para tutela de direitos coletivos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano XVIII, n.º 35, março de 2008. p. 17. Disponível em <http://www.anpt.org.br/site/download/revista_mpt_n35.pdf>. Acesso em 21/7/2009.

³¹ *Idem*. *Ibidem*. p. 17.

³² MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2004. p. 89-96.

específicos³³. À guisa de exemplo, podemos citar o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, que engrossavam, assim, o microssistema processual para defesa dos direitos coletivos.

Oportuno registrar o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, como grande marco para o sistema normativo da tutela coletiva. O referido diploma legal representou a consolidação de um microssistema jurídico para as ações coletivas, com menção, inclusive, a uma inovadora “ação civil coletiva”, consignando conceitos e prevendo normas procedimentais, especialmente no tocante à coisa julgada.³⁴

Por fim, vale registrar que a atual Constituição da República previu, ainda, como mais dois instrumentos para defesa de direitos coletivos, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, robustecendo o instrumental processual na esfera coletiva, fato que espelha a insuficiência dos clássicos institutos liberais individualistas, incapazes de satisfazer os anseios coletivos da sociedade de massas.

Possível vislumbrar, então, ante um trajeto evolutivo da legislação atinente às ações coletivas, a formação de um microssistema processual para tutela coletiva. A criação desse microssistema, portanto, não decorreu da criação de um código para demandas coletivas³⁵, mas diante da união, principalmente, de dispositivos da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ações Cíveis Públicas.³⁶ Esses diplomas estão intimamente unidos e complementares uns aos outros, formando, juntamente com um conjunto principiológico característico do processo coletivo, um sistema fluido, poroso, pronto para receber as inovações e, com isso, satisfazer a novel e crescente demanda coletiva pela efetividade dos direitos metaindividuais, dentre eles os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

2.3 Direitos ou interesses metaindividuais?

³³ *Idem. Ibidem.* p. 18

³⁴ *Idem. Ibidem.* p. 20

³⁵ Apenas a título de nota, vale registrar que existem hoje no Brasil dois importantes anteprojetos de lei que, inspirados no Código Modelo de Processos Coletivos elaborado a partir das jornadas do instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 2004 na Venezuela, visam a criar um código brasileiro de processo coletivo. Um dos anteprojetos é oriundo da UERJ em conjunto com a UNESA; outro, da USP, sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover.

³⁶ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Microssistema processual para tutela de direitos coletivos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano XVIII, n.º 35, março de 2008. p. 21. Disponível em <http://www.anpt.org.br/site/download/revista_mpt_n35.pdf>. Acesso em 21/7/2009.

Para um exame mais completo e inteligível das espécies que compõem os direitos e interesses metaindividuais, faz-se necessário algumas explanações conceituais da temática sob análise. Mostra-se mais correta a expressão “direitos metaindividuais”, ou “interesses metaindividuais”?

A palavra interesse, consoante definição da doutrina nacional, designa a ligação entre um ser humano e um bem da vida, permeada por uma vontade valorada; valor este que dá sentido à ação, que estrutura a personalidade.³⁷ A etimologia latina da palavra muito nos diz a respeito do seu significado: “inter” (entre) + “esse” (ser) = “interesse” (ser entre). Ou seja, o interesse é a ponte entre o sujeito e o bem procurado.³⁸

Por outro lado, valiosas são as lições de Miguel Reale que, ao definir direito subjetivo, inspira-se em Ihering. Segundo o autor:

em toda relação jurídica existe uma norma protetora, uma casca de revestimento e um núcleo protegido. A capa, que reveste o núcleo, é representada pela norma jurídica, ou melhor, pela proteção à ação, o que quer dizer, por aqueles remédios jurídicos que o Estado confere a todos para a defesa do que lhes é próprio. O núcleo é representado por algo que interessa *ao indivíduo*. O direito subjetivo, segundo Ihering, é esse interesse enquanto protegido.³⁹ (grifos adotados)

A doutrina clássica, assim, tende a utilizar a palavra direito, refletindo a inevitável influência liberal, apenas quando a titularidade do interesse juridicamente protegido pertencer a um indivíduo perfeitamente determinável.⁴⁰ Esta aí a explicação pela escolha do adjetivo “subjetivo” na expressão direito subjetivo.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, entretanto, o foco dos interesses migrou – ou, ao menos, se dividiu – para a coletividade. A sociedade de massas, caracterizada por conglomerados urbanos, por produção e consumo em atacado, por uma intensificação da intervenção estatal no âmbito social e econômico, tudo isso contribuiu para o advento dos interesses metaindividuais, que demandavam do Estado novos instrumentos jurídicos destinados a protegê-los. Daí a superação da clássica visão do direito subjetivo

³⁷ CASTRO, Marcos Faro de. Cultura, economia e cidadania: algumas reflexões preliminares. In: *Anuário Antropológico 2000/2001*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003. p. 263-277.

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 18

³⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 253-254.

⁴⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1996.p. 109.

individual. A partir do momento em que o Estado responde aos anseios coletivos, reconhecendo a coletivização dos interesses e criando ferramentas para tutelá-los, não se justifica mais negar o caráter subjetivo aos interesses metaindividuais.

Mancuso, um dos juristas que mais se dedicou à sistematização dos interesses metaindividuais, produzindo inúmeros escritos a este respeito, ajuda-nos a concluir ser possível um novo conteúdo para o direito subjetivo, no qual “a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo, mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao *especimen* isolado”.⁴¹ Desse modo, adéqua-se a antiga conceituação de direito subjetivo às novas realidades, condizentes com os novos anseios sociais. O direito, como criação do homem para reger o meio social, deve se ajustar às demandas sociais, moldando-se à sua fluidez.

Conclui-se, assim, ser plenamente possível chamar de direitos subjetivos metaindividuais aqueles interesses sociais juridicamente protegidos. Todavia, na medida em que se obtém a referida conclusão, novo questionamento surge àquele que se debruça sobre o tema: qual a utilidade em distinguir direitos e interesses metaindividuais?

Na esteira de Kazuo Watanabe e Barbosa Moreira, Pedro Lenza defende a inutilidade prática da aludida distinção. Buscar saber se se trata de verdadeiros direitos diretamente protegidos (direito subjetivos) ou interesses reflexamente protegidos pelo ordenamento jurídico, malgrado tenha relevância teórica, somenos importância terá do ponto de vista prático a partir do momento em que se esteja persuadido da necessidade de assegurar aos titulares a proteção jurisdicional eficaz. Portanto, não importa saber a que título se lhes dispensa tal tutela, desde que esta efetivamente exista. Quando passam a ser amparados pelo ordenamento jurídico, os interesses assumem o mesmo *status* de direito.⁴²

Assim, neste trabalho, quando houver referência a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estar-se-á a tratar de direitos. E quando se falar em direitos, leia-se interesses juridicamente tutelados, se assim desejar. Enfim, o que se busca é um desapego ao formalismo conceitual, a fim de que o enfoque do estudo se dê sobre o verdadeiro conteúdo, o verdadeiro cerne dos direitos – quer dizer, interesses – metaindividuais.

⁴¹ *Idem. Ibidem.* p 112.

⁴² LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p 53-54.

2.4 Tipologia dos direitos e interesses metaindividuais

Na constante busca em explorar a temática de forma mais completa e inteligível possível, convém situar o gênero “direitos metaindividuais” antes de expor as diversas categorias consolidadas na doutrina.

É grande a divergência doutrinária a respeito da classificação dos bens e seus interesses. Aqueles estudiosos que defendem a dicotomia pura admitem apenas a percepção de interesses públicos e privados. De outra banda, há aqueles que reconhecem a natureza transindividual de alguns bens e respectivos interesses, mas considera-os como espécie inserida dentro do gênero bem público. Finalmente, há aqueles que vêem os interesses metaindividuais como categoria autônoma, alocada entre o Estado e a individualidade, surgida com o advento da sociedade de massas e a conseqüente transformação social.⁴³

A terceira corrente doutrinária exposta mostra-se mais consentânea com a realidade atual. Isso porque, tal como manifesta Ada Pellegrini Grinover, a categoria dos interesses metaindividuais tem como característica marcante a ampla área de conflituosidade, que não se restringe à dicotomia indivíduo – autoridade.⁴⁴ O terceiro gênero de direitos, os metaindividuais, não podem integrar o restrito campo de existência dos direitos públicos, uma vez que nestes habita uma manifestação social homogênea a exigir tutela, enquanto naqueles abre-se espaço para as multiplicidades sociais.

Igualmente, outro motivo para adoção da teoria tricotômica dos direitos (públicos – metaindividuais – privados), além daquele relativo à natureza autônoma que os interesses transindividuais assumem na sociedade hodierna multifacetada, é o motivo cultural. O significado da palavra público, na realidade brasileira, pouco se aproxima da idéia de povo, estando mais vinculado à idéia de Estado, de autoridade governamental.⁴⁵ No Brasil, quando pensamos, por exemplo, que uma empresa é pública, logo vem à mente a ideia de que não é da nossa família, mas do governo. Quando alguém pensa em tornar-se servidor público, logo imagina servir ao Estado, vendo o governo como seu patrão, nunca o povo. Assim, os direitos

⁴³ *Idem. Ibidem.* p. 56.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 56, p. 23-47, julho/setembro de 2007. p. 30.

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p 64.

metaindividuais, já que manifestamente não possuem caráter privado, tampouco público – ao menos no contexto nacional -, merecem ser categorizados como um grupo autônomo.

Assim como se passa com os direitos públicos e privados, os direitos metaindividuais também se decompõem em subtipos, didaticamente enquadrados em diversos patamares: direitos metaindividuais difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

2.4.1 Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos

Ada Pellegrini Grinover, uma das autoras do atual Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) – diploma que traz a consagrada classificação das espécies de interesses metaindividuais –, inspirada na doutrina italiana, destaca duas notas essenciais em relação aos interesses coletivos *lato sensu*: um relativo à titularidade (aspecto subjetivo) e o outro relativo ao bem da vida buscado (aspecto objetivo). Nesse sentido, ensina que a identificação de um interesse-direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo dependerá tanto da qualificação normativa do seu portador, como também, e na mesma intensidade, da natureza jurídica do bem objeto de interesse.⁴⁶

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, assim classificou as espécies de interesses metaindividuais, a saber:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 56, p. 23-47, julho/setembro de 2007. p. 34.

Ensina Grinover que interesses difusos são aspirações espalhadas socialmente, sinteticamente referidas à qualidade de vida, de caráter metaindividual, sendo típico desse tipo de interesse a ampla área de conflituosidade, porquanto não se restringem a litígios intersubjetivos, mas são oriundos de escolhas políticas.⁴⁷ A dimensão do difuso, assim, volta-se para a indivisibilidade, constituindo espécie de comunhão em que a realização do interesse de um só implica, como corolário, a satisfação da coletividade. Direitos difusos dizem respeito a prerrogativas jurídicas que não são passíveis de titulação exclusiva ou individual.⁴⁸ Em torno do interesse difuso forma-se um grupo de pessoas indetermináveis, e não apenas indeterminadas. Os contornos dos interesses difusos, então, se dão, quanto ao objeto, pela indivisibilidade e, quanto aos sujeitos, pela indeterminação.

Os interesses coletivos, por sua vez, têm os mesmos domínios objetivos daqueles difusos, tendo como diferencial a existência de uma relação jurídica-base que vincula os sujeitos entre si ou com a parte contrária, o que acarreta um alto grau de homogeneidade. Conseqüentemente, ambos os tipos de interesses podem se alicerçar sobre os mesmos bens jurídicos. Enquanto aproximam-se pela coincidência do aspecto objetivo, distinguem-se pela identificação do sujeito, já que os interesses coletivos estão afetos à ideia de categoria, grupo ou classe.⁴⁹ O interesse coletivo está afeto ao homem socialmente organizado, não se confundindo com a soma de interesses individuais, mas com a síntese desses interesses. São interesses cujos titulares, embora tratados coletivamente, são determináveis, podendo ser identificados por uma situação jurídica subjacente preexistente à lesão ou ameaça de lesão e cujo objeto é, para o grupo, indivisível.⁵⁰

Há, por fim, outra espécie de interesses metaindividuais processualmente indivisíveis, mas que possui divisão possível quando se tem em mente o direito material. São os interesses individuais homogêneos, que, como o nome já revela, estão afetos a sujeitos determinados e cujo objeto se mostra plenamente divisível. O adjetivo “homogêneo” advém do grego *homogenés* (*homo* = igual + *genes* = raça), e significa da mesma natureza, ou do mesmo gênero por ter a mesma origem.⁵¹ A identidade fática em que se envolvem é tão

⁴⁷ *Idem. Ibidem.* p. 35.

⁴⁸ FAVA, Marcos Neve. *Ação civil pública trabalhista*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p 36.

⁴⁹ *Idem. Ibidem.* p. 39.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 628

⁵¹ Wikcionário, o dicionário livre. Disponível em < <http://pt.wiktionary.org/wiki/homog%C3%AAneo>>. Acesso em 27/7/2009.

evidente e preponderante que admite e, digamos, requer tratamento homogêneo. A identidade de situações jurídicas, que, teoricamente, enfrentarão as mesmas consequências jurídicas se vistas de forma individualizada, realça o aspecto social desses direitos-interesses, justificando o tratamento diferenciado que a doutrina procura dar a essa categoria.

Imperioso destacar que a expressão “origem comum” a que se refere o artigo 81, III, do Código de defesa do Consumidor, diploma largamente utilizado na seara processual coletiva em razão do critério analítico e didático com que o legislador conceituou as espécies de interesse metaindividual, não significa, necessariamente, que os interesses individuais homogêneos tenham que estar submetidos ao mesmo contexto fático e temporal.⁵² Vale dizer, a lesão ou ameaça a direito homogêneo pode ocorrer em largo lapso temporal e em diferenciadas localidades, sem que o aspecto da homogeneidade esteja prejudicado.

Em razão da breve definição que lhe foi dispensada pelo Código de Defesa do Consumidor, contrariamente ao que ocorreu com os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, outras diversas dúvidas doutrinárias pairam sobre os direitos individuais homogêneos. Da leitura literal de sua denominação, é possível que o vislumbrem como direitos não coletivos, mas meramente individuais com característica especial, em razão da possibilidade de serem individualizados. Todavia, em razão da sua nobre característica social, são destinados aos direitos individuais homogêneos uma defesa coletiva por meio de uma única demanda, ao contrário do que ocorre com aqueles estritamente individuais. Para se dar fim a quaisquer dúvidas, vale recorrer à posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que, em diversas oportunidades, assentou que os direitos individuais homogêneos, ainda que divisíveis, estão inseridos no gênero direito coletivo, do qual fazem parte, também, os difusos e os coletivos em sentido estrito. Cumpre dar especial destaque ao voto do Ministro Maurício Corrêa ao julgar o RE 163.231/SP, mormente na seguinte passagem:

Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.⁵³

⁵² WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 629

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 163.231/SP. Recurso Extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *parquet* para discuti-las em

Podemos situar os direitos individuais homogêneos, então, como direitos subjetivos coletivos, divisíveis por gerarem reflexo patrimonial na esfera individual, mas dotados de relevância social obtida a partir de uma origem comum.

2.4.2 Identificação dos interesses metaindividuais

Para uma corrente doutrinária, composta, dentre outros autores de renome, por José Roberto dos Santos Bedaque, a precisa identificação das espécies de direitos metaindividuais – se difusos, coletivos ou individuais homogêneos – deve prescindir de qualquer análise processual, em razão da função instrumental do processo. Essa corrente afirma que o processo judicial, como meio instrumental que é, deve se compatibilizar com o direito que visa a realizar, rejeitando qualquer argumentação processualista em sentido oposto. Entende o mencionado autor não ser o tipo de tutela que determina o direito material, mas sim “o tipo de direito que determina a tutela”.⁵⁴

Por outro lado, diversos autores afirmam que a identificação de um direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo deve levar em conta o tipo de pretensão levada a juízo. É o que ensina Nelson Ney Júnior:

(...) o que determina essa classificação é a pretensão *in concreto* traduzida em juízo, quando se propõe a competente ação judicial, pois é o tipo de pretensão e a causa de pedir que vão determinar se o interesse discutido é difuso, coletivo ou individual homogêneo, podendo um mesmo fato dar ensejo aos três tipos de interesses, conforme seja o pedido formulado.⁵⁵

E parece ser este segundo critério para identificação das espécies de interesses transindividuais o mais coerente com a disciplina normativa dos direitos coletivos. Isso porque o próprio parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor adota, como ponto de partida para a referida identificação, um critério processual. Da leitura da íntegra do referido dispositivo é possível observar um conceito de cunho processual, em que se dispõe, para definição dos direitos metaindividuais, a

juízo. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 163231.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 163231.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 163231.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 163231.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 23/7/2009.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 69

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p 112-113.

necessidade de defesa coletiva em razão de suas peculiaridades, tais como legitimidade para postulá-los e indeterminabilidade dos sujeitos ativos – no caso dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito –, peculiaridades essas nitidamente processuais.⁵⁶

Nesse sentido, Kazuo Watanabe intenta distinguir os interesses metaindividuais, asseverando que o modo como o litígio é apresentado em juízo torna-se fundamental para a definição das espécies de interesse:

Nessa análise dos elementos objetivos da ação, é particularmente importante saber com que fundamento e em que termos é postulada a tutela jurisdicional, pois, qualquer que seja a colocação feita pelo autor, podemos estar diante de uma autêntica demanda coletiva para tutela de direitos difusos ou coletivos, de natureza transindividual e indivisível, ou senão a hipótese poderá ser de tutela de interesses individuais, com a incorreta denominação de demanda coletiva (eventualmente poderá tratar-se de tutela coletiva de interesses individuais homogêneos).⁵⁷

E acrescenta o autor:

[a análise dos elementos objetivos da ação] tem superlativa importância na correta determinação do legitimado passivo para a ação, bem assim para a correta fixação da abrangência da demanda, e ainda para saber, com exatidão se, no caso concreto, ocorre mera conexidade entre as diversas ações coletivas ou, ao contrário, se trata de caso de litispendência ou até mesmo de coisa julgada a obstar o prosseguimento das ações posteriores.⁵⁸

A distinção entre os direitos metaindividuais depende, então, da correta fixação do objeto litigioso do processo, vale dizer, pela identificação do pedido e da causa de pedir. Para se definir a existência de um ou outro direito metaindividual em discussão, deve-se buscar, no caso concreto, aquilo que se pretende com a tutela coletiva. Trazendo essas considerações para o âmbito do Direito do Trabalho, percebe-se, do cotidiano laboral, que um mesmo fato trabalhista pode afetar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Para fins de ilustração, podemos vislumbrar uma contratação coletiva de empregados públicos municipais, sem a obediência da aprovação prévia em concurso exigida pelo § 2º do inciso II do artigo 37 da Constituição da República.⁵⁹ Esse ato administrativo do ente municipal poderá acarretar pretensão coletiva difusa pela correta observância das normas constitucionais, a ser deduzida em juízo em defesa de um grupo indeterminado de potenciais candidatos prejudicados pela inexistência de certame público para preenchimento dos postos

⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 70

⁵⁷ WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 632

⁵⁸ *Idem. Ibidem.* p. 630

de trabalho, oportunidade em que se estará resguardando os princípios gerais do ato administrativo (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) e o princípio do acesso igualitário ao emprego público; poderá ensejar ação civil pública com objetivo único de declarar a nulidade dos contratos de trabalho irregularmente firmados, nos termos da Súmula n.º 363 do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁰, circunstância que atingirá direitos coletivo *stricto sensu*, pois os trabalhadores estão vinculados ao Município por uma relação jurídica base (o contrato ilegal de trabalho) e não há divisibilidade do objeto da ação; e poderá ensejar, ainda, pretensão individual homogênea às verbas resilitórias devidas a cada trabalhador pelo afastamento do emprego, não sendo este um rol exaustivo de hipóteses.

2.4.3 Distinção entre interesses individuais homogêneos e heterogêneos no âmbito trabalhista. Decorrências

Haja vista a substituição processual sindical como enfoque deste trabalho, caberá, a essa altura, um exame mais detido a respeito da identificação desse tipo de direito, mormente quando se nota a recorrência dos direitos individuais homogêneos na seara trabalhista.

Em princípio, praticamente todos os direitos trabalhistas poderiam, inadvertidamente, ser taxados de individuais homogêneos em razão da ampla magnitude social que têm esses direitos. Ademais, no âmbito trabalhista, em regra, as lesões jurídicas ocorrem no mesmo contexto, haja vista a coincidência de empregador, de ambiente laboral e de demais circunstâncias. Assim, poderia parecer, por exemplo, que são titulares de direitos individuais homogêneos (indenizações por assédio moral) todos aqueles trabalhadores de uma pequena empresa que tem como gerente único uma figura extremamente arrogante e autoritária, já que os direitos seriam oriundos de uma origem comum. Todavia, a conclusão deve ser outra.

⁵⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 72

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 363. “Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.” Nova redação conferida pela Resolução n.º 121/2003. Publicada no DJU de 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em < http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html >. Acessado em 30/7/2009.

No exemplo ora levantado, não há falar em direitos individuais homogêneos caso as lesões particulares ocorressem no dia-a-dia do trabalho. Ainda que os alegados danos adviessem da mesma figura – o gerente – e em contextos fáticos semelhantes, inexistiria homogeneidade, já que, valendo-se do mesmo critério de identificação exposto no tópico anterior, qual seja, o processual, tem-se que, uma vez apresentada a ação, haveria necessidade de expor fatos e provas relativos ao dano moral sofrido por cada um dos trabalhadores queixosos, levando-se em conta as particularidades de cada ofendido e de cada fato individualmente ocorrido. Desse modo, inviável seria a prolação de sentença genérica que atendesse todos os casos em suas individualidades.

A existência de muitas situações díspares, a merecer análises em separado, iria de encontro à multicitada e tão invocada efetividade judicial buscada por meio da tutela coletiva, na medida em que turbaria o processo em razão da necessidade de provas individualizadas, com a possibilidade, ainda, de diversas alegações na contestação por parte do reclamado. Em casos tais, se proposta uma demanda coletiva, estaríamos diante de uma hipótese análoga àquela do parágrafo único do artigo 46 do Código do Processo Civil⁶¹, em que o juiz pode vetar a formação do litisconsórcio quando houver comprometimento da rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.⁶²

Nesse sentido são as elucidativas palavras de Rogério José Perrud, que expõe: “Em tema de direitos individuais homogêneos, não é o direito invocado que importa, mas, sim, a generalização desse direito, que deve beneficiar de modo uniforme todos os trabalhadores, sem necessidade de análise particularizada de situações”.⁶³ Se atinente a direitos heterogêneos, ter-se-ia um pronunciamento judicial exacerbadamente genérico, o que equivaleria, provavelmente, a uma mera reprodução das normas que tutelam a relação laboral.

Conclui-se, ante o exposto, que a apreciação sobre a homogeneidade do direito deve se dar a partir de uma análise processual prévia pela viabilidade e, porque não dizer, conveniência do processo coletivo para a celeridade e efetividade da entrega jurisdicional.

⁶¹ Código de Processo Civil. Artigo 46, parágrafo único: O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

⁶² PERRUD, Rogério José. Ação civil coletiva no direito do trabalho: aspectos controvertidos. *Revista LTR*, São Paulo, volume 71, n.º 07, p. 839-845, julho de 2007. p. 840.

⁶³ *Idem. Ibidem.* p. 840.

3. LEGITIMIDADE SINDICAL PARA A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA

3.1 O Sindicato como protagonista da tutela coletiva

Antes de se tratar da substituição processual propriamente dita, mostra-se indispensável uma abordagem acerca do ente coletivo – o sindicato, foco deste trabalho - que possui a legitimidade para substituir os trabalhadores em ações coletivas.

A vocação sindical para tutela coletiva dos direitos da categoria está estampada em diversos dispositivos constitucionais. É o que observamos quando a Constituição da República legitima a organização sindical para impetrar mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, **b**), quando prevê ao sindicato, de forma genérica, a atribuição de defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, III, a ser examinado à frente), quando legitima ente sindical federal para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (artigo 103, IX) e quando faculta aos sindicatos o ajuizamento de dissídios coletivos (artigo 114, § 2º), por exemplo.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, em seu capítulo que trata da instituição sindical, mais especificamente no artigo 513, alínea **a**, dispõe como prerrogativa do sindicato a representação, perante as autoridades administrativas e judiciais, dos interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal, ou dos interesses individuais relativos à atividade ou profissão exercida.

E a Lei n.º 8073/90, que também será examinada de forma mais minudente no tópico n.º 3.5, consagrou a amplitude da substituição sindical ao dispor em seu artigo 3º, de forma irrestrita, que “as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.”

Percebe-se, desse modo, o nobre encargo a que está submetido os entes sindicais na tutela coletiva dos direitos da categoria, fato que acarreta a imprescindibilidade da atuação sindical para a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, mormente quando se tem em mente a ineficiência do Estado para tomar providências acerca dos interesses legítimos da classe trabalhadora. Dada a importância desse ente coletivo, oportuno discorrer a respeito da sua natureza.

Sindicato, para Maurício Godinho Delgado, é uma “associação coletiva, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores, sejam subordinados ou autônomos, e de empregadores.”⁶⁴ Afirma ainda o mesmo autor que o sindicato:

(...) distancia-se, porém, das demais associações por ser necessariamente entidade coletiva, e não simples agrupamento permanente de duas ou de algumas pessoas. Distancia-se mais ainda das outras associações por seus objetivos essenciais estarem concentrados na defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e econômicos de trabalhadores assalariados (principalmente estes, na história do sindicalismo), mas também outros trabalhadores subordinados, a par de profissionais autônomos, além dos próprios empregadores.⁶⁵

É possível perceber, desse modo, a idéia de coletividade a que está submetida à ideia de sindicato. O sindicalismo, pela visão do hipossuficiente, é a forma por excelência de organização dos trabalhadores para se unir e lutar contra a opressão do capital; é a maneira pela qual os empregados buscam negociar em igualdade com seus empregadores, já que a organização em grupo torna mais difícil a perseguição por parte do detentor do capital, que passa a lutar contra uma coletividade, e não contra frágeis indivíduos.

E é nesse sentido que o ente sindical deve se utilizar de todos os meios adequados para a tutela de interesses da categoria, a fim de que se busque melhores condições laborais e existenciais dos trabalhadores, de modo a alcançar verdadeira efetividade dos direitos sociais trabalhistas.

3.2 Legitimação ordinária e extraordinária

Uma das questões mais controvertidas para os estudiosos do direito quando se estuda as ações coletivas cinge-se à legitimação para agir. Em verdade, este é um dos pontos centrais do estudo da tutela coletiva, porquanto tangencia todas as questões emergentes à defesa dos interesses metaindividuais, tais como o acesso à justiça por meio de instrumentos coletivos e a eficácia da decisão coletiva, além de diferenciar as ações coletivas do modelo clássico individual.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2007. p. 1350

⁶⁵ *Idem. Ibidem*. p. 1350

A legitimidade *ad causam*, na esteira dos ensinamentos de Enrico Tulio Liebman, é a condição da ação atinente à relação entre a existência objetiva do interesse de agir e sua pertinência subjetiva.⁶⁶ Em princípio, a legitimidade envolve a indagação fundamental de quem é o titular do direito para movimentar judicialmente a pretensão. Na seara dos direitos metaindividuais, a importância da discussão a respeito da legitimidade para agir em juízo se robustece, na medida em que a titularidade desses direitos nem sempre pode ser atribuída a um sujeito determinado, que possua relação direta com o bem jurídico tutelado.

No processo civil tradicional, individualista em sua essência, de modo ordinário se dá a coincidência entre o titular do direito material e aquele legitimado pela ordem jurídica para a propositura da ação. Intuitivas são as razões para essa coincidência, uma vez que, via de regra, aquele que detém o bem da vida juridicamente tutelado será o interessado para litigar em busca do interesse resistido, ou insatisfeito. É a chamada legitimação ordinária, disposta no artigo 6º do Código de Processo Civil.⁶⁷

Excepcionalmente, o ordenamento jurídico permite que o titular do direito material seja substituído por um terceiro, que age judicialmente em nome próprio na defesa de um direito que não é seu. Estamos a falar da parte final do mesmo artigo 6º do Código de Processo Civil, que admite, por exceção, que alguém venha a juízo pleitear em nome próprio direito alheio, desde que autorizado por lei. Dá-se, pois, a legitimação extraordinária quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o mesmo que se diz titular do direito material discutido.

A dicotomia legitimidade ordinária x extraordinária não se aplica no âmbito dos direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos, em razão da origem, extensão e natureza desses direitos, indivisíveis em sua essência, como visto no tópico n.º 2.4.1. Seja em razão da indivisibilidade do objeto, seja pela impossibilidade de substituir pessoas indeterminadas, os direitos não-individuais não comportam discussão a respeito da legitimidade, se ordinária ou extraordinária.⁶⁸ Todavia, no âmbito dos direitos individuais homogêneos, é plenamente admissível se vislumbrar a ocorrência de dissonância entre a

⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2ª edição. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 157.

⁶⁷ Código de Processo Civil. Artigo 6º: Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁶⁸ Nesse caso, autores como Tereza Alvim e Nelson Nery Jr. afirmam ser caso de legitimação autônoma (ou ordinária) para a causa, decorrente da legitimação coletiva, distinta, portanto, da legitimação individual.

legitimação de direito material (*legitimatío ad causam*) e a legitimação para estar em juízo (*legitimatío ad processum*).⁶⁹

Indaga-se, nesse contexto, que tipo de legitimação processual tem os legitimados para a tutela de direitos individuais homogêneos? Trata-se de hipótese de defesa de direito alheio em nome próprio, assimilável ao conceito de legitimação extraordinária?

A doutrina tem feito um grande esforço para construção de um novo modelo de legitimação, distinto do individualismo clássico a que está submetido o Código de Processo Civil, visivelmente inadequado para reger as demandas coletivas. É o que veremos nos tópicos subsequentes.

3.3 A substituição processual civil na doutrina clássica

No final do século XIX, o jurista alemão Köhler editou obra versando sobre o instituto civil do usufruto com poderes de disposição (*Der Dispositionsniessbrauch*). Nesse trabalho, nasceram os primórdios do fenômeno da substituição processual. Os estudos realizados por Köhler, contudo, foram desenvolvidos no campo do direito material. Para o célebre jurista alemão, a substituição processual era uma relação envolvente de direito substancial existente entre substituto e substituído. Com essa concepção, concedia ao substituto o poder de conduzir o processo em nome próprio, relativamente a um direito do substituído, de tal modo que os efeitos substanciais do processo – entre os quais, ele indicava em primeiro lugar a coisa julgada – atingiam também o substituído, embora não houvesse participado do mesmo processo. Hellwig, outro grandioso jurista alemão, transportou o conceito de substituição processual para o direito processual, o qual se referia ao “direito de conduzir o processo” (*Prozessführungsrecht*).⁷⁰

No direito italiano, o instituto foi introduzido por Giuseppe Chiovenda, que lhe conferiu o nome pelo qual é conhecido hoje na doutrina do processo, em todo o mundo.⁷¹ A concepção originária do instituto foi ampliada e universalizada pelo célebre jurista italiano,

⁶⁹ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: Editora LTR, 2008. p. 71-72

⁷⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 87-90.

⁷¹ VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 258.

para só então migrar para a América do Sul, onde vem sendo ainda mais ampliada em busca da efetividade da justiça.

Em sua clássica versão, a substituição processual consiste na presença em juízo, em nome próprio, para a defesa de um direito alheio. Desse modo, o substituto é parte e, como tal, sofre as limitações daí decorrentes, respondendo até mesmo pelas despesas processuais. A substituição seria motivada por liame jurídico, relativo ao direito material, existente entre o substituto e o substituído. Alinham-se como exemplos da substituição processual clássica a atuação do cidadão como autor da ação popular, o marido em defesa judicial dos bens dotais e o exercício, pelo credor, de ações judiciais impessoais do devedor.⁷²

Oportuno diferenciar a substituição processual – espécie de legitimação extraordinária - da mera representação processual. Enquanto na representação o titular da relação material ocupa o pólo passivo, permanecendo, por conseguinte, na relação processual ordinária, na substituição processual o substituto afasta o substituído da relação processual, passando a ser parte. Enquanto a representação decorre da legitimação ordinária para pleitear em juízo, a substituição figura como espécie do gênero legitimação extraordinária⁷³

Na substituição processual, a autorização dada por lei para estar em juízo por direito de outrem tem em conta a relação entre o substituto e o titular do direito material discutido. Além disso, as atuações processuais do substituto têm necessariamente influência e eficácia sobre o substituído.⁷⁴ Portanto, a legitimação do substituto processual ocorre tão somente quando houver com o substituído “relação ou situação de direito substantivo, por força da qual, através do exercício de direito do substituído, visa a satisfazer um interesse individual tão-somente seu”.⁷⁵ Autorizado o substituto a atuar na causa por conta de um direito de outrem, se permanecer inerte, da ausência do exercício daquele direito – que também é seu – pode-se gerar danos a seus interesses. Esse interesse individual do substituto no deslinde da controvérsia, em razão do liame jurídico atinente ao direito material discutido, é o que figura como principal característica da substituição processual clássica e o que a distingue da substituição processual sindical, como veremos adiante.

⁷² *Idem. Ibidem.* p. 259.

⁷³ GONÇALVES, Aroldo Plínio; BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Sindicato e substituição processual. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 33, n.º 126, abr./jun. de 2007. p.14,

⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. Volume 2.

⁷⁵ CALAMANDREI, Pierro *apud* BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: Editora LTR, 2008. p. 69

3.4 Tutela de direitos individuais homogêneos: representação ou substituição processual?

O traço característico da substituição é a comunhão de interesses pelo desfecho favorável da causa que deve existir entre substituído e substituto, tal como vimos na conceituação clássica exposta alhures. Desde já, então, torna-se possível concluir que, na Justiça do Trabalho, ocorre a substituição processual atípica, porque o legislador outorgou poderes ao ente sindical para atuar como substituto processual sem que se constate interesse direto da entidade em relação ao direito material tutelado. É o que ocorre, por exemplo, quando o sindicato pleiteia, em nome próprio, adicional de insalubridade para trabalhadores de uma indústria química que não utilizam os Equipamentos de Proteção Individual eficazes; nesta hipótese, o interesse relativo ao acréscimo salarial decorrente do adicional é do trabalhador, enquanto o interesse do sindicato se resume à satisfação do direito de integrantes da categoria.

Na casuística processual, como visto, existem hipóteses em que o sujeito demandante em Juízo está legitimado a fazer valer o direito de outrem em nome próprio - o que nos remete formalmente ao instituto da substituição -, mas defende interesse de outrem - o que lembra a representação. Em tais casos, não se vislumbra com clareza nem substituição, nem representação.

Em que pese a legitimação processual do sindicato, para a defesa dos interesses individuais homogêneos da categoria que representa, seja concebida como substituição processual pela maioria da doutrina e jurisprudência, é substancial a corrente que a classifica como representação processual.

Para um ramo doutrinário, do qual fazem parte Arnaldo Süssekind, Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich e Valentin Carrion, o instituto da substituição processual sindical para tutela de interesses individuais da categoria, ainda que homogêneos, seria, em verdade, uma representação processual. Afirmam que, porque ausente o requisito da comunhão de interesses entre substituto e substituído em relação ao direito material objeto da

substituição, a legitimação sindical deve ser tipificada como representação processual, em sua clássica noção.⁷⁶

Arnaldo Süssekind, agregando elevado peso a essa corrente doutrinária, afirma que a substituição processual trabalhista constitui, na verdade, “exercício de representação autorizada por lei, independentemente de mandato dos trabalhadores, visando à defesa de direitos individuais homogêneos de inquestionável interesse coletivo”.⁷⁷ É seguido por Valentin Carrion, que justifica a representação coletiva trabalhista a qualquer membro da categoria, associado ou não, e a desnecessidade de outorga de mandato, com base no texto do inciso III do artigo 8º constitucional.⁷⁸

Uma segunda corrente, da qual fazem parte Ada Pellegrini Grinover e Ben-Hur Silveira Claus, advoga a superação da antiquada dicotomia entre representação e substituição processual em favor da afirmação da legitimidade ordinária do sindicato na tutela dos interesses da categoria, ainda que se discutam direitos individuais. Pautam-se pela ideia de que a defesa dos interesses individuais da categoria é para o ente sindical uma atribuição inerente, e, assim, ordinária. Asseveram que o sindicato, ao atuar na defesa de membros da categoria, defende, no fundo, direito próprio, já que os interesses comuns dos substituídos se congregam na entidade. Ressaltam a finalidade não assistencial do sindicato, mas reivindicatória e, nesse sentido, afirmam que os interesses de origem comum se confundem com o do ente sindical, sendo, no fim, os mesmos.⁷⁹ Ada Pellegrini Grinover, em breves e elucidativas palavras, expõe sua opinião nos seguintes termos: “(...) não mais se trata de substituição processual nem de representação. O que agora se consubstancia é algo mais próximo à legitimação ordinária, pela qual os legitimados agem na perspectiva de seus próprios objetivos institucionais”⁸⁰

Por derradeira, mas não menos contributiva, destaca-se a corrente doutrinária que vê a legitimação sindical para tutela de direitos individuais homogêneos como uma

⁷⁶ FERNANDES, Nádia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. *Revista LTR*, São Paulo, v.73, n.08, agosto, 2009. p. 1.005.

⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Substituição processual ou representação legal exercida de ofício? *Revista LTR*, São Paulo, v. 57, n. 09, setembro de 1993. p. 1.041.

⁷⁸ CARRION, Valentin. A substituição processual e a representação pelo sindicato. *Revista LTR*, São Paulo, v. 54, n. 05, maio de 1990. p. 519.

⁷⁹ CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista* uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: Editora LTR, 2003. p.59.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007. p. 914.

legitimação autônoma. Os defensores dessa corrente, dentre eles Nelson Nery Júnior, Carlos Henrique Bezerra Leite e Hugo Nigro Mazilli, creem na necessidade de fuga da velha dicotomia entre legitimação ordinária e extraordinária, típica do individualismo clássico do processo civil, que muito pouco se amolda à tendência coletivizadora da moderna sociedade de massas. Nesse contexto, aduz Nelson Nery Júnior que:

a legitimidade da causa como condição da ação está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação: a defesa, em juízo, de direitos meta ou supraindividuais. De conseqüência, não cabe nesta sede falar-se na dicotomia clássica da legitimação em ordinária ou extraordinária, mas sim da superação dessa divisão, como esta ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna fala em legitimação autônoma para a condução do processo e não mais substituição processual para qualificar essa legitimação do MP e associações para virem a juízo na defesa dos interesses difusos e coletivos.⁸¹

Os referidos autores afirmam que, por ser a legitimação autônoma uma terceira modalidade, melhor não qualificá-la como ordinária, sob pena de se cair na velha dicotomia clássica do direito processual civil, própria do sistema liberal-individualista, destoante do sistema de proteção dos direitos coletivos.⁸²

Oportuno observar que, entre as duas últimas correntes doutrinárias aqui citadas, apenas o que se diferencia é a denominação – legitimação ordinária ou autônoma. Essencialmente, ambas buscam sobrelevar a tutela de interesses metaindividuais, que pairam sobre os direitos individuais homogêneos, ainda que divisíveis. Ambas exaltam, como interesse do ente sindical em substituir, o interesse social pela satisfação de direitos trabalhistas da categoria. Independentemente de qual seja o nome atribuído à função processual do sindicato, tem ela uma preocupação de nobreza ímpar: tutelar, de forma eficiente, os interesses da categoria que representa.

Assim, ainda que se possa reconhecer uma divisibilidade de interesses quando se tem em mente os direitos individuais homogêneos, sua fonte fática comum denota a parcela social. E esse cunho transindividual dos direitos homogêneos, que inclusive caracteriza-os como coletivos em sentido lato, tal como visto no tópico n.º 2.4.1, é que recai perfeitamente na ideia de se conceder legitimidade autônoma ao sindicato também para defesa de interesses homogêneos, malgrado sejam individuais em sua natureza. A legitimação autônoma, portanto,

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol.1, 1992. p. 209.

⁸² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2006. p. 281.

diz respeito não só a tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, como também diz respeito a direitos individuais homogêneos.

A substituição processual sindical, então, não constitui representação porque o sindicato atua em nome próprio, e sem necessidade de autorização dos titulares do direito. E diferencia-se da substituição processual tradicional porque, além de não existir interesse material direto do substituto no deslinde da controvérsia, não advém de uma legitimação extraordinária, mas de uma legitimação autônoma para atuar no processo. Ante todo o exposto, impende concluir que nada obsta a denominação desta legitimação autônoma para tutela de interesses individuais homogêneos como “substituição processual sindical”, uma figura intermediária entre a representação e substituição do processo civil clássico (se não se quiser fugir das nomenclaturas clássicas).

3.5 A substituição processual sindical

3.5.1 Evolução

Por ser classicamente considerada como uma forma de legitimação extraordinária, excepcional, a substituição processual era tratada com muita restrição pela doutrina e jurisprudência até o advento da Constituição da República de 1988. Em razão do amplo discurso em prol da acessibilidade ao Poder Judiciário, além da preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, alargaram-se as hipóteses de substituição processual, sobretudo no âmbito trabalhista.

Os estudos sobre substituição processual, no âmbito do direito processual do trabalho, limitavam-se, antes da Constituição da República de 1988, às hipóteses em que o ente sindical ajuizava reclamação trabalhista postulando pagamento de adicional de periculosidade ou insalubridade em prol de grupo de filiados, nos moldes do contido no artigo 195, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação fora determinada pela Lei n.º 6.514, de 22 de dezembro de 1977; ação de cumprimento visando ao pagamento de salários fixados em sentença normativa, consoante parágrafo único do artigo 872 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação fora determinada pela Lei n.º 2.275, de 30 de julho de 1954;

reclamação objetivando o pagamento das correções automáticas dos salários, conforme Lei n.º 6.708 de 1979 e Lei n.º 7.238 de 1984 em seus artigos terceiro.⁸³

Nesse período anterior à Carta Política de 1988, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho seguiu uma linha restritiva no tocante à amplitude do instituto da substituição processual, conforme se infere da já cancelada Súmula n.º 271 e da antiga redação da Súmula n.º 286, ambas do TST, cujos conteúdos tratavam, respectivamente, da restrição à legitimidade sindical para substituição processual apenas em relação àquelas matérias atinentes a adicional de periculosidade e insalubridade, restringindo-a, ainda, somente para aqueles empregados sindicalizados, e, por outro lado, da impossibilidade de substituição processual em demanda que visasse observância de convenção coletiva. Eram os seguintes os seus termos:

SUM-271 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Legítima é a substituição processual dos empregados associados, pelo sindicato que congrega a categoria profissional, na demanda trabalhista cujo objeto seja adicional de insalubridade ou periculosidade .

Redação original - Res. 4/1988, DJ 01, 02 e 03.03.1988

SUM-286 SINDICATO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – CONVENÇÃO COLETIVA (alterada) - Res. 98/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

O sindicato não é parte legítima para propor, como substituto processual, demanda que vise a observância de convenção coletiva.

Redação original - Res. 19/1988, DJ 18, 21 e 22.03.1988

Com a atual Lei Magna, que em seu artigo 8º, inciso III, assegura ao sindicato o direito de defender, judicial ou administrativamente, os direitos e interesses individuais ou coletivos da categoria⁸⁴, agigantaram-se as discussões sobre a substituição processual trabalhista. Esse preceito constitucional, em princípio, fora interpretado de forma restritiva, tal como se observou com as já citadas Súmulas n.º 271 e 286 do TST. E de forma tímida também o interpretava grande parte da doutrina.

Uma vez que a tutela de direitos da categoria pode ser feita mediante representação processual do sindicato, densa corrente doutrinária e jurisprudencial advogava que o referido preceito constitucional não dispunha sobre substituição processual, que

⁸³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001. p. 152.

⁸⁴ Constituição da República de 1988. Artigo 8º. Inciso III: ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

continuava admissível apenas nas hipóteses legalmente previstas.⁸⁵ Em 3 de julho de 1989, entretanto, adveio a Lei n.º 7.788, que dispôs sobre política salarial, disciplinando em seu artigo 8º que “Nos termos do inciso III do artigo 8º da Constituição Federal, as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais da categoria, não tendo eficácia a desistência, a renúncia e a transação individuais”.

A Lei n.º 7.788/89 recebeu elogios pela amplitude de interpretação que dera ao dispositivo constitucional, de modo a permitir ao sindicato atuar como substituto processual não só dos sindicalizados, mas de toda a categoria por ele representada. Outro avanço com a amplitude de interpretação se dera com a ausência de limitação da atuação sindical à matéria discutida.⁸⁶

O calor do ânimo experimentado pelos defensores da substituição processual ampla no âmbito trabalhista foi arrefecido com o advento da Lei n.º 8.030/90, que, em seu artigo 14, revogou integral e expressamente a Lei n.º 7.788/89.

Poucos meses depois, todavia, foi editada a Lei n.º 8.073/90, que instituiu nova política nacional de salários. A substituição processual foi submetida à nova disciplina, pelo preceito de seu artigo 3º, que dispôs: “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.”

Ressurgiu, assim, a amplitude da substituição processual pelo sindicato, que se estendia a todos os membros da categoria e não se restringia aos associados. Ademais, não mais subsistiu a limitação de matéria que poderia ser objeto da demanda judicial.

Um fato curioso ocorreu com a pequenina Lei n. 8.073/90, de modo a engrandecer o marco regulatório nela contemplada para o instituto da substituição processual na seara trabalhista. Seu texto era constituído de cinco artigos, sendo que o artigo 3º, supraexposto, possuía um parágrafo único, e o artigo 5º dispunha somente sobre a revogação das disposições em contrário. Todos os dispositivos, à exceção do artigo 3º, caput, e do art. 5º, foram todos vetados pelo Presidente da República à época, Fernando Collor.

Ainda que reduzida a um único artigo que tratou da substituição processual, e da cláusula de revogação, a Lei n. 8.073/1990 produziu grande alteração no Direito do

⁸⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio; BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Sindicato e substituição processual. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v.33, n.126, abr./jun. de 2007. p.19.

Trabalho e no Processo do Trabalho, tanto pela amplitude da substituição processual reconhecida ao sindicato como pela supressão da proibição de desistência, renúncia e transação individuais, nas causas em que o sindicato atuasse como substituto processual. Formou-se, assim, o entendimento, no campo doutrinário, de que a substituição processual no Processo do Trabalho passou a ter disciplina própria, cessando a aplicação subsidiária do art. 6º do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, porquanto inexistente lacuna legislativa, nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho

A partir de então, o instituto da substituição processual sindical tem sido objeto de explanações teóricas ainda mais intensas. De um lado das discussões, o caráter modernizador que a substituição processual traz para a tutela dos direitos trabalhistas, mormente no tocante àqueles metaindividuais; de outro, a interpretação e aplicação restrita que juristas conservadores dão ao instituto.

3.5.2 A ex-súmula n.º 310 do Tribunal Superior do Trabalho

O instituto da substituição processual foi objeto, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, de diversas súmulas, sucessivamente editadas, revistas e canceladas na medida em que as discussões doutrinárias se aqueciam em busca de soluções para as indagações práticas e teóricas surgidas, tal como visto no tópico anterior.

Dentre os diversos enunciados cancelados com as Resoluções do órgão Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2003, maior enfoque deu-se à Súmula n.º 310, que, em seus oito itens, se referia a diversas nuances da substituição processual sindical e tentava exaurir as divergências e inquietações existentes relativas à temática. Expunha a famosa súmula:

SUM-310 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO

I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajuste salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989.

III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas

⁸⁶ *Idem. Ibidem.* p.19

que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

Histórico:

cancelamento mantido - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003

Súmula cancelada - Res. 119/2003, DJ 01.10.2003

Redação original - Res. 1/1993, DJ 06, 10 e 12.05.1993

O enunciado, como se observa da sua leitura, negava a possibilidade de o ente sindical substituir processualmente seus associados – e apenas estes – sem anuência expressa ou a individualização dos substituídos na petição inicial. Mostrava-se ainda restrito o tratamento conferido ao instituto da substituição processual pela mais alta Corte trabalhista. Naquele contexto, estava mitigada a autonomia sindical para proteção coletiva dos interesses dos trabalhadores.

Paralela a esta interpretação restritiva conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, diversos autores juslaboristas enxergavam no artigo 8º, inciso III, da Constituição da República a ampla possibilidade de defesa, pelos sindicatos, dos interesses individuais e coletivos de toda a categoria representada.

Além do cancelamento da Súmula n.º 310 pelo Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, o julgamento do E-RR 175.894/1995.02, na Subseção I de Dissídios Individuais, proporcionou maior relevância à discussão da matéria. O Ministro Relator Ronaldo José Lopes Leal se posicionou acerca da possibilidade da substituição processual pelo sindicato. Em suas razões de decidir, afirmou que o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Química de Mauá buscava a tutela de direitos individuais homogêneos, porque decorriam da mesma origem e pertenciam à mesma categoria, originando lesão a um interesse geral. Por serem direitos homogêneos, o relator entendeu que a ação correspondente deveria

ser a civil coletiva e que o sindicato assumia a posição incontestável de substituto processual da categoria.

No entanto, o ministro relator lembrou que os direitos estritamente individuais ficam de fora da legitimação do sindicato, uma vez que não haveria sentido o sindicato propor ação em nome de um trabalhador que sofreu lesão personalíssima, nitidamente individual. Expôs, assim, que a substituição processual não é ampla e irrestrita. Em conclusão, o ministro relator conheceu dos embargos e deu provimento ao recurso para afastar a ilegitimidade do sindicato, com ressalva de entendimento dos Ministros Rider Nogueira de Brito, Carlos Alberto Reis de Paula e Luciano de Castilho.

Apesar de ainda não ficar consolidado o amplo entendimento jurisprudencial sobre a substituição processual, observou-se que houve, de fato, uma evolução à possibilidade de substituir com maior amplitude e sem as limitações anteriores. Com a quebra dos limites interpretativos já elucidados, o sindicato adquiriu legitimidade para figurar como substituto dos membros da categoria no tocante aos direitos individuais homogêneos, independentemente de sindicalização e de individualização dos substituídos.

3.5.3 A amplitude da substituição processual sindical: substituição na fase de execução

Superada a questão atinente à possibilidade da substituição processual pelo sindicato, sobejaram dúvidas no tocante à aplicação do instituto às especificidades do processo do trabalho. Dentre essas dúvidas, destaca-se a delimitação da amplitude da substituição processual sindical.

Com o cancelamento da Súmula n.º 310, observa-se que existe um “*vácuo sumular*”²⁸⁷ no que diz respeito à substituição processual no âmbito trabalhista, porquanto o Tribunal Superior do Trabalho não optou pela reformulação do enunciado que regulava tal instituto, mas o retirou das fontes interpretativas, ficando omissa sua posição no que tange às peculiaridades da substituição sindical.

Discute-se intensamente na doutrina se a legitimação por parte do sindicato seria exercida por meio de verdadeira substituição, ou se, na fase executória do processo

judicial, o ente sindical passaria à condição de representante dos membros da categoria. Vale questionar, a legitimação sindical para a substituição processual está adstrita à fase de conhecimento do processo coletivo?

3.5.3.1 O processo trabalhista e o Código de Defesa do Consumidor

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, diploma este que figura como um dos principais microssistemas processuais para a tutela coletiva de direitos da atualidade, a atuação do sindicato, como substituto processual, estaria limitada à fase de conhecimento. Na fase executória, o ente sindical passaria à condição de representante dos membros da categoria, conforme pacífica interpretação doutrinária.⁸⁸ Tal conclusão se dá com base, respectivamente, nos artigos 82, IV⁸⁹, e 97⁹⁰ do referido diploma legal.

Defendem os juristas consumeristas que a liquidação de direitos individuais homogêneos reconhecidos em juízo, a que se refere o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, poderá ser coletiva ou individual, pois tanto os legitimados dispostos no artigo 84 quanto os substituídos (e seus sucessores) podem promover as respectivas liquidações. Afirmam, contudo, que não se trata de legitimação concorrente para a liquidação, pois as vítimas têm preferência, já que os entes coletivos só poderão fazê-lo se, conforme o artigo 100 do referido diploma, não houver habilitações individuais em número compatível com a gravidade do dano.⁹¹ Nesse contexto, afirmam que o legitimado coletivo atua, então, como mero representante dos substituídos, agindo em nome destes e mediante autorização prévia.

Essa posição possui como premissa a plena aplicação do Título III do Código de Defesa do Consumidor ao processo metaindividual trabalhista. Estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 769 que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual trabalhista, excetuados os casos de

⁸⁷ GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *O cancelamento do enunciado 310 do TST*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 30/07/2009.

⁸⁸ CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: Editora LTR, 2003. p. 140.

⁸⁹ Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). Artigo 82: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

⁹⁰ *Idem*. Artigo 97: A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

incompatibilidade. E como o Código de Defesa do Consumidor é o principal diploma do microsistema processual para o processo coletivo, tem-se a possibilidade de sua aplicação subsidiária ao processo trabalhista.

Ademais, já que, em verdade, existe omissão nas normas celetistas a respeito de regras procedimentais para a substituição processual, não se vislumbram óbices à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, via de regra, os princípios trabalhistas guardam maior similitude com suas regras do que com aquelas dispostas no Código de Processo Civil, mormente quanto se leva em conta a hipossuficiência dos demandantes, bem assim o não raro interesse coletivo na tutela dos direitos.⁹²

Todavia, apesar de se admitir a aplicação das normas procedimentais do Código de Defesa do Consumidor ao processo metaindividual trabalhista, cumpre asseverar que, diante de peculiaridades existentes no âmbito de cada um dos ramos do Direito, tal aplicação não deverá ser invariavelmente plena.

Desse contexto advém a pergunta: a atuação sindical, na fase de execução trabalhista, ocorre na condição de representante processual, consoante pacífica doutrina afirma na seara consumerista?

Juristas que entendem aplicável o Código de Defesa do Consumidor, de forma integral, à tutela coletiva de interesses individuais trabalhistas respondem afirmativamente à pergunta levantada. O indigitado questionamento, contudo, merece um exame mais minucioso e condizente com a realidade juslaborista.

Bem se sabe que a consideração pela existência de um único processo judicial, formado pelas consecutivas fases de conhecimento e execução, figura como uma das principais referências para a celeridade típica do processo trabalhista. Oportuno ressaltar, inclusive, que a unicidade do processo trabalhista serviu como fonte inspiradora à recente reforma do Código de Processo Civil no tocante à execução. Por meio de diversas e sucessivas leis, buscou-se fazer da execução cível um prolongamento do processo, que não seria mais nem puramente cognitivo nem puramente executivo, mas um processo misto, sincrético, em que as duas atividades se fundiriam, tal como ocorria no processo trabalhista,

⁹¹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Lejus, 1998. p. 184.

⁹² FERNANDES, Nádia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. *Revista LTR*, São Paulo, vol. 73, n. 08, p. 1.005/1.014, agosto de 2009. p. 1.007.

em busca de simplificação a ser trazida para o sistema executivo, a fim de se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional de forma mais célere.⁹³

O processo do trabalho, antes mesmo da reforma do processo comum, está simplificado em um único processo, que é compreendido pelas fases de conhecimento e de execução, que se sucedem sem solução de continuidade, conforme se infere dos artigos 876 a 879 da Consolidação das Leis do Trabalho. Tão logo finda a fase de conhecimento, sobrevém, calcada no impulso oficial do processo, a fase de execução.⁹⁴

Desse modo, exigir ato da iniciativa do reclamante e do seu representante para dar início à fase da execução – exigindo, por exemplo, procuração outorgada por todos os substituídos -, conforme defendido por aqueles que crêem ser a tutela executiva uma representação processual (segundo interpretação doutrinária do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor), seria, em verdade, retornar para a versão retrógrada do processo, em que se perde a celeridade típica da execução instaurada *ex officio*.

A dificuldade prática em reunir todos os instrumentos de mandato figura como a primeira consequência negativa em vislumbrar a atuação sindical na fase de execução como representação processual.

Ademais, entender que os titulares do direito devem propor individualmente suas liquidações e execuções retornaria àquela situação que se evitou com a demanda coletiva: o excesso de demandas atomizadas que entopem os órgãos da Justiça e inviabilizam a eficácia da prestação jurisdicional, gerando, em consequência, a cultura pelo inadimplemento das normas trabalhistas.

A disseminação de liquidações e execuções individualizadas, então, é o fator que conduz a uma segunda consequência negativa em se adotar o entendimento da doutrina consumerista na seara trabalhista.

Outra desvantagem da condição de representante do sindicato quando atua na execução coletiva estaria no gesto de iniciativa pessoal exigido de cada representado,

⁹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 2. São Paulo: Editora Lumen Iuris, 2004. p. 151.

⁹⁴ CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: Editora LTR, 2003. p. 141.

conforme observa Claus Ben-Hur.⁹⁵ Mais do que mera identificação do exequente, a outorga de poderes para atuar judicialmente em nome do trabalhador indica intuito de litigância pessoal do obreiro em face do empregador. A despersonalização do dissídio, obtida com o instituto da substituição processual sindical na fase de conhecimento, esvair-se-ia.

E nem se diga, em defesa à tese que ora se rebate, que a identificação dos trabalhadores beneficiários do crédito reconhecido na cognição seria fato inevitável na execução, de modo a gerar, invariavelmente, a personalização do litígio. Nas palavras do já citado autor, Claus Ben-Hur:

De fato, a quantificação do crédito não pode ser realizada senão mediante a respectiva indicação do beneficiário. Aqui, entretanto, estamos no âmbito de uma exigência lógica à consecução da liquidação. Preservada ao sindicato a condição jurídica de substituto processual na execução, a identificação dos beneficiários, por ser fator viabilizador da liquidação de sentença, figura como um pressuposto lógico da execução. A identificação dos substituídos adquire, neste contexto, uma conotação, digamos passiva em relação à pessoa dos substituídos.⁹⁶

A assinatura de um instrumento de procuração vai além da mera identificação dos representados: revela a intenção de enfrentar judicialmente o empregador, o que, indubitavelmente, abre espaço para represálias daquele juridicamente subordinador, inclusive colocando em risco o emprego do titular do direito vulnerado.

A solução, portanto, parece estar na condição de substituto processual do sindicato, ainda que na fase de execução, porquanto fica dispensada a apresentação de procuração dos beneficiários da sentença. Atuando como substituto processual, a liquidação da sentença fica atribuída ao ente sindical, que deverá individualizar os dados e os valores devidos a cada substituído, evitando-se, assim, a prejudicial figuração ativa do trabalhador perante o empregador.

3.5.3.2 A substituição processual ampla e o posicionamento da Suprema Corte

Por tratar de matéria constitucional, a questão relativa à amplitude da substituição processual sindical alcançou o Tribunal Excelso, corte competente para

⁹⁵ *Idem. Ibidem.* p. 142

⁹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 142.

interpretar o real alcance do artigo 8º, III, da Lei Magna. Quando tratou pela última vez do tema, em julgamento pelo Pleno, concluído em 12/6/2006 após sucessivos pedidos de vista e adiamentos, além de intensa discussão entre seus membros, a Suprema Corte fixou o alcance do artigo 8º, III, da Constituição Federal nos seguintes termos:

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. (STF – RE 193.503/SP – Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 1 24.08.2007)⁹⁷

Na oportunidade, ficou assegurada a ampla legitimidade ativa dos sindicatos como substitutos processuais, tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução, conforme divulgação veiculada no Informativo n.º 431 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁹⁸ Por um placar de seis votos a cinco, a conclusão pela possibilidade de substituição processual ampla venceu a tese em sentido oposto.

Como se observa dos votos emblemáticos dos ministros que compunham a Suprema Corte no momento do julgamento aqui referido, a dúvida teórica mais intensa ficou

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Processo civil. Sindicato. Artigo 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

⁹⁸ Informativo n.º 431 do STF. “Sindicato e Substituição Processual. Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/88 (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;”) - v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador. RE 193503/SP; RE 193579/SP; RE 208983/SC; RE 210029/RS; RE 211874/RS; RE 213111/SP; RE 214668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.6.2006.” Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo431.htm>> Acesso em 10/8/2009.

circunscrita à diferenciação entre direitos individuais homogêneos e direitos individuais heterogêneos. A resposta ao questionamento pela possibilidade da substituição processual ampla circunscreveu-se à prévia perquirição a propósito dessa diferenciação. É o que se observa das seguintes passagens do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Parece certo (...) que a substituição processual somente poderá ocorrer nos casos de defesa de direitos individuais homogêneos. Sobre o que sejam esses direitos, a legislação brasileira, especificamente o inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os define como aqueles que são “decorrentes de origem comum”, não se confundindo com os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos estritamente individuais.

Para se aferir, no caso concreto, se os direitos individuais são, ou não, homogêneos por sua origem em comum, Ada Pellegrini Grinover ensina que devem ser adotados os mesmo critérios utilizados no sistema norte-americano das “*class actions for damages*”, que estão especificados na regra 23 das *Federal Rules*, de 1966, da seguinte forma: 1) a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; 2) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.

Nas ações por danos e direitos individuais homogêneos, o aspecto coletivo da tutela cessa no momento da prolação da sentença condenatória genérica. A liquidação e a execução são tipicamente individuais.

(...) Em outras palavras, a existência de um liame entre os direitos e interesses individuais dos trabalhadores de determinada categoria circunscreve-se ao processo de conhecimento (até o momento da condenação), não se espraiando para o momento da liquidação/execução, tendo em vista que não mais se trata de direitos individuais homogêneos, mas sim de interesses individualizados, que se originam de condições específicas e concretas de cada relação de trabalho entre empregado e empregador.⁹⁹

Seguindo esse raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes, ao concluir pela individualidade do direito a ser executado, concluiu que caberá ao trabalhador pleitear a liquidação e a conseqüente execução da sentença por meio de típica representação sindical, caso não queira se utilizar do *ius postulandi* ou constituir advogado particular. Para os que assim entendem, a necessidade de individualizar os créditos reconhecidos na fase de cognição do processo faz esvaziar a homogeneidade que autoriza a substituição processual.

Nesse mesmo sentido, respondendo que o sindicato não tem legitimação, como substituto processual, para executar sentença que reconheça direitos individuais homogêneos, votaram os Ministros Nelson Jobim, César Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

⁹⁹ Trecho extraído do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

Em sentido oposto, exarando posição prevalecente, votaram os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Das explanações deste último ministro citado, que em sua carreira tivera intenso contato com as nuances do direito do trabalho, porquanto atuara como advogado trabalhista por mais de trinta anos¹⁰⁰, podemos extrair as seguintes passagens:

Tenho muito receio de uma proposta “que substitua a própria substituição processual”; ou seja, substituir o instituto da substituição processual, na fase de liquidação ou da execução da sentença, pela representação, que é uma *capitis diminutio*, é, em última análise, “substituir a substituição” para amesquinhar um instituto concebido pela Constituição em letras luminosas.

.....
(...) Vou concluir dizendo que sinto dificuldade em entender como os substituídos poderão liquidar um julgado se não foram partes no processo de conhecimento. O título é expedido em favor de quem foi parte, e o sindicato foi a parte processual. Receio, enfim, que quebrando a força da substituição processual, cheguemos àquela situação insólita de atravessar a ponte e depois destruir a ponte atravessada; os trabalhadores ficando sem condições de trilharem um caminho seguro para a preservação de seus empregos.¹⁰¹

Na esteira do entendimento exarado pelo Ministro Ayres Britto, votou o Ministro Marco Aurélio, assentando, na oportunidade, o que se segue:

Não há a menor dúvida de que a razão de ser da legitimação prevista no artigo 8º está na eficácia, na concretude maior dos direitos sociais, e em evitar que o direito de ingresso em juízo possa, em passo seguinte – conforme, repito, no dia-a-dia se nota em relação aos pequenos empregadores, cogitando-se até de uma lista negra a revelar aqueles que já ingressaram em juízo, considerada a relação jurídica de trabalho, o próprio emprego, a fonte de sustento do trabalhador e da respectiva família – prejudicar o trabalhador.¹⁰²

Como se observa da ementa do acórdão aqui referido, resultou vencedora a tese no sentido de que o sindicato deve atuar de forma ampla na tutela dos interesses dos trabalhadores substituídos, seja na fase de cognição processual, seja na liquidação e execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio na Internet. Apresenta o *curriculum vitae* dos membros da Corte. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ComposicaoApresentacao&pagina=carlosbritto>>. Acesso em 12/8/2009.

¹⁰¹ Trecho extraído do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

¹⁰² *Idem*.

3.5.3.3 O viés prático da decisão do Supremo Tribunal Federal

Malgrado as respeitáveis teses jurídicas em contrário, dúvidas não restam mais a respeito da interpretação do artigo 8º, III, da Constituição Federal, porquanto a Suprema Corte, guardiã do texto constitucional e autoridade máxima para tratar do tema, já ratificou a tese pela ampla substituição processual sindical, conforme visto no tópico anterior. Ainda que se possa vislumbrar, em breve, modificação dessa posição, haja vista a substancial alteração da composição do colegiado nos últimos anos e o apertado número de votos favoráveis à tese vencedora, as elucubrações atinentes à legitimidade sindical para a substituição processual trabalhista encontram espaço, ao menos em tese, apenas no âmbito acadêmico-doutrinário.

Oportuno ressaltar, entretanto, que quando se tem em mente a aplicação prática da decisão aqui mencionada, ainda sobejam diversas dúvidas. O caráter individual da demanda executória, conforme ressaltou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto acima transcrito em parte, não seria capaz de obstar a efetividade da prestação jurisdicional? Em outras palavras: admitir a legitimação do sindicato para atuar irrestritamente na execução não geraria uma turbação processual, devido às complicações probatórias na fase de liquidação do julgado, de modo a prejudicar o jurisdicionado?

Voltemos ao exemplo já exposto no início do tópico n.º 3.4, a fim de aclarar a discussão ora proposta: No caso de um sindicato que busque em juízo o reconhecimento de insalubridade no ambiente de trabalho de uma indústria química, predominam interesses individuais ou comuns? Mostrar-se-ia verdadeiramente viável a tutela coletiva por meio da substituição processual sindical até a fase executória do processo? A resposta não parece ser tão simples de se alcançar sem a análise do caso concreto.¹⁰³

Caso deferida uma sentença genérica (nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁴) reconhecendo a insalubridade, e, na fase de liquidação do julgado

¹⁰³ O Ministro Sepúlveda Pertence, nos debates realizados entre as leituras dos votos finais no multicitado julgamento no Tribunal excelso, quando os membros da Corte questionavam se o sindicato teria sempre condições de defender coletivamente a categoria, adentrando na individualização da situação de cada empregado, opinou que “deve ser analisada se essa execução [individualizada] é possível, caso a caso, com os elementos que toda liquidação pressupõe”. De fato, não se olvidou que, em alguns casos especiais, a depender da viabilidade da tutela coletiva na fase de execução, repousará sobre os ombros do magistrado a decisão a respeito do prosseguimento coletivo da ação.

¹⁰⁴ Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). Artigo 95: Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

por artigos¹⁰⁵, seja veiculado em defesa da indústria reclamada que diferentes marcas de Equipamentos de Proteção Individuais – EPIs, utilizadas por alguns dos trabalhadores, neutralizavam o agente nocivo, bem como que os empregados atuavam em diferentes áreas da empresa, estando em contato com agentes nocivos distintos, fica fácil imaginar que a instrução probatória conjunta seria bastante conturbada. E mais, se existirem provas defensivas de que houve parcial pagamento do adicional a alguns dos obreiros, e que outros tantos teriam sido transferidos para uma filial no extremo norte do país, como lidar com fatos tão distintos e infundáveis cartas precatórias na liquidação por artigos?

Se o magistrado vislumbrar que a prova de fatos novos na fase de liquidação do julgado irá turbar o processo, de modo a gerar entraves à execução coletiva do litígio, por certo o juízo não deverá se imiscuir em uma execução conjunta, negando, para tanto, legitimidade ao sindicato para prosseguir no pólo ativo da demanda.¹⁰⁶ Será hipótese de aplicação subsidiária, então, do já referido artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, na prática trabalhista, ao contrário do que ocorre na rotina consumerista, a necessidade de o liquidante provar fatos novos que geram entraves à solução da demanda será exceção. Via de regra, a instrução necessária à liquidação estará limitada à mera apresentação de documentos. Dada as peculiaridades da relação jurídica empregatícia, mormente quanto se trata de direitos verdadeiramente homogêneos, na própria sentença trabalhista já estará reconhecido, como regra, o dano e o nexo de causalidade, restando carente apenas a quantificação do débito¹⁰⁷, o que, frise-se, ocorrerá com mero exame de documentos (Carteira de Trabalho e Previdência Social dos Trabalhadores - CTPS, contracheques, Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho – TRCT, etc.). Revelar-se-á plenamente possível, assim, a liquidação e execução coletiva do julgado.

Bem se sabe que, em se tratando de condenações genéricas, poderão surgir hipóteses em que dificuldades interpretativas na sentença causarão problemas na fase de liquidação individualizada. Todavia, o magistrado deve se atentar a fim de que conste no

¹⁰⁵ Diversamente do que ocorre com os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, na ação de defesa de interesses individuais homogêneos, o bem pleiteado é ontologicamente divisível, o que gera, via de regra, uma sentença genérica (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor). Tratando-se de liquidação genérica, a liquidação far-se-á por artigos (art. 475-E e 475-F do Código de Processo Civil), mediante indicação individualizada, pelo substituto processual, dos fatos que comprovem a ligação entre os credores e a hipótese considerada em sentença, bem assim os valores devidos aos respectivos credores.

¹⁰⁶ O critério processual, outrora explanado no item 2.4.3 – quando se discutia o critério para identificação dos direitos individuais homogêneos –, aplica-se perfeitamente à fase executória.

¹⁰⁷ CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: Editora LTR, 2003. p.145

comando genérico diretrizes para a liquidação, sendo possível o juízo, por meio de provocação do credor ou do contador judicial, dirimir dúvidas restantes.¹⁰⁸

Por outro lado, tratando-se de sentença específica, em que o comando sentencial permite a imediata identificação dos beneficiários, a liquidação deve se dar por cálculo, nos moldes do artigo 475-B do Código de Processo Civil. Caso seja necessário, o juízo liquidante valer-se-á da Contadoria Judicial.

Por fim, quanto à forma de pagamento aos beneficiários dos créditos reconhecidos e executados por meio da substituição sindical, vale expor a opinião de Ben-Hur Silveira Claus, para quem “a situação ideal seria entregar à responsabilidade do substituto processual o repasse do crédito aos substituídos”¹⁰⁹. O ente sindical levantaria o alvará judicial e, de acordo com os cálculos da liquidação - ou com os termos de eventual acordo -, repassaria as importâncias aos trabalhadores, mediante recibos, que, por sua vez, seriam juntados aos autos do processo como prestação de contas ao juízo. Desse modo, seria possível engrandecer os laços institucionais entre sindicato e categoria profissional, concretizando as atribuições previstas no artigo 8º, III, da Constituição da República.

Desse modo, aspectos individuais da demanda - em que pese a respeitável posição do Ministro Gilmar Mendes e daqueles que defendem não ser possível a substituição processual sindical na fase de execução do julgado - , não figuram, via de regra, como óbices à legitimidade do sindicato para atuar no pólo ativo da demanda coletiva, durante todo o *iter* processual, de modo a se obter a efetividade dos direitos sociais trabalhistas.

¹⁰⁸ *Idem. Ibidem.* p. 146

¹⁰⁹ *Idem. Ibidem.* p. 151

CONCLUSÃO

Os direitos trabalhistas, em razão do modo de produção capitalista moderno, possuem origem essencialmente social e coletiva, como tivemos oportunidade de expor. Todavia, de forma paradoxal, o direito processual do trabalho evoluiu por um viés individualista, em razão de influência do individualismo clássico. Esse quadro fez multiplicar demasiadamente o número de demandas individuais, assoberbando os órgãos da Justiça do Trabalho e acarretando, em consequência, manifesto prejuízo à prestação jurisdicional trabalhista.

Com a falta de imposição das normas cogentes de direito laboral, sem medidas preventivas e repressivas, fica fácil perceber o cenário favorável à banalização dos direitos dos obreiros brasileiros. Com um baixo índice de cumprimento espontâneo dos comandos normativos pelos destinatários das normas trabalhistas, disseminou-se no Brasil, entre os empregadores, uma cultura pelo inadimplemento das obrigações laborais. E, como corolário dessa síndrome, temos a carência de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais Trabalhistas, que ficam, nessas condições, minimizados a mera promessas demagógicas.

Isso ressalta a importância da tutela coletiva para prevenção dos direitos trabalhistas, cuja imediata expressão pecuniária oculta sua essencial função extrapatrimonial de assegurar ao trabalhador seus Direitos Fundamentais Sociais, que, como visto, são também a base para conquista daqueles Direitos Fundamentais Individuais, uma vez que proporcionam condições dignas de sustento psicológico e econômico, pessoal e familiar.

Essa elevada importância da tutela coletiva, aliada à ciência de que os descumprimentos das normas trabalhistas em regra configuram violações a direitos individuais homogêneos dos obreiros – entendido estes como direito cujos titulares são determinados ou determináveis, que compartilham interesses individualmente divisíveis, de origem fática comum –, exaltam a importância dos estudos que enfocam o instituto da substituição processual na seara trabalhista. Como visto, quando se trata de direitos individuais homogêneos, tem lugar o instituto da substituição processual sindical, em que o ente legitimado, em nome próprio, pleiteia em juízo direito de trabalhadores determinados.

Vale lembrar que a substituição processual sindical diferencia-se da substituição processual tradicional porque, além de não existir interesse material direto do

substituto no deslinde da controvérsia, não advém de uma legitimação extraordinária, mas de uma legitimação autônoma para atuar no processo decorrente do intenso teor social dos direitos trabalhistas, fugindo, assim, dos moldes individualistas do processo clássico.

Oportuno mensurar que os entes sindicais, como instrumento de representação dos grupos e organizações tendo em vista sua nobre função institucional predeterminada pela Constituição da República, tornam-nos, ao menos em tese, a forma ideal de organização dos trabalhadores para se unirem contra a opressão do sistema capitalista, adquirindo força para discutir seus direitos em pé de igualdade perante os empregadores. Aflorada, assim, a relevância do instituto da substituição processual protagonizada pelos sindicatos profissionais.

E, como visto ao longo do trabalho, a substituição processual na seara trabalhista, malgrado tenha atravessado um período de aplicação restrita, consubstanciada no Enunciado n.º 310 do Tribunal Superior do Trabalho, atualmente adquiriu um alargamento de aceitação na jurisprudência, em razão da interpretação do artigo 8º, III, da Lei Maior protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal, o que veio a gerar o cancelamento da referida súmula em janeiro de 2003.

Todavia, ainda restam dúvidas doutrinárias no que pertine à possibilidade de substituição processual sindical na fase de execução processual, tendo em vista o aumento do teor de individualidade da demanda nesta fase. Assim, ainda que o instituto da substituição processual tenha sido abraçado pela doutrina e jurisprudência trabalhista atuais, discussões a respeito da amplitude dessa substituição inquietam os estudiosos.

Diferentemente do que afirmam os juristas que se dedicam ao Direito do Consumidor, a substituição processual protagonizada pelo sindicato deve perdurar inclusive na fase de liquidação e execução do julgado. Pôde-se constatar que a atuação do ente coletivo como substituto, e não como representante dos trabalhadores, favorece a celeridade típica da execução instaurada *ex officio*, já que evita a disseminação de liquidações e execuções individualizadas e evita também a dificuldade prática em reunir todos os instrumentos de mandato subscritos pelos titulares dos direitos trabalhistas.

Outrossim, a ampliação da atuação do sindicato para fase de execução mantém os benefícios conquistados com a substituição processual na fase de cognição, qual seja, a despersonalização do litígio, já que não faz transparecer o intuito de litigância pessoal do

obreiro em face do empregador. E isso, como visto, evita represálias por parte daquele que figura como o provedor imediato do sustento do trabalhador.

Foi nesse contexto que se defendeu a amplitude da substituição processual também para a fase de liquidação e consequente execução do comando de cognição, como regra. Excetuadas as situações em que o magistrado perceba a turbacão processual em razão de instruções probatórias particularizadas, em regra mostra-se possível e recomendável a execução coletiva. Isso porque favorece a celeridade processual em razão do desafogamento dos órgãos judicantes, proporcionando, em consequência, cenário propício à efetividade das normas trabalhistas; reforça a função institucional do sindicato, uma vez que o sindicalismo, pela visão do hipossuficiente, é a forma por excelência de organização dos trabalhadores para enfrentar o subordinador jurídico do vínculo de emprego; garante a despersonalização do litígio, prejudicial ao empregado, de modo abafar a sina histórica da Justiça do Trabalho de ser a Justiça do desempregado.

Ainda que não seja “a solução” para a crise do Poder Judiciário, o emprego da tutela coletiva pelos entes sindicais contribuirá para modificar o cenário imposto pela cultura da inadimplência das normas trabalhistas. Absolutamente salutar, portanto, a ampla atuação processual do sindicato, o que engrandece sua legitimidade e sua condição de autêntico corpo representativo da vulnerável classe trabalhadora, além de ensejar condições necessárias para o acesso à Justiça, para a satisfatória prestação jurisdicional e consequente efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais Trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução Luiz Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 217.

ALVIN, Arruda. Ação civil pública. *Revista de processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 87, p. 149-165, jul./set. de 1997.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sindicatos, sindicalismo*. São Paulo: Editora LTR, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: Editora LTR, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 363. “Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.” Nova redação conferida pela Resolução n.º 121/2003. Publicada no DJU de 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em < http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acessado em 30/7/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 193.503-1/SP. Processo civil. Sindicato. Artigo 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=193503&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10/8/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 163.231/SP. Recurso Extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *parquet* para discuti-las em juízo. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E.163231.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 163231.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E.163231.NUME.)OU(RE.ACMS.ADJ2.163231.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 23/7/2009.

CALAMANDREI, Pierro apud BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: Editora LTR, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume 2. São Paulo: Editora Lumen Iuris, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

CARRION, Valentin. A substituição processual e a representação pelo sindicato. *Revista LTR*, São Paulo, v. 54, n. 05, maio de 1990.

CASTRO, Marcos Faro de. Cultura, economia e cidadania: algumas reflexões preliminares. In: *Anuário Antropológico 2000/2001*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: Editora LTR, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2007.

FAVA, Marcos Neve. *Ação civil pública trabalhista*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Nádia Soraggi. A substituição processual na esfera trabalhista. *Revista LTR*, São Paulo, vol. 73, n. 08, p. 1.005/1.014, agosto de 2009.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Microsistema processual para tutela de direitos coletivos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano XVIII, n.º 35, março de

2008. Disponível em <http://www.anpt.org.br/site/download/revista_mpt_n35.pdf>. Acesso em 21/7/2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio; BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Sindicato e substituição processual, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.33, n.126, p. 12-27, abril/junho de 2007.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *O cancelamento do enunciado 310 do TST*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 30/07/2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 56, p. 23-47, julho/setembro de 2007.

_____ *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública*. São Paulo: Editora LTR, 2001.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 4ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2ª edição. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. São Paulo: Editora Livraria dos Advogados, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Volume 2. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n.º 4. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev04/direitos_fundamentais>. Acesso em 25/6/2009.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol.1, p. 201-221. 1992.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PERRUD, Rogério José. Ação civil coletiva no direito do trabalho: aspectos controvertidos, *Revista LTR*, São Paulo, volume 71, n.º 07, p. 839-845, julho de 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2º edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Lejus, 1998.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1982.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio na Internet. Apresenta o *curriculum vitae* dos membros da Corte. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ComposicaoApresentacao&pagina=carlosbritto>>. Acesso em 12/8/2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Substituição processual ou representação legal exercida de ofício? *Revista LTR*, São Paulo, v. 57, n. 09, setembro de 1993.

VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.