

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

**TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA:
instrumento eficaz na preservação da
dignidade do trabalhador**

ANDRÉA APARECIDA LOPES CANÇADO

Belo Horizonte
2009

ANDRÉA APARECIDA LOPES CANÇADO

**TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA:
instrumento eficaz na preservação da
dignidade do trabalhador**

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

Orientador: Professor. Doutor José Roberto Freire Pimenta

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C215t Cançado, Andréa Aparecida Lopes
Tutela inibitória coletiva: instrumento eficaz na preservação da
dignidade do trabalhador/ Andréa Aparecida Lopes Cançado. Belo
Horizonte, 2009.
214 f.

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

1. Justiça do trabalho. 2. Tutela inibitória. 3. Ação Coletiva. I.
Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 331.16:347.9

Andréa Aparecida Lopes Cançado

TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA: instrumento eficaz na preservação da dignidade do trabalhador

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

Belo Horizonte, 2009.

Prof. Doutor José Roberto Freire Pimenta (Orientador) – PUC MINAS

Prof. Doutor Márcio Túlio Viana

Prof. Doutora Elaine Nassif Noronha

Ao **Beto**,
meu amado marido, alicerce de todas as minhas construções,
companheiro de toda a vida.
E aos nossos queridos filhos, benditos e maravilhosos,
Mariana e Gabriel.
Tudo e sempre para eles,
os maiores presentes que poderíamos ganhar.

Agradecimentos

Ao fim de um trabalho como esse, sente-se uma necessidade enorme de agradecer. O simples fato de haver a quem agradecer é uma das razões mais importantes para ser grato na vida.

A Deus, por ter cuidado sempre tão bem de mim e ter permitido estar ao meu lado as pessoas maravilhosas que aqui agradeço.

Aos meus pais sou grata por tantos motivos que não sou capaz de enumerar. Tenho uma enorme gratidão ao meu pai, José, pelos sólidos princípios da moral que me legou, pelo exemplo de integridade que me tem guiado e, acima de tudo, por me mostrar que se deve, sempre, acreditar no ser humano. À minha mãe, Odete, pela alegria e pela garra. É dela também esse imenso entusiasmo que tenho com todas as coisas que estão ao meu redor e pela bem passada lição de não deixar de prosseguir nunca, não importa o tamanho da pedra no meio do caminho.

Aos meus irmãos Anderson e Adriana e aos meus sobrinhos Luan, Miguel e Felipe, pela certeza dos prazerosos encontros, cuja saudade me faz voltar.

À Helena, avó de meus filhos, que, sem medir esforços, deles cuidou carinhosamente, proporcionando-me a indispensável tranquilidade emocional para realização do curso de mestrado.

Agradeço de forma especial ao professor José Roberto Freire Pimenta, meu orientador neste trabalho, por todo seu empenho e disponibilidade, pela rica e firme orientação, acompanhada de importantes palavras de incentivo, sempre no momento certo. O convívio intelectual que me proporcionou levou-me à busca de indagações, de respostas e à certeza da escolha do tema deste estudo. A sua conhecida exigência fez de mim uma aluna melhor. Muito obrigada.

Ao querido professor Márcio Túlio Viana, para quem as palavras não são capazes de expressar o sentimento com precisão. Mas, se é só delas que ora disponho, digo que sou grata por tudo o quê com ele aprendi, por ter me mostrado que o direito é vivido e que escrever é tão fácil quanto falar e até mais encantador pode ser. Meu carinho e gratidão jamais caberão em palavras.

Ao professor Luiz Otávio Linhares Renault, sempre com uma palavra de alento aos seus alunos que, em socorro, o procuram. Ensina e pratica a não-discriminação, abomina a exclusão, aproximando-se de todos aqueles que supõe excluídos. Assim, ele assim passa sua lição de inclusão social e de que a vida é bela e tudo sempre será possível, inclusive no mundo do trabalho.

Ao professor Maurício José Godinho Delgado, pela sua dedicação ao Direito do Trabalho. Outrora, perguntaram-me qual era a minha formação e eu

respondi: "Godiniana".

Agradeço também aos meus queridos amigos sem os quais não poderia ser feliz. À amizade nascida dos gabinetes do TRT da 3ª Região, pelos debates jurídicos e o incentivo à constante aprendizagem.

A todos aqueles que assistiram às aulas do mestrado, possibilitando um aprendizado e a compreensão de que sempre temos muito a aprender, mesmo para além da academia.

No particular, alguns deles propiciaram o sabor da fraternidade. Citar alguns nomes será o suficiente para se ter a dimensão dos demais: Sielen, tomou-me como uma mãe, mas ela não sabe que, ao final, fui eu a privilegiada por seus conselhos e por seu conhecimento tão especial das coisas da vida. Nádia: presenciamos a solidariedade e aquele sentimento que une as pessoas quando todos estão mais ou menos na mesma situação de angústia e dificuldade. Marcela, seu jeito sereno e severo fez brotar uma gostosa amizade. Lívia, da colega à amiga, companheira de debates e de planos construtivos para o amanhã. Juliana, aquele ombro fiel e amigo, tão importante em momentos especiais.

“Confia no Senhor e faze o bem; habitarás na terra, e verdadeiramente serás alimentado. Deleita-te também no Senhor, e ele te concederá o que deseja o teu coração. Entrega o teu caminho ao Senhor, confia nele, e ele tudo fará.”

(Salmo 37.3-5)

RESUMO

A Atividade jurisdicional trabalhista é, em regra, desenvolvida somente quando a violação do direito já se consumou, uma vez que a atuação do Estado-juiz antes da ocorrência do fato contrário ao direito, com a adoção de mecanismos que impeçam a sua concretização ou, ao menos, que coíbam a continuação ou a repetição do lesivo, é absolutamente relevada pelos operadores do direito e, principalmente, pelos próprios trabalhadores. Busca-se, na maioria das vezes, apenas o ressarcimento pecuniário de parcelas trabalhistas inadimplidas, o que ocorre, quase sempre, após o rompimento contratual e de forma predominantemente individual e parcial. Para superação dessa precária prestação jurisdicional, a qual não é apropriada para a defesa dos novos direitos, tampouco para os novos valores reconhecidos na sociedade de massa contemporânea e consagrados no atual Estado Democrático de Direito, fundado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana, apresenta-se a tutela inibitória coletiva. O objetivo é demonstrar a necessidade e a importância da adoção da tutela inibitória como forma ordinária e principal de solução de conflitos trabalhistas, em especial aqueles que envolvem interesses e direitos metaindividuais, sem repercussão pecuniária, mas de evidente preocupação na sociedade atual, bem assim o de contribuir para uma visão do processo do trabalho, como instrumento apto a preservar a dignidade do trabalhador e efetivamente modificar a realidade social trabalhista.

Palavras-chave: tutela inibitória coletiva trabalhista; tutela preventiva; tutela efetiva dos direitos; efetividade da prestação jurisdicional; preservação da dignidade dos trabalhadores

ABSTRACT

The jurisdictional labor activity, as a rule, is developed only when there's already a violation of the law, since the actions of the State-judge before the occurrence of the fact contrary to the law, with the adoption of mechanisms to prevent it or at least, to restrain the continuation or recurrence of harmful, is absolutely forgotten by law operators and, mainly, by the workers themselves. They seek, in most of the times, only pecuniary compensation for the violation of labor rights and this occurs, almost always, after the end of the work contract and in an individual and partial way. To overcome such precarious jurisdictional activity, which is not appropriate for the defense of the new rights, nor to the new values recognized in the contemporary mass society and enshrined in the current democratic constitutional State, founded on the enhancement of work and human dignity, it has been created the collective inhibitory guardianship. The goal of this work is to demonstrate the need and the importance of the inhibitory guardianship as the main form to solve labor conflicts, in particular, those involving meta individuals interests and rights, without financial repercussion, but clearly a concern of the society nowadays, as well as to contribute to a vision of the labor process as an instrument designed to preserve the dignity of the worker and effectively modify the social reality.

Keywords: collective inhibitory guardianship; preventive guardianship; effective guardianship of rights; effectiveness of jurisdictional activity; workers dignity preservation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ampl.	Ampliada
art.	Artigo
arts.	Artigos
atual.	Atualizada
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRF	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
DJ	Diário do Judiciário
DJMG	Diário do Judiciário de Minas Gerais
EC	Emenda Constitucional
ed.	Edição
Ed.	Editora
ED	Embargos Declaratórios
Ex.	Exemplo
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro
MPT	Ministério Público do Trabalho
nº	Número
OJ	Orientação Jurisprudencial
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citationes</i> (obra citada)
proc.	Processo
p.	Página
R.	Região
RR	Recurso de Revista
RO	Recurso Ordinário

Rel.	Relator
rev.	Revisada
SDI	Seção Especializada em Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
v.	Volume
vol.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2.1. CONFLITUOSIDADE SOCIAL E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	20
2.1 O cenário das relações de trabalho.....	18
2.2 Dignidade da pessoa humana	26
2.2.1 <i>Dignidade do homem trabalhador</i>	34
2.3 Fraternidade.....	37
2.4 Acesso à justiça	49
3. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS OU INTERESSES METAINDIVIDUAIS E SUA RESPECTIVA TUTELA.....	63
3.1 A massificação da sociedade pela economia	63
3.2 Direitos x interesses	69
3.3 Interesses metaindividuais e suas espécies.....	72
3.4 Coletivização da tutela.....	80
3.5 Tutela coletiva: especificidades	92
3.5.1 Legitimidade	95
3.5.2 Coisa julgada	98
4 TUTELA DOS DIREITOS	106
4.1 Classificação das ações	110
4.1.1 Ação executiva	112
4.1.2 A Ação <i>Cautelar</i>	114
4.1.2.1 <i>Tutela antecipada</i>	116
4.1.3 Ações de conhecimento.....	119
4.1.4.1 <i>Ação declaratória</i>	119
4.1.4.2 <i>Ação constitutiva</i>	120
4.1.4.3 <i>Ação condenatória</i>	120
4.1.4.4 <i>Tutela específica</i>	130
4.1.5 Classificação <i>quinária</i>	133
4.1.5.1 <i>Ações mandamentais</i>	133
4.1.5.2 <i>Ações executivas lato sensu</i>	136
4.2 Superação	137
4.3 Sentenças satisfativa e sentença não satisfativa.....	145
5. TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA.....	147
5.1 Introdução ao capítulo.....	147
5.2 A tutela inibitória no direito brasileiro	150
5.2.1 <i>Breve apanhado histórico</i>	150
5.2.2 O direito brasileiro atual	154
5.3 Conceito	159
5.4 Natureza jurídica	162
5.5 Pressuposto da tutela inibitória	163
5.5.1 <i>A ameaça de ato contrário ao direito</i>	163
5.5.2 <i>A prova</i>	165
5.6 Espécies e modalidades de tutela inibitória.....	167
5.7 Tutela inibitória e tutela de remoção do ato contrário ao direito.....	173
5.8 Tutela inibitória e a cumulação com outras tutelas	174
5.9. A tutela inibitória antecipada	177
5.9.1 <i>Momento processual da concessão da tutela inibitória</i>	181
5.10 Aspectos relevantes da sentença inibitória	182
5.11 A atuação da tutela inibitória	190

5.12 Aspectos recursais	193
5.13 Especificidades da coisa julgada na tutela inibitória	195
6 CONCLUSÃO	200
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	204

1. INTRODUÇÃO

"Fique bem claro que não estou atribuindo a processo algum, por mais efetivo que seja, a virtude de tornar por si só menos iníquas as estruturas sociais, de corrigir-lhes as tristes deformidades que as marcam em países como o nosso."

José Carlos Barbosa Moreira

A atividade jurisdicional trabalhista é, em regra, levada a efeito somente quando a violação do direito já se consumou, uma vez que a atuação do Estado-juiz antes da ocorrência do ilícito, com a adoção de mecanismos que impeçam a sua concretização ou que, pelo menos, coíbam a continuação ou a repetição do evento lesivo é absolutamente relevada pelos operadores do direito e, principalmente, pelos próprios trabalhadores. Busca-se, na esmagadora maioria das vezes, apenas o ressarcimento de parcelas trabalhistas inadimplidas, o que ocorre, quase sempre, após o rompimento contratual e de forma predominantemente individual e parcial¹.

A própria realidade do mundo do trabalho, que se realiza cada vez mais de maneira agrupada, causando o fortalecimento do tomador dos serviços e o enfraquecimento dos trabalhadores, dificulta sobremaneira o acesso à justiça.

A bem da verdade, o que se verifica, paradoxalmente², é que a existência do contrato de emprego constituiu o maior óbice do acesso do trabalhador à justiça e, portanto, à efetividade das regras justralhistas. Isso porque, diante da necessidade da manutenção do contrato de trabalho para a própria sobrevivência, o empregado tem o fundado receio de se expor perante o Poder Judiciário para compelir o empregador a cumprir corretamente as obrigações, principalmente aquelas de cunho não patrimonial.

O quadro delineado é por demais grave no mundo do trabalho. Não se pode ignorar que o crédito trabalhista, conquanto de evidente cunho patrimonial, tem por

¹ Por força do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República é de cinco anos a prescrição dos direitos trabalhistas, até o limite de dois anos após o rompimento do contrato de emprego.

² Explica Elaine Noronha Nassif que "um paradoxo surge quando um conjunto de premissas aparentemente inquestionáveis origina conclusões inaceitáveis ou contraditórias. A resolução de um paradoxo implica mostrar que há um erro escondido nas premissas, ou que o raciocínio é incorreto, ou que a conclusão aparentemente inaceitável pode, afinal, ser tolerada. Os paradoxos desempenham, portanto, um papel importante na filosofia, visto que a existência de um paradoxo não resolvido mostra que há algo nos nossos raciocínios ou nos nossos conceitos que não compreendemos.". NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização**: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 115, nota de rodapé.

escopo garantir as condições mínimas de vida do trabalhador, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, conforme consta do artigo 7º, IV, da Constituição da República. Portanto, sua posterior reparação, um bom tempo depois da prestação de serviço e em face de decisão judicial, não será efetiva e certamente não atenderá aos fundamentos e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigos 1º e 3º da Lei Maior), resultando em inequívoco aviltamento da dignidade do homem trabalhador que, por determinado período, ficou desprovido de condições essenciais a uma subsistência digna.

O direito somente se consuma verdadeiramente quando o seu titular pode dele usufruir na forma estabelecida no ordenamento jurídico, pelas normas de direito material. “A tutela jurisdicional prestada pelo Estado deve ser, assim, não apenas uma resposta formal, mas uma resposta qualificada, apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido.”³

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁴,

“A descrença de todos na Justiça é efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais do seu serviço – ou seja, aos membros da população.”

Essa realidade não é oculta aos doutrinadores ou aos operadores do direito, tampouco ao Poder Judiciário. Porém, quase nada se faz e pouco se questionam os resultados que a atividade jurisdicional é capaz de oferecer aos consumidores do serviço.

Haveria, sem a necessidade de mudança na legislação, uma forma mais eficaz de prestar a tutela jurisdicional e preservar a dignidade dos trabalhadores?

Esse é o propósito deste estudo.

Tem-se como foco a tutela inibitória, materializada nos artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), artigo 287, com a redação dada pela Lei n.º 10.444/2002, do CPC e artigo 461 também do Código de Processo Civil, em sintonia com a Constituição da República que prescreve a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo,

³ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman), v. 49, p. 23.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

assegura a possibilidade de ingresso em juízo para a garantia de direitos apenas ameaçados (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República). Seu intento, voltado para o futuro, é coibir a lesão de direito material ou impedir a sua repetição e continuação no mundo fático.

O objetivo é demonstrar a necessidade da adoção da tutela inibitória como forma rotineira e principal de solução de conflitos trabalhistas, em especial aqueles que envolvem interesses e direitos metaindividuais sem repercussão pecuniária, mas de evidente preocupação na sociedade atual, e de contribuir para uma visão do processo do trabalho como instrumento apto a assegurar a dignidade do trabalhador e efetivamente modificar a realidade social trabalhista.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni⁵, a tutela inibitória é absolutamente necessária em qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir – e não apenas em proclamar – os direitos. Em outras palavras, pouco adianta a previsão legal de direitos trabalhistas sem pensar em uma ação capaz de impedir o reiterado descumprimento da legislação trabalhista por parte dos tomadores de serviços, como está ocorrendo hodiernamente em solo pátrio.

Não é a existência da tutela inibitória no ordenamento jurídico, por si, contudo, suficiente para ampliar o acesso dos trabalhadores à justiça. A simples previsão normativa do instituto processual não é capaz de alterar a realidade do mundo do trabalho, uma vez que o empregado certamente perderá seu posto de trabalho se tentar, por intermédio da Justiça Especializada, modificar o modo do patrão atuar, amoldando-o ao direito posto.

A proposta, com a finalidade de superação da dificuldade do verdadeiro acesso à justiça pelos trabalhadores, bem assim considerando a massificação da sociedade, é a tutela inibitória coletiva, que deve ter prioridade sobre a tutela individual exclusivamente ressarcitória⁶.

A escassa utilização da tutela coletiva inibitória no processo do trabalho e a sua relevância para a preservação da dignidade do trabalhador, bem assim a

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. **Curso de processo civil**, vol. 2: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 437

⁶ Note-se que somente a tutela coletiva preventiva pode ser genuinamente intitulada de “ação sem rosto”. A ação coletiva ressarcitória, na verdade, é uma ação “de máscara invisível”, que será necessariamente, retirada na fase executiva, com a identificação dos titulares do direito. Logo, para preservação do emprego, os trabalhadores podem ser pressionados à renúncia do direito reconhecido em juízo, com a mitigação do acesso ao direito.

constatação da existência de poucos trabalhos doutrinários específicos a seu respeito, concorreram igualmente para a escolha do tema.

É com a vontade de contribuir para o estudo de tão importante assunto da processualística do trabalho (e almejando que ele seja bem compreendido não só pelos operadores de direito, em especial os legitimados à tutela coletiva, mas, também, pelos próprios trabalhadores, para que possa por eles ser reivindicada quando da procura de seus representantes legais) que o presente estudo se constitui na tentativa de sistematizar e interpretar as normas que regulam a tutela inibitória no direito brasileiro, traçando-lhe um perfil dogmático.

Para alcançar esse propósito, realça-se, primeiramente, a realidade das relações de trabalho na sociedade atual para a compreensão dos problemas sociais delas decorrentes, considerando que não mais é aceitável o enfoque meramente dogmático-formalista do Direito. Enfatiza-se a necessidade do exercício da fraternidade por todos os cidadãos e a imprescindibilidade da atuação dos atores sociais para uma verdadeira redução dos conflitos no mundo do trabalho, a efetividade do direito trabalhista posto e a conseqüente preservação da dignidade daqueles que nada mais possuem, para sobreviver, senão a própria força do seu trabalho.

A seguir, examinam-se os reflexos do movimento do acesso à justiça no processo do trabalho, porquanto não há como pensar, hoje, no Direito, sem incluir o acesso efetivo a uma ordem jurídica adequada e justa.

Na sequência, aborda-se a passagem do interesse individual para o coletivo, em face da massificação da sociedade e sua divisão entre aqueles detentores do capital e do poder e os que compõem a massa dos excluídos, a justificar o clamor pela atuação do Poder Judiciário em razão da inclusão social, também em massa.

Em um passo seguinte, trata-se das especificidades da tutela coletiva, em especial a legitimidade e a coisa julgada, institutos que se alteraram em decorrência do reconhecimento de novos direitos que transcendem a esfera individual de cada um para atingir um conjunto determinado ou indeterminado de pessoas.

Será importante também o estudo da tutela dos direitos, diante da necessidade da superação da tradicional classificação as ações baseada no tipo de provimento que o processo é capaz de proporcionar na sentença, sem qualquer preocupação com o seu resultado no plano do direito material. Enfatizar-se-á, ainda, a importância dos meios coercitivos e sub-rogatórios como instrumentos aptos

induzir o obrigado a cumprir as obrigações de fazer e de não fazer, rompendo-se com o dogma da incoercibilidade da vontade humana.

Após essa abordagem, passar-se-á ao estudo da tutela inibitória coletiva, definindo-a, traçando suas características, bem como o seu modo de atuação, o que é indispensável para a efetividade dos direitos dos trabalhadores.

É de se advertir que não se objetiva, com este estudo, apresentar uma solução pronta e acabada para a ausência de efetividade dos direitos trabalhistas, mas, sim, apontar para a premente necessidade de transformar a tutela coletiva inibitória na forma principal de prestação jurisdicional.

2. A CONFLITUOSIDADE SOCIAL E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1. O cenário das relações de trabalho

“Nenhuma ação transformadora poderá ser bem sucedida se ignorarmos a natureza das coisas com que lidamos.”

Mauro Cappelletti

Ensina o professor Márcio Túlio Viana⁷ que, “ao falarmos de ‘processo’, ou de ‘procedimento’, não podemos ter em vista apenas a lei – mas todas as circunstâncias que cercam a sua aplicação”. E ele explicou o porquê:

processo não é apenas um conjunto de regras abstratas, teóricas, impessoais. Tal como o próprio direito material, é produto de uma mistura com o meio. Palavras, roupas e posturas, os modos de dizer, de fazer e de interpretar – tudo isso interfere na eficácia de seus princípios.

Em poucas palavras, processo⁸ é “instrumento, o meio, a técnica, de que se vale o Estado para exercer a jurisdição”⁹, almejando a realização de fins sociais (pacificação dos conflitos com justiça, segurança e educação), políticos (realização do Estado Democrático de Direito por meio de um processo justo) e jurídicos (tutela dos direitos materiais, em especial os direitos fundamentais)¹⁰.

A esses três escopos, soma-se mais um apresentado por Jônatas Luiz Moreira de Paula¹¹ que, na verdade, revela-se como consequência dos demais, que é a transformação positiva da realidade social, promovendo a inclusão social dos excluídos, na forma desejada pelo artigo 3º da Constituição da República. Para ele, processo é “o direito para o povo”.

⁷ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *In* **Direito do Trabalho**: evolução, crise perspectivas. José Roberto Freire Pimenta [et. al.] coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 178.

⁸ Para uma visão instrumentalista: “Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização do binômio direito-processo (*substance procedure*). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 388. Para Luiz Guilherme Marinoni, “se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 149. “O destino do processo é função de realidades a ele exteriores, e percebeu-se, também, com maior agudeza, a necessidade de levar em conta os laços que o prendem a tais realidades para iluminar-lhes os recessos, penetrar-lhes os segredos e, com renovada compreensão do funcionamento da máquina, tentar melhorar-lhe a produtividade”. MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *In* **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66. Em uma visão crítica do direito, Jônatas Luiz Moreira de Paula coloca: “o processo não se limita mais ao modo de fazer, mas, isto sim, em fazer o quê? A resposta é que o processo busca os fins sociais, a pacificação social”. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo. São Paulo: Manole Ltda., 2002, p. 48.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 329.

¹⁰ “A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, op. cit., p. 387.

¹¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo, op. cit. p. 207.

Na esfera trabalhista, a função social do processo é realizada com muito mais evidência e relevância, porquanto as soluções judiciais dos conflitos do mundo do trabalho “extravassam, não raro, dos estreitos limites da lide e vão atender ao equilíbrio das classes, produtora e trabalhadora, eternamente em luta”¹². Um exemplo disso é a regra do artigo 766 da CLT¹³.

Compreendido o processo, portanto, como instrumento utilizado pelo Estado para, através da realização do direito material, modificar a realidade social, dissertar sobre a tutela coletiva inibitória trabalhista impende seja, em primeiro lugar, conhecida a realidade trabalhista que se almeja modificar.

Sendo assim e considerando as transformações da sociedade contemporânea, bem como as mudanças de paradigmas, imperioso é que se rememore a historicidade do contrato e do direito do trabalho, no que se refere à evolução e seus fins.

O contrato de trabalho surge quando os homens conseguem ser livres juridicamente e lhes é permitido, ao menos em tese, prestar voluntariamente serviço a outrem. Nesse momento, eles se encontravam sem terra e sem ferramentas, separados do meio de produção. Destituídos dos meios de produção, os homens não têm escolha e passam a vender a sua força de trabalho para que possam comprar alimentos, roupas e moradia de que necessitam para sobreviver¹⁴. Essa relação jurídica efetiva-se entre uma pessoa humana que trabalha e outra dona do empreendimento econômico. Aquele se obriga a prestar, pessoalmente, serviços não-eventuais, de forma subordinada e remunerada, em prol daquele que detém o capital. Este almeja a crescente e ininterrupta lucratividade, que se obtém da circunstância de o valor-trabalho ser inferior ao valor da coisa por ele produzida e comercializada.

O trabalhador, na sua dignidade fundamental de pessoa humana, não interessava ou não preocupava os chefes industriais daquele período. Era a duração do trabalho levada além do máximo da resistência normal do indivíduo. Os salários, que não tinham, como hoje, a barreira dos mínimos vitais, baixavam até onde a concorrência do mercado de braços permitia

¹² ALMEIDA, Ísis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 1^o V. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 18.

¹³ Artigo 766 da CLT: “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas”.

¹⁴ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, p. 149.

que eles se aviltassem. Embolsando o trabalhador regularmente das prestações devidas pelo seu trabalho, julgavam os patrões que, assim procedendo, estavam cumprindo integralmente os seus deveres para com esse colaborador principal da sua fortuna crescente.¹⁵

Nesse contexto surge o Direito do Trabalho para regular as relações jurídicas decorrentes da prestação de serviço subordinado, colocando limites legais externos no *homem apetitivo* com objetivo de implementar a paz e a harmonia social.

O trabalho executado pelos seres humanos – objeto do contrato – nos anos de ouro do modelo taylorista-fordista era concentrado, operário, manual e repetitivo, o qual, em face das alterações da forma de organização dos meios de produção, do avanço tecnológico e da atual ideologia neoliberal capitalista, não mais se restringe ao proletariado industrial. Em tempos recentes, implementaram-se várias outras maneiras de trabalhar (à distância, globalizado, intelectual, terceirizado, franqueado, parassubordinado, os sem carteira, além da crescente utilização da força de trabalho autônoma, pseudoautônoma e os intitulados “PJ”, entre outras), surgindo, também, novas profissões. Tem-se o poliformismo da relação de trabalho.

Nas palavras de Maria Regina Gomes Rendinha¹⁶:

O saldo foi o alargamento da “epigenia”¹⁷ do contrato de trabalho, quer pelo aparecimento de espécies genuinamente novas, quer pela reabilitação de figuras esquecidas ou marginais, quer ainda pela hibridação resultante do aproveitamento dos esquemas próprios de regulação do capital, como, por exemplo, o trabalho temporário, ou mesmo a “deslaborização” do vínculo de trabalho.

Não obstante as inovações laborais (inevitáveis, considerando a mutabilidade da própria história dos homens), o que grande parte da literatura trabalhista e a vida real têm revelado, é que as relações de trabalho são naturalmente desequilibradas, permanecendo a velha e permanente exploração do homem pelo homem, a prevalência do capital em detrimento do social, o sucesso dos poderosos e a bancarrota dos mais fracos.

¹⁵ VIANNA, Segadas. In SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, 15. ed, v. I. São Paulo: LTr, 1995, p. 34.

¹⁶ RENDINHA, Maria Regina Gomes. Relação laboral fragmentada. *Apud* SILVA, Wanise Cabral. **As fases e as faces do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 135.

¹⁷ Epigenia é alteração da composição química de um cristal sem mudança da sua forma cristalográfica, conforme dicionário eletrônico (<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>, acesso em 29/10/2008).

O que talvez seja mais inesperado é o modo como as novas tecnologias de produção e as novas formas coordenantes de organização permitiram o retorno dos sistemas de trabalho doméstico, familiar e paternalista, que Marx tendia a supor que sairiam do negócio ou seriam reduzidos a condições de exploração cruel e de esforço desumanizante a ponto de se tornarem intoleráveis sob o capitalismo avançado. O retorno da superexploração em Nova Iorque e Los Angeles, do trabalho em casa e do “teletransporte”, bem como o enorme crescimento das práticas de trabalho do setor informal por todo o mundo capitalista avançado, representam de fato uma visão bem sombria da história supostamente progressista do capitalismo¹⁸.

E é dentro desse cenário que o contrato de trabalho passa por um momento histórico grave, pois não é formalizado e cumprido como determina o Direito do Trabalho, alcançando, portanto, um número reduzido de trabalhadores: “a ordem jurídica trabalhista não chega a abranger sequer 30% da população economicamente ativa ocupada do país”^{19, 20}.

Embora na atual sociedade pós-moderna o fato social trabalho continue sendo a fonte primordial de subsistência dos homens, vinculando o indivíduo ao sistema econômico capitalista, a relação de emprego informal ou a ausência de satisfação plena de direitos trabalhistas tem alcançado grande parte dos trabalhadores, “ampliando a distância entre ricos e pobres, aniquilando a consciência de cidadania nas relações de trabalho e promovendo o caos social”.²¹

Como adverte Márcio Pochmann²²:

A desordem do trabalho tomou conta do país. Conquistas históricas em termos de proteção e valorização do trabalho foram esterilizadas, o que tem condenado crescentes parcelas da população ao trabalho como obrigação pela sobrevivência.

¹⁸ HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 175.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho e inclusão social** – o desafio brasileiro. Revista LTr, n.º 10, outubro/2006, p.1168.

²⁰ Observou-se uma elevação no índice de empregados formais nos anos subsequentes à edição da obra em referência, embora não alcance, ainda, a metade da população ativa no país. Em 2008, previu-se que o índice de trabalhadores do setor privado com carteira assinada seria de 43,9% da população ocupada, como informam os dados do IBGE – estimativa para o de junho/2008, relativo às regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre (ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicador_ibge/, acesso em 17/08/2008). Conforme reportagem da Revista Época n. 536/25, agosto/2008, p. 72, “em seis anos, os números mostram que a contratação formal praticamente dobrou”, passando de 680,4 mil trabalhadores em 2001, para 1,361 milhão de empregados em 2007 (fonte: FGV/Caged). Isso, porque o país entrou, novamente, em ritmo de desenvolvimento, o que não alterou, pelo menos até agora, a prática sistemática e deliberada do não cumprimento voluntário de todas as obrigações trabalhistas.

²¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. **Revista LTr**, v. 66, n.º 11, novembro/2002, p. 1294.

²² POCHMANN, Márcio. Direito ao Trabalho: da obrigação à consequência. In **Práticas de cidadania**. Coord. Jaime Pinsky. Contexto, 2004, p. 107.

Quanto à operacionalização do trabalho, a todo o tempo se diz que a grande empresa, com vários maquinários e inúmeros empregados, foi substituída pela “empresa enxuta”. No entanto, como afirma o professor Márcio Túlio Viana²³:

Isso não significa que a empresa tenda a ficar menor, em termos econômicos. Ao contrário: ainda uma vez, quer crescer, dominar, envolver. A redução é só física, e mesmo assim relativa, pois as empresas menores, que lhe prestam serviços, de certo modo lhe pertencem, submetendo-se aos seus desígnios.

“Descentraliza-se a empresa (o ciclo de produção), mas se mantém a concentração econômica”²⁴, sendo crescente essa descentralização também em torno das multinacionais, delas surgindo os pequenos e médios empreendimentos, os quais, “de forma interligada e interdependente, submetem-se ao controle da empresa gestora, pelo conhecido sistema de empresas-rede, o que facilitou, ainda mais, a crescente acumulação de capital”²⁵.

Para se ter uma noção desse poder econômico, menciona-se que os grupos societários representam “em média, cerca de 70% do volume global de negócios da indústria dos respectivos países, de 80% do montante total dos investimentos, de 50% da força laboral ativa, e entre 80%-100% do total da produção industrial”²⁶. No Brasil, estatísticas revelam que os cem²⁷ maiores grupos aqui instalados faturaram, em 1999, o correspondente a 84% das receitas somadas das 500 empresas privadas em atividade no país²⁸.

A tremenda concentração do poder econômico, conforme fala Délio Maranhão²⁹, citando Paul A. Samuelson, apresenta-se sob a forma da denominada integração econômica – “que consiste em realizar, uma só empresa, operações

²³ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado, op. cit., p. 159.

²⁴ MEIRELES, Edilton. **Grupo econômico trabalhista** – São Paulo: LTr, 2002, p. 191.

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno** – São Paulo: Ltr, 2006, p. 144.

²⁶ MEIRELES, Edilton. **Grupo econômico trabalhista**, São Paulo: LTr, 2002, p. 30.

²⁷ Entre os maiores grupos privados instalados no Brasil, cita-se o grupo capitaneado pelo Banco Bradesco, o Grupo Votorantim e o Grupo Suzano/NemoFeffer, conforme MEIRELES, op. cit., p. 32.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima, **Instituições de Direito do Trabalho**, 15 ed, vol I. São Paulo: Ltr, 1995, p. 294.

conexas, que a especialização teria dividido em várias empresas independentes” –, podendo ser de forma *vertical* ou *horizontal*³⁰.

Sintetizando, a empresa isolada é fenômeno cada vez menos frequente, abrindo espaço à reunião de empresas sob variadas formas. Mas não é só isso. A diversidade de setores em que cada grupo atua também chama a atenção. Cita-se o grupo Bradesco, capitaneado pelo Banco de mesmo nome, que, como é de conhecimento geral, tem inserções patrimoniais na indústria siderúrgica, de autopeças, bem como nas áreas de telecomunicação e de mineração e até mesmo em área rural³¹. Numa palavra, um único empregador pode ser o responsável pelo cumprimento de obrigações trabalhistas de milhares de prestadores de serviço que se encontram sob sua direção, potencializando a lesão em massa.

É importante perceber que se tem, neste País, uma boa legislação protetiva trabalhista, consubstanciada em três grandes eixos jurídicos, nas palavras de Maurício Godinho Delgado³²: os tratados e convenções internacionais e da OIT, a própria Constituição da República (que consagra a dignidade do homem, do trabalhador, e clama a efetivação dos direitos fundamentais e sociais lá proclamados, entre os quais o Direito do Trabalho), além das normas infraconstitucionais trabalhistas, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas.

O Direito do Trabalho é instrumento de construção da democracia, tanto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, coincide com uma das principais funções do Direito do Trabalho: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (artigo 3º, inciso III, da CRF). A República do Brasil consagra a justiça social, ao eleger como fundamento “a proteção da dignidade humana”, bem assim os “valores sociais do trabalho” (artigo 1º, incisos III e IV). Determina-se, no artigo 170, *caput*, da Constituição, que a ordem econômica deve fundar-se na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, observando-se, ainda, o “valor social da propriedade” (inciso III) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Tudo muito bem construído.

³⁰ Explica Délio Maranhão que “a primeira tem lugar quando um determinado produto percorre, no mesmo estabelecimento, diversas etapas em uma progressão, que o transforma de matéria-prima em mercadoria acabada; a segunda ocorre quando um produto, já concluído, é utilizado pelo mesmo empresário para satisfazer necessidades diferentes”, *Ibidem*.

³¹ CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. Grupo econômico trabalhista: um novo olhar. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre. v. 16, jan/fev 2007, p. 46-58.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.1323.

Contudo, quanto à concretização dos direitos dos trabalhadores, pode-se dizer, pelo exame da prestação jurisdicional em nosso país³³, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas é significativo³⁴.

Por isso, o Direito do Trabalho, instrumento essencial para a construção de uma justiça social dentro do regime capitalista, não tem cumprido integralmente as suas funções primordiais, em especial a de melhorar as condições de pactuação da força de trabalho na vida econômica-social e de atenuar as distorções socioeconômicas, implementando uma distribuição mais equânime de renda.

O que se tem de concreto, portanto, é uma boa legislação em vigor apta a proteger o trabalhador, mas que não se efetiva e não alcança o fim a que se destina, porquanto o contrato de emprego não se formaliza, ou porque não se cumprem corretamente obrigações justrabalhistas, embora a força de trabalho humana continue sendo utilizada para produzir riqueza: verdadeiro caos, pois. Privilegia-se a lógica do mercado como estruturante das relações trabalhistas, em detrimento da efetivação do próprio direito estatal posto.

A questão, conforme afirma o Professor e Desembargador José Roberto Freire Pimenta³⁵, com apoio na doutrina de *Cappelletti*, é de assegurar a efetividade dos direitos:

A própria existência do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção real e concreta dos interesses tutelados, depende da efetividade do direito processual e da atividade jurisdicional para proporcionar a satisfação do mesmo.

Essa foi a ilação a que chegou Norberto Bobbio³⁶ ao refletir sobre o futuro dos direitos do homem. Para ele, superaram-se os problemas atinentes à enunciação dos direitos com as Declarações de Direito e pela incorporação do conteúdo dessas declarações nas modernas constituições nacionais, bem assim resolveram-se os

³³ “É notório o efeito da inefetividade da tutela jurisdicional no dia-a-dia das relações sociais em nosso país: normalmente é o devedor, aquele que deveria ter cumprido espontaneamente a norma, quem fala de modo irônico para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito: *‘Vá procurar seus direitos!’*. Conforme PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. *In Direito do Trabalho: evolução, crise perspectivas*, op. cit. p. 337.

³⁴ No ano de 2007, foram ajuizadas 2.636.798 ações na Justiça do Trabalho neste País, sendo que o montante cresce ano a ano, consoante se infere na estatística publicada no *site* do Tribunal Superior do Trabalho (<http://www.tst.gov.br>, acesso em 17.08.2008).

³⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas nas reformas do CPC brasileiro, op. cit., p. 344.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 81.

entraves relativos à fundamentação dos direitos, diante de um consenso satisfatório acerca de sua validade:

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Lembrar isso não é uma trivialidade, uma vez que o tema, frequentemente presente nos debates e assuntos correlatos ao Direito do Trabalho dos últimos tempos, longe de se reduzir ao puro confronto de interesses (capital x trabalho), coloca em voga o difícil e polêmico problema da igualdade e da justiça em uma sociedade “dividida internamente e fraturada por suas contradições e antinomias”.³⁷

Daí a urgência com que novos mecanismos de defesa de direitos e interesses se implantem na esfera das relações de trabalho, bem assim, e principalmente, que se assuma uma nova postura dos operadores do direito processual trabalhista, diversa da adotada nas lides individualistas. Essa mudança de postura não se resume à atividade dos Juízes, mas deve alcançar, fundamentalmente, os advogados e os próprios trabalhadores, porque são eles, na verdade, que levam os fatos ao julgador e clamam por uma modificação da realidade social.

É necessária a conscientização dos trabalhadores de que o processo de mudança constitucional lhes conferiu direitos fundamentais trabalhistas³⁸ e que, por isso, o Poder Judiciário deve ser visto como instrumento importante para a reivindicação de seus direitos e de suas justas aspirações, combatendo a precarização do trabalho.

2.2 Dignidade da pessoa humana

“Pugna-se que o sol nasça efetiva e diariamente para todos, percorrendo todos os quadrantes do país e que ele se ponha, com suas luzes e sombras, e não apenas com suas sobras, para a maioria das pessoas, que são as excluídas do acesso aos bens e serviços de uma sociedade altamente produtiva, tecnológica e

³⁷ TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais:** afinal do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 177.

³⁸ Verificar o item 3 deste capítulo, onde o processo de instituição dos direitos fundamentais é melhor desenvolvido.

informacional, permitindo-lhes inclusive o acesso ao conhecimento, simultaneamente chave para a abertura e para o fechamento da felicidade individual e coletiva do ser humano.”

Luiz Otávio Linhares Renault

A dignidade da pessoa humana, além de constituir fundamento para o desenvolvimento da vida dos povos de todo o planeta, consoante se extrai do preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos³⁹, foi colocada, pela Lei Maior brasileira, em seu artigo primeiro, inciso III, como um dos maiores fundamentos deste Estado Democrático de Direito, pois que funciona como princípio basilar para a aplicação e interpretação de todos os direitos e garantias fundamentais *das pessoas humanas*⁴⁰.

Trata-se, na lição de Maurício Godinho Delgado⁴¹, “do princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo, espraiando-se, com grande intensidade, no que tange à valorização do trabalho”.

Na mesma linha de pensamento se manifesta Paulo Bonavides, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

... sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

É também a dignidade da pessoa que se encontra no cerne deste estudo, porquanto o que se propõe é a utilização da tutela inibitória como instrumento apto à preservação da dignidade do homem, em especial do homem trabalhador. Cumpre, portanto, seja empreendida uma tentativa de explicitar o que é a dignidade da pessoa humana, com a ressalva de que a tarefa é importante apenas em uma

³⁹ “O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 18.08.2008).

⁴⁰ O magistério de Maria Celina Bodin de Moraes se faz no sentido de que, em uma sociedade pautada pelo pluralismo, visa-se à proteção da pessoa humana em suas relações concretas e “não mais o ‘cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício de direito políticos. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: valoração e reparação. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista LTr, v. 70, n. 06, junho/2006, p. 661.

compreensão dogmática, visto que, para “ser respeitada e promovida, dispensa ser vazada em linguagem idiomática”⁴².

O mister, contudo, não é fácil e se apresenta tormentoso.

De fato, conforme J. Ticher⁴³, embora “tenhamos uma compreensão espontânea e implícita da dignidade da pessoa humana, ainda assim, em sendo o caso de explicitar em que consiste esta dignidade, *teríamos grandes dificuldades.*”

Essa dificuldade, conforme é verificada na doutrina, decorre da circunstância de se tratar de um conceito de natureza axiologicamente aberta, com “contornos vagos e imprecisos, caracterizados por sua ambiguidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”⁴⁴.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e com a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais⁴⁵.

Dentro desse raciocínio, o mencionado doutrinador construiu o conceito de dignidade da pessoa humana:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

⁴² JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133.

⁴³ TICHER *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, op., cit. p. 41, nota de rodapé.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed, Rio de Janeiro: 2006, p. 85.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, op. cit., p. 42.

promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁶

Nessa mesma linha de pensamento, coloca Luiz Antônio Rizzato Nunes⁴⁷ que “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.”

Para Alexandre de Moraes⁴⁸,

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Apresentados esses conceitos, é importante ressaltar que não se objetiva, aqui, dissecar todas as dimensões e potencialidades da dignidade da pessoa humana (ou do princípio), nem tampouco desvelar a sua origem histórica. Não obstante, não se ignora que, para melhor compreensão do reconhecimento da dignidade da pessoa, necessário, ainda que superficialmente, enveredar-se pela Filosofia, sendo que se faz a opção, porquanto bastante para este estudo, por trabalhar com duas idéias a respeito – a do cristianismo e a de Kant.

Quando se pretende distinguir os seres humanos, fala-se que há uma qualidade própria apenas dos humanos: “uma dignidade inerente à espécie humana.”⁴⁹. Essa dignidade, ao longo da Antiguidade, referia-se apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação. Foi com o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu-se a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada homem.

Isso porque, consoante expõe Marilena Chauí⁵⁰, o cristianismo, ao contrário das demais religiões da Antiguidade, surgiu como uma religião de indivíduos, que não se definiam por pertencerem a uma nação ou estado, mas em face de sua fé e da relação direta com o mesmo e único Deus, enquanto que, nas outras religiões antigas, a divindade se relacionava com a comunidade organizada e não com os

⁴⁶ Ibidem, p. 62.

⁴⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 48.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: valoração e reparação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.

⁵⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2006, p. 314.

seres individualmente. A conduta moral, à luz do cristianismo, passa a corresponder à conduta que se realiza de acordo com as normas impostas segundo a lei divina, *revelada e inscrita no coração de cada um dos homens*. Numa palavra, a concepção cristã apresentou uma nova idéia na moral: “a idéia de que a virtude é a obrigação de cumprir o que é ordenado pela lei divina.”⁵¹

Foi também por intermédio do cristianismo que a dignidade adquiriu uma dimensão qualitativa, “no sentido de que nenhum indivíduo possuiria maior ou menor grau de dignidade frente aos demais.”⁵²

Em 1788, Kant, por intermédio da *Crítica da Razão Prática*, apresentou novas bases para a questão da moralidade. Para ele, “o dever não se apresenta através de conteúdos fixos ou por uma lista ou catálogo em que contém os atos que deveriam ser praticados e outros a serem evitados, mas, sim, por uma ‘forma’ que deve valer para toda e qualquer ação moral”⁵³. Esse dever, na lição de Marilena Chauí⁵⁴, é um imperativo categórico, ou seja, uma ordem incondicional e constitui uma *lei moral interior*. Desse imperativo categórico, Kant deduziu três máximas:

1. Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal;
2. Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca como um meio;
3. Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais.⁵⁵

De acordo com Kant, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade”. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado), e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. Por isso que não se admite seja o homem utilizado como meio para se alcançar fins particulares ou egoístas e, por conseguinte, a legislação elaborada para reger o mundo social deve levar em conta, “em sua finalidade suprema, a realização do valor intrínseco da dignidade humana.”⁵⁶

Esse fundamento categórico Kantiano, de ordem moral – respeito à dignidade da pessoa humana – tornou-se comando jurídico, consoante se explicitou no início

⁵¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho forçado – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004, p. 44.

⁵² Ibidem, p. 44.

⁵³ CHAUÍ, op. cit., p. 316.

⁵⁴ Ibidem, p. 317.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: valoração e reparação, op. cit. p. 81.

deste tópico – por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, que assim dispunha em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais *em dignidade e direitos*” e, especificamente, no Brasil, também no artigo primeiro, item III, da Constituição da República, que proclama a *dignidade da pessoa humana* como um de seus fundamentos. Torna-se imperioso, portanto, extrair as consequências jurídicas dessa consagração. Indaga-se, ainda, se ela poderia ser compreendida como um direito.

Abre-se um parêntese para registrar que, a título de pressuposto teórico do presente estudo, será adotada a classificação das normas jurídicas em princípios e regras, acompanhando, de forma geral, a conhecida doutrina de Robert Alexy⁵⁷. Invoca-se, ainda, o pensamento de Daniel Sarmento⁵⁸, no sentido de que, “no plano da dogmática constitucional, é hoje tranquilo que os direitos fundamentais podem revestir as mais variadas formas, relacionando-se com diversas posições jurídicas, não tendo de se comprimir na moldura por vezes estreita dos direitos subjetivos”.

Para alguns autores⁵⁹, entre eles Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁰, não se pode admitir a existência de um direito à dignidade, porquanto, sendo a dignidade uma qualidade intrínseca do ser humano, não há como “cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”⁶¹, o que, contudo, “não significa que ela não deva ser protegida e reconhecida”⁶², uma vez considerado que ela possa ser violada⁶³. Pondera, contudo, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁴

⁵⁷ Na idade “do pós-positivismo (...) tanto a doutrina do Direito Nacional, como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin”, para quem se deve tratar “os princípios como direito (...) reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”, conforme BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 265. Para Robert Alexy, “Toda norma é ou uma regra ou um princípio”, sendo que essa distinção por ele apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin, com a diferença de que, para Robert Alexy, os princípios caracterizam-se como mandados de otimização, que ordenam alguma coisa e que podem ser cumpridos em diferentes graus. Conforme ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 85.

⁵⁹ Para outros, como GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTr, 2007, p. 151, a dignidade é “considerada como direito, princípio e necessidade.”

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, op. cit., p. 42.

⁶¹ Ibidem.

⁶² DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *In Trabalhos e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 44.

⁶³ Explica Ingo Wolfgang Sarlet: “Neste contexto, basta-nos a referência à dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como

que, na condição de princípio, a dignidade da pessoa humana “constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de ‘status’ constitucional formal e material e, como tal, inequivocadamente carregado de eficácia, alcançando, portanto (...) a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.”

Dinaura Godinho Pimentel Gomes⁶⁵ coloca que a dignidade da pessoa humana como princípio se constitui em “valor unificador de todos os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos em sua unidade indivisível, servindo como elemento referencial para a aplicação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais”.

Nas palavras de Daniel Sarmento⁶⁶, a dignidade da pessoa

representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.

Jussara Maria Moreno Jacintho⁶⁷ aduz que a dignidade humana possui duas dimensões: uma axiológica, em que o princípio da dignidade assume a posição de eixo hermenêutico de toda a ordem constitucional, funcionando como valor que vai conferir unidade material à Constituição, e outra que se apresenta como direito fundamental, cujo núcleo essencial é integrado por prestações positivas e negativas e, “como tal, expressa-se ora em princípio, ora como regra”⁶⁸. Para ela, a dignidade da pessoa, como direito material, apresenta um núcleo essencial ou “centro nervoso”, que se constitui em um “complexo de situações, relações e direitos que compõem um determinado direito que, ao serem afetados, acabam por atingi-los.”⁶⁹ Esclarece a autora que o núcleo essencial do direito à dignidade da pessoa humana é composto pelos direitos fundamentais. Em outras palavras, a ofensa a qualquer direito fundamental do homem implica também a violação de sua dignidade.

princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo”. SARLET, op. cit., p. 71, nota de rodapé.

⁶⁴ Ibidem, p. 72.

⁶⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p. 32.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 85.

⁶⁷ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional, op. cit., p. 20.

⁶⁸ Ibidem, p. 250.

⁶⁹ Ibidem, p. 256.

Em face desses apontamentos, conclui-se que o princípio em questão impõe ao Estado o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, bem assim o de promover, por intermédio de condutas positivas, o mínimo existencial⁷⁰ para cada ser humano que se encontre em seu território. Esse princípio atua, ainda, no âmbito das relações privadas, colocando-lhes limites e condicionando-as ao respeito dos valores substanciais ligados à pessoa humana.

Considerando, então, que a dignidade faz o homem merecedor de um *complexo de direitos e deveres*, não só em face do Estado, mas também em suas relações privadas, bem assim que a dignidade da pessoa humana foi alçada ao *status de princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo*, e que os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas, conclui-se, na linha de raciocínio aqui desenvolvida, que o homem pode ter a pretensão de exigir que, em uma relação jurídica, receba tratamento digno, no sentido de que sua dignidade seja *protegida e reconhecida*, ou, ainda, que ela *não seja violada*. E nesse sentido, toda pessoa, ainda que de forma representada, poderá ir a Juízo na defesa de sua dignidade, sendo indiferente ao fim almejado se ela buscará a sua preservação ou conservação, ou, ainda, a sua não violação, porque, em suma, o que se objetivará, sempre, será assegurar a própria dignidade que, por algum motivo, estará lesada ou ameaçada de violação.⁷¹

É assim que se encontra positivado no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), em seu Título II, artigo 10, parágrafo 3º, *verbis*:

Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

⁷⁰ Pertinente é a observação efetuada por Christiana Dárc Damasceno Oliveira, no sentido de que a expressão “mínimo existencial” pode envolver incompreensões, uma vez que ao ser humano deve ser assegurado o “máximo existencial”, a existência plena como pessoa, e não o mínimo, embora entenda que, em situações-limite de enfrentamento de direitos fundamentais, em que não há possibilidade de satisfação integral dos interesses contrapostos, há que serem respeitados patamares básicos aquém dos quais não se pode incidir, sob pena de vulneração patente da dignidade da pessoa humana, conforme OLIVEIRA, Christiana Dárc Damasceno. **Mundo do trabalho**: efetividade dos direitos fundamentais nas relações laborais e dignidade da pessoa humana, 2008, p. 148, nota de rodapé. Monografia (pós-graduação *lato sensu*) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte-MG. Em idêntico sentido pondera Ingo Wolfgang Sarlet que “o direito à educação e a garantia de um conjunto de bens culturais há de ser computado na configuração do mínimo existencial, visto que este deve assegurar a fruição da personalidade humana”, Entrevista concedida à Maria Cecília Alves Pinto e a Márcio Roberto Tostes Franco, *apud* OLIVEIRA, op. cit, p. 149.

⁷¹ É importante perceber que não há grandes questionamentos quanto ao “direito à vida”, que consiste, “no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”, conforme SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198. Isto é, não se cogita da pretensão (exigir de alguém) a vida propriamente.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

(...)

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (grifos acrescentados)

Por todo o exposto, não se verifica objeção para a utilização da expressão “direito à dignidade”, desde que fique, conforme a lição de Daniel Sarmiento⁷², “remarcado que o conteúdo deste direito fundamental, em cada caso concreto, não precisa sempre caber na roupagem do que a dogmática civilista tradicional rotulou como direito subjetivo.”⁷³

Afinal,

Direito não é, mais nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o centralizam, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.⁷⁴

2.2.1. Dignidade do homem trabalhador

O reiterado descumprimento das normas trabalhistas pelos tomadores de serviços, evidenciado nas ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, consoante se explicitou em tópico anteriormente apresentado, permite perceber a contradição entre o legislado e a prática ainda distante dos ideais proclamados na Constituição da República do Brasil, ante a contemporaneidade dos milhares de trabalhadores deste país que não possuem meios e condições capazes *de atender às suas necessidades vitais básicas* (artigo 7º, inciso IV c/c artigo 1º, incisos III e IV, todos da Constituição da República), em total violação à dignidade do trabalhador.

O que se verifica é uma evidente contradição existente entre o ordenamento posto, o propósito teórico do Estado Democrático de Direito, de pleno respeito à

⁷² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2006, p. 85.

⁷³ É interessante notar que, não obstante o dissenso doutrinário quanto à caracterização da dignidade – qualidade, valor, princípio, regra, epicentro axiológico – há um entendimento comum entre os doutrinadores de que toda pessoa poderá pleitear a sua preservação, sua não violação, ainda que sob os mais variados e distintos fundamentos.

⁷⁴ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Braziliense: 1982, p. 15.

dignidade do trabalhador, e a prática ainda distante dos ideais e valores que são proclamados, como demonstra a realidade contemporânea da fome, da miséria, da exclusão social e do emprego informal da maioria dos trabalhadores deste país.

Isso se deve, em grande parte, à cultura da não valorização do trabalho. De fato, durante quatro séculos, quem efetivamente trabalhou em terras brasileiras foi o escravo, considerado objeto. Depois disso, veio o subemprego para, somente então, iniciar uma atitude da sociedade de valorização do trabalho, o que ainda não alcançou a sua completude. Nesse ponto, oportunas são as palavras de Márcio Pochmann⁷⁵:

O trabalho valorizado não é algo difundido no Brasil. De passado colonial e sustentado pela escravidão, o trabalho serve de obrigação para a sobrevivência para a maior parte da população. Poucas famílias desfrutam do trabalho como consequência de sua posição de poder e riqueza. Somente com a industrialização nacional, a partir de 30, que o Brasil começou – sem terminar ainda – o caminho da valorização do trabalho, coibindo o ingresso precoce no mercado de trabalho de crianças e adolescentes e facilitando a inatividade de idosos por meio da aposentadoria e da pensão a deficientes e dispensados do trabalho. Esse movimento de estruturação do trabalho valorizado vem sendo frustrado desde o último governo militar, no início da década de 1980, quando o país abandonou o projeto de industrialização. Com o avanço do ciclo da financeirização da riqueza a partir de então, a política social e econômica ficou aprisionada pelo interesse de não mais do que 15 mil famílias.

Na mesma linha de pensamento, falou José Francisco Siqueira Neto, invocando Ney Prado⁷⁶:

As relações de trabalho têm um componente muito importante nas normas de trabalho, mas não se explicam somente por essas normas. Esses fatores são de ordem política, econômica, jurídica, psicológica, social e todas as esferas que interagem na formação do pensamento e na atuação humana (...). Então, o que temos de ver é por que as relações de trabalho (como de resto as da sociedade brasileira como um todo) são relações de cunho absolutamente autoritário. (...) a realidade concreta é que temos uma herança de país colonizado, de país escravagista, de um modelo autoritário de industrialização, de um modelo autoritário de gestão.

José Luciano de Castilho Pereira⁷⁷, em palestra proferida na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do trabalho, ocorrida em Brasília, em

⁷⁵ POCHMANN, Márcio. Direito ao Trabalho: da Obrigação à consequência. *In Práticas de cidadania*. Coord. Jaime Pinsky. ed. Contexto: 2004, p. 107.

⁷⁶ SIQUERIA NETO, José Francisco. *Apud 1ª Jornada de direito material e processual na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

⁷⁷ PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Os desafios do direito do trabalho*. Revista LTr, ano 72, abril/2009, p. 04/399.

novembro/2007, lembrou que as relações de trabalho nunca foram democráticas e tampouco se reconheceu o valor humano que a envolve, já que, por uma prestação em dinheiro, pode o empregado ser despedido, sem qualquer motivo, como “se a função do contrato de trabalho fosse apenas econômica transformando-o em parte pobre e bastarda do Direito econômico.”

Todavia, os valores contemplados pelo ordenamento pátrio não podem ser ignorados. Se o direito posto não é voluntariamente satisfeito e não há a almejada convivência justa, harmônica e solidária entre o trabalhador e o dono do negócio, imperioso que o Estado atue no sentido de imprimir o cumprimento forçado dos direitos trabalhistas, fundamentais e indispensáveis à preservação da dignidade daquele que vive e sobrevive tão-somente da sua força de trabalho.

Nas palavras de Gabriela Neves Delgado, “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva”⁷⁸ e “todas às vezes que o trabalho ocorrer em afronta à dignidade do ser humano, ele deverá ser repellido do ordenamento jurídico, mesmo que tenha sido prestado com a anuência do próprio trabalhador”⁷⁹.

Por isso, em qualquer relação de trabalho em que o prestador de serviço não obtiver acesso aos direitos previstos no ordenamento pátrio, ocorrendo quebra das garantias mínimas à sua vida, à saúde e à segurança, ter-se-á o aviltamento de sua dignidade e a violação à Lei Maior do país, com a caracterização do que se intitula *trabalho degradante*⁸⁰, que se opõe ao *trabalho decente*, “que é o conjunto mínimo

⁷⁸ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo; LTr, 2006, p. 207.

⁷⁹ DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. In **Trabalhos e movimentos sociais**. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59.

⁸⁰ Interessante é a abordagem efetuada pela professora Livia Mendes Moreira Miraglia, ao conceituar o trabalho em condições análogas à de escravo como aquele em que há ofensa à dignidade da pessoa humana. “Ultrapassa-se a concepção de que o trabalho escravo circunscreve-se àquele labor desempenhado com a ausência de liberdade do obreiro”, incluindo-se também o trabalho habitualmente realizado sem “respeito ao substrato mínimo dos Direitos Fundamentais do Homem: a dignidade da pessoa humana”. **Trabalho escravo contemporâneo**: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2008, p. 61-62. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte-MG.

de direitos do ser humano trabalhador”⁸¹, ou seja, trabalho com dignidade, ou *trabalho digno*.⁸²

A análise dessas condições degradantes envereda-se pelas searas da igualdade, da liberdade, da fraternidade e do fim social, porque, na essência, o que importa “é o conjunto de valores que não oprima nem privilegie, mas iguale jurídica e substancialmente as partes envolvidas no negócio jurídico, a fim de que sejam preservadas a liberdade individual, a cidadania e a justiça social”⁸³, enfim, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Na concepção de Gabriela Neves Delgado⁸⁴, o trabalho digno compõe aquele núcleo essencial – formado pelos direitos fundamentais – do direito da dignidade da pessoa humana de que fala Jussara Maria Moreno Jacintho⁸⁵.

Trava-se, portanto, uma luta pela satisfação dos direitos trabalhistas, no afã de preservar a dignidade do trabalhador, visando a concretização dos fundamentos, objetivos e princípios proclamados na Lei Maior deste país.

Diante do que até aqui se expôs, pode-se concluir que os obstáculos para a harmonia da convivência entre o capital e a força de trabalho, com respeito à dignidade da pessoa humana, não são, em regra, de ordem jurídica, uma vez que, como foi mencionado no desenrolar deste estudo, não faltam normas que regulem essa relação. A problemática, em um primeiro passo, depende de atitudes mais profundas, morais, espirituais e fraternas que tenhamos em relação à pessoa humana e de como consideramos e tratamos o outro.

Parafraseando Boaventura de Sousa Santos, “o que resta é levar o direito e os direitos a sério.”⁸⁶

2.3 Fraternidade

⁸¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Limites da legitimidade ativa do MPT em ação coletiva. *In Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. José Hortêncio Ribeiro Júnior [et. al.] organizadores, São Paulo: LTr, 2006, p. 66.

⁸² A idéia de *trabalho digno* é trabalhada por Gabriela Neves Delgado em *Direito fundamental ao trabalho digno*, op. cit, *passsim*.

⁸³ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O que é isto: o Direito do Trabalho? *In Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. José Roberto Freire Pimenta [et. al.] coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 74.

⁸⁴ DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *In PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 152.

⁸⁵ A respeito, verificar o item anterior.

⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 30.

“É na companhia dos outros que podemos enfrentar o mundo, escutando ‘voz de gente’ que nos traz a notícia de que o mundo cresce todo dia, isto é transforma-se incessantemente ‘entre o fogo e o amor’, entre lutas, guerras, conflitos e busca de paz, entendimento e justiça. Somos livres não contra o mundo, mas no mundo, pois somente nele ‘meu coração também pode crescer’.”

Marilena Chauí

Consoante se evidenciou em linhas anteriores, o processo é instrumento da jurisdição do Estado para modificar a realidade social. Por isso, neste estudo, em tópico anterior, foi imprescindível conhecer a realidade social que se pretende alterar. Avançando mais um passo, há de se conhecer esse Estado e quais os valores mais importantes segundo a sua ideologia política. Essa é a tarefa desse tópico, com especial atenção à fraternidade.

Defende-se aqui a idéia de que a efetivação dos direitos trabalhistas somente deixará de constituir apenas um argumento ideológico e será satisfatoriamente alcançada e capaz de modificar a realidade social, preservando a dignidade do trabalhador, se for norteadada pelo esquecido princípio da fraternidade.

É com essa intenção – de ressuscitar o valor da fraternidade, adotando-a como princípio constitucional – que se tenta colaborar com o “renascer da esperança (...). Esperança de conseguir recompor os agentes de transformação social num amplo bloco de solidariedade. Esperança fundada no agir, no nosso próprio fazer que se fazendo se completa com tantos outros fazeres. O fazer que soma”.⁸⁷

Mas, o que é a fraternidade?

A esse respeito, Marco Aquini⁸⁸ dispõe:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

⁸⁷ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Apresentação da obra **Trabalho e movimentos sociais**. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, xviii.

⁸⁸ AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 133.

O valor da fraternidade foi proclamado pela Revolução Francesa juntamente com os valores da liberdade e da igualdade. No desenrolar da história, esses dois últimos transformaram-se em relevantes valores jurídicos, declarados de forma explícita em muitas constituições modernas. E o que teria acontecido com o valor da fraternidade, cuja bandeira também se levantou? Seria possível falar de fraternidade como dever jurídico?

Fausto Gorla⁸⁹, professor de direito romano da Universidade de Turim, responde:

Os juristas romanos evocavam uma espécie de parentesco que liga todos os homens para justificar a proibição de armar ciladas aos outros (...) No entanto, eles não ligavam a isso obrigações de conteúdo positivo. Nos nossos dias, para dar ao quesito uma resposta afirmativa, poderíamos nos referir ao artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1º de dezembro de 1948.

De fato, a já mencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, base das constituições de vários países do mundo, entre os quais o Brasil, assim dispõe em seu artigo primeiro:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São todas dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (grifos acrescidos).

Vincenzo Buonuomo⁹⁰ bem explica que, percorrendo a Declaração Universal, em especial o artigo 29, é possível encontrar uma real indicação dos efeitos da fraternidade, que acompanham a dimensão individual de sua posse e o efetivo exercício dos Direitos Humanos com uma dimensão comunitária: “cada indivíduo tem deveres para com a comunidade, único lugar onde é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.”

A esse respeito, preleciona Daniel Sarmento⁹¹ que a perspectiva de que caberia a cada indivíduo perseguir egoisticamente os seus interesses privados, o que produziria como somatório geral o bem comum, gerou o esgarçamento dos

⁸⁹ GORLA, Fausto. *Riflessioni su fraternità e diritto*. Disponível em http://www.comunionediritto.org/index2.php?option=com_content&task=view&id=27&pop=1&page=0&Itemid=42, acesso em 02/05/2008. Tradução livre.

⁹⁰ BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. *In* **Direito & Fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais/Giovani Caso [et al]. São Paulo: LTr, 2008, p. 36.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 296.

laços sociais e provocou o sentimento geral de vazio existencial, “do indivíduo ‘sozinho na multidão’, ingredientes desta náusea, deste mal-estar na Modernidade que assola as sociedades capitalistas ocidentais”. E como resposta a esse quadro social *pós-moderno*, apresenta o renomado professor uma saída *mais moderna*, que é o resgate e o aprofundamento, a partir de uma perspectiva racional e republicana, de um dos pilares do ideário moderno: “a solidariedade, ou fraternidade⁹², tal como enunciada no lema dos revolucionários, parceiros da Modernidade.”⁹³

Retomando o caminho percorrido pela humanidade, constata-se que, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional da França em 1789, documento de transcendental importância na defesa dos direitos humanos, a sociedade iniciou a luta pela efetivação da trilogia da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, o que culminou, tempos depois, com a inserção, na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político, dos direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados, quais sejam, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

Nesse sentido preleciona Paulo Bonavides⁹⁴:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

No século seguinte à mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conquista da Revolução Francesa, priorizou-se a liberdade, o que levou à afirmação do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, determinante para a clássica concepção dos direitos fundamentais intitulados de primeira dimensão ou geração. Essa fase foi marcada pela afirmação dos direitos do

⁹² Importante observação é de ser feita quanto às palavras solidariedade x fraternidade utilizada como sinônimas. Explica-se que, antes da Revolução Francesa, a fraternidade era sentida como um valor, com significado de *solidariedade entre irmãos*, e que, após a revolução, foi sendo gradualmente substituída e simplificada para solidariedade. Para Vasak, os direitos de terceira geração são da *fraternidade*; já para Etienne-R Mbaya, eles são da *solidariedade*, *apud* BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 569. Alexandre de Moraes utiliza-os como sinônimos. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 59.

⁹³ SARMENTO, op. cit., p. 296.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 563.

indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa. Traduzem-se como faculdade e ostentam uma subjetividade, que é sua característica marcante, e se apresentam de cunho negativo, porquanto dirigidos a uma abstenção e não a uma ação positiva do Estado⁹⁵. Revela-se assim, nessa fase, a indiferença estatal às necessidades sociais, uma vez que o individualismo é a sua característica marcante.

O direito à liberdade, no entanto, não engloba só a liberdade física – traduzida no direito de ir, vir e permanecer – mas também várias outras modalidades, com outros significados, como a liberdade de pensamento, de expressão, de crença, de informação, de credo, de associação.

Ainda que o direito à liberdade tenha se consolidado no desenrolar do século XIX, percebe-se que, para ser de fato livre, é indispensável que o homem se encontre também livre da miséria, do analfabetismo, do subemprego, da subalimentação, da sub-moradia, mazelas próprias do capitalismo desumano, explorador da força de trabalho, a que foram conduzidos os homens pelo individualismo dos séculos anteriores.

Assim, o combate pela liberdade continua tanto para conservar as já conquistadas como, e principalmente, para assegurar a verdadeira liberdade a todos os povos.

No século passado, em uma tentativa de alcançar a real liberdade, exaltou-se a igualdade. Movimentos surgiram, especialmente em decorrência dos efeitos da Revolução Industrial, que se espalhou em todo o mundo e fez nascer o sindicalismo, como sinal da organização da classe trabalhadora. Inicia-se a luta pela igualdade entre homens e mulheres, brancos e negros, formando-se todo um ideário contra a discriminação por raça, sexo, cor, origem, credo, trabalho, o que levou à obtenção do reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado uma ação positiva na realização de justiça social. Entendeu-se o Estado Social de Direito como vocacionado a reduzir as contradições que a pujança do individualismo e da assimilação do liberalismo clássico pela teoria econômica geravam, “sendo para tanto conferidas competências e objetivos materiais, de forma a contribuir na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.”⁹⁶

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 53-55.

⁹⁶ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**, op. cit., p. 187.

A igualdade, nesse estágio do desenvolvimento, não é mais perante o Estado, mas por intermédio do Estado, que deve agir assegurando a igualdade e liberdade dos indivíduos: o Estado Social. Têm-se os denominados direitos de segunda geração, os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, que se caracterizam por outorgarem aos homens direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde educação, trabalho, direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho). Saliente-se, contudo, que, a exemplo da fase anterior, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual⁹⁷.

Pontua-se que foi no Estado Social de Direito que eclodiu a conflituosidade social em massa e tornou-se premente a regulação e a proteção dos direitos transindividuais.

E, tal como pela liberdade, permanece constante a luta pela manutenção da igualdade.

Agora, neste século, tem-se a defesa prioritária da fraternidade em um Estado Democrático de Direito, que assume novo papel, “comprometido constitucionalmente com a problemática social. O Estado se legitima com a participação popular na formação da vontade política, especialmente com a produção de garantias dos direitos fundamentais, e o Judiciário passa a ser Poder transformador da realidade social.”⁹⁸

Oportuna é a menção ao preâmbulo da Constituição da República, que acaba de completar vinte anos, confirmando a destinação do instituído Estado Democrático de Direito em uma sociedade *fraterna*:

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.⁹⁹

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 56.

⁹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

⁹⁹ Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

A dignidade do homem proclamada na Constituição da República não deve ser considerada apenas em uma perspectiva individualista, estática e de mão única, mas dinâmica, visando à realização da pessoa em comunidade, a sua participação com outras pessoas, num contexto relacional. Surgem os direitos de terceira geração que englobam o direito a um ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz.

À luz do pensamento de Hasso Hofmann e de Peter Häberle, informa Sarlet¹⁰⁰ que a dignidade deve ser compreendida sob a perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da *co-humanidade de cada indivíduo*, de tal forma que a consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade pode ser definida como uma espécie de *ponte-dogmática, ligando os indivíduos entre si*.

A fraternidade que se pretende difundir exprime igualdade de dignidade em todos os homens:

Faz-se premente que a solidariedade norteie as ações de governantes, empresários e das pessoas em geral. Neste novo século o foco da proteção dos direitos deve sair do âmbito individual e dirigir-se, definitivamente, ao coletivo. São direitos inerentes à pessoa humana; não considerada em si, mas como coletividade; o direito ao meio-ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. É necessário que tomemos consciência de que nossos direitos apenas nos serão assegurados de fato, quando estes forem também garantidos para todos os demais. Enfim, é o momento de se realizar o bem comum¹⁰¹.

Em idêntico sentido, coloca Jussara Maria Moreno Jacintho¹⁰²:

Inobstante esse seu atributo individual, não há como negar à dignidade da pessoa também uma natureza comunitariamente elaborada. Desse modo, ao tempo em que é individual, peculiar a cada um de nós, pode-se falar também em uma dignidade conjunta, social, justamente em razão de sermos todos iguais em dignidade e direitos, o que fatalmente nos obriga a exercer o direito à dignidade de forma inter-relacional, respeitando-nos na medida em que a igualdade torna-nos todos titulares de um mesmo direito. Não foi outro o entendimento preconizado pela Declaração Universal de Direitos de 1948.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.**, op. cit., p. 56.

¹⁰¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Liberdade, igualdade e fraternidade.** Disponível em <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea4.htm>, acesso em 02/05/2008.

¹⁰² JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana:** princípio constitucional, op. cit., p. 39.

Ensina Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰³ que foi necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a opções mais seguras, nas quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não pudessem ser mais ignorados. Por isso, esses princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos.

Em uma interessante abordagem, Salvador Morillas Gómez¹⁰⁴ concluiu que cada norma jurídica, ao impedir a lesão dos direitos alheios, contém, em si, o princípio da fraternidade e lista algumas normas que vão além do *neminem laedere* e impõem os direitos jurídicos, cuja observância tutela os sujeitos relacionados: princípio da boa-fé (dever de manter comportamentos corretos e leais nas relações, para além do estipulado pelas partes); proibição do abuso do direito (coíbe o exercício do direito anti-social); proibição de fraudar a lei (a empresa que considera algo como benefício para sua gestão, mas na realidade omite a finalidade de obter um benefício próprio, encobre a lesão dos direitos alheios – terceirização trabalhista). Especialmente nas relações de trabalho, ressalta o autor que prevalece a exigência de tutelar a parte mais fraca, em caso de conflito (princípios *in dubio pro operário*, da norma mais favorável, da condição mais favorável e da indisponibilidade dos direitos, entre outros) e, no trato entre o empregado e o empregador, torna-se evidente a fraternidade diante da obrigação mútua de cumprir os próprios deveres dentro dos princípios da boa-fé e da diligência, sendo que esses deveres ampliam-se nas relações entre os colegas de trabalho e, ainda, com a hierarquia da empresa.

Contudo, é certo que não se pode sustentar que a fraternidade seja o ponto focal das estruturas empresariais e do modo de sua atuação. Mas, será que não seria possível percorrer esse caminho?

Amy Uelmen¹⁰⁵, com amparo em “Uma teoria de Justiça”, de John Rawls, nos apresenta uma proposta:

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: valoração e reparação**, op. cit., p. 67.

¹⁰⁴ GÓMEZ, Salvador Morillas. Pistas de fraternidade na aplicação do Direito Empresarial. In **Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense**. Anais/Giovani Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 89-93.

¹⁰⁵ UELMEN, Amy, **Fraternidade como categoria jurídica no Direito empresarial: aplicações na common law norte americana**. In **Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense**. Anais/Giovani Caso [et al], São Paulo: LTr, 2008, p.77.

Rawls vê o princípio da diferença como um modo para ir além do mero sentimento e poder dar à fraternidade um espaço maior e universal nas teorias de justiça. Explica: 'A família, na sua concepção ideal e, muitas vezes, na prática, é um dos locais no qual o princípio de maximizar a soma das vantagens é rejeitado. Em geral, os membros de uma família não desejam ter alguma vantagem, a não ser que com isso promovam os interesses dos membros restantes'. Se levarmos isso em consideração, como conceito fundamental, poderá ter impacto profundo no modo de olhar para o Direito societário.

É importante deixar claro que não se defende a imposição do dever legal de cada indivíduo ser fraterno, até porque não há como atuar objetivamente no campo afetivo do ser humano; apenas se pretende que cada indivíduo se comporte como se o fosse ou o sentisse.

Sob esse enfoque, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰⁶ cita como exemplo de atitude fraterna, nas relações de trabalho, a concessão da gratificação natalina. Por um bom tempo, o patrão bondoso, generoso, solidário, voluntariamente concedia a seus empregados, além do salário, uma quantia a mais às vésperas do Natal. Com o passar do tempo, o legislador entendeu que não se deveria ir contra esse comportamento fraterno e, mais, ele deveria ser estendido a todos os empregados do país, instituindo, por lei, o pagamento do conhecido 13º salário. Isto é, tornou-se impositiva a atitude fraterna de o patrão agraciar seus empregados nas vésperas das festas natalícias, ainda que não mais exista esse sentimento ou desejo.

Nesse encadeamento de idéias, tem-se que o empregador que proclama aos quatro cantos a sua liberdade de contratar, de terceirizar ou de sublocar a força de trabalho humana, que invoca a igualdade de condições com empresários do mundo inteiro e que, por intermédio dessa suposta igualdade, consegue o direito de reduzir custos sacrificando o valor-trabalho, deve também se lembrar da fraternidade que o coíbe de possuir, em seu estabelecimento, trabalhadores em idênticas condições, mas auferindo diferentes salários, simplesmente porque alguns deles são "terceirizados"¹⁰⁷. É o princípio da fraternidade que também não o deixará esquecer de conferir tratamento digno a todos os seres humanos, sejam eles seus companheiros de negócio, sejam eles seus empregados. Será, pois, a fraternidade

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: valoração e reparação, op. cit. p. 69.

¹⁰⁷ "terceirização é uma forma de organização empresarial que visa a descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal, conforme MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 122.

que fixará o ponto de harmonia entre a liberdade e a igualdade, uma vez que constitui um dos objetivos deste Estado Democrático de Direito, consoante está expresso no artigo 3º, I, da Constituição da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Assim, o que se propõe é o exercício da fraternidade por todas as pessoas humanas, inclusive no campo do direito, adotando-a como princípio norteador do Direito e do Processo do Trabalho, se realmente se quiser diminuir os conflitos sociais trabalhistas e tornar efetivo o veto à violação da dignidade do homem, à sua utilização como mero objeto a serviço de outrem¹⁰⁸. É a vida em “elevadas condições de dignidade¹⁰⁹”.

Trata-se de uma utopia?

Acredita-se que não, mas, se a resposta é negativa ou positiva, nada importa, afinal, o que seria desse mundo e dos homens sem a utopia, que é a força que nos impulsiona à luta, a trilhar novos caminhos e a criar novas regras de convivência social? A liberdade e a igualdade também não foram, um dia, grandes utopias?

João Baptista Herkenhoff¹¹⁰, militante de Direitos Humanos no Brasil, diz que é justamente “esta concepção de ‘utopia como motor propulsor do Direito’” o que tem aguçado a sua reflexão nos últimos tempos.

Retomando a trilha, cabe lembrar, ainda, que o princípio da fraternidade atua também promovendo a efetividade jurisdicional e, nesse aspecto, ele já é uma realidade jurídica; não simples utopia, pois.

Em recente mesa-redonda, cujo tema foi *Desafios e Possibilidades para a Efetividade da Jurisdição Trabalhista*, a terceira do 5º Curso de Formação Inicial da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho

¹⁰⁸ É importante notar que empresas brasileiras caminham, ainda que lentamente, na adoção de políticas que permitam aos seus funcionários conciliar trabalho e vida familiar. Benefícios como a flexibilidade de horários, trabalho à distância e licença-maternidade além do que determina a lei são concedidos por 34% das grandes empresas no País, conforme estudo da Escola de Negócios da Universidade de Navarra (IESE- Espanha), realizado pela primeira vez em cem empresas do Brasil, sendo sessenta e sete de grande porte e trinta e três médias e pequenas. O estudo revelou que há diferenças significativas no modo como as empresas pequenas atuam, sendo que as de menor porte, onde há mais proximidade no ambiente de trabalho, tendem a ter atitudes mais fraternas em prol dos funcionários. Conforme Notícias Diversas. TRT da 3ª Região – Diretoria Judiciária. Subsecretaria de divulgação. Ano VI, n. 140, 03/09/2008.

¹⁰⁹ A expressão é de Gabriela Delgado Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *In Trabalhos e movimentos sociais*, op. cit., p. 63.

¹¹⁰ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**: gênese dos direitos humanos, V. 1, Guarulhos/SO: Acadêmica, 1994, p. 31.

(Enamat)¹¹¹, Mônica Sette Lopes relatou várias experiências práticas para combater a litigiosidade “com inteligência”. Para ela, é importante ressaltar a força que um juiz tem quando é sereno nas audiências, evitando acirrar ainda mais os conflitos e promovendo conciliações. Outro ponto por ela lembrado foi a cordialidade com os advogados. Trata-se da prática da fraternidade, promovendo a dignidade de todos, não só do empregado, mas também do empregador, dos advogados e da própria Justiça que, assim, apresenta-se célere e eficaz na entrega da prestação jurisdicional e na consequente efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ao tratar do processo eletrônico, o ilustre Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior enfatiza que, hodiernamente, o sentido de justiça é “eminentemente coletivo, solidário e cooperativo”:

O juiz solipsista, que desconecta os autos do mundo, que não interage com as partes e com o contexto sócio-cultural, tem cada vez mais dificuldade de atuar com adequação social. A sentença não é mais um sentimento isolado, fruto de uma racionalidade jurídica particular, de uma justiça individual. O sentimento contemporâneo de justiça é eminentemente coletivo, solidário e cooperativo.¹¹²

Atitude fraterna teria também aquele trabalhador que, ciente do habitual descumprimento dos direitos trabalhistas por seu empregador, antes de acionar uma ação individual trabalhista, se dirigisse a uma entidade legitimada a ajuizar ação coletiva e, então, por intermédio dela, pleiteasse não só o pagamento das verbas inadimplidas, mas, também, que a empresa fosse coibida de continuar aviltando a dignidade daqueles que lhe entregam a força viva de trabalho, ante a prática de não satisfazer os seus direitos fundamentais trabalhistas.

Trata-se de perceber que os direitos estabelecidos somente serão plenamente satisfeitos quando cada pessoa se conscientizar também de suas obrigações para com o outro. Não é demasiado aqui reprisar umas das máximas de Kant: “age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca como um meio”.

¹¹¹ Conforme Notícias Diversas. TRT da 3ª Região. Diretoria Judiciária. Subsecretaria de divulgação. Ano VI, n. 70, de 14/05/2008.

¹¹² JÚNIOR CHAVES, José Eduardo de Resende. **O juiz e a conectividade**: os autos e o mundo virtual. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=52>, acesso em 29.08.2008.

Nas sempre oportunas palavras de Enoque Ribeiro dos Santos¹¹³, se os atores sociais – trabalhadores, empresas e sindicatos – pautarem suas relações sob o primado da solidariedade, da cooperação e dos princípios fraternos da dignidade humana, a sociedade estará apta a desenvolver uma legislação trabalhista, nacional e supranacional equânime, sem quaisquer favorecimentos egoísticos, que atente para uma verdadeira ética em suas relações.

Dessa forma, os empresários de hoje estariam retomando o capitalismo em seu sentido espiritual, nos preceitos da ética de Max Weber, quando asseverava:

... a conduta moral do homem médio foi, assim, despojada de seu caráter não-planejado e assistemático, e sujeita, como um todo, a um método consciente. Em tal sistema de crenças, o lucro foi entendido como frutificação do trabalho, sinal da predestinação à salvação, desde que não utilizado como usura, (...) o que resultou na prática um estímulo para a reaplicação do excedente na produção. Tudo o que o trabalho, considerado em si mesmo vocacional, gera é sinal de aprovação divina, que deve ser novamente aplicado ao ciclo de produção para gerar mais trabalho, mais lucro, mais sinais de graça. Nesse ponto, a ética religiosa protestante, que fazia parte de todos os momentos da vida do crente, toca no espírito do capitalismo, o impulso para a empresa racional, metódica e permanente, e pode ser entendida como sua “causa, não a única, por certo.”¹¹⁴

2.4. Acesso à justiça

“não adianta simplesmente proclamar que o direito de ação não pode ser inviabilizado por questões sociais. Na verdade, o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF).”

Luiz Guilherme Marinoni

Toda a explanação até aqui desenvolvida objetivou demonstrar que o problema do Direito do Trabalho no Brasil é, primordialmente, de ausência de

¹¹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. In **Direito Coletivo Moderno**: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público. Enoque Ribeiro dos Santos coordenador. São Paulo: LTr, 2006, p. 17.

¹¹⁴ WEBER, Max. *Apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. In **Direito Coletivo Moderno**: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público, op. cit, p. 18.

efetividade, isto é, malgrado a existência de um ordenamento justralhista em vigor, não há sua satisfação espontânea por parte do tomador dos serviços.

Assim, alternativa não há senão buscar o cumprimento forçado dos direitos trabalhistas, que deve ocorrer por intermédio do Poder Judiciário¹¹⁵.

De fato, na lição sempre elucidativa de Márcio Túlio Viana¹¹⁶,

No início, quem sofria um dano se vingava – agindo pelas próprias mãos. Mais tarde, o Estado tirou dos homens esse poder, dando-lhes em troca um novo direito – de ação. É ela, portando, o ‘substitutivo civilizado da vingança privada’.

Daí a importância do estudo daquilo que os doutrinadores intitulam “acesso à justiça”. Essa expressão, tão em voga nos últimos tempos, cria, na mente dos cidadãos, uma série de outros termos que, para eles, podem ser equivalentes: direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação judicial; acesso à composição de litígios pela via judicial; justiça social, dentre outros.

Conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁷, a expressão é mesmo de difícil definição, mas serve para estabelecer dois propósitos básicos do sistema jurídico: primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Em uma construção dogmática atual, Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹⁸ coloca que, no sentido integral¹¹⁹, acesso à justiça assume caráter mais consentâneo com a teoria dos direitos fundamentais e com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. Invocando o escólio de Antônio Herman Benjamim¹²⁰, o autor coloca que o acesso à justiça deve ser compreendido como

¹¹⁵ O Estado, em regra, coíbe a autotutela e, por isso, através da jurisdição, soluciona soberanamente (embora não exclusivamente) as lides, buscando alcançar a paz da sociedade. Reconhecem-se outros meios (hetero e autocompositivos) de solução dos conflitos além da jurisdição, como a arbitragem, a mediação, a conciliação.

¹¹⁶ VIANA, Márcio Túlio. O acesso à justiça e a nova prescrição do rurícola. *In Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 31, n. 61, p. 93-106, jan/junho.2000.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 08.

¹¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 150.

¹¹⁹ Explica o mencionado autor que o problema do acesso à justiça pode ser compreendido no sentido *universal*, que transmuda de uma concepção unidimensional, calcada no formalismo jurídico, para uma concepção tridimensional do direito, que leva em conta os fatos e os valores que o permeia. Além desse sentido, o acesso à justiça pode também ser compreendido nos sentidos *geral* – como sinônimo de justiça social – *restrito* – usada no aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional – e no sentido *integral*. Conforme LEITE, op. cit., p. 148-150.

¹²⁰ BENJAMIM. Antônio Herman. *Apud* LEITE, op. cit., 2008, p. 150.

acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente conhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso aos mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente, a exercê-los, mediante superação das barreiras objetivas e subjetivas (...).

E, realmente, dependendo do momento histórico e da acepção em que se faz a compreensão, “acesso à justiça” pode mesmo significar tudo isso.

Consoante já se expôs em tópico anterior, na época do Estado Liberal – indiferente que era às distintas necessidades sociais –, o direito de estar em juízo, ou direito de ação, era entendido apenas como um direito formal. As reais dificuldades dos indivíduos para se defenderem em juízo não penetravam no campo das preocupações doutrinárias do Direito Processual. Portanto, somente poderia exercer o direito de ação quem pudesse suportar os custos de uma demanda¹²¹.

Após a Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que o modelo liberal clássico, assentado no binômio indivíduo-Estado, não mais atendia às efetivas necessidades para a resolução dos litígios sociais, iniciando-se a busca pelo efetivo acesso à justiça. Começa-se a traçar as bases para o Estado Social, em que surgem as demandas coletivas por direitos, levando à concessão de novos direitos a grupos sociais - consumidores, empregados e, mesmo, cidadãos, dentre outros. Assim, o direito ao acesso efetivo foi progressivamente reconhecido como de suma importância para a satisfação dos novos direitos individuais e sociais reconhecidos.

O movimento mundial em prol do acesso à justiça fomentou-se com a publicação, em 1988, da clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth – “Acesso à Justiça” –, que surgiu como consequência de uma pesquisa denominada “Projeto de Florença”¹²² e teve como foco o estudo comparativo do acesso à justiça no mundo. Dada a sua importância, nesta parte da pesquisa, dedica-se ao resgate

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184.

¹²² “A cidade de Florença também vincula-se à questão do acesso à Justiça por episódio ocorrido no século XVI, e narrado por José Saramago: um agricultor anônimo, ao perder uma causa em que reivindicava suas terras usurpadas por um poderoso do local, fez tocar os sinos da igreja em dobre de finados. Ao ser indagado pela população local sobre quem havia morrido, respondeu: “Toquei a finados pela Justiça, porque a Justiça era morta” (José Saramago, texto apresentado ao Fórum Social Mundial de 2002, Porte Alegre)” *apud* ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Ação Civil Pública e acesso à justiça**. In **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85**. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (Orgs). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 178.

do Projeto de Florença, em seus principais pontos, sem esgotá-lo, obviamente, em face do objeto deste estudo. Após, será realizada uma atividade comparativa entre as constatações apuradas por Cappelletti e Garth e o atual “Acesso à Justiça do Trabalho”.

Nos idos de 1975, Cappelletti e outros professores ingleses e norte-americanos iniciaram a publicação de uma série de trabalhos de direito comparado, relacionados com o “Projeto de Florença”, o qual se encontrava inserido em uma sequência de estudos iniciados nos Estados Unidos e na Inglaterra em 1968, todos com foco no “acesso à justiça” e na efetividade da atividade jurisdicional. No ano de 1978, publicou-se um relatório do Projeto de Florença, que foi redigido pelos professores Cappelletti e Garth¹²³, o qual evidencia que o foco principal dos estudos girou em torno do acesso em condições iguais para os jurisdicionados, interessando-se de forma secundária pelos resultados justos. A premissa básica do trabalho é de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo à Justiça.¹²⁴

A efetividade do acesso à justiça passou a ser compreendida como “a completa igualdade de armas”, que seria a garantia de que a decisão final dependeria apenas dos méritos jurídicos de cada litigante, sem relação com diferenças que fossem estranhas ao direito, mas que afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, conquanto inatingível, serviu de referencial na busca da identificação dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça e da averiguação da possibilidade de sua superação. Entre os principais empecilhos identificados, pelo Projeto de Florença, encontram-se as custas judiciais – que abarca a problemática das causas de pequeno valor e a duração do processo –, as possibilidades distintas das partes e os problemas especiais dos interesses difusos. Como soluções a esses problemas judiciais, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentaram um programa, para ser vencido de forma gradual e por etapas, em uma tentativa de melhorar o acesso à justiça. A esse movimento que envolveu todo o mundo, eles atribuíram o nome de ondas de acesso à justiça, quais sejam: a

¹²³ BERNARDO, Gonçalves Fernandes. PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e (m) crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 92.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à justiça**, op. cit., p. 08.

assistência judiciária; a representação jurídica para interesses “difusos” e a terceira, que se chamou “enfoque de acesso à justiça”¹²⁵.

A primeira delas é a Assistência Judiciária para os pobres, em que o Estado passa a agir para corrigir a desigualdade econômica, ofertando a justiça gratuita, com a isenção de custas, e promovendo a defensoria pública.

Na seara trabalhista, a necessidade de garantir o acesso do empregado hipossuficiente à justiça decorre da própria relação de emprego que, originariamente, firma-se entre duas partes desiguais – uma, o dono do capital e a outra, que nada mais possui senão a força de trabalho que oferta.

Por isso, no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 791, prevê o *jus postulandi*¹²⁶ ou a capacidade postulatória, que é a possibilidade da própria parte “reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final” ou poderá o trabalhador contar com a assistência judiciária conferida por seu sindicato profissional (artigo 14 da Lei n. 5.584/70). Há também a previsão da justiça gratuita¹²⁷, que isenta o trabalhador legalmente pobre¹²⁸ de suportar as despesas processuais, como as custas e os honorários periciais, conforme Lei n. 1.060/50, artigo 14 da Lei n. 5.584/70, artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República de 1988 e artigos 790 § 3º e 790-B, ambos da CLT, com modificações e acréscimos inseridos pela Lei n. 10.537/2002.

Nesse contexto, não é válido afirmar que o custo do processo constitua óbice ao acesso à Justiça do Trabalho, conquanto não se possa negar que os custos das causas de pequena monta possam ultrapassar o valor do próprio processo do trabalho¹²⁹, o que torna sem sentido a atuação jurisdicional, mormente nas ações

¹²⁵ Ibidem, p. 09-30.

¹²⁶ Em face da notória dificuldade, senão impossibilidade de, na maioria das vezes, o próprio trabalhador atuar, em juízo, com presteza e com a devida técnica processual, o que o torna ainda mais frágil diante do empregador, sugere-se sejam os atermadores da Justiça do Trabalho alçados à categoria de defensores públicos, condição que os legitimará, inclusive, para o ajuizamento de ação civil pública, consoante prescreve o artigo 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública, cumprindo, assim, a promessa prescrita no artigo 134 da Constituição da República.

¹²⁷ O instituto da justiça gratuita não se confunde com o da assistência judiciária. No primeiro, a benesse é concedida aos economicamente insuficientes, permitindo-lhes o uso da máquina estatal sem ônus e, no segundo, a parte é assistida pelo sindicato de sua categoria profissional.

¹²⁸ Para comprovação da miserabilidade legal, basta a declaração do próprio interessado, de próprio punho ou por intermédio de procurador bastante, a teor do artigo 1º da Lei n. 7.115/83 e do artigo 4º da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.510/86.

¹²⁹ “A ação trabalhista em curso na Justiça do Trabalho, segundo avaliação da administração federal de custos públicos, tem previsão média de R\$300,00/mês, isto englobando todos os itens materiais, deixando de fora o custo de pessoal (servidores e magistrados) (...). Com 15,5 milhões de ações acumuladas e a demanda de 2,3 milhões de novas ações a cada ano a JT, é a justiça de maior custo material para a União, e um dos mais altos do mundo”, conforme Roberto Monteiro Pinho, **Custo do**

exclusivamente ressarcitórias. Também não há como olvidar que a duração do processo trabalhista, sobretudo na fase da execução forçada¹³⁰, acaba por pressionar os economicamente fracos a aceitar acordos por valores inferiores àqueles a que teriam direito. Afinal, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado”.¹³¹

E mais: a distinção entre os litigantes não é somente econômica, estendendo-se para a esfera do conhecimento, do poder, enfim, do domínio da relação jurídica material e processual.

Como bem coloca Márcio Túlio Viana¹³²:

não é só no plano do acordo e do dinheiro que a disparidade de forças se faz presente. Ela está no advogado mais experiente do patrão, nos símbolos que o empregado não decodifica, na diferença entre as testemunhas de um e de outro e em muitos outros fatores – que acabam criando um verdadeiro rito paralelo, inteiramente desregulado, que permeia o processo formal e pode acabar influenciando na sentença do juiz.

A segunda onda é a coletivização do processo, que se iniciou com o objetivo de proporcionar a defesa de direitos difusos, uma vez que a concepção tradicional e individualista do processo civil inviabilizava a proteção desses direitos, o que provocou a remodelação de vários conceitos e institutos, como a legitimidade ativa¹³³ – para possibilitar a presença, em juízo, de grupos, de entidades e de

processo trabalhista é exorbitante (<http://www.tribuna.inf.br/anteriores/2008/agosto/09-10/coluna.asp?coluna=justica>, acesso em 06/10/2008. Em palestra proferida no TRT 3ª Região no dia 25/09/2008 – A Efetividade da Execução no Processo do Trabalho - a aplicação da CLT, do CPC e da Lei de Executivos Fiscais –, Antônio Álvares da Silva informou que cada processo custa, em média, cerca de R\$4.600,00 aos cofres da União.

¹³⁰ Antônio Álvares da Silva, em palestra proferida no TRT 3ª Região no dia 25/09/2008, intitulada A efetividade da execução no processo do trabalho - a aplicação da CLT, do CPC e da Lei de Executivos Fiscais, apresentou perspicaz sugestão para sanar o problema da execução trabalhista: implementar o “Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”, previsto no § 5. do artigo 130-A da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que consiste, basicamente, no cumprimento da sentença procedente de primeiro grau, tão logo proferida, com recursos do fundo e cobrar posteriormente do réu para reposição. Se houver reforma em segundo grau, o que, segundo ele, constitui exceção, o fundo assume o risco.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 185.

¹³² VIANA, Márcio Túlio. **Os paradoxos da prescrição**: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *In* Direito do Trabalho e trabalho sem direitos. Márcio Túlio Viana [et. al]. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 324.

¹³³ A legitimidade *ad causam* e o instituto da coisa julgada são analisados no capítulo 3, itens 3.5.1 e 3.5.2, respectivamente.

instituições na defesa de direitos difusos –, o interesse de agir, a litispendência, a coisa julgada - considerando a total inadequação de seu regramento estabelecido pelo processo civil ortodoxo liberal-individualista, uma vez que de nada adiantaria permitir o ajuizamento da ação se não fosse possível beneficiar pessoas que não participassem da relação processual –, a citação, o “direito de ser ouvido”, dentre outros. Trata-se da incorporação da concepção social e coletiva à visão individual do devido processo judicial¹³⁴.

Trazendo essa etapa para a realidade brasileira, apura-se que a defesa dos interesses metaindividuais em solo pátrio teve seu marco inicial na Constituição de 1934¹³⁵, que tentou firmar uma estrutura democrática-social mais atinente às expectativas do povo, instituindo a Ação Popular, em seu artigo 113, item 39, *verbis*: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Todavia, o instrumento foi suprimido pela Carta de 1937 e novamente inserido na Constituição democrática de 1946. Mas foi somente em 1965, com a edição da Lei n. 4.717/65, que essa modalidade de proteção de interesses metaindividuais adquiriu amplitude e solidez.

Precursora no tratamento de direitos coletivos (individuais homogêneos) foi a própria Consolidação das Leis do Trabalho que, em seu artigo 195, parágrafo 2º, autorizava a postulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade por intermédio do sindicato de classe¹³⁶. Infere-se, ainda, da CLT, o dissídio coletivo que, embora não se trate propriamente de proteção a direitos metaindividuais, não deixa de caracterizar uma forma coletiva de atuar em juízo. E, ainda, a ação de cumprimento, quando a entidade sindical pode postular, em juízo, a satisfação de direitos assegurados em sentenças normativas, conforme parágrafo único do artigo 872 consolidado, malgrado necessidade da outorga, pelos substituídos, de poderes expressos ao sindicato.

Não obstante a existência da ação popular, era preciso uma via mais eficaz e, graças à reunião dos esforços intelectivos de José Carlos Barbosa Moreira, Ada

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à justiça**, op. cit., p. 51.

¹³⁵ A Constituição de 1934 institucionalizou, também, a garantia da assistência jurídica aos necessitados, conforme artigo 113, item 32, *verbis*: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm), acesso em 06/10/2008.

¹³⁶ FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista: teoria geral**. 2. ed, São Paulo: LTr, 2008, p. 79.

Pelegri Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, entre outros, foi sancionada a Lei n. 7.347/85, aclamando a Ação Civil Pública como instrumento protetivo dos direitos coletivos (artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública)¹³⁷.

A Constituição de 1988 consagrou a ação civil pública ao enumerá-la como instrumento a ser promovido pelo Ministério Público do Trabalho, em sua função institucional, “para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (artigo 128, incisos I e III, da Constituição da República). Houve a constitucionalização, também, do mandado de segurança coletivo, além da outorga de legitimação processual às associações para atuarem em juízo na defesa de seus associados (artigo 5º, incisos LXX e XXI) e ao sindicato (artigo 8º, inciso III). Cerca de um ano depois, em 24/10/1989, promulgou-se a Lei n. 7.853, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência. Em 1990, com a edição da Lei n. 8.069, de 13 de julho, a tutela coletiva alcançou os interesses e direitos das crianças e adolescentes.

No caminho da ampliação de instrumentos para a proteção dos interesses metaindividuais, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.079/90) que, procurando modernizar a LACP, reservou alguns de seus artigos – do 110 ao 117, pelo menos – para modificá-la (estendeu-se a incidência da LACP a todo interesse difuso e coletivo) e colocá-la no mesmo patamar de tutela jurisdicional coletiva em que ele se encontra. Outra renovação da LACP ocorreu em 1994, com a edição da Lei Antitruste, n. 8.884, que acrescentou o inciso V ao seu artigo 1º, reconhecendo expressamente o cabimento de ações coletivas de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e, posteriormente, da economia popular (Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

No ano de 2003 surge o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741), prevendo a atuação do Ministério Público para a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos próprios do idoso (artigo 79, parágrafo único).

Consoante se verifica, o Brasil possui um sistema normativo avançado de tutela processual dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que assume posição de destaque, figurando como um dos mais modernos do mundo, malgrado a sua tímida utilização na esfera do processo do trabalho.

¹³⁷ FILARDI, Hugo. **Ação civil pública e acesso à justiça**. Revista de Processo, n. 134, abril/2006, p. 29.

Por fim, a terceira onda – “enfoque de acesso à justiça” – consiste justamente em uma combinação entre as duas ondas anteriores e almeja uma ampla e irrestrita reforma de todo o aparelho judicial, em busca da efetividade da atividade jurisdicional.

A preocupação fundamental é cada vez mais com a justiça social, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns (...).

Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto como autores quanto como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos, bem como jurídicos. Ele deve ter, ademais, a capacidade de lidar com litígios que envolvam relacionamentos permanentes e complexos, como entre locadores e locatários [ou empregados e empregadores]. Essas características como se verá, emergem nas formas procedimentais especializadas mais promissoras...¹³⁸

É dentro desse terceiro estágio que se observa o aprimoramento das normas processuais, voltado à economia e à celeridade processuais, à multiplicidade de vias de acesso à justiça e, principalmente, à maior efetividade da tutela jurisdicional.

No ordenamento processual brasileiro, ocorre a ampla reforma do Código de Processo Civil, com o afã de eliminar entraves procedimentais: antecipação de tutela, a previsão da tutela inibitória, ampliação do rol de títulos executivos, criação da ação monitória, racionalização do procedimento sumário e a instituição do procedimento sumaríssimo a cargos dos juizados especiais de pequenas causas, onde não há custas e a presença do advogado é dispensável, processo sincrético, dentre outras, conforme as Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.953/94, 9.079/95, 9.139/95, 9.245/95, 9.099/95, 9.756/98, 9.868/98, 9.882/99, 10.352/01, 10.358/01, 10.442/02, 11.112/05, 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.419/06 e 11.441/07, além da denominada “Reforma do Judiciário” instituída pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Verificam-se também inovações no campo do processo do trabalho com os mesmos escopos, como, entre várias outras, a instituição do procedimento sumaríssimo, o reconhecimento de novos títulos executivos extrajudiciais, a ampliação da competência trabalhista, na esteira das Leis 9.957/00, 9.958/00, 10.035/00 e 10.208/01. Além da revisão das Súmulas do TST em abril/1995, com a observação, ainda, da incidência subsidiária da legislação processual comum no

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à justiça.**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 93.

processo trabalhista, possibilitando a aplicação, na esfera laboral, das profundas e importantes reformas processuais acima apontadas.

Nesse contexto, conclui-se que o direito pátrio avançou consideravelmente no movimento de acesso à justiça, superando até mesmo a proposta inicial do Projeto de Florença, em sintonia com a observação de Humberto Theodoro Júnior:

Nesses 20 anos que se seguiram ao Relatório do Projeto de Florença, constatamos, para honra e satisfação nossa, que o direito positivo brasileiro tem caminhado na frente, quase superando até mesmo os países do Primeiro Mundo, no rompimento daquelas barreiras ao acesso à justiça já arrolados. E o tem feito de maneira a adotar as soluções mais avançadas que a doutrina de Cappelletti preconizava¹³⁹.

Não se adere, completamente, à conclusão do mencionado processualista de que “o grande problema encontra-se no aparelhamento do judiciário e nas superadas e caóticas rotinas de trabalho”¹⁴⁰, ao menos quanto ao processo do trabalho. Humberto Theodoro Júnior faz uma crítica à não-observação dos prazos, à procrastinação dos atos processuais, enfim, ao despreparo funcional ou ao verdadeiro desconhecimento do espírito objetivo do direito processual vigente.

Na jurisdição trabalhista, ao contrário, o tempo destinado à prática de atos processuais pelos servidores e pelo magistrado é, em regra, exíguo e há um comprometimento de cada um deles pela entrega da melhor prestação jurisdicional. Essa preocupação é também o foco das Escolas Judiciais dos Tribunais que, regularmente, oferecem cursos de capacitação aos servidores e de aprimoramento aos membros da magistratura. Aliás, a formação dos magistrados constou da pauta da reforma do judiciário inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que, alterando o artigo 93 da CRF, estabeleceu, em seu inciso II, como critério objetivo de aferição do merecimento, para fins de promoção do magistrado, e também de vitaliciamento a freqüência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento, bem assim impôs a impossibilidade de promoção do juiz, ante a existência de autos em seu poder, sem a prática do ato processual necessário.

De outro tanto, se não há como negar existência de um estrangulamento específico da fase da execução, também não se pode atribuir a culpa, pela postergação da entrega do bem da vida ao exequente, unicamente ao despreparo

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Apud* BERNARDO, Gonçalves Fernandes. PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e (m) crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 128.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 131.

dos servidores ou aos magistrados. Com o se demonstrou, há uma preocupação com a formação intelectual desses profissionais. O problema é toda uma cultura processual ainda ligada aos princípios e valores do liberalismo que lhes é repassada. Falta a conscientização dos objetivos do processo e de que a prestação jurisdicional deve se realizar de modo a concretizar o direito material e a verdadeiramente modificar a realidade social.

Tal como sentiu Barbosa Moreira,

de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lança à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista. E, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter... O processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo¹⁴¹.

Outro ponto importante a ser ressaltado é a informatização do processo que se encontra em andamento (Lei n. 11.280/96) e que certamente acelerará a prestação jurisdicional, principalmente quanto “aos tempos mortos” e “etapas mortas” da marcha procedimental em juízo¹⁴² e que são mencionados por Humberto Theodoro Júnior como causa da demora excessiva da prestação jurisdicional.

Diante de todo o exposto, uma vez mais constata-se que se tem, neste país, um regramento processual capaz de produzir bons resultados na tutela dos direitos fundamentais trabalhistas. Mas não é o bastante. Exigem-se medidas práticas na busca da efetivação desses direitos. Urge sejam tomadas providências concretas a impor aos tomadores de serviços a observância da legislação trabalhista, bem assim que se elimine ou se corrija, de forma específica, os efeitos concretos nocivos e em massa produzidos pelos atos patronais, no campo da realidade.

¹⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a cultura da transgressão. Revista jurídica, v. 267, p. 12 jan/2000, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de processo**, ano 30, n. 125, julho de 2005. p.

¹⁴²“As novas tecnologias causaram grande impacto na redução do tempo médio de tramitação dos processos entre as datas de distribuição e sua sentença, conforme relatórios de atividades elaborados pelas Coordenadorias dos Juizados Especiais Federais. Confirmam-se os dados do TRF da 4ª Região, MS nº. 2004.04.01.036333-0/RS: Justiça comum 719,87 dias; Juizado com tramitação exclusiva no papel 206,62 dias; Juizados mistos – processos de papel e virtuais 104,33 dias; Juizados exclusivamente virtuais 47,67 dias”, conforme ATHIAS, Yeda Monteiro. *As novas tecnologias e os impactos na atividade do magistrado*. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/50935/direito-eletronico-juiza-publica-artigo>, acesso em 07/10/2008.

E tudo isso porque o verdadeiro óbice ao acesso à Justiça do Trabalho é, paradoxalmente, a existência e a continuidade do próprio contrato de emprego. Afinal, o patrão é o devedor e “se o emprego, para o empregado, é a própria vida, é claro que ele não pode correr riscos, exigindo com firmeza que a lei seja cumprida”¹⁴³. Por isso, enquanto vigente o vínculo, dificilmente ele procurará a Justiça.

Então, é legítimo concluir que o trabalhador, além de freqüentemente não se beneficiar dos direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico, porquanto não cumpridos voluntariamente pelos obrigados a tanto, encontra-se também desprovido de um direito básico em um Estado Democrático de Direito, que é o acesso à justiça.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁴ explica: o direito de acesso à justiça é “um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos”. Em poucas palavras, o trabalhador tem muitos direitos materiais, mas não tem meios processuais para alcançá-los.

A primeira sugestão para enfrentar esse problema, considerando todo o estudo até este tópico e, principalmente, levando em conta a freqüente existência de lesões reiteradas e em massa, é a coletivização da tutela trabalhista como regra, questão objeto de estudo do capítulo seguinte. Para o sucesso dessa medida, deve-se contar, sobretudo, com a colaboração dos próprios trabalhadores, das entidades sindicais que os representam, dos legitimados à ação civil pública¹⁴⁵, bem assim de todos os operadores do direito.

Nas sempre apropriadas palavras de José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁶:

O reconhecimento de interesses coletivos e difusos implica necessariamente o de deveres que recaem sobre cada um de nós em face dos outros membros da comunidade. Se não nos prontificamos a fazer o que nos toca para preservar os bens e valores que pertencem a todos, ou a

¹⁴³VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *In* **Direito do trabalho e trabalho sem direitos**, op. cit., 324.

¹⁴⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo, Curso de processo civil**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 461.

¹⁴⁵Nos termos do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), “Têm legitimidade para propor a ação principal e a cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V- a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, b) inclua, entre suas finalidade institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

¹⁴⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 11, maio-junho/2001, p. 3.

muitos, falece-nos autoridade moral para cobrar de órgãos públicos, inclusive dos judiciais, desempenho mais prestante.

É importante deixar claro, porém, que o direito de acesso à justiça não se resume à superação dos entraves econômicos e sociais que impedem ou dificultam esse acesso. Isso porque esse direito fundamental possui várias facetas que vão além de meramente permitir que o indivíduo lesado ou com ameaça de lesão peça tutela jurisdicional (o clássico direito de ação). O objetivo é o acesso real e efetivo ao direito prometido, ou seja, ao bem da vida objeto da norma de direito material a ser aplicada.

E nesse aspecto, de uma maneira geral, as prestações jurisdicionais trabalhistas não tutelam efetivamente o direito do trabalhador, uma vez que a maioria das ações termina com uma sentença condenatória (ou constitutiva e declaratória) e, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁷, “não há como entender a condenação como tutela, mas apenas como um meio técnico processual destinado a viabilizar a satisfação, ou seja, a tutela ressarcitória”¹⁴⁸.

Ainda mais, fica esquecido que o crédito trabalhista é de natureza alimentar, ou seja, necessário à manutenção da própria vida daquele que vive apenas da própria força do seu trabalho, bem assim que várias normas justralhistas visam à preservação da higidez física e mental do prestador de serviço, tais como aquelas que colocam limite na jornada de trabalho, que regulamentam os intervalos inter e intrajornada, os descansos semanais e anuais, para o quê a tutela ressarcitória revela-se absolutamente inadequada.

Note-se que é justamente a efetivação das normas justralhistas que assegura aos trabalhadores um patamar mínimo existencial, proporcionando-lhes um trabalho digno. Logo, o reiterado descumprimento dessas normas pelos tomadores de serviço, com o posterior ressarcimento pecuniário de algumas parcelas, quase sempre de forma parcial, não pode mais ser tolerado em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade do homem e na valorização do trabalho, sob pena de transformar os direitos garantidos, inclusive constitucionalmente, em meras declarações políticas, sem conteúdo ou função social. Não se pode ignorar essa realidade social.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo, Curso de processo civil.** v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 299.

¹⁴⁸ A respeito, verifique-se capítulo 4, item 4.1

De fato, o ressarcimento em pecúnia não se amolda à tutela jurisdicional dos direitos prometida e norteada pelos valores do Estado proclamados na vigente Constituição da República¹⁴⁹. O dever estatal de proteger os direitos, em especial os direitos fundamentais, evidencia a preocupação com a garantia dos direitos diante das diferentes necessidades no plano do direito material. Trata-se de preservar, por exemplo, a integridade do meio ambiente, dos direitos do consumidor, do direito à saúde, do direito à educação, de vários direitos trabalhistas. “Na verdade, tais direitos têm uma natureza que não admite a sua transformação em dinheiro. Bem por isso exigem a proteção jurisdicional na forma específica e não a tutela ressarcitória pelo equivalente”¹⁵⁰.

Em face dessa constatação, coloca-se, para a superação da problemática apresentada – ausência de efetivo acesso à justiça e ao direito do trabalho pelos trabalhadores – que a tutela ordinária e principal de solução de conflitos trabalhistas seja, além de coletiva, também específica e inibitória, no modo delineado pelos artigos 84 do CDC e 461 do CPC, porquanto capaz de impedir ou de fazer cessar a prática de ato contrário ao direito do trabalho.

Caminha-se, então, para o estudo aprofundado da tutela coletiva e, depois, da inibitória.

3. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS OU INTERESSES METAINDIVIDUAIS E SUA RESPECTIVA TUTELA

“O que esperar do futuro? Na verdade, não devemos esperar por ele. Devemos ajudar a construí-lo”.

Márcio Túlio Viana

3.1. A Massificação da sociedade pela economia

¹⁴⁹ Para uma análise mais detalhada, consultar capítulo quatro.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, **Teoria geral do processo, Curso de processo civil**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229.

“A sociedade de hoje é uma sociedade em massa, a produção é em massa, o consumo é em massa e a conflituosidade é também em massa.”¹⁵¹

O que seria essa tão propalada massificação? Ela é consequência da industrialização e de seu modo de produção, fundada não mais na mão de obra escrava ou servil, mas na mão de obra assalariada e concentrada nos centros urbanos, sob o poder do capital. Essa modificação do modo de produzir bens, com o passar do tempo, promoveu o crescimento da classe média no âmbito da sociedade e também da tecnoestrutura da empresa, levando-a a uma maior participação política¹⁵². Não é por outro motivo que os trabalhadores se fizeram ouvir, quer por intermédio de líderes operários, quer através de políticos que se fizeram porta-vozes de seus anseios.

Daí um novo conceito de sociedade, com inevitáveis reflexos na convivência entre os indivíduos e destes com o Estado.

Nas palavras de Domenico De Masi¹⁵³:

Esta sociedade industrializada (...) é ‘de massa’ no sentido de que permitiu que a massa dos cidadãos se incorporasse à coisa pública e à gestão do poder em um grau jamais realizado anteriormente. Nela o cidadão é mais solidário com a coletividade e sente-se mais afim aos seus concidadãos; a autoridade perdeu todo caráter carismático; a tradição exerce influência em formas mais abertas a interpretações divergentes; os indivíduos gozam de maior dignidade; as minorias, os jovens, as mulheres adquirem maior destaque no contexto social; a ‘civilização’ se realiza mais plenamente graças a formas de igualitarismo moral avançado; a cidadania plena atinge toda a população adulta; a tecnologia libertou o homem da fadiga física, fornecendo-lhe novos recursos ‘graças aos quais tornaram-se possíveis novas experiências sensoriais, de convivência e introspecção’; as capacidades cognitivas, estéticas e morais dos indivíduos estão livres para se realizar, já libertas do jugo da tradição, da escassez e da autoridade; a participação no poder é garantida graças à exigência de consenso nas decisões.

Por outro lado, como enfatiza Jônatas Luiz Moreira de Paula¹⁵⁴, há de ser também observado o outro lado dessa mudança social, iniciada a partir da concepção da sociedade industrial: problemas de segurança pública, de previdência social, de saúde e de educação qualitativa, do desemprego, a exclusão social dos

¹⁵¹PIMENTA, José Roberto Freire. FERNANDES. Nádia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul/dez.2007.

¹⁵²PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo, op. cit. p. 138.

¹⁵³MASI, Domenico De (organizador). **A sociedade pós-industrial**. Tradução Anna Maria Capovila e outros. São Paulo: Senac, 2000, 3. ed, p. 21.

¹⁵⁴PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo, op. cit. p. 139.

grupos marginalizados, as questões relativas ao meio ambiente, ao saneamento básico, à escassez dos recursos naturais, à ineficácia dos direitos da cidadania e dos direitos dos trabalhadores justamente nessa fase construídos.

Pode-se concluir, portanto, que a massificação cria uma dialética social: um grupo que se beneficia da industrialização e outro que é prejudicado por esse modelo sócio-econômico. Os primeiros são os incluídos e os segundos os excluídos.

É relevante reconhecer que a evolução da sociedade, de industrial para a pós-industrial e globalizada, não altera essa divisão social.

Em termos conceituais, sociedade pós-industrial e sociedade globalizada acabam por se equivaler dentro de uma nação, mas diferindo quando examinado numa relação internacional. Esses conceitos não se excluem, ao contrário, se completam, porque revelam uma dialética entre quem está incluído nessa estrutura sócio-econômica e quem está excluído dessa estrutura.¹⁵⁵

Na seara trabalhista, é fácil perceber que a maioria dos trabalhadores, como se demonstrou no item 2.1 do segundo capítulo, não se encontra sob a efetiva tutela das normas trabalhistas e de toda uma rede protetiva interligada: previdência social, moradia, educação, saúde. Estes são, então, os excluídos sociais.

Nas palavras de Tassos Lycurgo, inclusão social é um

estado individual do cidadão em que ele se sente socialmente confortável a exercer a sua cidadania plena. (...) A cidadania plena, que nada mais é do que o *status* do cidadão em um regime democrático, engloba a assunção de que o indivíduo, entre outros direitos, tem acesso à saúde, à educação, ao trabalho decente, sendo, pois, uma cidadania também social. A cidadania plena, portanto, notabiliza-se pelo acesso às prestações positivas e negativas dos direitos constitucionalmente assegurados a todos os seres humanos de uma dada sociedade.¹⁵⁶

De fato, apresenta-se, tal como se colocou no capítulo dois, cada vez mais frequente a conduta de uma determinada empresa (ou grupo empresarial) provocar lesões à massa dos trabalhadores que se coloca à sua disposição. Além da enorme dificuldade de um modesto trabalhador ajuizar uma ação em face de uma grande corporação empresarial, percebe-se também a existência de microlesões, as quais não sobrevivem à análise de ponderação da relação custo-benefício para uma ação individual, já que o tempo e o dinheiro necessários à proposição da demanda seriam

¹⁵⁵Ibidem, p. 140.

¹⁵⁶LYCURGO, Tassos. **Inclusão social e direito: por uma democracia constitucional**, disponível em <http://www.amatra21.org.br/hotsite/artigos/Tassos%20Lycurgo.doc>, acesso em 19.11.2008.

mais valiosos que o crédito a ser cobrado. Resumindo, a dificuldade do acesso à justiça ou a pequenez da lesão individualmente considerada, inibem o trabalhador de acionar o Poder Judiciário.

Essa situação fática incentiva a conduta ilegal do tomador dos serviços que, com a prática habitual de violação de pequenos direitos, obtém aumento de sua lucratividade.

Como exemplo desse modelo prejudicial, “pense-se na subtração diária de minutos no cartão de ponto, nos descontos ilícitos, mas de pequena monta, que muitos empregadores costumam fazer nos contracheques de seus empregados”¹⁵⁷. É impossível não se lembrar, ainda, da irregular troca de equipamentos de proteção individual, da ausência de exames médicos periódicos, do complexo cálculo da compensação de horário do banco de horas e da redução do intervalo intrajornada, ilegalmente autorizada por norma coletivamente negociada, dentre tantas outras pequenas irregularidades que se verificam no dia-a-dia das atividades exercidas no âmbito dos grandes empreendimentos econômicos. Conquanto de pequeno valor econômico individual, essas infrações podem, sim, gerar, com a repetição no tempo, lesões à saúde dos trabalhadores, bem assim o enriquecimento do empregador, se considerado o elevado montante pecuniário que adquirem pela prática reiterada dessas condutas, quando consideradas em massa.

A constatação da prática dessas lesões não é uma novidade. Ao revés, elas sempre estiveram presentes em inúmeras relações jurídicas, entre elas as empregatícias e, ainda, para além das relações. De fato, o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural e outros interesses metaindividuais sempre existiram e foram violados.

E é nesse cenário que surgem os *corpos intermediários* entre o Estado e o indivíduo. Nas palavras de Pedro Lenza¹⁵⁸, “em virtude das péssimas condições e do quadro já delineado, tornava-se inevitável a organização da sociedade e a eclosão de sindicatos no combate ao enorme poder industrial”. Continuando, o mencionado autor diz que, nessa nova era da sociedade de massa, o movimento

¹⁵⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda, coord. CASAGRANDE, Cássio Luís, PÉRISSÉ, Paulo Guilherme Santos. **Ministério Público do Trabalho e tutela judicial coletiva**. Brasília: ESMPU, 2007, p. 15.

¹⁵⁸ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

sindical¹⁵⁹ destaca-se como marca do ressurgimento dos *corpos intermediários* entre o indivíduo isolado de um lado e o Estado de outro.

Passa-se a ter consciência de que “o indivíduo isolado pouco ou nada pode, mas que a reunião de indivíduos de mesma condição e mesmas pretensões (categoria) exerce um peso considerável junto aos centros de decisão”¹⁶⁰.

Em épocas mais recentes, bem coloca Ada Pellegrini Grinover¹⁶¹:

... novos “corpos intermediários começam a surgir e a proliferar; novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas.

A ascensão do coletivo, por intermédio dos grupos cada vez mais numerosos, “não se faz sem seu preço: ao obter ‘espaços’ cada vez maiores, esses grupos fazem ‘concorrência’ ao Estado monocrático, exigindo porções cada vez maiores na partilha do poder”¹⁶². Por outras palavras, os interesses dos grupos acabaram por se amoldar no espaço existente entre o público e o privado, o que gerou uma mudança na divisão da sociedade. Como percebe Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶³

Cabe ao Estado “aceitar” essa *entourage*, conviver com ela, deixar que ela lhe facilite a gestão da coisa pública, ao invés de combatê-la. E, sobretudo, cabe ao Estado ter presente que esses três planos não formam compartimentos estanques, mas, ao contrário, eles se integram e se influenciam mutuamente.

A existência de uma nova categoria de direitos entre o público e o privado foi também a conclusão a que chegou Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁶⁴, citando Mauro Cappelletti:

¹⁵⁹ Pode-se dizer que esse elemento intermediário não permeia apenas as relações entre o indivíduo isolado e o Estado, mas, também e principalmente, o indivíduo isolado e a indústria ou empresa.

¹⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

¹⁶² MANCUSO, op. cit., p. 40.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 40

¹⁶⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 52.

em virtude das grandes transformações econômicas, políticas, culturais e sociais experimentadas nas duas últimas décadas do século XX, não é mais possível solucionar litígios de massa com base na velha concepção de que os bens jurídicos só podem pertencer exclusivamente ao direito público ou ao direito privado. (...) entre o público e o privado existem outras categorias intermediárias que não se enquadram perfeitamente em nenhum desses dois ramos clássicos da ciência jurídica. Essa nova categoria é a que se analisa (...) sob a denominação de direitos ou interesses metaindividuais.

Gregório Assagra de Almeida¹⁶⁵ posiciona-se no sentido de que não teria surgido uma nova categoria de direitos, mas, sim, que houve uma superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado e dos princípios que a regem, porquanto não mais encontram amparo no Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição da República de 1988. Na verdade, conforme ele explica, deve ser reconhecida a superação da clássica *summa divisio* por uma nova divisão, constitucionalizada e revitalizada, em perfeita harmonia com o pós-positivismo e com a idéia de Constituição como um sistema aberto de princípios e valores. Trata-se da *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual¹⁶⁶, que “leva em conta não só o plano da titularidade dos direitos, mas também e especialmente o plano da proteção e da efetivação, que constitui o cenário capaz de fazer o Direito instrumento de transformação com justiça da realidade social”¹⁶⁷. Para esse jurista, o que hoje se denomina Direito Público encontra-se inserido, com algumas exceções, dentro do Direito Coletivo, como um de seus ramos, e o Direito Privado está inserido no Direito Individual, também como um de seus ramos.

E diz mais:

Não existe, na nova *summa divisio* constitucionalizada no País, *regra geral de preferência* entre o Direito Coletivo e o Direito Individual. Os dois blocos constitucionais estão inseridos na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no País. Em caso de ponto de tensão entre eles, o princípio da proporcionalidade constitui-se na diretriz capaz de alcançar a solução constitucional e concretamente adequada. Essa solução pela ponderação ampara-se no Direito Constitucional, topo da *summa divisio* constitucionalizada, e deve buscar seu apoio no princípio democrático (art. 1º da CF/88), no qual se funda a própria exigência de *justiça material*.

¹⁶⁵ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 417.

¹⁶⁶ Esclarece o autor que, “da previsão constante nos arts. 1º e 3º no Título II – Dos Direitos e Deveres Individuais e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e também da previsão constante nos arts. 5º, LXXIII e 129, III, entre outros dispositivos constitucionais (...) são extraídos elementos de enquadramento metodológico e de ordenação dogmática do Direito Coletivo no plano do Sistema Jurídico brasileiro” (Ibidem, p. 430).

¹⁶⁷ Ibidem, p. 418.

Em conclusão, qualquer que seja a linha teórica adotada (surgimento de um novo direito ou superação da *summa divisio* público privado), não há como negar o reconhecimento do Direito Coletivo como uma categoria a mais de direitos, tal como foi colocado por Cappelletti.

Isso significa que, além do direito individual, fruível pela própria pessoa (artigo 6º do CPC¹⁶⁸), independentemente de se encontrar vinculado a uma situação semelhante a outrem, tampouco contextualizado dentro de um grupo, há, também, direitos ou interesses que, pela sua amplitude, transcendem a esfera individual de cada um para atingir um conjunto determinado ou indeterminado de pessoas.

Tratam-se dos direitos e interesses metaindividuais¹⁶⁹: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Fala-se em *direitos* e *interesses*. São eles iguais?

Essa é a indagação que será enfrentada no próximo tópico.

3.2. Direitos X Interesses

Como exposto alhures, a tarefa, neste tópico, é refletir sobre os interesses e direitos metaindividuais.

O que se analisa, inicialmente, é a rotineira referência ao binômio interesse/direito quando o tema é tutela coletiva, o que, ao contrário do que se possa supor, advém da própria legislação que trata dos interesses metaindividuais. A Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), em seu artigo 1º, faz menção ora a *direitos*, ora a *interesses*¹⁷⁰, o que se repetiu, posteriormente, no Código de Defesa do

¹⁶⁸ Artigo 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

¹⁶⁹ Adota-se, neste estudo, a escolha de Carlos Henrique Bezerra Leite: “A expressão ‘transindividuais’ é atribuída expressamente aos direitos ou interesses difusos e coletivos, mas não aos individuais homogêneos. Daí a nossa preferência pelos termos ‘direitos ou interesses metaindividuais’”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 52. Não obstante, pontua-se que as denominações transindividuais, supraindividuais e metaindividuais, frequentemente encontradas na doutrina e na jurisprudência, designam direitos que estão além dos direitos individuais típicos, que os superam ou os transcendem e, em regra, compreendem também os direitos individuais homogêneos, porquanto coletivos em sentido *lato*.

¹⁷⁰ O mencionado artigo refere-se, em seu inciso III, a “*direitos* de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” e, no inciso IV, assegura a ação civil pública para defesa “a qualquer outro *interesse* difuso ou coletivo”.

Consumidor, ao definir o que chama de *interesses* ou *direitos difusos*, coletivos e individuais homogêneos, conforme consta de seu artigo 81.

Não se ignora que o vocábulo *interesse* possui várias acepções, dentre elas “a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele”¹⁷¹. Relativamente ao *direito*, na clássica acepção de Ihering, seria o interesse juridicamente tutelado. Em suas palavras,

... qualquer que seja a diversidade do interesse que apresentem os diversos direitos, todo direito estabelecido seria a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador e que estaria a merecer a sua proteção. Os direitos sofreriam transformações à medida que os interesses presentes na vida também se modificassem. (...) os interesses e direitos são historicamente paralelos.¹⁷²

Verificada, sob a ótica da teorização exposta – em que a distinção é não só da terminologia, mas também do significado jurídico-técnico das palavras *interesse* e *direito* –, cabe indagar: qual o motivo e a consequência jurídica de a lei não efetuar tal distinção? Caberia à doutrina ou à práxis fazer alguma discriminação entre tais vocábulos?

Explica Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁷³ que a utilização legal indistinta das palavras *interesse* e *direito* resultou da circunstância de que, antes da instituição do Código de Defesa do Consumidor, não havia um “consenso doutrinário acerca dos conceitos das expressões ‘interesses ou direitos difusos’ e ‘interesses ou direitos coletivos’, o que levou o legislador do referido Código a dissipar a cizânia em favor da positivação conceitual que lhe pareceu mais consentânea com a defesa judicial dos interesses transindividuais”¹⁷⁴. Almejou-se conferir a esta ampla efetividade.

¹⁷¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 57.

¹⁷² IHERING, Rudolf Von. *Apud* MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 23.

¹⁷³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição metaindividual; legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001, p. 45.

¹⁷⁴ Informa Carlos Henrique Bezerra Leite que a doutrina italiana não faz nítida distinção entre interesses difusos e coletivos e que vários autores brasileiros utilizam as expressões como sinônimas e outros utilizam-nas de forma ambígua com vários significados. Cita como exemplo “Camargo Ferraz, Milaré e Nery Júnior (A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos, p. 57)” que, antes mesmo da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública utilizavam, indiferentemente, como sinônimas as expressões interesse “difuso”, “coletivo”, “de grupo”, “meta” ou “supra-individual”, embora “reconhecessem, àquela época, a existência em doutrina, de vezes respeitáveis, formulando distinção entre esses conceitos”, conforme LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, nota de rodapé.

O dissenso entre os doutrinadores, na verdade, como bem relata Elton Venturi¹⁷⁵, é fruto da dificuldade de lidarem com a nova realidade imposta pela dimensão alcançada pelas pretensões coletivas, “comuns aos integrantes de toda comunidade, mas não imputáveis a ninguém, individualmente”. Essa especificidade inibiu a qualificação de tais pretensões como autênticos *direitos subjetivos*¹⁷⁶, uma vez “que refugiam às velhas fórmulas ou padrões segundo os quais eram estes até então descritos”. Daí a utilização da expressão *interesses*.

Então, o que se verifica é a opção do legislador por abandonar a distinção conceitual entre *interesses* e *direitos*, reconhecendo, por intermédio da lei, os interesses metaindividuais como verdadeiros interesses subjetivos. Nesse sentido ponderou Elton Venturi¹⁷⁷, valendo-se da lição de Vicente Ráo para justificar seu posicionamento: “Da pessoa singularmente e socialmente considerada se há de partir para se elaborar a norma e não da norma, erigida como dogma, para se alcançar a pessoa”.

Considerando o que se explicitou no item anterior (existência do direito coletivo), bem assim a opção legislativa de superação quanto a qualquer diferenciação¹⁷⁸ conceitual entre *interesse* e *direito*, posiciona-se, neste estudo, por reconhecer, bem assim a se referir a *interesse* e a *direito* como palavras sinônimas, até porque os interesses aqui tratados – metaindividuais – encontram-se tutelados pela Constituição da República, pela Lei de Ação Civil Pública e por legislações pertinentes. Isto é, para a ordem jurídica brasileira em vigor, não há diferença entre *direitos* e *interesses*, pois.

Essa escolha se faz com vistas à maior efetividade, evitando-se a pouco proveitosa discussão sobre a existência distinta de interesses e se eles se diferenciam ou não de direitos. Tem também cunho pedagógico, no afã de induzir os operadores do direito a pensar coletivamente. Explica-se: a utilização da palavra

¹⁷⁵ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44.

¹⁷⁶ Acerca da conceituação de direito neste estudo, verificar o capítulo 2, item 2.2.

¹⁷⁷ VENTURI, op. cit., p. 49.

¹⁷⁸ Em sentido oposto, entre outros, Vicente de Paula Maciel Júnior, para quem “os interesses nunca se confundirão com os direitos, visto que os primeiros sempre serão manifestações individuais de vontade, enquanto os direitos pressuporão sempre um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados”. Fundamenta seu posicionamento na própria teoria de Ihering. Diz que “o equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse”. MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, São Paulo: LTr, 2006, p. 31.

direito (e a sua distinção de *interesse*) traz em si uma forte carga do individualismo-liberal, fruto mesmo da formação processual anterior, sempre voltada para a defesa de direitos subjetivos, cuja titularidade era atribuída apenas ao indivíduo. Nesse sentido, acena a vigente Constituição da República, ao utilizar *interesse* quando se refere ao Ministério Público (artigo 127, *caput*¹⁷⁹), bem assim no artigo 5º, inciso LXX, *b*¹⁸⁰, e artigo 129, III¹⁸¹.

Assente esse aspecto, cumpre conhecer as espécies dos direitos ou interesses metaindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

3.3. Interesses metaindividuais e suas espécies

O ordenamento jurídico pátrio, por intermédio do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11.09.1990, em seu artigo 81, parágrafo único¹⁸², cuidou de definir cada um deles:

Artigo 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;

¹⁷⁹ Artigo 127 da CRF/88: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais.”

¹⁸⁰ Artigo 5º, inciso LXX, alínea *b*, da CRF/88: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: (...) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

¹⁸¹ Artigo 129, inciso III, da CRF/88: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

¹⁸² Um dos motivos pelos quais o legislador optou por estabelecer as definições legais das diferentes espécies dos direitos metaindividuais, conquanto ciente da crítica existente quanto à chamada interpretação autêntica (realizada pela própria lei), foi de coibir a possibilidade de ocorrer vetos oportunistas, como ocorrera com a Lei nº 7.347/85 (LACP), que acabaram, de início, por fazer que ela ficasse voltada apenas para a tutela dos direitos difusos, em especial o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, o que foi corrigido apenas com a edição, em 1990, do CDC, cujo artigo 110 acrescentou ao artigo 1º da LACP o citado inciso IV, que ampliou sua abrangência a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*. Conforme VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**, op. cit., p. 79-86.

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

Da leitura do artigo 81 do CDC ora transcrito, observa-se que o legislador utilizou simultaneamente três critérios para estabelecer a definição dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: a divisibilidade ou não do direito material, a titularidade do direito ou do interesse material e a sua origem.

Em síntese, os *interesses difusos* caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto e pela indeterminação dos sujeitos, os quais se encontram ligados por uma mesma situação fática. Embora necessariamente compartilhados por todos, não podem ser quantificados ou divididos entre os membros de determinada coletividade. “Simplesmente repercutem no bem-estar de todos ou mesmo na própria sobrevivência da sociedade”¹⁸³. O que neles une as pessoas é uma circunstância de fato e não um vínculo jurídico preestabelecido. Como exemplo de direitos ou interesses difusos na esfera trabalhista, cita-se a hipótese em que o empregador não adota medidas de prevenção a acidentes de trabalho, prescritas nas normas regulamentares. O autor da ação poderá requerer que o empregador promova a adequação do meio ambiente de trabalho, através da instalação de certos equipamentos de segurança (interesse difuso, uma vez que o bem jurídico é indivisível e os titulares são indeterminados, considerando que não só os empregados sujeitam-se às condições ambientais da empresa, mas também os prestadores de serviço, os visitantes e a comunidade vizinha), comungando, tão-somente, de uma circunstância de fato, de estarem convivendo dentro ou no entorno do estabelecimento empresarial.

Interesses coletivos, no sentido estrito, também se definem por sua indivisibilidade e, embora os titulares sejam indeterminados, são determináveis, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou à parte contrária por uma relação jurídica base. Por amostragem, no exemplo mencionado anteriormente, cita-se a hipótese de que o empregador não teria, também, constituído a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). A pretensão de que seja instituída tal comissão, como determina a lei, é interesse coletivo, uma vez que o bem, conquanto igualmente indivisível (instalação da CIPA), os titulares podem ser identificados (todos os empregados que se encontram ligados à empresa por uma relação jurídica, a de emprego).

¹⁸³ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 28.

Por sua vez, os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos, configuram-se por terem origem em uma situação fática comum (quaisquer fatos ou atos comissivos ou omissivos causadores da lesão ou de sua ameaça). Sua distinção em relação às duas outras espécies encontra-se na divisibilidade da lesão e, portanto, também, na determinabilidade do titular do direito lesado. Para demonstração, continua-se a utilizar a situação hipotética já apresentada, em que aquela mesma empresa expõe os trabalhadores a condições insalubres. A pretensão do autor seria a de obter a declaração de que determinadas funções exercidas pelos empregados ou de que o trabalho desenvolvido em certos setores da empresa (origem comum) ensejariam o pagamento do adicional de insalubridade, nunca dantes pago. O seu interesse, aqui, é individual homogêneo, pois, na hipótese de procedência da pretensão, será reconhecido um direito (aqui ressarcitório) a todos os trabalhadores que se encontrarem em determinada circunstância de fato que a lei reconheça como insalubre, ou seja, haverá para cada um deles um direito individual de origem comum, a ser quantificado em liquidação de sentença.

Apresentadas as características e as distinções de cada um dos direitos ou interesses metaindividuais, cabe indagar se essa classificação e diferenciação são essenciais para o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho.

Acompanha-se, aqui, de uma forma geral, a afirmação de Jorge Luiz Souto Maior¹⁸⁴, no sentido de que a diferença acadêmica que se possa fazer entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não possui relevância prática, considerando que será sempre competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar ACP quando a resistência à concretização de tais interesses decorra das relações e do meio ambiente de trabalho.

De fato, todas as vezes que um empregador causar lesão da mesma natureza a um grupo de trabalhadores, será a Justiça do Trabalho competente para conhecer e julgar a ação coletiva, a qual será processada segundo as regras ditadas pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, nos precisos termos do artigo 769 da CLT¹⁸⁵.

¹⁸⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Ação civil pública na justiça do trabalho: dificuldades processuais para a efetividade. **Síntese Trabalhista**, nº 168, junho/2003, p. 17.

¹⁸⁵ Acerca do regramento processual coletivo, verificar item 2.5 deste estudo.

Vários autores, entre eles Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁸⁶, acompanham o posicionamento de Nelson Nery Júnior, no sentido de que, para que se faça a correta identificação de um direito ou interesse em difuso, coletivo ou individual homogêneo, deve ser considerada a pretensão deduzida em juízo.

Ada Pellegrini Grinover¹⁸⁷ pontua que o importante para a tutela jurisdicional é o que o autor da ação coletiva leva a juízo. A identificação do objeto litigioso, que, em sua voz, limita-se à parcela da lide sociológica submetida à Justiça, é que interessa ao Poder Judiciário. A prestação jurisdicional se fará nos limites da pretensão deduzida no processo. Logo, conclui-se aqui que é desnecessária e até mesmo temerária a discussão que se trava preliminarmente nas demandas, sobre a espécie de direito metaindividual vindicado antes do julgamento do mérito.

Essa assertiva fica bastante clara diante do seguinte exemplo: um empregador rural que adota a prática de utilizar trabalhadores em condições análogas à de escravo, tipificada no artigo 149 do CPB. O Ministério Público poderia ajuizar ação civil pública deduzindo as seguintes pretensões:

1 (...) em defesa dos interesses da massa indeterminada dos potenciais trabalhadores da empresa, com pedido de tutela inibitória para que o empregador se abstenha de contratar trabalhadores em condições degradantes, a fim de evitar lesão aos direitos dos futuros trabalhadores;

2 (...) em defesa dos interesses do grupo (parcela da categoria) dos trabalhadores da empresa rural, para se declarar o enquadramento do empregador como empresa rural, compelindo-o a cumprir as normas Regulamentadoras Rurais – NRR, de observância obrigatória, nos termos do art. 13 da Lei nº 5.889/73;

3 (...) em defesa dos direitos sociais dos trabalhadores identificados, objetivando a condenação genérica (CDC, art. 95) do empregador rural ao pagamento das verbas rescisórias, horas extras, adicionais de insalubridade etc.¹⁸⁸

Diante dessas pretensões, há de se responder à seguinte indagação: O ordenamento pátrio admite a tutela coletiva trabalhista?

¹⁸⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**, op. cit., p.73.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26, *apud* LEITE, op. cit., p. 76.

¹⁸⁸ LEITE, op. cit., p.77.

As normas jurídicas vigentes não só autorizam o manejo da ação civil pública¹⁸⁹, com incidência das regras previstas no CDC para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁹⁰, como determinam a admissão da tutela coletiva por imposição constitucional, fundamentada nos artigos 1º (que instituiu o Estado Democrático de Direito), 5º, inciso XXXV (que garante o acesso amplo a qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão, seja individual ou coletivo) e 129, inciso III (que consagrou constitucionalmente a ação civil pública, para a tutela de quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos)¹⁹¹. A partir daí, cabe ao juiz dirimir o conflito de forma fundamentada, à luz dos elementos de convicção que lhe foram apresentados (artigo 93, IX da Constituição da República). Isto é, não lhe é dado, em sede de preliminar, discutir a natureza dos direitos coletivos cuja tutela se busca jurisdicionalmente. Deve-se indagar se há, neste processo, prova do fato constitutivo alegado. É possível deferir a tutela inibitória postulada? O reclamado se enquadra, realmente, na categoria de rural? Foram ou não pagas as parcelas resilitórias decorrentes dos contratos de emprego firmados? Em face das respostas obtidas, dará o julgador provimento ou não à tutela vindicada. Nesse momento, então, ao decidir a lide, o julgador terá a certeza se o objeto em disputa é ou não divisível, se os titulares dos interesses podem ou não ser identificados e, ainda, se esses interesses decorreram ou não de uma mesma relação jurídica ou fática. Logo, depois de proferido o julgamento de mérito, a identificação da natureza dos interesses, que se faz necessária para os efeitos da coisa julgada¹⁹², ocorrerá naturalmente, pela própria lógica da decisão.

¹⁸⁹ Pontua-se que os termos “ação civil pública” e “ação coletiva” são utilizados, neste trabalho, como equivalentes e os motivos pelos quais não se faz distinção serão explicitados no item seguinte.

¹⁹⁰ Conforme artigo 117 do CDC: “Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹⁹¹ “A maioria das ações coletivas tem berço constitucional, como ocorre em relação à ação civil pública (art. 129), à ação popular (art. 5º, LXXIII), ao mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), ao dissídio coletivo (art. 5º, LXXI) e à ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a). Mesmo ações coletivas que não têm previsão expressa na Constituição estão dentro do espírito do texto constitucional, já que visam tutelar os direitos primaciais da sociedade” ALMEDI, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação), op. cit. p. 19.

¹⁹² A temática da coisa julgada será apreciada no item 3.5.2 deste capítulo.

Nas palavras de Elton Venturi¹⁹³, “uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é admissível que o emprego de ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado *conceitualismo*”.

E continua:

O que se deve inferir é que os direitos metaindividuais não são passíveis de proteção jurisdicional por serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social.

Bem lembra Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁹⁴ que, com a promulgação da vigente Constituição da República em 1988, com o Código de Defesa do Consumidor em 1999 e com a Lei Orgânica do Ministério Público em 1993, a jurisdição trabalhista passou a ser constituída de três sistemas:

- 1) ... o primeiro, por ele intitulado de jurisdição trabalhista individual: referente aos tradicionais dissídios individuais regulados pela CLT e, supletivamente, pelo CPC, por força do artigo 769 consolidado;
- 2) ... o segundo, denominado jurisdição trabalhista normativa: direcionado para os dissídios coletivos, nos quais se busca, por intermédio do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, a criação de normas trabalhistas;
- 3) ... o terceiro, cognominado de jurisdição trabalhista metaindividual vocacionado à tutela preventiva e reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais.

Em recente estudo sobre ações coletivas nos países de *Civil Law*, Ada Pellegrini Grinover¹⁹⁵ analisou relatórios de quinze países da Europa, onze da América Latina e, ainda, de Israel e do Japão, além de dois relatórios transnacionais, e concluiu que o caminho evolutivo, mais que uma tendência, mostra a consciência cada vez mais acentuada de que o objeto da tutela coletiva deva abranger, além dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, também os individuais, pertencentes aos membros do grupo, quando homogêneos.

¹⁹³ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit. p. 89.

¹⁹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 87.

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil Law*. **Revista de Processo**, ano 33, nº 157, mar/2008, p. 151.

Não obstante, a prática judiciária brasileira revela que ainda há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade da tutela coletiva versando sobre direitos ou interesses individuais homogêneos e é sobre esse aspecto que, não raras vezes, se define o destino do processo.

Para ilustração do tema, traslada-se recente decisão proferida pelo Colendo TST:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS NÃO-HOMOGÊNEOS - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Conforme dispõe o artigo 81, inciso III, do CDC, são direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de *origem comum*. Quer isso dizer, a *contrario sensu*, que, verificada em certa hipótese não haver circunstância única - comum - de fato e de direito da qual decorram as pretensões individuais, não há falar na implementação da figura.

2. Na espécie, pretende o Ministério Público obter determinação judicial para que a empresa vede a realização de horas extraordinárias além do limite legal de duas horas diárias e respeite os intervalos intrajornada de uma e entrejornadas de onze horas (...).

3. O fato constitutivo do direito alegado (causa de pedir remota) não se resume à identidade do empregador - origem comum apontada pelo *parquet*-, mas sim à eventual inobservância, por parte da Reclamada, de normas legais que guardam direitos individuais de cada um dos empregados. A causa de pedir remota - fática - diz respeito, em verdade, à suposta situação experimentada, individualmente, por cada um dos trabalhadores da empresa.

4. Não se cogita, pois, da existência de certo aspecto fático-jurídico - origem comum¹⁹⁶ - cuja demonstração daria ensejo ao reconhecimento de todos os direitos individuais em questão, a evidenciar sua homogeneidade.

5. Não há falar, portanto, em legitimação extraordinária do Ministério Público do Trabalho para atuar na condição de substituto processual. Embargos parcialmente conhecidos e providos. (E-ED-RR - 1630/2000-007-17-00.1 Data de Julgamento: 15/09/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 10/10/2008.

De fato, existe uma resistência injustificada dos operadores do direito em compreender que esses direitos ou interesses são, sim, individuais, divisíveis e identificáveis mas que, por motivos práticos, devem ser tutelados de forma coletiva. Elton Venturi¹⁹⁷ fala que há, “por ficção legal, um *acidente de coletivismo*¹⁹⁸ que torna a pretensão da obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível”.

¹⁹⁶ O que dizer da situação fática de a reclamada submeter seus empregados a jornadas suplementares de trabalho, sem a observância dos intervalos intra e interjornadas (ato comissivo gerador de lesão a idênticos direitos)?

¹⁹⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit. p. 68-69.

¹⁹⁸ Há referência também a “ações acidentalmente coletivas”, conforme CARELLI, Rodrigo de Lacerda, coord. CASAGRANDE, Cássio Luís, PÉRISSÉ, Paulo Guilherme Santos. **Ministério Público do Trabalho e tutela judicial coletiva**, op. cit. p. 25.

E assim o autor resume a questão:

... é imprescindível que se esclareça, quando da análise do novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, senão de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual para incentivar a justicabilidade de tais pretensões que não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisprudencial”.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁹ enfatiza essa circunstância:

Em relação aos ditos “direitos individuais homogêneos”, o problema não repousa sobre a indivisibilidade do direito – pois tais direitos são individuais e, assim, podem ser reivindicados isoladamente ou por meio das tradicionais ações em que se colocam, no pólo ativo da relação processual, várias pessoas em litisconsórcio. (...). Instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz *é fundamental para que o ordenamento jurídico (...) não se transforme em letra morta*. Uma única ação para a tutela de direitos individuais pertencentes a várias pessoas, além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes e neutraliza as vantagens do litigante que, não fosse a ação única, transformar-se-ia em habitual e, assim teria vantagens sobre o litigante eventual.

É necessário reconhecer, contudo, que se caminha para a superação desse entrave conceitual, consoante se constata em importantes decisões daquela Corte Superior, entre as quais a seguinte:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - APURAÇÃO DA SITUAÇÃO PARTICULAR DE CADA SUBSTITUÍDO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE SENTENÇA CONDICIONADA - ART. 460, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC NÃO VIOLADO. Em se tratando de ação coletiva, com o Sindicato atuando como substituto processual da categoria, o que se exige do juízo é a verificação da existência da macro-lesão, que, no caso, restou configurada pelo pagamento do adicional de insalubridade com base de cálculo diversa da legalmente prevista. A apuração da situação concreta de cada empregado substituído é própria da fase executória²⁰⁰, onde será fixado o *quantum debeatur* relativo a cada

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

²⁰⁰ Percebe-se, pela leitura das decisões proferidas nos tribunais, em especial no TRT da 3ª Região, o entendimento de que o avanço processual que se consegue na fase de conhecimento em uma ação coletiva perde-se diante da complexidade da execução dessa mesma ação. Conquanto, de fato ainda seja conturbada e difícil a execução da sentença coletiva condenatória ressarcitória quando haja elevado número de titulares de direitos individuais homogêneos, ela não deve impedir a tutela coletiva. Ao revés, para a fase executiva, devem-se voltar os esforços dos estudiosos e dos operadores do direito, com finalidade de superação. Pertinente a expressão de Mônica Sette Lopes: “basta se pense nas dificuldades que a execução das ações em que ocorre a substituição processual. Portanto, pensar e realizar soluções em massa, como resultado uniformizante, não pode ser

trabalhador. Assim, a hipótese dos autos não é de sentença condicionada, não havendo vulneração do art. 460, parágrafo único, do CPC (RR - 1969/2004-027-12-00.3, data de Julgamento: 25/04/2007, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, data de Publicação: DJ 18/05/2007).

Este reconhecimento da possibilidade da defesa dos direitos individuais homogêneos de forma coletiva, pela Corte Superior Trabalhista, representa um grande avanço no sistema processual.

O passo seguinte, neste estudo, será, então, averiguar o porquê da resistência do Poder Judiciário em admitir a coletivização da tutela trabalhista, negando a sua função de atuar em prol da inclusão social também em massa.

3.4. Coletivização da tutela

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, e sim em ter novos olhos.”

Simone de Beauvoir

No desenvolver desta dissertação, procura-se enfatizar a realidade social, discriminando pontos de intercessão e de confronto entre o mundo do trabalho e a teoria que permeia o processo do trabalho, sempre com vistas à efetividade.

Essa opção metodológica decorre da adoção da corrente que defende o caráter instrumentalista do processo, no sentido de que ele somente cumprirá suas finalidades de pacificar os conflitos, em especial os trabalhistas, e de ser instrumento de preservação da dignidade do trabalhador e de expressão da cidadania e da própria democracia, se for visto e estudado não como mera retórica e ciência isolada do direito material, mas como meio de resolução de lides trabalhistas e que, por intermédio dele, é sim possível extrair resultados práticos que evitem ou façam cessar conflitos do mundo do trabalho. Aliás, no novo “paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado na CF/88, a transformação da realidade social é

entendido como algo que se esgote no preceito fixado pelos limites objetivos da coisa julgada. Fazer justiça com o uso deste instrumento exige esforço e atuação dirigidos e atentos de juízes e de advogados”, LOPES, Mônica Sette. **Um conto:** pão e vida, direito e vida, disponível em <http://www.trt3.jus.br/informe/artigos/artigos.htm>, acesso em 14.11.2008.

um compromisso inarredável que traça a própria essência do Direito: um Direito transformador, construtivista, aberto e dinâmico²⁰¹, seja ele material ou processual.

Especificamente quanto à tutela coletiva, voltada a conferir maior efetividade aos direitos trabalhistas, pelos motivos já explicitados alhures (ampliação do acesso à Justiça, principalmente quando ainda vigente o contrato de emprego, maior potencial para a preservação da dignidade do trabalhador, com a adoção de medidas genéricas inibitórias do descumprimento da legislação protetiva do trabalho, redução do número de ações e consequente celeridade da prestação jurisdicional, possibilidade única da defesa de direitos difusos e coletivos no sentido estrito, entre outros de caráter econômico, social, jurídico e político), constata-se que alguns operadores do direito e, nesse aspecto, alguns julgadores, renitem em viabilizá-la, principalmente em relação a direitos individuais homogêneos, a exemplo da decisão do Colendo TST reproduzida no item anterior desta dissertação.

As causas dessa injustificada oposição residem não só na ausência da correta compreensão dos direitos e interesses individuais homogêneos, tal como foi colocado anteriormente, mas principalmente na falta da percepção de que afloraram novos princípios, novos métodos e objetivos, que operam na esfera coletiva. Insistem os operadores do direito na ociosa tentativa de transpor ao sistema de proteção dos direitos metaindividuais as mesmas premissas nas quais se funda o sistema processual de tutela dos direitos individuais.²⁰²

Como bem ressalta Flávia Piovesan,

O setor da Justiça é, por excelência, conservador. As pessoas que lidam com o Direito são pessoas que vêm nele um sistema de contenção e conservação, e não de mudanças. Lógico que há exceções²⁰³.

É de indispensável lembrança a advertência de Tereza Aparecida Asta Gemignani de que

Uma mudança na lei torna obsoletas bibliotecas inteiras. Se essa mudança não é só legal, mas constitucional, a inadequação da doutrina anterior deve ser prontamente reconhecida como tal, sob pena de se descumprir a Lei

²⁰¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, op. cit. p. 581.

²⁰² VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p.20.

²⁰³ PIOVESAN, Flávia. **Pelos direitos humanos**. Disponível em <http://www.emcrise.com.br/entrevistas/entpiovesan.htm>. Acesso em 10.02.2007.

Maior que rege a vida política e institucional do país, e das pessoas que habitam seu território.²⁰⁴

Por isso, é preciso “des-cobrir/suspender os pré-juízos que cegam”²⁰⁵ e percorrer novos caminhos, deixando para trás a tradição hermenêutica que esconde o verdadeiro sentido da Constituição da República Federativa do Brasil, impedindo-a de acontecer. Se é verdade que se tem um novo modelo de direito, não menos certo é que se continua a usar o modelo antigo, olhando o novo com óculos velhos, escuros e arranhados²⁰⁶.

É necessário mudar:

Mudar a cultura jurídica dos reprodutores do direito. Mudar a nós mesmos, reprodutores da vida. Façamos do Direito um instrumento da Sabedoria que conduz à Justiça. Que seja o Direito utilizado para educar, tornar sábios e ilibados os homens, sem quaisquer distinções e privilégios. Que o Direito possa ser filosofia, e não dogma. Que não seja imposto, mas compreendido. Que não seja utilizado como lâmina tolhendo, em silêncio, a liberdade humana e sim como intercessor da Verdade entre os homens. Que não seja elitizado, mas que possa pertencer a todos.²⁰⁷

A idéia é que todos, como já colocado em outro ponto, em especial os trabalhadores e seus representantes legais, provoquem a manifestação do terceiro Poder da República, no sentido de que seja conferida uma adequada interpretação à nossa Constituição, a fim de concretizá-la na busca de um Brasil melhor, o que indubitavelmente abarca a efetivação dos direitos trabalhistas prometidos.

Não se compreende, por exemplo, porque na Justiça do Trabalho não se adota com mais frequência a prática de, uma vez constatado o reiterado descumprimento da legislação trabalhista por determinada empresa, através de repetidas ações em trâmite na mesma Vara ou em Tuma de Julgamento²⁰⁸, determinar a remessa de ofício ao Ministério Público do Trabalho, com cópias das

²⁰⁴ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Justiça do trabalho: um novo rosto à procura de uma nova identidade. **Revista LTr**, v. 70, nº 08, agosto/2006, p. 938.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD). In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 109.

²⁰⁶ CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. A vida jurídica dos trabalhadores de rua. **Suplemento Trabalhista LTr**, ano 43. v. 53, São Paulo: 2007, p. 235-236.

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Mensagem original do discurso proferido na Colação de Grau dos Formandos do Curso de Direito da UFAC no ano de 1999. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ened.html. Acesso em 15.02.2007.

²⁰⁸ Uma vez constatado, pelo julgador, a prática empresarial de não pagar horas extraordinárias, não ofertar um ambiente saudável de trabalho ou não conceder regularmente os essenciais intervalos intra e interjornadas, e anual, entre outras violações legais, caberá a ele oficialiar ao MPT noticiando o fato, acenando com a possibilidade do ajuizamento da tutela inibitória coletiva, para forçar a empresa a parar de infringir a lei trabalhista. Note-se que a mera notícia da medida em sentença já funcionaria como método inibidor.

ações, tal como determina o artigo 7º da Lei nº 7.347/85, *verbis*: “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”²⁰⁹.

Com a finalidade de revelar a dimensão dessa situação fática retratada, apresenta-se o *ranking* das primeiras cinquenta partes com mais processos em andamento no Tribunal Superior do Trabalho²¹⁰. Percebe-se, pela natureza do empreendimento, que, à exceção do 38º colocado (sindicato profissional), tratam-se os demais da lista de grandes empregadores, ou seja, empresas que possuem uma massa de empregados. Observa-se, ainda, que os líderes do *ranking* são entes públicos da Administração Pública Direta e Indireta²¹¹.

Relação das cinquenta partes que possuem mais processos em tramitação no Tribunal Superior do Trabalho	
NOME DA PARTE	Quantidade de Processo
1º União	20.593
2º Caixa Econômica Federal – CEF	10.495

²⁰⁹ A Procuradoria do Trabalho de Minas Gerais atuou positivamente nesse sentido, ao promover o curso "Os sindicatos como autores de ações coletivas: aspectos processuais", com o objetivo de "disseminar o conhecimento sobre os principais aspectos processuais a serem observados na prática do ajuizamento de ações coletivas pelas entidades sindicais obreiras, perante a Justiça do Trabalho, com vistas à defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores", conforme http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=350&tmp.texto=8096&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=, acesso em 15/11/2008.

²¹⁰ Coordenadoria de Estatística do TST. 23/01/2009. A lista elaborada pela Corte Superior considera as partes que têm mais de cem processos, alcançando 398 partes, mas aqui se reproduziu apenas parcialmente a pesquisa, porquanto o bastante para se ter a noção da necessidade da prestação jurisdicional também em massa. Disponível em [www.tst.gov.br/estatistica cest@tst.jus.br](http://www.tst.gov.br/estatistica/cest@tst.jus.br), acesso em 31/01/2009.

²¹¹ A possibilidade de uso da multa como medida coercitiva em face da autoridade pública é matéria bastante controvertida na doutrina e jurisprudência brasileiras. A teoria de Luiz Guilherme Marinoni é de “que não há cabimento da multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. (...) é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional (...). Portanto a tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tência processual e tutela dos direitos**, op. cit., p. 478. Em idêntico sentido MARQUES Elmer da Silva. BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da fazenda pública e o destinatário das medidas coercitivas. **Revista de processo**. Ano 31, n. 141, novembro de 2006, p. 84-85.

3º Banco do Brasil S.A.
6.467

4º Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras
6.403

5º Telemar Norte Leste S.A.
5.374

6º Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
4.572

7º Estado de Roraima
4.539

8º Telecomunicações de São Paulo S.A. - Telesp
3.776

9º Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA
3.697

10º Fundação Petrobras de Seguridade Social - Petros
3.627

11º Banco Bradesco S.A.
3.574

12º Brasil Telecom S.A.
3.536

13º Banco Itaú S.A.
3.251

14º Companhia Estadual de Energia Elétrica
3.007

15º Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa
3.005

16º Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT
2.947

17º Banco Santander Banespa S.A.
2.659

18º Companhia Vale do Rio Doce - CVRD
2.494

19º Banco ABN Amro Real S.A.
2.353

20º Volkswagen do Brasil Ltda.- Indústria de Veículos Automotores
2.168

21º Fundação dos Economiários Federais - Funcef

2.101

22º Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA

2.032

23º Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A.

1.860

24º Companhia Siderúrgica Nacional - CSN

1.734

25º Banco Santander S.A.

1.655

26º Banco do Estado de Santa Catarina S.A. - Besc

1.500

27º HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo

1.400

28º Banco Nossa Caixa S.A.

1.371

29º Atento Brasil S.A.

1.218

30º Fazenda Pública do Estado de São Paulo

1.199

31º Companhia Brasileira de Distribuição

1.133

32º Rio Grande Energia S.A. - RGE

1.123

33º AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S.A.

1.115

34º Fundação CEEE de Seguridade Social - Eletrocee

1.114

35º Companhia Riograndense de Saneamento - Corsan

1.092

36º Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Apart-Hotéis, Motéis, Flats, Pensões, Hospedarias, Pousadas, Restaurantes, Churrascarias, Cantinas, Pizzarias, Bares, Lanchonetes, Sorveterias, Confeitarias, Docerias, Buffets, Fast-Foods e Assemelhados de São Paulo

1.052

37º TNL Contax S.A.

1.043

38º São Paulo Transporte S.A. - SPTrans

1.043

39º Banco da Amazônia S.A. – Basa
1.034

40º Estado do Espírito Santo
1.016

41º Banco Santander Meridional S.A.
1.015

42º Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI
985

43º Banco Banerj S.A.
982

44º Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - Appa
960

45º Companhia Siderúrgica Paulista - Cosipa
960

46º Carrefour Comércio e Indústria Ltda.
957

47º Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica - CGTEE
954

48º Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.
947

49º Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. - Bannisul
930

50º Brasil Telecom S.A. - Telepar
919

É também por demais importante a conscientização dos trabalhadores, para que possam denunciar as irregularidades perpetradas pelos tomadores de serviços e postular a atuação dos sindicatos profissionais ou mesmo da Procuradoria do Trabalho, o que pode ser realizado inclusive de forma sigilosa, por intermédio do portal do Ministério Público do Trabalho²¹².

Nas belas palavras de Hobsbawn, “a injustiça social ainda precisa ser denunciada e combatida. O mundo não vai melhorar sozinho”²¹³.

²¹² Acesso <http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=248>

²¹³ HOBSEBAWN, Eric. **Tempos interessantes**. São Paulo: Companhia das Letras. 2002, p. 455.

O processo de mudança é lento, mas certamente completar-se-á se houver a devida persistência dos diretamente interessados ou responsáveis pela realização da justiça material prometida.

Oportuna é a menção a um específico julgamento proferido na Justiça do Trabalho de Minas Gerais, pela sua estrondosa importância. Trata-se da ação trabalhista nº 00991-2001-059-03-00-7, ajuizada em 02.07.2001 pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Governador Valadares, cuja procedência em primeira instância foi revertida em grau recursal, sob o fundamento de que a pretensão deduzida pela entidade sindical relativa a horas extraordinárias prestadas pelos substituídos não se amoldava à definição de direitos ou interesses individuais homogêneos, mas, sim, heterogêneos:

EMENTA: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL ILEGITIMIDADE SINDICATO POSTULAÇÃO DE HORAS EXTRAS O sindicato só possui legitimidade para atuar como substituto processual nos casos expressamente previstos em lei, não sendo esta a hipótese da postulação de horas extras e reflexos. Neste caso, há heterogeneidade dos direitos defendidos, sendo necessária a produção de prova com relação a cada um dos substituídos. Assim sendo, o meio jurídico adequado para defesa dos eventuais direitos dos trabalhadores é a reclamação individual, devendo ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa do sindicato autor²¹⁴.

O recurso de revista interposto contra tal decisão foi julgado cinco anos depois, com o reconhecimento da possibilidade da tutela coletiva para a defesa do direito à jornada extraordinária dos membros da categoria representada pela entidade sindical.

RECURSO DE REVISTA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. A legitimidade ativa *ad causam* do sindicato para defesa de direitos individuais homogêneos, assim considerados aqueles decorrentes de uma mesma lesão e pertencentes a uma mesma categoria, insere-se na amplitude da representação sindical prevista no art. 8º, III, da Constituição da República. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.²¹⁵

A relevância desse julgado consiste na modificação do posicionamento que provocou. O Desembargador Revisor do recurso ordinário cassado, que até então não vislumbrava a possibilidade da tutela coletiva para tais situações, alterou seu posicionamento, dando início a uma nova etapa na evolução da história do direito,

²¹⁴ RO-00991-2001-059-03-00-7, Relator Desembargador Eduardo Augusto Lobato. Revisor Desembargador José Murilo de Moraes, DJ 04.07.2002.

²¹⁵ RR-991/2001-059-03-00.7, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, DJ-07.03.2008.

conforme se constata da leitura de seus fundamentos ao decidir a carência de ação argüida pela reclamada em novo julgamento:

A jurisprudência majoritária, a princípio, encampou a tese no sentido de que a substituição processual seria restrita às normas do legislador ordinário, o que levou à edição pelo TST do então Enunciado 310. O STF, porém, tem identificado no supracitado dispositivo constitucional a legitimação extraordinária do sindicato para agir, em nome próprio, na tutela de interesses dos trabalhadores pertencentes à categoria profissional que representa, sem distinguir a natureza do interesse tutelado, tanto que, curvando-se a esse posicionamento por parte da Excelsa Corte, o TST acabou por cancelar o referido verbete, conforme resolução 119/03, de 1º.10.03, e, recentemente, proferiu diversas decisões favoráveis a essa interpretação ampliativa, como, exemplificativamente, sucedeu no exame dos recursos de revistas aviados nos processos 00991-2001-059-03-00-7-RO e 01011-2001-099-03-00-2-RO, em que foi determinado o retorno dos autos à origem para exame do mérito de matérias iguais às que se discutem no presente feito. Rejeito.²¹⁶

Daí a certeza de que se deve persistir na luta pela inclusão social daqueles que têm a força de trabalho explorada pelos donos do capital e não contam com a proteção das normas trabalhistas e constitucionais estabelecidas. As novas idéias contagiam e acabam por modificar o modelo posto.²¹⁷

A proposta que se apresenta neste estudo, considerando a conflituosidade laboral em massa é, como informado desde o início, o manejo rotineiro da Tutela Coletiva (específica e inibitória) para forçar o cumprimento da legislação trabalhista pelos tomadores de serviços, contribuindo sobremaneira para a preservação da dignidade dos trabalhadores. Afinal, a realidade deste limiar do século XXI é sensivelmente diferenciada daquela vivenciada no Estado Liberal que modulou o então vigente sistema processual. “As transformações não foram poucas, nem superficiais, sendo destacável a valoração da *solidariedade* e do *coletivismo*, através

²¹⁶ RO-00781-2007-099-03-00-3, Relator desembargador José Murilo de Moraes. Revisor Juiz Convocado Rogério Valle Ferreira, DJ 09.08.2008.

²¹⁷ Necessária é a leitura da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni acerca dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, que se faz na seguinte diretriz: “... diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um ‘pressuposto processual’ só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo. (...). É que, em caso contrário, a jurisdição estará indisfarçadamente negando os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) e à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF)” MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 386-480.

dos quais passou-se a almejar não propriamente a *libertação do indivíduo*, mas, sim, a afirmação da *dignidade humana*.^{218 219}

Não se ignora, por certo, a carência legislativa ainda existente, quanto ao Direito Processual Coletivo. Contudo, acredita-se que isso não impedirá a efetividade da tutela dos interesses e direitos coletivos lesados ou ameaçados de lesão, considerando a existência de normas processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública²²⁰, com a utilização complementar do Código de Processo Civil. Além do mais, a doutrina e a jurisprudência podem e devem cuidar de suprir omissões; afinal, nessa era pautada pela efetividade do processo, o direito processual assume outras conotações, como a ética, a política e a social, não sendo suficiente entender que seu método é meramente o técnico-jurídico²²¹:

Com efeito, num país como o Brasil, cuja principal campanha governamental no campo social está assentada no combate à miséria absoluta (programa *Fome Zero*²²² do Governo Federal), a idoneidade dos canais de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário contra quaisquer lesões ou ameaças perpetradas – algumas vezes por particulares, inúmeras vezes pelo Poder Público – constitui presunção quase absoluta. Desta forma, afastar ou restringir a tutela jurisdicional coletiva (legislativamente ou judicialmente), seja para proteção de direitos difusos, coletivos, seja para a proteção de direitos individuais homogeneamente considerados, importa, a um só tempo, a violação do mais basilar dos princípios constitucionais brasileiros e a completa negação do Estado Democrático²²³.

Observa Jorge Luiz Souto Maior²²⁴ que a efetividade da ACP não é obstada apenas pelos entraves processuais, mas, e até principalmente, pela ausência de vontade de lhe conferir eficácia: “uma ausência de vontade que não tem, necessariamente conotação ideológica e que, de certa forma, é própria da natureza

²¹⁸ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p. 29.

²¹⁹ Relativamente à evolução da sociedade, dos valores e direitos protegidos em cada um dos Estados instituídos – Liberal, Social e Democrático de Direito, conferir capítulo 2, item 2.3.

²²⁰ Acerca do já hoje vigente sistema normativo de tutela processual dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos verificar item 2.4, capítulo, deste estudo.

²²¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação), op. cit., p. 25.

²²² Esse programa do Governo foi substituído pelo bolsa-família.

²²³ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p. 103.

²²⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Ação civil pública: dificuldades processuais para a efetividade, op. cit., p. 19.

humana, advindo do medo de assumir a responsabilidade de produzir um resultado concreto de grande impacto”. E arremata com a criação do *princípio da imprescindibilidade do julgamento*²²⁵:

No que diz respeito aos direitos humanos, as ordens jurídicas estão proibidas de retroceder e, na condição de um pretense processualista, eu arriscaria fixar o princípio de que nos processos em que se discute, concretamente, a proteção da dignidade humana (e as ACPs são tipicamente destinadas a esta finalidade) os juízes, doutrinadores, professores, ou seja, todos aqueles que lidam com o processo, estão proibidos de se perderem em discussões vazias (de cunho acadêmico ou de sustentabilidades), que impeçam a visualização da questão de fundo. Ou dito de forma mais incisiva: é proibido extinguir-se o processo sem apreciação do mérito, quando do provimento jurisdicional depender concreta e emergencialmente a preservação da dignidade humana.²²⁶

Registra-se a existência de um Anteprojeto de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, de iniciativa de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que defendem a proposta de codificação como forma de superação dos entraves processuais constatados no sistema de tutela coletiva. Elton Venturi²²⁷ apresenta uma crítica ao projeto, no sentido de que a codificação do processo coletivo parece soar *descontextualizada* em uma época em que se preconiza a aplicação dos princípios e normas constitucionais, com uma intervenção legislativa mínima que propicie a abertura do sistema jurídico para a pluralidade e multiplicidade de fatores que sobre ele atuam dinamicamente. Entre os dois pólos contra e a favor da codificação, comparece Gregório Assagra de Almeida²²⁸, para quem a codificação é necessária, mas com a devida cautela. Ele adverte quanto aos riscos da precipitação, mormente porque o anteprojeto apresentado tem como elemento inspirador as *class actions* do sistema norte-americano, com técnicas de *common law*, cuja principiologia é distinta dos países de *civil law*. Lembra esse último autor que a instituição de um novo Código Civil brasileiro demandou anos e anos de estudo e, ainda assim, contém questões que exigiam um melhor regramento.

²²⁵ Trata-se de neologismo criado, neste estudo, para apresentar a idéia do autor em referência.

²²⁶ MAIOR, op. cit., p. 24.

²²⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p. 36.

²²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Palestra proferida na Procuradoria Regional do Trabalho de Minas Gerais, “Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação”, no dia 26/03/2008.

Verificadas, pois, a viabilidade e a necessidade da tutela coletiva em um Estado Democrático de Direito, bem assim que, embora o Brasil esteja avançado no sistema normativo processual coletivo, mas que ainda não conta um Código de Processo Coletivo, o que tem gerado dúvidas e incertezas nos operadores do direito, mormente porque há séria distinção entre alguns institutos processuais da ação individual e da ação coletiva, torna-se imperioso conhecer melhor as especificidades dessa tutela, a fim de que se possa dela extrair a maior efetividade possível do direito material.

Esse será o objeto do item seguinte.

3.5. Tutela Coletiva: especificidades

Apropriadas ao início deste tópico são as palavras de Luiz Otávio Linhares Renault:

“Produção em massa, consumo em massa, trabalho em massa, lesão em massa, tudo isso a desafiar um tipo processo civil para a massa, concentrando o que está pulverizado, e que, em última análise, nada mais é do que um processo em que se procura tutelar direitos metaindividuais, também denominados de coletivos em sentido amplo, transindividuais, supra-individuais, globais, e tantos outros epítetos, mas todos com a marca indelével da lesão em massa, que é o seu núcleo, a sua alma, a sua essência, ou o seu diferencial”²²⁹.

Assim, neste capítulo, a partir deste ponto, tratar-se-á propriamente da tutela coletiva.

O primeiro passo será explicar os motivos da opção pela nomenclatura *tutela*, para que se possa, mais adiante, examinar e definir o que se há de entender por tutela inibitória coletiva.

Cândido Rangel Dinamarco²³⁰, em uma abrangente explanação, ensina que a *tutela jurisdicional* constitui o grau mais elevado na escalada que vai da mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação, bem assim pelo efetivo direito ao provimento de mérito para, finalmente, chegar-se a ela. Daí porque ele diz que o direito à tutela jurisdicional é mais que a mera faculdade de ingresso em juízo, mais que a ação em sua feição estática e mais também que o poder de exigir o

²²⁹ RO-00611-2007-021-03-00-7, Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, DJ 21/06/2008.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. Tomo II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 797-846.

provimento de mérito. De acordo com sua doutrina, só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material. Uma tutela que, tratada pela ótica do processo civil de resultados, na verdade não é uma tutela a direitos, mas a pessoas, considerando que a processualística moderna e todo o sistema de direito centram-se na valorização do homem como fim em si mesmo.

Preleciona Sérgio Cruz Arenhart²³¹ que o termo tutela é empregado como resposta do Estado àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo, além do direito de provocar a jurisdição, também o direito a uma adequada prestação jurisdicional, em que se inclui o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material deduzida em juízo. Para explicar seu posicionamento, ele se apropria de pertinente lição de José Carlos Barbosa Moreira²³², que aqui também é trasladada:

Se a ordem jurídica reconhece como valiosa determinada posição subjetiva, deve ministrar a quem nela se encontre meios de proteção adequados e eficazes, que garantam na prática ao titular as vantagens a ela inerentes em teoria: será essa uma concepção obsoleta? Está bem que se diga e se repita que o direito de ação é abstrato e independente do direito afirmado por quem bate às portas da justiça; que ao aparelho judicial corre o dever de ouvir com atenção idêntica o postulante que tem razão e aquele que não a tem, até pelo simples e óbvio motivo de que só depois de ouvi-lo estará em condições de saber se ele a tem ou não. De nada disso se pode, ao nosso ver, duvidar hoje seriamente. Convém, no entanto, não esquecer jamais que a máquina judiciária é criada e mantida pelo Estado, e os processos se realizam com a finalidade precípua de dar razão a quem realmente a tenha; e não apenas dar-lhe razão, mas de proporcionar-lhe, na medida do possível, *tutto quello e proprio quello ch'egli a diritto de conseguire*.

Luiz Guilherme Marinoni utiliza a palavra *tutela* por entender que o sistema de tutela dos direitos “deve deixar de ser pensado em torno da ação una e abstrata e passar a ser compreendido em termos de ‘tutela’, ou melhor, a partir dos resultados que a tutela jurisdicional proporciona aos consumidores do serviço jurisdicional”²³³. Para ele, “falar em tutela jurisdicional dos direitos implica em assumir uma postura dogmática preocupada com uma forma peculiar de pensar o direito material e a sua

²³¹ ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 47.

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e direito à preservação da intimidade. Temas de direito processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4, *apud* ARENHART, op. cit.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28

relação com o direito processual”²³⁴. No seu pensar, mais importante do que afirmar a existência do direito ao meio ambiente sadio, é saber que há direito à tutela inibitória e à ressarcitória na forma específica. “Apenas depois é que entra em cena o problema da adequação das técnicas processuais para a prestação de tais tutelas”²³⁵. Em uma revolucionária inovação, sustenta que, “diante dos avanços da legislação processual, torna-se imprescindível reconstruir o direito de ação. Na realidade, é chegado o momento de elaborar um conceito genuinamente brasileiro de direito de ação”²³⁶. Para sustentar sua tese, além de tratar da superação da teoria de Liebman, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

a espécie de sentença não permite a identificação ou a qualificação de uma ação, pois essa obviamente não se caracteriza apenas pela sentença²³⁷. A ação é estruturada, e assim combina com certa sentença (por exemplo, mandamental), em razão da tutela almejada no plano do direito material (por exemplo, ressarcitória, na sua forma específica, ou inibitória).²³⁸

Continuando a sua exposição, este autor afirma que as normas dos artigos 83 e 84 do CDC e o artigo 461 do CPC, embora infranconstitucionais, apresentam-se comprometidas com o direito fundamental de ação do ordenamento brasileiro, uma vez que os preceitos legais do CDC, além de objetivarem a efetiva tutela do homem-consumidor (específica), destinam-se a viabilizar a tutela específica e adequada dos direitos metaindividuais. O artigo 461 do CPC, na mesma linha do artigo 84 do CDC, prende-se à necessidade de instrumentalizar a ação de modo a lhe permitir alcançar a tutela *específica dos direitos*.²³⁹

É com essa noção que o termo *tutela* é empregado neste estudo. Ao tratar da tutela inibitória coletiva e específica, parte-se da premissa de que o autor contará com técnicas processuais efetivamente adequadas à proteção preventiva dos interesses coletivos deduzidos em juízo. O que importa é o resultado do processo, no plano do direito material.

Definida essa premissa, chega-se ao momento de pensar no autor da ação coletiva. Tratar-se-á, agora, da legitimidade *ad causam*.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, Curso de processo civil, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 300.

²³⁵ Ibidem.

²³⁶ Ibidem, p. 286.

²³⁷ A esse respeito consultar o capítulo 4.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, op. cit., p. 287-288.

²³⁹ Ibidem, p. 286.

3.5.1 Legitimidade

O que se procura demonstrar, neste capítulo, até este traço, é a existência de uma nova categoria de direitos reconhecida – direitos e interesses metaindividuais –, que se traduz em reflexos de uma sociedade complexa, massificada, cujos titulares, muitas vezes, estão marcados pela *indeterminabilidade*.

Ora, se, em várias oportunidades, não há sequer como determinar os titulares dos interesses metaindividuais lesados, como seria possível buscar a devida tutela em juízo? Quem poderia idoneamente postular ao Estado a tutela jurisdicional e responder pela prática adequada dos atos processuais? Enfim, quem teria a legitimidade ativa *ad causam* para essas hipóteses?

Neste trabalho foi comentado que, em decorrência dessa sociedade de massa, surgiram *corpos intermediários* que se posicionam entre a massa dos excluídos e aqueles incluídos da sociedade (Estado, empregador, fornecedor, entre outros). Vale dizer, surgem corpos que atuam em nome de outros, ou seja, de uma coletividade.

Percebe-se, então, uma modificação no clássico conceito de *parte*, que é desvinculada do titular do direito material dito violado, mitigando, assim, o princípio da coincidência entre o titular do direito e o sujeito do processo, através da criação do modelo de um *representante ideológico da massa* ou *representante adequado*²⁴⁰ para atuar no interesse da coletividade, o qual foi inclusive contemplado no próprio texto constitucional (artigos 5º, XXI e LXX, 8º, II e 129, III e § 1º). A alteração ampliativa da legitimidade *ad causam* foi a condição que tornou possível cumprir a grande promessa do Estado Democrático de Direito do amplo acesso à Justiça para defesa de quaisquer direitos lesados ou ameaçados de lesão (artigo 5º, XXXV, da CRF), sem afrontar os princípios também constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRF) que, de igual forma, adquirem novos contornos, adaptando-se à ótica coletiva.

Essa evolução paradigmática, há muito, é almejada pelo cidadão brasileiro que, nos idos de 1934, reivindicou e conseguiu, em residência constitucional²⁴¹,

²⁴⁰ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**, op. cit., p. 170.

²⁴¹ Artigo 113, inciso XXXVIII, da Constituição da República de 1934: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”, conforme http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 17.11.2008.

legitimidade para tutelar judicialmente o patrimônio público. Malgrado a sua supressão pela Constituição de 1946, a legitimidade ativa do cidadão foi revigorada pela Lei nº 4.717/65 e novamente contemplada com o *status* constitucional em 1988, quando se aumentou, inclusive, o objeto da ação popular, que passou a alcançar bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (artigo 5º, LXXIII, da CRF/88).

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo os *corpos intermediários*, a eles atribuíram a missão da iniciativa da tutela coletiva dos direitos e interesses metaindividuais, conforme estabelece o artigo 5º da LACP:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, concorrência ou ao patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Na voz de alguns doutrinadores, essa legitimação é *processual de natureza especial*²⁴², *nem ordinária*²⁴³, *nem extraordinária*. Para outros, ela é *autônoma*²⁴⁴, ou mais precisamente *legitimação autônoma para a condução do processo*. É também, conforme denominou José Carlos Barbosa Moreira²⁴⁵, *concorrente e disjuntiva*, qualificação esta que, conquanto sob outras terminologias, é unânime na doutrina e assim se define:

A legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais. Todos concorrem em igualdade para a propositura da ação e, desde que

²⁴² VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit. p. 177.

²⁴³ Legitimidade ordinária é aquela em que há coincidência entre o titular da relação jurídica material e processual (artigo 6º do CPC). Na legitimação extraordinária ocorre o contrário, pois não há coincidência entre os sujeitos titulares das relações processual e material, ou seja, um terceiro atua em nome próprio, mas na defesa do direito alheio. É o *substituto processual*.

²⁴⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, 6ª ed, São Paulo: LTr, 2008, p. 324.

²⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro, *apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**, op. cit, p. 170.

preenchidos os requisitos legais, qualquer deles poderá intentá-la. Não há exclusividade nem atribuição privativa de legitimidade.²⁴⁶

A legitimidade para postular tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, como aqui colocado, revela-se simples por demais. Mera interpretação literal²⁴⁷ do artigo 5º da LACP colocaria fim a qualquer dúvida, sem maiores detalhes.

Cabe, no entanto, advertir que a matéria é vista como de alta complexidade pelos doutrinadores, os quais apresentam análises profundas e variadas a esse respeito, com inevitáveis reflexos na jurisprudência, como, por exemplo, a existência de requisitos intrínsecos de cada co-legitimado e outros detalhes mais, que não serão aqui enfrentados, em face de necessário corte metodológico.

Acresça-se, apenas, uma breve referência à legitimação passiva dos *entes intermediários*, correspondente à *defendant class action* do sistema norte-americano. E, como não poderia ser de outro modo, há dissenso doutrinário também a esse respeito em solo pátrio. Alguns admitem essa possibilidade, por absoluta ausência de amparo legal e outros, entre eles Ada Pelegrini Grinover²⁴⁸, entendem justamente o contrário, ou seja, há possibilidade da legitimação passiva, ainda que em tese, por força do artigo 83 do CDC e do parágrafo 2º do artigo 5º da LACP²⁴⁹.

Malgrado a possibilidade jurídica da aplicação do instituto em nosso país, certo é que o ajuizamento de ação coletiva passiva, mormente na esfera trabalhista, ainda é raro e somente a realidade vivenciada no decorrer do tempo poderá definir a sua utilidade e conveniência prática, que devem ser apuradas com atenção sempre voltada para a finalidade das modificações impostas pelo processo metaindividual trabalhista: aprimorar a defesa dos interesses sociais e, não, prejudicá-los.

Para encerrar o exame do tema da legitimidade, é preciso constar que a distinção entre a tutela individual e a tutela coletiva não se encontra apenas no

²⁴⁶ LENZA, op. cit., p. 173.

²⁴⁷ O método da interpretação literal, também conhecido como gramatical, semântico ou filológico, “funda-se nas regras da gramática e da linguística, possibilitando ao intérprete o exame de cada texto normativo, isolado ou sintaticamente, observando pontuação, etimologia dos vocábulos, etc”, conforme LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de direito processual do trabalho**, op. cit., p. 100.

²⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law, op. cit., p. 155.

²⁴⁹ Artigo 83 do CDC: Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Artigo 5º, 2º da LACP: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

momento inicial, ou seja, na legitimidade ativa para exigir do Estado a tutela jurisdicional. Entre vários outros aspectos, merece também ser averiguado, neste estudo, obviamente sem a desejada profundidade que comportaria uma outra dissertação, o instituto específico da coisa julgada para processos coletivos, considerando a total inadequação de seu regramento estabelecido pelo processo civil ortodoxo liberal-individualista.

3.5.2 *Coisa julgada*

Ao lado da legitimidade para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses difusos e coletivos, a coisa julgada também passou por profunda revisão, a fim de possibilitar a adequada tutela coletiva. De nada adiantaria permitir o ajuizamento da ação se não fosse possível beneficiar pessoas que não participassem da relação processual.

A coisa julgada tem reconhecimento constitucional (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Pátria), dada a sua importância quanto à certeza da pacificação da lide e constitui um dos mais complexos temas da tutela coletiva.

De fato, a superação da idéia de “parte”, como pontuado no tópico anterior e, conseqüentemente, da exclusividade de se atribuir legitimidade *ad causam* apenas aos titulares do direito lesado ou ameaçado de lesão, implica, de pronto, modificação também nos limites subjetivos da coisa julgada traçados pelo artigo 472 do CPC: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada”.

Vale dizer, a coisa julgada opera *intra partes*, seja para o fim de confinar-lhes os efeitos naturais da sentença, seja para impedir-lhes a rediscussão da lide julgada. Os terceiros, assim considerados todos aqueles que não tiveram acesso ao contraditório na qualidade de *partes*, na medida de sua legitimidade, nem ficam sujeitos à autoridade da coisa julgada (podendo, pois, rediscutir a sentença em processo próprio), nem são por ela automaticamente beneficiados.²⁵⁰

É necessário lembrar ainda das características dos direitos metaindividuais atreladas à divisibilidade ou não do objeto, à identificação ou não do titular do direito, que clamam tratamento diferenciado no momento da satisfação do direito

²⁵⁰ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p. 378.

reconhecido em juízo. Atento a essas especificidades, o legislador cuidou de detalhar os efeitos da coisa julgada em relação a cada um dos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Será, pois, sob a ótica do ordenamento posto e vigente no Brasil que se analisará a questão.

Relativamente à ação que envolve tutela de direitos difusos e coletivos indivisíveis por natureza, a coisa julgada não pode atuar senão *erga omnes*. Cita-se a hipótese da condenação de uma empresa a adotar medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância. A satisfação do interesse se faz em prol de todos os membros da coletividade. Há uma exceção desse efeito, quando ocorre a improcedência do pedido por insuficiência de provas e há possibilidade de se renovar a demanda, com base em outras provas, inclusive pelo mesmo legitimado. Fala-se em coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, segundo as regras do CDC, a coisa julgada atua *erga omnes* somente para beneficiar, nunca para prejudicar. Isto é, se a pretensão for julgada procedente, será imediatamente aproveitada, passando-se à liquidação e execução da sentença pelos titulares dos interesses. Já a coisa julgada desfavorável não coíbe o ajuizamento de novas ações individuais, desde que o titular não tenha intervindo no processo findo.

Ada Pellegrini Grinover²⁵¹ diz que esse posicionamento foi uma escolha consciente do legislador:

Entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*²⁵²; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real (e não apenas formal), que exige que se trate diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merece o tratamento diferenciado próprio das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law, op. cit., p. 158.

²⁵² Explica a autora em referência que o critério *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua exclusão da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. O critério *opt in* permite que os membros do grupo, devidamente notificados, ingressem na demanda coletiva, tornando-se partes sendo, assim, colhidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, mas quem não manifestar sua vontade de inclusão no processo não poderá ser abrangido pela coisa julgada, seja ela favorável ou não. Há ainda o critério misto que mescla os dois outros anteriores, dependendo da natureza da demanda. Esses critérios exigem ampla divulgação e não foram adotados pelo Brasil, conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law, op. cit., p. 157.

Há de se mencionar ainda o aproveitamento da coisa julgada coletiva para beneficiar as pretensões individuais – o denominado transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, expressamente previsto no parágrafo terceiro do artigo 103 do CDC²⁵³. Vale dizer, a coisa julgada favorável formada em um processo coletivo pode ser transportada para as ações individuais, encurtando o caminho processual.

A doutrina brasileira prefere hoje explicar o fenômeno – tanto da eficácia da coisa julgada penal no campo da reparação civil, como da eficácia da coisa julgada do processo coletivo em defesa dos direitos difusos e coletivos, para beneficiar as pretensões reparatórias individuais – como uma ampliação objetiva do objeto da demanda, pelo que quando o juiz afirma ‘condeno a reconstituir o meio ambiente lesado’, está implicitamente afirmando que também condena a indenizar as vítimas do dano ambiental²⁵⁴.

Ronaldo Lima dos Santos²⁵⁵ apresenta três quadros, resumindo de uma maneira bastante didática a atuação da coisa julgada nas demandas fundamentadas em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que aqui serão trasladados, divididos apenas em dois: o primeiro, pertinente aos direitos difusos e coletivos, e o segundo, para os direitos individuais homogêneos.

COISA JULGADA – DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Consequências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes / ultra partes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.
Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes / ultra partes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto

²⁵³ Artigo 103, § 3º do CDC: “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

²⁵⁴ GRINOVER, op. cit., p. 160.

²⁵⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. A amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *In Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. José Hortêncio Ribeiro Júnior (et. al.], organizadores. São Paulo: LTr, 2006, p. 303-306.

insuficiência de provas.		e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.
Improcedência do pedido por insuficiência de provas	Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseada em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.

COISA JULGADA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Consequências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. A execução poderá ser efetuada a título coletivo ou individual. Não será beneficiado pela coisa julgada coletiva o indivíduo que não requereu a suspensão do processo individual (art. 104 CDC).
Improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas	Coisa julgada material	Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo poderão pleitear seus direitos em ações individuais.

Observa-se que os efeitos da extinção do processo coletivo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267 do CPC, não diferem dos efeitos da extinção das ações individuais e a possibilidade de renovação irrestrita da ação nesse caso encontra exceção apenas nas hipóteses do acolhimento de perempção, de litispendência ou de coisa julgada, por força do disposto no artigo 268 do CPC.

Pontua-se, por fim, a ponderação de Nelson Nery Júnior²⁵⁶, relativamente à coisa julgada nas ações movidas contra o grupo (*defendant class action*). Para ele, os legitimados ao ajuizamento da ACP somente poderiam atuar no pólo passivo nas

²⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson, *apud* FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista: teoria geral**. 2. ed, São Paulo: LTr, 2008, p. 139.

circunstâncias em que estivessem a defender seus próprios interesses. Portanto, os reflexos de uma decisão que lhes fosse prejudicial não afetariam os representados, o que se harmoniza com a ideologia do sistema protetivo metaindividual trabalhista. Isto é, a coisa julgada negativa operar-se-ia apenas contra os legitimados sociais, não contra os membros da classe representada, que poderiam manejar ações individuais para questionar os mesmos interesses.

Diante do que se expôs, não é necessário grande esforço para perceber que os esquemas do processo civil clássico, de cunho eminentemente individualista, não são aptos a dirimir lides sociais, em que se colocam em confronto pretensões de massa. As inadequações vão além das relativas à legitimidade *ad causam* e à coisa julgada aqui expressadas. Há vários outros procedimentos e institutos que não podem ser simplesmente transportados de modo integral e automático do individual para o coletivo, como a litispendência e a competência territorial, com destaque para a alteração do artigo 16 da LACP implementada pela Lei nº 9.494/97, com o fim de estabelecer que, nas ações coletivas, “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas...”, entre outros, sob pena de tornar obsoleto o processo coletivo, que se desenvolve, principalmente, por intermédio da Ação Civil Pública. Essas especificidades não serão abordadas neste estudo, pela necessidade do corte metodológico, como já assente, não obstante a importância de toda a teoria geral da ação coletiva, que se aplica, também, à ação coletiva inibitória, objeto central do trabalho²⁵⁷.

José Roberto Freire Pimenta e Nádia Soraggi Fernandes²⁵⁸ mencionam a Lei da Ação Civil Pública como uma das principais expressões legais do processo coletivo, com destaque na esfera trabalhista, onde é utilizada para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e pode ser manejada para todas as espécies de pretensões capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela, inclusive a inibitória.

²⁵⁷ Para consulta acerca da Teoria Geral da Ação Civil Pública ou do Processo Coletivo, VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007; LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual; LEITE Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed, São Paulo: LTr, 2008.

²⁵⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. FERNANDES, Nádia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista, op. cit. p. 45-60.

Neste estudo, utiliza-se a expressão ação coletiva como sinônimo da Ação Civil Pública, ou seja, trata-se de ação coletiva para a defesa jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não obstante se reconheça que, para fins didáticos, é possível traçar uma classificação doutrinária das diversas ações coletivas, como, por exemplo, ação individual plúrima, mandado de segurança coletivo e ação civil coletiva.

Para uma seqüência lógica do pensamento e melhor compreensão do desenvolvimento do trabalho, impende repisar o que foi demonstrado neste capítulo até este tópico.

Em face da transformação da sociedade, a legislação pátria, em especial a própria Constituição da República, reconheceu a existência de direitos ou interesses metaindividuais. Outrossim, viu-se, no segundo capítulo, que há reiterado descumprimento da legislação trabalhista pelos detentores dos meios de produção e também da tecnologia e do conhecimento, enfim, do poder, que causam lesão e afrontam a dignidade da massa dos trabalhadores deste país. Foi revelado ainda que, em face de fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, há uma real dificuldade, senão impossibilidade, dos trabalhadores de exigirem judicialmente a satisfação de seus direitos quando ainda vigente o seu contrato de emprego. Enfatizou-se outrossim que a coletivização da tutela aos direitos metaindividuais não só é plenamente acolhida pelo ordenamento pátrio, em especial pela Constituição Federal, como assume “uma função extraordinária, que exorbita o plano jurídico e social, sendo indispensável à conformação política do *Estado Democrático de Direito*”²⁵⁹, por eliminar os óbices colocados aos excluídos socialmente para o verdadeiro acesso à Justiça. Evidenciou-se a resistência de alguns componentes do Poder Judiciário em conferirem tutela coletiva aos direitos e interesses metaindividuais trabalhistas, em especial aos individuais homogêneos, e que a dificuldade reside, em maior grau, na circunstância de se tentar compreender e explicar a coletivização do processo através da concepção ortodoxa liberal-individualista do direito processual clássico. Foram enfrentadas questões processuais como a legitimidade ativa e a coisa julgada nas ações coletivas metaindividuais, as quais podem ser veiculadas para todos os tipos de pretensões

VENTURI, Elton. **A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, op. cit., p. 102.

porventura existentes, sempre voltadas para a efetividade material e processual, ou seja, para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos materiais.

No que tange aos tipos de tutelas, a teoria de Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁰ se faz no sentido de que a classificação deve ocorrer em face da “ação” de direito material que visam realizar. Se a tutela jurisdicional deve proporcionar a efetiva realização do direito material, então nada mais lógico que seja classificada a partir do resultado material almejado pelo autor. E assim ele apresenta a seguinte classificação das tutelas: 1) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória em forma específica), 2) tutela reintegratória e 3) tutela inibitória.

Será, pois, sobre essa teorização que o estudo será desenvolvido no próximo capítulo.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, Curso de processo civil, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 409 e 426.

4. TUTELA DOS DIREITOS

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

(Fernando Pessoa)

A indagação que inexoravelmente se faz neste ponto é: por que dedicar um capítulo desta dissertação a uma classificação doutrinária se, ao longo do estudo, houve a preocupação de evidenciar a desnecessidade e o risco do apego às conceituações e classificações da doutrina²⁶¹ para a prática jurisdicional?

Ao contrário do que possa parecer, a escolha desta abordagem funda-se na necessidade da superação da tradicional classificação das ações (ou das sentenças)²⁶² baseada no tipo de provimento que o processo é capaz de oferecer na sentença, sem qualquer preocupação com o seu resultado no plano do direito material. Urge seja a atuação jurisdicional direcionada para a efetiva modificação da realidade social, com vistas ao resultado da ação no mundo dos fatos, o que exige a consciência do correto significado dessa classificação. Acredita-se que somente com a conscientização dos operadores do direito de que a atuação jurisdicional deve alterar não apenas e exclusivamente o plano jurídico, mas também e principalmente o mundo fático, é que se conseguirá modificar o quadro que hoje se apresenta no Poder Judiciário, consoante já se evidenciou nesta dissertação.

²⁶¹ “É claro que teorizar é tão importante quanto extrair consequências práticas. O que se deve rejeitar são os extremos: o direito dos rábula e dos práticos, que se orientam pelas necessidades do momento; o direito dos doutores, que não querem enxergar o mundo real e suas mazelas, encerrando-se nos preconceitos dos gabinetes climatizados. Saudável é, sim, pensar dialeticamente a relação entre direito, fato e valor, entre teoria e prática”, conforme OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

²⁶² “O surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, devem dar origem a nova classificação” conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 89. De fato, a jurisdição, no final do século XIX, era concebida como função destinada a garantir a tutela dos direitos. “A ação, por sua vez, era compreendida como entidade totalmente vinculada ao direito substancial; negava-se qualquer autonomia da ação, que era vista como faculdade jurídica intrínseca ao direito material. O surgimento da teoria publicista da jurisdição e, mais precisamente, da concepção chiovendiana de jurisdição, implicou o abandono da idéia de jurisdição como função voltada à tutela dos direitos”. “Não se quer negar, como é óbvio, a importância do trabalho dos processualistas que viveram a chamada fase autonomista do processo; foi esse período que deu dignidade e autonomia ao direito processual civil, antes concebido como meramente *procedura civile*”. Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000, p. 381-391.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁶³,

conquanto seja “costume” falar em tutela jurisdicional dos direitos, é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil [e também o processo do trabalho] na perspectiva da tutela jurisdicional tem sério compromisso em pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material.

No capítulo anterior foram externados os motivos pelos quais se fez a opção por utilizar, neste trabalho, o termo “tutela”. Não obstante, impende que se retome ao tema, aprofundando um pouco mais em seu estudo, no sentido de bem definir o que se deve entender por *tutela jurisdicional dos direitos*, a fim de alcançar o objetivo maior que é firmar aqui a sua pertinência e importância.

É relevante destacar que a *tutela jurisdicional* pode ou não prestar a *tutela do direito* substancial. “Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória *reconhecem* o direito material.”²⁶⁴ De fato, a proteção almejada no plano do direito material, como se colocou no item 3.5 desta dissertação, somente se efetivará se houver o reconhecimento do direito vindicado. Afinal, sem a existência do direito nada haverá para ser tutelado materialmente.

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁵ que a *tutela jurisdicional* engloba tanto a sentença de procedência (que presta a tutela do direito), quanto a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, mas constitui a resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional). “Daí já se percebe que a decisão interlocutória²⁶⁶ e a sentença²⁶⁷ constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito”, que se dividem nas seguintes categorias: inibitória, reintegratória, ressarcitória e do adimplemento.

E é assim que Luiz Guilherme Marinoni conclui seu pensamento:

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 428.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.

²⁶⁵ Ibidem, p. 113-114.

²⁶⁶ A teor do artigo 162, § 2º, do CPC, decisão interlocutória “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questões incidentes”, sem solucionar a lide, “mas apenas dispõe sobre questão incidente) surgida no processo, afastando eventuais obstáculos que se oponham à marcha processual” Conforme VIDIGAL, Márcio Flávio. **Sentença trabalhista**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 60.

²⁶⁷ O CPC define atualmente a sentença no § 1º do artigo 162, como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei” (Lei n. 11.232, de 22/12/2005. “Sentença é o ato pelo qual o juiz soluciona a causa em primeiro grau de jurisdição, com resolução das questões pertinentes à higidez do processo e às condições da ação, se houver, ou com resolução do mérito” VIDIGAL, op. cit., p. 60.

quando se pensa em termos de “tutela dos direitos”, é preciso verificar se o processo está conferindo a sua devida e adequada tutela, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, as sentenças refletem apenas o “modo” (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos.

Cândido Rangel Dinamarco²⁶⁸ relata a possibilidade da tutela ainda quando nenhum direito entre os litigantes é afirmado, senão explicitamente negado. Ele faz referência ao conceito de esfera jurídica e ao dever geral de abstenção em relação a ela e explica:

tutelar a esfera jurídica das pessoas significa impedir desfalques ao patrimônio delas. No campo dos direitos reais e especialmente nos chamados processos editais (que envolvem número ilimitado de pessoas, com eficácia *erga omnes*) a tutela jurisdicional concedida ao demandante tem o valor de ditar de modo absoluto um dever de abstenção – a ser observado por todos, precisamente porque a sentença e seus efeitos não se limitam aos litigantes, como de ordinário. Falar em tutela à *integridade da esfera jurídica*, portanto (...), em substância significa o mesmo que falar em tutelar as pessoas.

Embora o citado autor fale em “tutela de pessoas”, como já foi evidenciado no capítulo anterior, certo é que a sua idéia objetiva final está em perfeita sintonia com a de Luiz Guilherme Marinoni, que é no sentido de que a tutela jurisdicional “deve proporcionar a efetiva realização do direito material”²⁶⁹. Veja-se a explanação de Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁰:

A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do *processo civil de resultados* não é uma tutela a *direitos*, mas a *pessoas*.
(...)

A afirmação da tutela ao homem como resultado do processo é decorrência da visão do processo pelo *ângulo externo* e da metodologia descrita como *processo civil de resultados*. Nessa ótica, em que prepondera a preocupação pelo resultado útil de cada experiência processual na vida comum das pessoas em relação com as outras ou com os bens, levam-se em conta, de um lado as pretensões insatisfeitas que impulsionam as pessoas a demandar e, de outro, o modo como fica essa pretensão depois do processo findo. São essas as duas pontas do *inter* da inserção do processo na vida em sociedade – ou seja, a realidade precedente ao

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. T. 1, 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 435-436.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000, p. 407.

²⁷⁰ DINAMARCO, op. cit. p. 825.

processo, que legitima a sua celebração, e a realidade sucessiva ao processo, criada por ele²⁷¹.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²⁷² apresenta uma crítica à teoria de Luiz Guilherme Marinoni que fala da “tutela de direitos” e também não concorda com Cândido Rangel Dinamarco quanto à “tutela de pessoas”. Para ele a “tutela é do patrimônio *jurídico* e mediatamente da pessoa ou do seu entorno”.

Eis o seu posicionamento doutrinário:

Nada obstante compreenda o caráter humanista da proposta de Cândido R. Dinamarco, focando tutela não no direito, mas nas pessoas, parece-me que a tutela jurisdicional não pode ficar alheia ao fenômeno jurídico. Afinal, não se cuida de qualquer tutela (como por exemplo o amparo beneficente à velhice ou de cuidados médicos com doentes e outras inúmeras formas de amparo do ser humano), mas de algo que está intrinsecamente vinculado ao mundo jurídico. De mais a mais, o antropocentrismo deve ceder hoje a uma visão mais ampla do mundo, que não se descuida da fauna ou da flora e até do meio ambiente, elementos esses também protegidos pelo Direito. Humanizar a justiça, sim, mas sem esquecer o *quantum* específico do Direito, mostra-se a meu juízo a solução mais adequada. Por isso insisto em que a tutela é do patrimônio *jurídico*.

Conquanto a doutrina de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira também apresente algumas especificidades distantes das que constam da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, como mais adiante se demonstrará, certo é que, na essência, eles não divergem. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira também percebe a necessária e íntima relação entre o direito material e o processo, bem assim o caráter instrumental deste:

A mais evidente prova da relação entre ambos os campos consiste na natureza instrumental do direito processual, chamado a intervir ao se verificar alguma crise, efetiva ou virtual, no plano do direito material, inclusive em caráter preventivo e até abstrato. E assim é porque uma das suas finalidades precípua (além da pacificação) consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça no caso concreto²⁷³.

²⁷¹ Observa-se que a sentença de improcedência significa que o autor não tem direito para ser tutelado jurisdicionalmente e que o réu, embora tenha direito, não necessita da tutela jurisdicional, uma vez que o próprio direito material, por si, já o protege. Esse é o resultado prático da sentença de improcedência.

²⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108.

²⁷³ *Ibidem*, p. 92.

Aliás, há quase cem anos, desde 1911, Chiovenda²⁷⁴ já afirmava “que o processo deve ser um ‘processo de resultado’, isto é que contemple instrumentos adequados que assegurem a utilidade prática de suas decisões”.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira apresenta, de forma sintética, a evolução da ação abstrata ao primado da tutela jurisdicional e que está em sintonia com o posicionamento doutrinário de Luiz Guilherme Marinoni adotado neste trabalho:

- a) ‘A todo direito corresponde uma ação que o assegura’ (Código Civil de 1919, art. 75; concepção imanentista da ação de direito material).
- b) ‘Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela’ (Código de Defesa do Consumidor, art. 83; concepção ligada à ação abstrata, e que já antecipa a terceira idéia).
- c) ‘Para a efetiva realização dos direitos, são assegurados um processo justo e as tutelas jurisdicionais adequadas’ (norma constitucional que decorre do sistema jurídico brasileiro; concepção vinculada à idéia de tutela jurisdicional aqui preconizada, comprometida tanto com a efetividade quanto com a segurança; daí a referência à ‘efetiva realização dos direitos’, ‘processo justo’ e ‘tutela adequada’²⁷⁵).

Assim, em comum com as teorias processuais de Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e de todos os processualistas que buscam a “utilidade prática” da prestação jurisdicional, tem-se a proposta deste estudo: tutela inibitória coletiva como instrumento eficaz na preservação da dignidade dos trabalhadores. Isto é, busca-se a tutela jurisdicional de direitos e dos trabalhadores, com a efetividade do direito material e modificação da realidade social.

Nesse contexto, é necessário dar mais um passo, que é um breve estudo acerca da classificação das ações (das sentenças ou das tutelas), à luz do direito processual, com destaque para as ações de conhecimento, em especial a condenatória.

4.1. Classificação das ações

²⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. Riv. Dir. Comm., 1911, *apud* SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

O escólio de Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁶ se faz no sentido de que “existe um sem-número de possíveis espécies de demandas²⁷⁷ diferentes entre si, seja como reflexo dos diferentes provimentos jurisdicionais postulados, seja pelas diferenças quanto ao bem da vida pretendido ou sua natureza, seja em razão dos fundamentos de direito material”. E conclui: “Todas as classificações já propostas são falsas e de duvidosa utilidade”.

Na verdade, o que se verifica é que as várias teorias existentes na doutrina acerca da ação não se apresentam hoje satisfatórias, porquanto repercutem as tendências políticas da época em que foram criadas e traduzem a relação entre o homem e o Estado daquele momento histórico. E não poderia mesmo ser de outro modo. Se o Estado é o detentor do monopólio da jurisdição, não há como exigir dele atuação jurisdicional diferente da concepção jurídica em que se funda.

No século passado, duas correntes comandaram a ciência processual: “uma encabeçada por Giuseppe Chiovenda, outra por Francesco Carnelutti²⁷⁸”. Para a primeira corrente, a tarefa dos juízes é afirmar e atuar a vontade da lei, isto é, deve o julgador interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. Já para a segunda, a jurisdição não viria de uma mera aplicação da norma ao caso concreto, mas do resultado de uma dupla compreensão (áxio-sociológica): fato e justiça, que estaria embutida no direito²⁷⁹. Nessa linha, o processo existe para a justa composição da lide e o efeito da sentença “é tornar concreto ou particular o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal²⁸⁰”. Liebman, cuja doutrina se amolda dentro da primeira corrente e, portanto, à semelhança de Chiovenda, entende a ação como direito abstrato de invocar a jurisdição, defende a teoria de que este direito não teria “natureza obrigatória”, neste ponto já se diferenciando de Chiovenda:

A ação – diz o eminente processualista – se dirige contra o Estado, na sua qualidade de poder jurisdicional, e por isso é, no seu significado, o direito à

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 144-146.

²⁷⁷ Para o autor em referência, “o ato de vir a juízo pedindo tutela jurisdicional” é a demanda e não a ação. E explica: “sempre por não incluir sistematicamente a *demand*a em seu vocabulário – em muitíssimos dispositivos o Código de Processo Civil deixa de empregar esse vocábulo quando quer aludir à pretensão posta em juízo, falando, então, indevidamente, em ação”. DINAMARCO, 2004, op. cit., p. 102 e 105.

²⁷⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo**. São Paulo: Manole Ltda., 2002, p. 35.

²⁷⁹ Ibidem, p. 37.

²⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. T. 1, 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

jurisdição; mas não corresponde a uma obrigação do Estado, porque a sua característica consiste em ser um direito de impulso e iniciativa ao desenvolvimento de uma função na qual também o Estado é interessado.²⁸¹

Chiovenda classificou as sentenças (e as ações) em três grupos, à luz do tipo de provimento jurisdicional postulado pelo autor: i) ações de conhecimento, ii) ações executivas e iii) ações cautelares²⁸².

4.1.1. Ação executiva

A ação executiva constitui, tradicionalmente, o meio pelo qual o credor da obrigação estabelecida no título executivo obtém a sua satisfação. Ela se caracteriza por estar orientada a suprir a não realização voluntária de determinada conduta, exigida para a satisfação de um direito subjetivo²⁸³. Trata-se da execução forçada ou execução de sentença, ou seja, é a execução que faz com que o direito do autor seja realizado por agente do Estado (oficial de justiça) ou por terceiro, sem que importe a vontade do réu²⁸⁴.

Explica Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁵ que o título executivo é uma criação técnica da doutrina processual para justificar que a instauração da execução, com a conseqüente agressão da esfera jurídica do devedor, somente seria possível a partir de um título executivo, “tal como a sentença condenatória (título executivo judicial²⁸⁶) ou um cheque (título executivo extrajudicial), que expressaria um direito declarado”. A tutela definitiva exigia a “certeza jurídica”.

Por isso o legislador, privilegiando alguns credores, em face de suas posições sociais, tipificou os títulos executivos extrajudiciais, liberando-os das agruras do

²⁸¹ SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V. 1, 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 154.

²⁸² Ibidem, p. 171.

²⁸³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003, p. 23.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 428.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ De acordo com o artigo 475-N, I, do CPC, além das sentenças condenatórias, também as sentenças declaratórias podem constituir título executivo, desde que ela reconheça a existência de obrigação. “A expressão ‘reconheça a existência de obrigação’ (...) significa que a *sentença deve conter todos os elementos da relação jurídico-obrigacional*, identificando, precisamente, partes credora e devedora, natureza e objeto da obrigação”, conforme WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, II**: Leis 11.187/2005, 11.232/2995, 11.276/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.

processo de conhecimento e conseqüentemente de sua demora.²⁸⁷ Essa situação, no entanto, tornou-se incompatível com o reconhecimento de novos direitos, principalmente aqueles de cunho não patrimonial e que exigem uma resposta jurisdicional célere. Modifica-se, então, por intermédio da reforma processual de 1994 (Lei n. 8.952/94), o artigo 273 do CPC, com a introdução da tutela antecipatória, que quebra o princípio de que não há execução sem título²⁸⁸. Note-se que a nova redação conferida ao mencionado artigo 273 do CPC pela Lei nº 10.444/2002 promoveu um ajuste terminológico substituindo a palavras “execução” pelo termo “efetivação” que é mais abrangente.

Foi também por intermédio da mencionada Lei n. 8.952/94 que se deu nova redação ao artigo 461 do CPC, priorizando a tutela específica e tornando possível a tutela inibitória dos direitos. O Juiz ficou autorizado a determinar, na sentença, as medidas necessárias para se realizar concretamente o direito, como, por exemplo, a busca e a apreensão. Afirma Marcelo Lima Guerra²⁸⁹ que “a deficiência na prestação de tutela executiva sempre é, no fundo, um problema de *adequação de meios a fins*, dado o caráter *prático* dessa modalidade de tutela jurisdicional”.

É de se registrar aqui a fala de Carlos Henrique Bezerra Leite²⁹⁰, no sentido de que, a partir do advento do denominado processo sincrético, introduzido pela Lei n. 11.232/2005, tanto em relação às tutelas específicas²⁹¹, quanto à tutela condenatória de obrigação de pagar, fala-se em cumprimento (não execução) da sentença (conforme artigos 461, 461-A e 475-I e 475-J, todos do CPC). Permanece, contudo, a ação executiva autônoma quando se tratar de título extrajudicial, na esfera das Justiças Comum e Trabalhista²⁹².

²⁸⁷ Note-se que a execução de título executivo extrajudicial até há pouco tempo não era admitida na Justiça do Trabalho, o que só se deu com a alteração do *caput* do artigo 876 da CLT, determinada pela Lei nº 9.958/2000. É de se perceber, a diferença de tratamento conferido ao crédito trabalhista, quando se atenta que é considerado título executivo extrajudicial “o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio (artigo 585, V, do CPC) e que o crédito trabalhista, ainda que também documentalmente comprovado não o é.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 59.

²⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, op. cit. p. 80.**

²⁹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 307.

²⁹¹ Esse tema será abordado mais adiante, ainda neste capítulo, item 4.4.

²⁹² Na seara do processo do trabalho, admitem-se os seguintes títulos executivos extrajudiciais (CLT, artigo 876, *caput*): termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho, termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação prévia (Lei n. 9.958/2000) e, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a ação de execução das multas aplicadas pelas DRT

A execução ou, como queiram alguns doutrinadores, a fase de cumprimento da sentença, tem a sua eficácia perenemente ameaçada pelo passar do tempo, “que realmente é inimigo declarado e incansável do processo. Antes de proferida a sentença, a sua efetividade poderá ser assegurada pelas *medidas cautelares*, que constituem contraveneno do tempo”²⁹³ e também hoje pela antecipação de tutela expressamente prevista nos artigos 273 e 461 do CPC e artigo 84 do DDC. Fala-se em tutelas de urgência. Tem-se assim, em primeiro lugar, a

4.1.2. A ação cautelar

A ação cautelar visa a assegurar determinados direitos ou interesses a serem tutelados, o que se realiza por intermédio de um processo cautelar, com a finalidade de garantir o resultado útil do processo principal. Dois pressupostos são exigidos para a ação cautelar: o *periculum in mora* (o perigo da demora processual), que sacrifica o próprio direito de ação e o *fumus boni iuris* (aparência do bom direito).

A tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, isto é, ela é instrumento da tutela satisfativa²⁹⁴ do direito material. Noutro falar, a tutela cautelar é uma tutela assecuratória da tutela jurisdicional final. Ela pode ser *preparatória*, nas quais visa a preparar a propositura da ação principal, ou *incidental*, que é ajuizada quanto já em curso a demanda principal. De acordo com o CPC, há medidas cautelares típicas e atípicas (ou nominadas e inominadas, artigos 813 a 887), que estão abrangidas dentro do poder geral de cautela conferido ao juiz (artigos 798 e 799 do CPC), e tanto as típicas quanto as atípicas são cabíveis no processo do trabalho²⁹⁵.

Informam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, na Itália, a tutela inibitória somente pode ser prestada com base no artigo 700 do CPC que é

passou para a competência da Justiça do Trabalho. Adverte-se que os títulos extrajudiciais previstos no artigo 585 do CPC, ainda que decorrentes de uma relação de emprego, dependem de uma sentença que lhes confira força executiva (conforme IN 27/2005/TST).

²⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: LTr, 1987, p. 370.

²⁹⁴ A classificação das tutelas em satisfativa do direito material e não satisfativa não se confunde com a classificação das sentenças satisfativa e não satisfativa que é trata no item 4.3. deste capítulo.

²⁹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 308.

similar ao artigo 798²⁹⁶ do CPC brasileiro. Por isso, segundo os supramencionados doutrinadores,

É compreensível que boa parte da doutrina brasileira, ao buscar inspiração na doutrina italiana (que toma em consideração outra realidade normativa), não consiga perceber que não há razão para se confundir a tutela que visa antecipada e imediatamente impedir a prática do ilícito com a tutela que visa garantir a efetividade da tutela (final) que se destina a reparar um direito que já foi violado. Na verdade é um grande equívoco, ao menos quando se pensa no processo na ótica material, deixar de distinguir a tutela que objetiva impedir a violação de um direito (tutela inibitória) da tutela que, para ser prestada, deve admitir sua violação, dirigindo-se a impedir que o tempo do processo de conhecimento não permita sua efetiva reparação (tutela que visa assegurar a efetividade da tutela ressarcitória)²⁹⁷.

De qualquer forma não há como negar que a expansão da cautelar inominada “significou um fenômeno de democratização do processo e de efetiva tutelabilidade jurisdicional dos direitos”²⁹⁸.

Em decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e das pressões sociais por uma tutela jurisdicional adequada, passou-se a utilizar a ação cautelar como “ação autônoma e satisfativa, capaz de propiciar as tutelas inibitória e de remoção do ilícito e a própria antecipação de tutela que, a princípio, apenas poderia ser prestada depois de finalizado o processo de conhecimento”²⁹⁹. Mas, é de se notar que a cautelar não se confunde com a tutela antecipada e a distinção entre elas é que a primeira tem caráter instrumental e de provisoriedade, porquanto tem por objeto impedir a frustração da eficácia de outro processo e “tem sua duração temporal limitada àquele período compreendido entre a emanção do provimento cautelar e a prolação do provimento principal que ele visa assegurar”³⁰⁰. A segunda – tutela inibitória – não tem a função de prevenir a eficácia da atividade jurisdicional em outra ação. Ela previne, isso é certo, porém seu objeto é evitar a violação do próprio direito material da parte.” Como fala Joaquim Felipe Spadoni, ela “já é a ação

²⁹⁶ Artigo 798 do CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, V. 2: processo de conhecimento, op. cit., p. 200.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, V. 4 processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

²⁹⁹ Ibidem, p. 59.

³⁰⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **A ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC, op. cit. p. 87.

principal, de cognição plena e exauriente, de caráter satisfativo, e independente da existência de um outro processo”³⁰¹.

Compreendida essa distinção, chega-se à tutela antecipada.

4.1.3. Tutela antecipada

“com a tutela antecipatória, mudou o sistema, mudou a estrutura, mudaram os princípios fundamentais do processo e, principalmente, mudou a própria natureza da função jurisdicional do Estado e o modo de atuar de seu principal agente – o magistrado”.

José Roberto Freire Pimenta

Diante das novas situações de direito material que se mostravam carentes de tutela efetiva dentro de um prazo razoável de duração do processo, e que não mais poderiam ser ignoradas em um Estado de direito fundado na dignidade da pessoa humana, bem assim considerando que a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa amparada em cognição sumária (cautelar), conforme se explicitou no item anterior, surge a tutela antecipada, estabelecida nos artigos 273 e 461, ambos do CPC, *verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Art. 461§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu (...).

O objetivo da antecipação de tutela é a realização no mundo dos fatos da tutela que seria concedida com a procedência final da pretensão postula pelo autor. “Portanto, sua finalidade é justamente de antecipar, provisoriamente [ou temporariamente] a execução dos efeitos do provimento que seria concedido ao final”³⁰².

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tutela de urgência em ação civil pública no direito processual do trabalho. In **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. José Hortêncio Ribeiro Júnior [et. al.] organizadores, op. cit., p. 246.

Afirma José Roberto Freire Pimenta³⁰³ que, antes da generalização da antecipação de tutela no sistema processual brasileiro, havia verdadeiros *vazios de tutela jurisdicional* no processo do trabalho, contrariando a Constituição da República que assegura direitos fundamentais sociais de natureza substancial. E assim ele ressalta o significado e a função primordial da antecipação de tutela: “resgatar e recuperar a constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico trabalhista³⁰⁴”. E explica:

Se o empregador tem conhecimento de que as lesões trabalhistas individuais e coletivas que eventualmente praticar poderão ser enfrentadas de forma célere e eficaz tanto pelos trabalhadores diretamente atingidos quanto pelos seus sindicatos (e pelo Ministério Público do Trabalho, no casos legalmente admissíveis), é inegável que a desigualdade econômica inerente a toda e qualquer relação de trabalho subordinado será, para todos os efeitos práticos, diminuída. É nessa ótica que a utilização da tutela antecipatória no âmbito trabalhista passa a ter um significado fundamental – o de servir como um mecanismo de concretização do princípio constitucional da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, substancial e processual.³⁰⁵

A possibilidade da antecipação da tutela coletiva está expressamente prevista no artigo 12 da LACP e § 3º do artigo 84 do CDC. Diz Carlos Henrique Bezerra Leite que a tutela antecipada encerra provimento judicial híbrido com eficácia mandamental ou executiva *latu sensu*:

Dissemos híbrido, por que a “liminar é uma providência de cunho emergencial, expedida também (em convergência às medidas cautelares) com o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia de futura decisão definitiva, mas possui um caráter executivo *latu sensu* e mandamental, na medida em que há a entrega, embora precária, do bem da vida vindicado no bojo dos próprios autos do processo a que se refere.”³⁰⁶

Para se conceder a antecipação de tutela coletiva, alguns autores sustentam que, à míngua de previsão no artigo 12 da LACP, devem ser observadas as exigências do mandado de segurança ou aqueles que estão prescritos no § 3º do artigo 84 do CDC. Há uma outra corrente no sentido de que, para a antecipação de tutela, devem estar presentes os requisitos estabelecidos nos artigos 273 e 461 do

³⁰³ PIMENTA, José Roberto. **Tutelas de urgência no processo do trabalho**: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro, op. cit., p. 389-390.

³⁰⁴ Ibidem, p. 390.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tutela de urgência em ação civil pública no direito processual do trabalho, op. cit., p. 245.

CPC e, ainda, uma última linha, que sustenta que a concessão da antecipação fica ao prudente arbítrio do juiz³⁰⁷

Neste estudo, como já explanado em outros pontos, adota-se a teoria que a ação coletiva tem uma jurisdição específica– *jurisdição coletiva* –, e, por isso, tem seu sistema regulamentador também próprio, prioritariamente, a LACP e o CDC. Disso resulta que a antecipação da tutela de direitos e interesses metaindividuais deve seguir o sistema previsto nos artigos 11 e 12 da LACP e no artigo 84, § 3º, do CDC.

É oportuno transcrever aqui este último preceito legal, malgrado ela já se apresente neste estudo em linhas anteriores:

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após a justificação prévia, citado o réu.

Assim, embora se reconheça a existência de posicionamentos outros, entende-se que os requisitos para a concessão da tutela antecipada nas ações coletivas são aqueles estabelecidos no § 3º do CDC, qual sejam a) a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e b) justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).

Os artigos 273 e 461 do CPC, que sofrem inegável influência da concepção individualista do direito, somente poderão se aplicados subsidiariamente na tutela coletiva do trabalho em caso de lacuna e desde que não haja contrariedade entre os princípios, normas e valores que norteiam o sistema de proteção dos direitos e interesses metaindividuais, integrado de proteção pela LACP e pelo CDC³⁰⁸.

É inegável a extrema importância da técnica da antecipação de tutela em um Estado Democrático de Direito cuja preocupação não é apenas assegurar direitos, mas principalmente permitir a plena fruição deles, em especial os direitos fundamentais. O instituto adquire maior relevância quando se trata de ação coletiva, destinada a salvaguardar direitos metaindividuais, muito mais importantes, em decorrência da maior amplitude, que os direitos individuais.

E sendo assim, ressalvada existência de entendimentos em sentido contrário, acompanha-se a doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite, no sentido de que

³⁰⁷ Ibidem, 247.

³⁰⁸ Acerca da antecipação da tutela inibitória veja-se capítulo 5, item 5.9

Parece-nos, portanto, que o legislador houve por bem conferir ao juiz, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a função-dever-poder de antecipar, até mesmo de ofício, o provimento de mérito, com ou sem justificação prévia (...), máxime em se tratando de direitos sociais trabalhistas, a prestação jurisdicional há de se observar, com maior ênfase, o princípio inquisitório, de larga aplicabilidade no processo do trabalho.

Passa-se, por último, às ações de conhecimento, que receberão ênfase no item seguinte.

4.1.4. Ações de conhecimento

As *ações de conhecimento* são aquelas em que o demandante invoca a jurisdição visando à obtenção de uma sentença que defina a lide. Exigem o conhecimento da matéria pelo julgador, por intermédio de um procedimento, porque as partes não lhe oferecem, desde o início, todos os elementos que lhe permitam emitir, desde logo, uma decisão que acolhesse ou rejeitasse a pretensão deduzida em juízo pelas partes³⁰⁹.

Essas ações apresentam uma clássica subclassificação: ações condenatórias, constitutivas e declaratórias.

4.1.4.1. Ação declaratória

A ação declaratória apenas declara a existência, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica. Conforme a lição de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart³¹⁰, o objetivo predominante dessa sentença é eliminar uma situação de incerteza que paira sobre determinada relação jurídica ou sobre a autenticidade/falsidade de um documento (artigo 4º do CPC). Esses autores ensinam que não é correto entender que a ação declaratória teria uma finalidade preventiva, porquanto, embora ela possa dar ao autor a vantagem de dirimir a incerteza que existia, a sentença prolatada “jamais poderá obrigar alguém a fazer ou

³⁰⁹ Ibidem, p. 305.

³¹⁰ Ibidem, p. 421.

a não fazer. A sentença declaratória, desse modo, não tem a capacidade para impedir alguém de praticar um ilícito”³¹¹.

4.1.4.2. Ação constitutiva

A *ação constitutiva*³¹² é aquela que, “ao lado do reconhecimento da incidência da norma jurídica, busca o interessado obter a criação, a modificação, ou a extinção de uma relação jurídica”. Moacir Amaral Santos³¹³ explica que, para a sentença criar, modificar ou extinguir uma relação ou situação jurídica entre as partes, ela deverá, primeiro, declarar se ocorrem as condições legais permitem isso e, em seguida, no caso afirmativo, cria, modifica ou extingue a relação ou a situação jurídica.

Nesse sentido, nessas ações, a sentença poderá ser constitutiva positiva ou constitutiva negativa ou, em outra terminologia, sentença constitutiva ou desconstitutiva³¹⁴.

4.1.4.3. Ação condenatória

O terceiro tipo das ações de conhecimento, – a *ação condenatória* – como o próprio nome diz, tem por objeto a condenação do réu a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, desfazer ou pagar. Tais ações visam a uma sentença que, além de declarar a existência de uma relação jurídica e de sua violação ou de um direito violado, “contém a aplicação da regra sancionadora, isto é, aplica ao réu a sanção³¹⁵, em que incorre por desobediência ao imperativo legal regulador da espécie posta em juízo”.³¹⁶

Nessa ação, que é a mais comum no âmbito trabalhista, a prestação jurisdicional se desenvolve com o objetivo de entregar ao trabalhador um título

³¹¹ Ibidem.

³¹² “Todas as sentenças contêm declaração. A sentença constitutiva, por exemplo, antes de formar modificar ou extinguir uma relação jurídica, declara algo que possibilita a constituição ou a desconstituição”.

³¹³ SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, op. cit., p. 175.

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 423.

³¹⁵ Explica o autor em referência que “sanções são medidas estabelecidas pelo direito como consequência da desobediência do imperativo legal”, SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, op. cit., p. 174.

³¹⁶ Ibidem.

judicial que lhe assegure o direito material deduzido na inicial. Por exemplo, o trabalhador que presta serviço em horário extraordinário pode, apesar de seu direito já ter sido violado, postular apenas o reconhecimento do vínculo de emprego (ação declaratória). No entanto, se ele deseja receber o crédito respectivo, deve pedir a condenação do reclamado ao pagamento das horas extras, embora a sentença tenha que declarar a existência da relação de emprego, ainda que como simples pressuposto da condenação. Verifica-se, portanto, que a sentença condenatória vai além da declaratória e aplica ao réu a sanção pela desobediência do imperativo legal e atribui ao autor um título executivo judicial.

Esclarece Eduardo Talamini³¹⁷ que a condenação, diferentemente do ato que declara, revoga ou constitui, não se exaure em si mesma a sua função. “Condena-se a *alguma coisa* – algo que deve ser feito *depois* da sentença. Nisso reside o que se poderia chamar de *insuficiência da tutela condenatória*”. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³¹⁸ dizem que é por esse motivo que se abre oportunidade para a execução e também se diz que a sentença condenatória é caracterizada pela sanção executiva, ou seja, a sentença condenatória “possibilita a execução forçada (compreendida esta como a atuação coativa de sanção, independentemente da participação do sancionado)”. A explicação do que seria aplicar a sanção vem de Liebman³¹⁹

A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos dessa atividade só a podem exercer quando houver regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as de direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.

³¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução, p. 16. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 423.

Eduardo Talamini³²⁰ diz que se deve adotar um conceito amplo de sanção, eminentemente funcional: “toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância”.

E, nesse contexto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³²¹ fazem uma importante observação:

A sentença condenatória é uma técnica despreocupada com a proteção da integridade dos direitos (com a tutela específica) e com o caso concreto, pois objetiva a tutela prestada através do pagamento de quantia certa, especialmente a tutela pelo equivalente monetário ao valor da lesão, e por isso foi ligada a uma única forma de execução direta – a execução por expropriação – expressamente tipificada pelo legislador, sem dar ao juiz qualquer possibilidade de consideração das peculiaridades da situação litigiosa.

No mesmo enleio posiciona-se Cândido Rangel Dinamarco³²²:

Prefiro não dar *tratamento autônomo à sentença condenatória como meio de tutela*, porque em si mesma ela pouco oferece a quem tem o direito à tutela jurisdicional. A situação da vida que legitima o processo condenatório é sempre uma crise de adimplemento e tal espécie de sentença é incapaz de debelá-la. Limita-se a declarar a existência do direito merecedor de tutela e aplicar a vontade sancionatória para que depois, em processo executivo, a tutela jurisdicional efetiva e útil venha a ser dispensada ao titular. A partir daí, ou o direito vem a prevalecer mediante ato voluntário do obrigado, ou é imposto pela via imperativa da execução forçada: a sentença condenatória, em si mesma, não é capaz de oferecer um resultado útil e efetivo.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³²³ comparece opondo-se à crítica que hoje se faz à sentença condenatória:

A crítica não é rigorosamente exata, porque o reconhecimento da dívida pode determinar a sua satisfação pelo obrigado, com alteração evidente no mundo sensível. Ademais, é preciso compreender que a tutela jurisdicional não é regida apenas pela norma de princípio de efetividade, sujeitando-se também (...) aos ditames da norma de princípio da segurança, fator aliás constante no ambiente processual. Nada obstante deva a segurança

³²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84),). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18, p. 169.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 427.

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. V. 1, São Paulo: Malheiros, p. 836, nota de rodapé.

³²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 173-174.

prevalecer na hipótese da tutela condenatória, nem por isso esta deixa de ser menos tutela jurisdicional do que as outras espécies, pois concede ao autor, num *primeiro momento*, tudo aquilo que ele poderia alcançar no horizonte do direito material a ela subjacente, sem afrontar o direito fundamental da defesa da contraparte, fator ineliminável e inafastável”.

Tratando-se de direito trabalhista³²⁴, não há como acolher este último posicionamento doutrinário. Percebe-se que o autor em referência confere exacerbado privilégio ao princípio da segurança, o qual, ao contrário do que possa parecer, não deixa de estar presente quando se busca, por intermédio do processo, concretizar o direito material negado ao autor, na forma defendida pelos demais autores e adotada neste trabalho. Note-se que o trâmite processual desenvolve-se, sempre, com a observância de todos os princípios processuais e constitucionais a ele inerentes, sem qualquer atropelo ao amplo direito de defesa e do contraditório. Não se pode mais adiar, na prática, a tendência atual doutrinária do direito se voltar à fraternidade e ao solidarismo, preservando, precipuamente, os valores da pessoa humana, o primado do trabalho e a função social dos contratos e não o patrimônio ou o direito de propriedade dos indivíduos.

Apropriadas são as palavras de Ovídio A. Baptista da Silva³²⁵:

É por meio do chamado “processo de conhecimento” (...) que o sistema pretende assegurar a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o inteiro curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe o julgamento, produzindo o sonhado juízo de certeza – na cândida ilusão de que a norma jurídica possua univocidade de sentido.

Imagine-se uma ação trabalhista em que o empregado pleiteia diferenças salariais, uma vez que, mensalmente, embora trabalhe extraordinariamente, não recebe sequer o salário mínimo. De imediato, pouco adiantaria a condenação do empregador ao pagamento das diferenças postuladas, levando em conta o longo caminho a ser percorrido para a execução do título judicial. Se, após o ajuizamento

³²⁴ Informa Elaine Noronha Nassif que há direitos constitucionais trabalhistas os quais revelam “princípios, ‘mandamentos nucleares’ do sistema”, tais como da proteção, da valorização e da estabilização das relações de trabalho e respeito à dignidade do trabalhador, ao seu tempo de lazer e à sua convivência com a família. “Outros são os direitos trabalhistas constitucionalizados ou (...) direitos trabalhistas constitucionais”, cuja maior parte “é direito patrimonial indisponível, pois transcende o interesse estritamente individual do trabalhador. Conforme NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização**: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito do trabalho e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 89-90.

³²⁵ SILVA, Ovídio Araújo, **Processo e ideologia**. Revista de processo, ano 28, n. 110, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

da demanda, o vínculo ainda perdurasse e o demandado não se dispusesse a satisfazer a obrigação determinada em juízo, o trabalhador continuaria a prestar serviço da mesma forma como dantes, sem contar com o mínimo remuneratório que pudesse lhe assegurar uma vida digna, em total aviltamento à sua dignidade.

De uma forma mais dramática, suponha-se a resposta a ser proferida à indagação desse mesmo reclamante ao seu advogado sobre o efeito prático imediato da sentença condenatória que lhe é entregue tão logo proferido o julgamento.

E outra vez mais, oportuna é a lição de Ovídio A. Baptista da Silva³²⁶:

No plano da realidade forense, onde dominam os fatos a que as teorias devem se afeiçoar, não é fácil dar-se ao leigo que procura amparo jurisdicional uma explicação satisfatória da natureza e utilidade da sentença de condenação. Na perspectiva eminentemente pragmática em que as partes se colocam perante o processo, a sentença condenatória pouca coisa oferece além da declaração que ela contém sobre a existência do direito invocado pelo autor e dessa virtualidade especial de constituir-se em um novo título, para uma nova demanda subsequente.

Relativamente à execução da sentença de quantia certa³²⁷, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³²⁸ colocam que

A sentença que impõe o pagamento de *quantia certa*, no sistema da Lei 11.232/2005, conservou as características essenciais da condenação, pois é correlacionada a uma forma de execução *direta* expressamente *tipificada* pelo legislador. A única diferença é a de que a execução por expropriação, a partir de agora, dispensa a propositura da ação de execução. Mas a sentença, ao impor o pagamento de quantia certa, continua fixando a sanção executiva, e assim abrindo oportunidade para a execução, ainda que mediante simples requerimento de expedição de mandado de penhora e avaliação, por parte do credor (art. 475-J).

É de se perceber, ainda, que a sentença condenatória pressupõe a violação do direito, com nítido caráter repressivo. Portanto, não poderá prevenir a prática do antijurídico, o que evidencia a sua incompatibilidade com a tutela inibitória. Daí

³²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40-41, *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. Temas atuais de direito processual civil, V. 6, p. 60.

³²⁷ O processo civil, ao instituir o denominado “processo sincrético” (Lei n. 11.232/2005) foi além do processo do trabalho em que a execução sempre se desenvolveu no mesmo processo, embora em uma outra fase, na qual deve existir nova citação do reclamado. Dispensou-se nova citação, mas se exigiu a iniciativa do credor para o início da fase executiva (artigos 475-I, § 2º, 475-J, §§ 3º e 5º, ambos do CPC), e impôs-se multa diante da postergação do cumprimento da sentença (artigo 475-J).

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 425.

porque não há outra perspectiva para identificar a condenação, senão a da sua “função processual”.

Calha observar que, na esfera trabalhista, houve todo um movimento no sentido de acelerar a “entrega da tutela jurisdicional” (o que aqui deve ser entendido como o ato de prolatar a sentença de mérito) dentro do menor prazo possível, ficando os julgadores e os administradores do Poder Judiciário com a forte sensação de que “fizeram justiça”, tudo amparado na regra ditada pela antiga redação do artigo 463 do CPC, antes do advento da Lei n. 11.232/2005, *verbis*: “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre o ofício jurisdicional”.

Exemplo disso é o procedimento sumaríssimo instituído pela Lei n. 9.957, de 12/01/2000, que acelerou sobremaneira o trâmite processual. As ações cujo valor da causa seja superior a dois e inferior a quarenta salários mínimos deverão ser apreciada em até quinze dias (artigo 852-B, III, da CLT), com instrução e julgamento em audiência única, salvo na hipótese de absoluta necessidade de interrupção, na forma delineada pelo artigo 852-H da CLT, quando, então, o julgamento deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias, exceto quando ocorrer motivo relevante justificado pelo juiz (§ 7º do citado artigo 852-H consolidado).³²⁹ Não obstante o inegável avanço processual na fase cognitiva, nada se mencionou acerca da efetiva tutela do direito material reclamado pelo autor da ação através da execução ou satisfação do título executivo judicial.

Houve (e há) um esquecimento de que o objetivo da ação, no Estado Democrático de Direito, é propiciar a tutela efetiva dos direitos, em especial dos direitos fundamentais, entre os quais os trabalhistas.

As estatísticas evidenciam essa situação, conforme se infere da análise da taxa de congestionamento de processos das Varas do Trabalho do Brasil (que corresponde à taxa de processos não julgados em relação ao total a julgar – resíduo + processos novos) no período de 2004 a 2007³³⁰:

³²⁹ “Por força do que preceitua o artigo 852-A da CLT, o procedimento sumaríssimo é incompatível com as ações coletivas: “os dissídios *individuais* cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo”.

³³⁰ Disponível em <http://www.tst.gov.br>, acesso em 30/12/2008.

Justiça do Trabalho		Taxa de congestionamento			
Fases		2004	2005	2006	2007
Varas do Trabalho	Conhecimento	33,03%	30,43%	33,91%	32,83%
	Execução	66/38%	65,68%	68,07%	65,69%

Menciona-se, exemplificamente, ainda, o resultado da Correição Nacional realizada nos dias 9 a 12 de dezembro de 2008 no Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região pelo corregedor-geral da Justiça do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, em que houve destaque da atuação dos juizes de primeiro grau, em dois aspectos: elevada produtividade individual e significativo percentual de sentenças líquidas (cerca de 60% dos processos submetidos ao procedimento sumaríssimo). O ministro registrou também elevada taxa de processos em execução, conforme foi destacado pelo Colendo TST³³¹:

Prestação jurisdicional – Nas 18 Varas do Trabalho da Região, o número de processos recebidos até outubro de 2008 foi 23% superior ao do mesmo período de 2007, e a produtividade teve aumento de 28%. Em média, cada juiz de primeiro grau julgou este ano em torno de 12 processos por semana, excluídos os acordos, com produtividade individual “muito mais auspiciosa que a alcançada no ano anterior, que já fora bastante expressiva”. O corregedor-geral saudou os esforços dos juizes, que repetiram o desempenho do ano anterior ostentando produtividade individual, na fase de conhecimento, entre as mais elevadas do País.
(...)

Sentença líquida – O corregedor-geral verificou, nesse aspecto, “um cenário bem mais auspicioso que o encontrado por ocasião da correição ordinária anterior”. Nas Varas do Trabalho da capital e do interior, 60% das sentenças em processos submetidos ao rito sumaríssimo contêm o valor líquido da condenação. Essa “marca de excepcional avanço em confronto com o percentual inexpressivo detectado há um ano” foi objeto de elogio do relatório da correição. No TRT, porém, o ministro não identificou nenhuma decisão líquida. “A sentença líquida vem produzindo resultados sobremodo

³³¹ Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=8896, acesso em 30/12/2008.

positivos nas diversas Regiões da Justiça do Trabalho em que foi adotada, tais como o extraordinário incremento da conciliação, redução do total de embargos de declaração e de recursos ordinários, além da diminuição do número de processos em fase de execução”, assinalou.

Execução – A taxa de congestionamento no 1º grau de jurisdição nessa fase processual, de 81%, é a mais elevada do País. A 2ª Região (SP), que possui movimentação processual incomparavelmente superior à da 21ª Região (RN), apresentou, no mesmo período, taxa de congestionamento, na fase de execução, de 50,5%, enquanto a média nacional foi de 66,5%. Portanto, em 2007, de cada cem processos cuja execução se iniciou na Justiça do Trabalho do Rio Grande do Norte, em apenas 19 houve êxito na cobrança coercitiva do crédito trabalhista. O corregedor-geral considerou o cenário “sobremaneira inquietante”, inclusive porque se agravou em relação a 2006, cuja situação já era muito delicada. Embora sensível às dificuldades inerentes às características da economia local, o ministro disse estar convencido de que “resultados muito mais alvissareiros podem e devem ser alcançados na Região, especialmente mediante largo e pronto manejo de ferramentas tecnológicas que vêm de ser disponibilizadas aos magistrados brasileiros, como o INFOJUD e o RENAJUD”.

Noutro falar, uma vez mais afigura-se irrealizada a efetividade da tutela jurisdicional do direito.

A situação se agrava quando o devedor é a Fazenda Pública e a dívida deve ser cobrada por intermédio do precatório, conforme artigo 100 da Constituição da República. Pertinente para ilustrar essa assertiva é a reportagem intitulada “O Estado deve, não nega e não paga”, de Mariana Sanches³³², em que se demonstra a existência de um mercado paralelo de precatórios alimentares. A questão apresenta-se da seguinte forma: diante da excessiva demora do pagamento dos precatórios, os credores, em sua maioria pessoas de baixa renda, não suportam, por uma questão de sobrevivência, esperar o pagamento e, então, “vendem seus papéis” (repassam o crédito) por valores bem inferiores para empresas que, por sua vez, deduzem a totalidade de seu valor de suas dívidas fiscais³³³.

A reportagem comprova a importância e a imprescindibilidade de se evitar a lesão do direito, antes mesmo da existência do dano:

Essa opção tem um efeito perverso sobre a vida dos donos dos precatórios. O perfil dessa turma, de acordo com as associações de credores (...): a maioria tem entre 50 e 75 anos e um padrão de vida modesto. Estima-se que 30% das pessoas na lista de espera pelo pagamento das indenizações já morreram. Já os compradores de precatórios no mercado paralelo são quase sempre empresas interessadas em abater dívidas fiscais. ‘Há companhias que deixam de pagar seus impostos de propósito e passam a

³³² Revista Época n. 556, de 12/01/2009.

³³³ Em 2006, depois de um infarto, o aposentado Luiz Antônio Pereira, de 62 anos, “ achou que não sobreviveria até o fim do ano. Na época, ele tinha um precatório de R\$150 mil, obtido depois de um litígio de quase 20 anos com o Estado. Pereira vendeu seu crédito por R\$13 mil e usou o dinheiro na compra de remédios” . Ibidem.

comprar precatórios. Com o uso de precatórios, muitas empresas conseguem reduzir seus gastos tributários em mais de 40% (...). ‘ Essa transação subverte a lógica da Justiça. A pessoa que vendeu um precatório foi duplamente lesada: primeiro, quando sofreu o dano que gerou a indenização. Depois, quando abriu mão de boa parte do dinheiro a que teria direito. O uso de impostos para abater impostos não é considerado ilegal e acaba sendo aceito porque não há normas sobre o tema na legislação. Em breve o Supremo Tribunal Federal (STF) deverá suprir a lacuna. A regra deverá vir do julgamento de um processo que opõe o governo de Minas Gerais a uma empresa rodoviária que queria pagar seus impostos com precatórios. Minas não aceitou. A empresa recorreu e o assunto chegou ao STF”.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira³³⁴, um dos maiores estudiosos do tema, a efetividade do processo deve atender aos seguintes aspectos: 1) o processo deve dispor de instrumentos para a tutela de todos os direitos; 2) esses instrumentos devem estar disponíveis para que possam ser utilizados por quaisquer pessoas na tutela de seus direitos; 3) devem oferecer condições de reconstituição exata e completa dos fatos para a formação do convencimento do julgador; 4) devem propiciar o efetivo gozo da específica utilidade (do direito) reconhecida na decisão; 5) o resultado do processo (a satisfação) deve ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e de energias.

Considerando o que já se expôs, no sentido de que a ação judicial não se esgota em uma sentença de mérito, porque ela não tem o condão de, por si, dar efetividade aos direitos que, por intermédio dela, devem ser garantidos, sugere-se que, para fins estatísticos da Justiça do Trabalho nacional, deve-se considerar completa a atividade jurisdicional não na data da prolação da sentença, mas, sim, no dia em que ocorrer a efetiva entrega do bem da vida ao autor da ação, sem a separação entre as fases de conhecimento e de execução. Somente assim serão os operadores do direito, os legisladores e os administradores da justiça despertados para a necessidade de se propiciar uma completa e verdadeira atuação jurisdicional em um Estado Democrático de Direito preocupado com o processo efetivo. É que, dessa forma, a ilusória sensação de justiça e do dever cumprido que se tem quando a lide é definida por intermédio da sentença, não mais subsistirá e ocorrerá a perfeita compreensão de que, definitivamente, a tutela do direito vindicada pelo autor

³³⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa, *apud* Jorge Luiz Souto Maior. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998, p. 17-18.

da ação não acontece com a mera prolação de uma sentença condenatória, a qual, como disse Liebman³³⁵, “morre por consumação”, ainda sem cumprir sua função.

E assim, certamente, outras formas de atuar acabarão por surgir, modificando o quadro da realidade atual³³⁶. É de se pensar, também, na implantação de algum mecanismo pelo qual os juízes permaneçam efetivamente vinculados aos processos até o fim do trâmite processual e não apenas até à sentença, como ordinariamente ocorre. A impossibilidade de, na maioria das vezes, os juízes trabalhistas que proferem as sentenças acompanharem o processo até à satisfação da obrigação determinada ao credor faz com que as dificuldades do processo e de cada autor durante o trâmite processual sejam mitigadas e não percebidas com a devida intensidade³³⁷. Talvez o processo eletrônico, a ser instituído conforme está previsto no artigo 154 do CPC, com redação modificada pela Lei n. 11.280/2006, possa ajudar nesse aspecto, uma vez que a inexistência dos autos físicos, mas apenas eletrônicos, permitirá que o juiz os acompanhe e neles atue, independentemente de onde esteja lotado.

Retomando a trilha da exposição, a tradicional classificação trinar das ações de conhecimento – declaratória, constitutiva e executiva – tem recebido crítica da moderna processualística, porquanto, como já assente, constitui resquício do Estado Liberal, que restringia o papel do juiz “ao ser mero ‘boca da lei’”³³⁸. Naquela época prevalecia a liberdade e a autonomia da vontade e, portanto, não era possível

³³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007.

³³⁶ “As revoluções políticas iniciam-se com o sentimento crescente, com frequência restrita a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da Natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.” Conforme Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*. 9 ed. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 122-126, *apud* VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33, nota de rodapé.

³³⁷ O quadro de juízes trabalhistas no Brasil é composto por juízes titulares, auxiliares e substitutos. Assim, sempre que os juízes titulares, por algum motivo (férias, substituição no segundo grau da jurisdição, entre outros) necessitam se ausentar, um juiz substituto toma seu lugar provisoriamente. Nesse período, ele profere sentenças e, em regra, não há mais como acompanhar o trâmite processual daqueles processos, porque irá para outras varas substituir outros juízes titulares. E mais, vários outros juízes substitutos certamente atuarão na fase de execução, além do titular.

³³⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 304.

obrigar o indivíduo a cumprir obrigação infungível, a qual era convertida em perdas e danos.

Em outras palavras, a sentença condenatória tem nítida relação com os valores do Estado liberal, não só pela razão de que não admite a coerção da vontade dos litigantes mediante a multa, como também pelo motivo de que os direitos objeto da preocupação desse Estado podiam ser convertidos em pecúnia, e assim podiam ser por ela tutelados.³³⁹

Com a evolução da sociedade e do Estado, novos valores se despontam e passa-se a prestigiar direitos fundamentais aos indivíduos, entre eles os sociais, bem assim os direitos metaindividuais, isto é, de grande relevância social, prioriza-se a tutela específica dos direitos. Esse o objeto do próximo tópico.

4.1.4.4 Tutela específica

Quando a obrigação, embora não adimplida, ainda puder ser cumprida tal como foi ajustada, seja a obrigação de entregar coisa, de fazer ou de não fazer, ou, ainda, de pagar soma em dinheiro³⁴⁰, a tutela jurisdicional poderá ser prestada na forma específica. Logo, tutela específica é aquela que se contrapõe à chamada tutela pelo equivalente em dinheiro³⁴¹.

De modo contrário, há tutela pelo equivalente em dinheiro quando é impossível ou é dispensado pelo credor o cumprimento da obrigação específica. A condenação ao pagamento em dinheiro revela a ausência de preocupação com a tutela específica dos direitos, porquanto os toma como iguais, independentemente das necessidades dos demandantes. Essa tutela, conforme informa Luiz Guilherme Marinoni³⁴², possui íntima relação com os valores do direito liberal-burguês, que não se importava com as diferenças entre as pessoas e os bens. Se os bens eram iguais, todos podiam ser expressos por um valor monetário e não havia a

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 424.

³⁴⁰ Para Eduardo Talamini, a obrigação pecuniária não pode ser objeto de tutela específica, porquanto ela se realiza “através de provimentos condenatórios que operem sanção sucessiva restituitória mediante medidas de sub-rogação”, conforme, TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**, op. cit., p. 219.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit. p. 432.

³⁴² MARINONI, LUIZ GUILHERME. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 283.

necessidade da tutela específica, até porque, nessa época, “proibiu-se ao juiz de exercer poder de *imperium*, ou de condenar sob pena de multa”.

De fato, até o advento do Código de Defesa do Consumidor, pouco era previsto no ordenamento pátrio acerca da efetividade dos direitos não patrimoniais³⁴³, que não podem ser integralmente satisfeitos por dinheiro.

A redação do *caput* do artigo 84 do CDC e de seus parágrafos bem revela a preocupação do legislador com a efetividade do direito material, admitindo a transformação da obrigação não cumprida em perdas e danos somente quando impossível a tutela específica ou dispensada pelo autor. E, assim, rompe-se com o dogma cultivado pela tradição francesa, no sentido da intangibilidade da vontade humana.

Confira-se a atual redação do artigo 84 do CDC³⁴⁴:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287 do Código de Processo Civil)

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

A diferença entre o cumprimento da obrigação específica e a obtenção de resultado prático equivalente está no agente, isto é, naquele que cumpre a

³⁴³ Constituíam exceção o *habeas corpus* e o *habeas data*.

³⁴⁴ As regras introduzidas pela Lei n. 10.444/2002, que modificou o § 5º e introduziu o § 6º no artigo 461 do CPC, aplicam-se à tutela coletiva, por força do artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública: “§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Artigo 19: Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

obrigação determinada. Se o próprio infrator realiza o ato, tem-se a satisfação da obrigação específica; se, no entanto, a ação for executada pelo Estado ou por terceiro, ter-se-á, no mundo dos fatos, o resultado equivalente, porquanto executado por outrem, ou seja, pela via sub-rogatória.

Não há dúvida de que a tutela específica protege da forma mais adequada o direito material e que a tutela preventiva é muito mais importante que a repressiva.

A mais importante das tutelas específicas é a aquela que se destina a impedir ou a remover o ato contrário ao direito. Trata-se de tutela anterior ao dano, e que assim é capaz de dar efetiva proteção ao direito, seja quando o ato contrário ao direito ainda não foi praticado (tutela inibitória), seja quando o ato contrário ao direito já ocorreu, mas, diante de sua eficácia continuada, é preciso removê-lo para evitar a produção de danos³⁴⁵.

Em idêntico sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover³⁴⁶: “a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à *inviabilidade frequente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções*, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento”.

Lembra ainda essa autora que:

A tutela *preventiva* é importante instrumento preordenado à obtenção da *efetividade* da tutela jurisdicional, na medida em que preserva a eficácia do provimento jurisdicional, imunizando-o contra os efeitos maléficos, quer do decurso do tempo, de um lado, quer da conduta ilícita da parte que busca esvaziar o conteúdo do provimento judicial, de outro lado.³⁴⁷

Nesse contexto, o artigo 3º da Lei de Ação Civil Pública deve ser interpretado no sentido de que somente se deve postular a condenação em dinheiro, quando a tutela específica apresentar-se impossível de realização.

Oportuna é a colocação de Antônio Gidi³⁴⁸

O objetivo principal perseguido pela ação civil pública é o de *efetiva* proteção a todos os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos

³⁴⁵ MARINONI, LUIZ GUILHERME. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

³⁴⁶ GRINOVER, ADA PELEGRINI. Atentado: configuração, objeto e natureza. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 1., n. set/out 1999, p. 31

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 52-66. São Paulo, out-dez. 1995, *apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 342-343, nota de rodapé.

(v. LACP, art. 1º, IV, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Seu objetivo primordial não é o de cominar multas ou impor o pagamento de indenizações, nem o de estabelecer responsabilidade. Uma ação civil pública é proposta para impedir, evitar, minorar ou reparar os danos causados ou a serem causados. Assim, é condenando o réu à obrigação de fazer ou de não fazer (sob pena de execução específica ou cominação *ex officio* de multa diária – *astreinte*) que a ação civil pública realiza a plenitude da sua função social em nosso ordenamento jurídico. Regulamenta essa modalidade da ação civil pública o art. 11 da LACP. Somente quando (repita-se enfaticamente: “somente quando”) a reconstrução do bem lesado não puder ser proporcionada pela execução *in specie* é que – ante tal impossibilidade fática – a condenação imposta deverá ser em dinheiro.

Em decorrência dessa premente necessidade de satisfazer a obrigação específica, surgem as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*. E a classificação trínaria eleva-se à quinária.

4.1.5. Classificação quinária

Diante da percepção dessas especificidades, há muito apontadas nas estatísticas do Poder Judiciário brasileiro, e bem assim do reconhecimento de novos interesses e direitos, próprios de um Estado Democrático de Direito, surgiram as chamadas *ações mandamentais* e as *ações executivas lato sensu*, as quais foram acrescentadas às três primeiras aqui mencionadas (declaratórias, constitutivas e condenatórias).

Trata-se da classificação *quinária* das sentenças (ou das ações).

4.1.5.1. Ações mandamentais

Apresenta-se a ação mandamental como forma de superação do dogma da incoercibilidade das prestações³⁴⁹. Ensina Márcio Flávio Vidigal³⁵⁰ que parte da

³⁴⁹“No século XVII, a noção da incoercibilidade das prestações tornou-se perfeitamente clara, mostrando em especial a sua função de preservar a pessoa humana contra agressões ou intimidações (...). Ainda que o direito anterior francês concebesse mecanismos de pressão psicológica sobre a pessoa do devedor, a preservação da liberdade individual, como proclamada pelas idéias revolucionárias, conduziu à opção nítida do código mencionado [Código Civil Napoleônico] em inibir qualquer espécie de mecanismo que pudesse impor constrangimento à autonomia do indivíduo e ao seu livre arbítrio. Conforme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6), p. 78-79.

³⁵⁰ VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. **Sentença trabalhista**. 2. ed. Belo Horizonte: Malheiros, 2007, p. 91.

doutrina brasileira, forte no entendimento pioneiro de Pontes de Miranda, acompanhado por Ovídio Araújo Batista da Silva admitem as ações ou sentenças mandamentais que, ao contrário das demais já mencionadas, “transformam a realidade, operando, desde logo, efeitos no mundo fático”.

Explica Ovídio Batista da Silva³⁵¹ que

a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.

A *sentença mandamental* busca obter o cumprimento voluntário (não espontâneo, que prescinde de provocação) da obrigação pelo devedor, através de cominação de penalidades estabelecidas pelo julgador, capazes de coagir o obrigado a cumprir a obrigação por ele assumida. “Trata-se de mandamento dirigido ao devedor, especificamente, aguardando-se dele próprio o cumprimento da obrigação”³⁵² e, por isso, representa a quebra do dogma da incoercibilidade da vontade do particular por parte do Estado.

Adverte Joaquim Felipe Spadoni³⁵³ que uma sentença não é mandamental apenas porque manda o réu cumprir o comando da decisão, mas sim porque o comando (a ordem judicial) vem acompanhado do uso de medidas coercitivas destinadas a forçar o réu a satisfazê-lo. Para esse autor “a sentença só se torna uma ordem quando a ela se empresta força coercitiva”. É tal como disse Luiz Guilherme Marinoni³⁵⁴: “da mesma forma que a condenação só é condenação

³⁵¹ SILVA, Ovídio Baptista Silva. Curso de processo civil, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, V. 2, p. 334, *apud* SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo. Enrico Túlio Liebman, v. 49, p. 109.

³⁵² TOMÉ, Levi Rosa. **O artigo 461 do CPC**: é necessário maior efetividade da prestação jurisdicional, disponível em http://www.anamatra.org.br/opiniao/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=4881&descricao=artigos, acesso em 30.12.2008.

³⁵³ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo. Enrico Túlio Liebman, v. 49), p. 109.

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000, p. 356.

porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção”.

Esse posicionamento não é acompanhado por Eduardo Talamini³⁵⁵, para quem a “força coercitiva” da sentença vem de seu próprio conteúdo de *ordem*, “por força do qual seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade, juridicamente censurável”. Todavia, em última análise, ele admite que a “inobservância do mandamento do juiz não constituirá a mera inutilização de um ‘convite, de uma ‘última oportunidade’, para cumprir espontaneamente”, de modo que, se não for cumprida a ordem, sofrerá a incidência de mecanismos coercitivos, se evidente a desobediência judicial. Daí porque as sentenças mandamentais devem mesmo conter o comando judicial de natureza mandamental força coercitiva para “caracterizar a conduta do desobediente como afronta à autoridade estatal”³⁵⁶.

A obrigação processual de a parte atender o comando judicial foi expressamente incluída no Código de Processo Civil pela Lei n. 10.358/2001, que acrescentou o inciso V ao seu artigo 14, com o seguinte teor:

Artigo 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
(...)
V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

A sentença mandamental tem fundamento nos artigos 461, § 4º, e 287, ambos do CPC, bem assim no artigo 84 do CDC e será proferida em ações de mandado de segurança, de interdito proibitório, de nunciação de obra nova, no *habeas corpus*, *habeas data* e, como se verá, na ação inibitória e em qualquer ação em que se decida dar ordem ao demandado.

Interessante é o estudo de Eduardo Talamini³⁵⁷ acerca da doutrina do Direito Civil a demonstrar que a obrigação constitui apenas uma das categorias do dever jurídico, bem assim a relativizar a distinção entre obrigação e deveres, para, então concluir: “o sistema de tutelas estabelecido a partir do artigo 461 não se limita às

³⁵⁵TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 192.

³⁵⁶ Ibidem, p. 240.

³⁵⁷ Ibidem, p. 125-132.

obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer”.

As regras em exame, portanto, disciplinam a consecução do resultado de deveres derivados de direitos relativos (obrigacionais ou não) e absolutos (reais, da personalidade, etc), públicos, privados (...). O sentido larguíssimo de “obrigações” alcança até mesmo os interesses difusos (...) ³⁵⁸.

4.1.5.2. Ações executivas ‘lato sensu’

Por sua vez, a *sentença executiva lato sensu*, “cuja identificação deve-se também a Pontes de Miranda”³⁵⁹, é aquela que traz embutida em si a capacidade executória, que “determina, desde logo, independentemente de qualquer providência a ser tomada pelo vencedor, a entrega do objeto (bem da vida) pelo devedor”³⁶⁰. Em outras palavras, o ato que julga procedente a pretensão do autor, além de condenar o réu, também determina, “independentemente de pedido, a adoção dos atos executivos necessários à satisfação do direito declarado na sentença”³⁶¹, para a hipótese de não atendimento voluntário pelo devedor.

Esses atos executivos são denominados de *meios sub-rogatórios*, ou seja, trata-se de atos a serem praticados por terceiros (um servidor público, por exemplo) a fim de realizar a obrigação determinada na sentença, independentemente da vontade do devedor e que produzirá os mesmos efeitos se a obrigação por ele fosse satisfeita, como já assente nesta dissertação. As medidas coercitivas que são adotadas para assegurar o cumprimento da sentença mandamental são diferentes: atuam sobre a vontade do devedor, forçando-o a pessoalmente cumprir o comando sentencial. “Se na ordem mandamental interessa o atuar sobre o intelecto do réu, impondo-lhe certa conduta, aqui isto se mostra desnecessário, já que o que

³⁵⁸ Ibidem, p. 128.

³⁵⁹ Ibidem, p. 192.

³⁶⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 304.

³⁶¹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo. Enrico Túlio Liebman, v. 49), p. 111.

concretamente importa é a satisfação real do interesse, mediante sua plena realização”³⁶².

A relevância da sentença executiva *lato sensu* encontrava-se na característica de ser levada a efeito, de imediato, sem a instauração do procedimento executivo ou da citação do réu, por intermédio de medidas sub-rogatórias satisfativas, assim que eficaz o provimento. Com a instituição do processo sincrético, que une as atividades de cognição e de execução, não se tem mais sentido essa distinção.

Esses provimentos ou meios executivos não se limitam à execução forçada, ocorrida em processo próprio ou em procedimento específico. Ao revés, são típicos de toda decisão judicial que não se limita à condenação do réu, mas almeja a satisfação do bem da vida reclamado. Com a instituição do processo sincrético, no processo civil, como já foi dito, e considerando que, na esfera da jurisdição trabalhista, a execução sempre se deu na mesma relação processual, pode-se afirmar que essas medidas coercitivas ou sub-rogatórias devem incidir em toda sentença proferida que não se limite à tutela pelo equivalente pecuniário.

Para exemplificar, citam-se as sentenças trabalhistas em que se condena o réu a, além de pagar parcelas decorrentes da relação de emprego, também a cumprir a obrigação de fazer, como anotar a CTPS do empregado, sob pena de a própria secretaria da Vara realizar a obrigação, ou a entregar-lhe as guias CD/SD, também sob a ameaça de se expedir alvará judicial para se obter efeito prático idêntico ao fornecimento, isso para não mencionar as tutelas inibitórias, em que as medidas coercitivas e sub-rogatórias são imprescindíveis, como adiante será explanado.

Apresentadas, pois, as classificações das ações, passa-se à sua crítica, com a intenção de superação, apoiando-se na teoria de Luiz Guilherme Marinoni.

4.2. Superação

“o conhecimento torna-se ideológico quando deixa de levar em conta as novas realidades, lidando com as situações práticas através de formas de pensamento que as ocultem ou as retratem através de categorias impróprias”.

³⁶² ARENHART, Sérgio Cruz, **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6), p. 89.

Explicitou-se, neste trabalho, especificamente no item quatro do capítulo dois, que a terceira onda do movimento mundial de ampliação do acesso à justiça decorrente do estudo denominado “Projeto de Florença”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, consiste, em suma, na busca da efetividade da atividade jurisdicional. Em face desse objetivo, ocorreram reformas processuais importantes, tudo no afã de extrair, do processo, a verdadeira tutela do direito material.

Cabe também lembrar que o movimento pelo acesso à justiça significou “uma forte reação contra a dogmática formalista, que pretendia identificar o ‘direito’ apenas nas normas, essencialmente de derivação estatal”. Apresentou-se a idéia de que o processo precisa ser analisado “na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, passando a ter relevo, assim, entre outros pontos, os efeitos concretos do processo na vida das pessoas”³⁶³. Surgiu, assim, uma forma de ver o processo preocupada com a efetividade do direito material. “O direito de ação, antes visto como o direito de ir a juízo, passa a ser compreendido como o direito à adequada tutela jurisdicional”³⁶⁴.

Foi mencionado, ainda, no capítulo dois, item quatro e também em linhas anteriores deste capítulo, que há um estrangulamento específico dos procedimentos judiciais na fase da execução. O equívoco percebido é, repita-se, que não houve ainda, na prática, a devida superação da antiga compreensão de que a solução da lide com a simples prolação da sentença de mérito não corresponde à tutela jurisdicional de direitos.

As motivações que conduziram à clássica classificação das tutelas não apenas já estão ausentes, como foram superadas pelas novas necessidades de uma sociedade de massa envolvida com outros valores. Ao contrário do que ocorreu quando do surgimento da teoria chiovendiana, deseja-se hoje a aproximação do processo com o direito material, sabido que somente será efetivo o processo que puder corresponder plenamente às necessidades do direito substancial³⁶⁵.

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000, p. 389.

³⁶⁴ Ibidem, p. 391.

³⁶⁵ Ibidem, p. 396.

Com esse propósito é que Marinoni³⁶⁶ redefine o direito de ação como “o direito à preordenação das técnicas adequadas às tutelas do direito”³⁶⁷ e propõe uma nova classificação das tutelas³⁶⁸. Ele diz que, se ninguém mais duvida de que o processo deve responder ao direito material e à realidade social, bem assim que a ação abstrata e as sentenças classificadas à luz do direito processual não podem identificar a necessidade do autor ou explicitar o resultado do processo no plano do direito material, é preciso “procurar algo” que identifique tudo isso, pois somente assim será possível verificar se o direito processual possui técnicas processuais capazes de atender o direito material. Afirma o autor em referência que é preciso compreender e identificar as tutelas a partir da consciência das necessidades que vêm do direito material, para que então se possa pensar na técnica processual idônea para atendê-las. Essa tarefa somente será possível se o processo for olhado a partir do plano de direito material e enfatiza:

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são *diversas*, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, *não são neutros* às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo *não podem ser pensados a sua distância*.³⁶⁹

Diante do que se expôs anteriormente, é possível extrair duas afirmações:

- 1) as sentenças (ou ações) mandamentais e executivas *lato sensu* estabelecem o modo (uso de medidas coercitivas ou sub-rogatórias, respectivamente) pela qual o direito processual irá tutelar o direito material vindicado em juízo;
- 2) como já foi dito no item quatro do capítulo dois desta dissertação, “não há como entender a condenação como tutela, mas apenas como meio técnico processual destinado a viabilizar a satisfação, ou seja, a tutela ressarcitória”³⁷⁰.

O que isso quer dizer?

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

³⁶⁸ MARINONI, 2004, op. cit. p. 115.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 115.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo, Curso de processo civil**. V. 1, 3 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 299.

Na linha do raciocínio desenvolvido neste trabalho, amparada na teoria de Luiz Guilherme Marinoni, isso quer dizer que as sentenças “são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional”, porquanto, na verdade, “espelham apenas o modo (a técnica) através do qual o processo tutela os diversos casos conflitivos concretos”³⁷¹.

Além disso (ou seja, além da sentença), para a prestação de determinada espécie de tutela jurisdicional importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, isto para não se falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional adequada e efetiva. (...) A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. E é por isso que pode ser inibitória, ressarcitória, etc.³⁷²

Foi dentro desse contexto que Marinoni³⁷³ concluiu: “as tutelas de direito estão no plano de direito material, ao passo que as sentenças e os meios executivos, assim como todas as técnicas para a adequada tutela dos direitos, estão no plano do direito processual”. A tutela processual deve indicar o que deve ser feito para que o direito material seja tutelado.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³⁷⁴ também faz uma completa crítica às tradicionais teorias existentes acerca da ação, e apresenta uma nova classificação calcada nas formas de tutela: declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*. Para ele,

A nota mais importante é a finalidade, porque o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Ao ângulo processual, visa-se à realização da justiça material, de forma célere e efetiva, mediante um processo justo, peculiar ao Estado Democrático de Direito. As formas processuais são, assim, subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais. De tal modo, a forma de tutela deve ser a mais adequada para atingir a finalidade, idéia que implica, como se viu, levar em conta tanto a efetividade quanto a segurança. Por essas razões, as formas de tutela serão tantas quantas forem necessárias para resolver de modo mais efetivo e eficiente, com segurança, a crise sofrida pelo direito material.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 428.

³⁷² Ibidem, p. 428-429.

³⁷³ Ibidem, p. 429.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, passim.

Explica este mencionado autor que a mudança de perspectiva pela qual passa o fenômeno processual decorre principalmente da constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, por exemplo), acrescido do direito fundamental de efetividade e a um processo justo (artigo 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI). Daí porquanto é imperativo assegurar a efetividade real do resultado do processo e também os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado³⁷⁵.

Sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que esse modo de ver a tutela jurisdicional é distinto da perspectiva de Luiz Guilherme Marinoni, para quem, como mencionado alhures, as formas de tutela pertencem ao plano do direito material e, ao plano do direito processual, pertencem as técnicas, como, por exemplo, a técnica antecipatória e a sentença mandamental. A distinção estaria em que, para Oliveira, as tutelas ressarcitória, inibitória, etc. de que fala Marinoni encontram-se no plano do direito material, fora do processo, seja “porque o ressarcimento e a inibição foram abstratamente previstos nessa esfera (v.g. arts. 12 e 186 e 927 do Código Civil), seja porque constituem a consequência da tutela jurisdicional prestada, cujo comando se projeta no plano material, na esfera substancial das partes”³⁷⁶. Para Oliveira, essa consequência não é alcançada pela tutela ressarcitória, reintegratória (ou de remoção do ilícito), inibitória ou por qualquer outra espécie de tutela de direito material, “mas única e exclusivamente pela tutela jurisdicional, por meio do comando declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental ou executivo *lato sensu*”³⁷⁷.

O que, contudo, não explica Carlos Alberto de Oliveira é que o simples comando judicial não realiza o direito material. E, ao contrário do que é por ele sustentado, embora as tutelas ressarcitória, inibitória e reintegratória encontrem-se previstas no direito material, se não forem realizadas voluntariamente, será somente por intermédio do processo, com a utilização de medidas coercitivas ou sub-rogatórias que poderão ser executadas ou concretizadas no mundo dos fatos. Assim, o correto a dizer é que as tutelas exigidas pelo direito material requerem a atividade jurisdicional para que se realizem concretamente, quando não satisfeitas voluntariamente. É por isso que não se concorda com a assertiva de Carlos Alberto

³⁷⁵ Ibidem, p. 84 e 105.

³⁷⁶ Ibidem, p. 105

³⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106.

de Oliveira de que há “o apoucamento da tutela jurisdicional”³⁷⁸ ou que a postura metodológica aqui adotada “tende a retirar todo elemento axiológico do direito processual, que passa a ser visto mais como técnica do que como realmente é: fenômeno cultural e posituação do poder, necessariamente embebido em valores (justiça, segurança, efetividade, etc.)”³⁷⁹. Muito ao contrário, o que Marinoni propõe “é a existência de um direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto”³⁸⁰, tudo de acordo com o Estado constitucional, os direitos fundamentais e a própria legislação processual. O que, aliás, se resume na indispensável inter-relação do direito material e do direito processual, para alcançar o objetivo maior de satisfação do direito material prometido, que é reconhecida por ambos os doutrinadores aqui invocados.

Relativamente às relações entre esses dois planos, sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que a atividade jurisdicional gira em torno do direito material (“fora dos casos de controle abstrato de constitucionalidade ou inconstitucionalidade - que também se vincula ao direito material constitucional”, e é manejada com as seguintes possibilidades:

- a) contra o ilícito (conduta antijurídica) e a lesão correspondente’
- b) para a prevenção do ilícito e/ou da correspondente lesão;
- c) para a prevenção do agravamento da lesão.

Dentro dessa perspectiva Carlos Alberto Álvaro de Oliveira dá exemplos, dentre os quais a “tutela mandamental para impedir ato ilícito de qualquer espécie (o titular da marca comercial quer inibir o uso da sua marca)”³⁸¹. Ora, trata-se da tutela inibitória, assegurada por meio de uma sentença mandamental. Isto é, a pretensão do autor é que o Estado-juiz mande que o réu se abstenha da prática de determinado ato. E mais, percebe-se que há apenas duas modalidades de tutela jurisdicional: a repressiva e a preventiva (com as variações de cada uma delas).

Então, ao fim, constata-se que há plena sintonia nos entendimentos desses dois doutrinadores (Marinoni e Oliveira) no sentido de que as diferentes exigências de satisfação do direito material requerem também diferentes formas de proteção. Eles se distanciam apenas quando Oliveira posiciona-se no sentido de que as

³⁷⁸ Ibidem, p. 105.

³⁷⁹ Ibidem, p. 106.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil. V. 1, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 301.

³⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

formas de tutela jurisdicional estão previstas no ordenamento processual pátrio (artigos 4º - declaratória –, 461 – mandamental –, 461-A – executiva *lato sensu* – e 475-J – condenatória). Para Marinoni, repita-se, as sentenças são técnicas ou modos pelos quais as tutelas do direito se realizarão. E as tutelas, para ele, devem ser classificadas a partir do que elas efetivamente devem fazer para atender ao direito material. Será inibitória a tutela jurisdicional do direito porque deverá realmente inibir a ameaça de lesão a direito ou que a sua lesão se repita ou continue, e para alcançar esse objetivo a tutela poderá ser realizada tanto por intermédio de uma sentença mandamental como através de uma sentença executiva *lato sensu*.

Registra-se, ainda, a doutrina de Eduardo Talamini³⁸², que propõe o reconhecimento de uma classificação diferente das até então mencionadas:

Proponho o reconhecimento de uma categoria geral das “sentenças de repercussão física”, destinada a incluir todas aquelas que não bastam em si mesmas para a consecução da tutela jurisdicional, uma vez que dependem de subsequentes atos concretos de adequação da realidade ao comando contido no provimento (ou seja, uma categoria reunindo as condenatórias, mandamentais e executivas). E ao fazer isso, destaco inclusive a necessidade de *superar-se a idéia de que não há* propriamente sanção ou execução quando o Estado atua através de meios coercitivos.

O autor acima referido apresenta uma classificação dos comandos sancionatórios, conforme o momento processual e a função almejada em “preventivos, simultâneos, retributivos positivos e negativos, restituitórios e ressarcitórios”³⁸³. Acrescenta, ainda, a sanção sucessiva de sanções³⁸⁴. Diz esse autor que são os provimentos jurisdicionais (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo *lato sensu*) que veiculam as diversas sanções. Para Eduardo Talamini, o que Luiz Guilherme Marinoni intitula tutelas ressarcitória, reintegratória (ou de remoção do ilícito)³⁸⁵ e inibitória são, na verdade, as *sanções*³⁸⁶.

³⁸² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

³⁸³ Ibidem, p. 175.

³⁸⁴ Ibidem, p. 186.

³⁸⁵ A respeito verificar capítulo cinco, item 5.4.

³⁸⁶ Ibidem p. 219.

Como se vê, entre os processualistas modernos não há divergência quanto ao foco de atenção: a efetividade do direito material por intermédio do processo, para o quê a sentença condenatória é insuficiente.

De fato, o processo de conhecimento – concebido para se declarar um direito – e o processo de execução – criado para concretizar o direito reconhecido – acabaram se misturando, em decorrência das novas necessidades e dos novos valores da sociedade. Essa nova circunstância ninguém questiona. O dissenso existente entre os doutrinadores, uma vez mais, reside na terminologia ou na classificação das tutelas, das técnicas de execução ou das sanções.

E como já assente em outro ponto, o nome não é relevante, o que

Importa é que se reconheça a imprescindibilidade da utilização do tipo de tutela que está por trás dele [do nome] para que, em muitos casos, se atinja a efetividade do processo. Basta que se considere o exemplo de Barbosa Moreira, que, em seus escritos, não afirmava inicialmente a existência de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* como categorias autônomas. Todavia, desde a década de 1970, destacava a necessidade de sair do esquema tradicional de tutela meramente repressiva, indenizatória ou posterior à lesão, e efetivada mediante processo executivo subsequente. Ressaltava que, precisamente em relação a alguns dos direitos e interesses mais relevantes para cada indivíduo e para a coletividade, faltavam mecanismos eficientes. E quais seriam, no entender de Barbosa Moreira, esses mecanismos? Primeiro, a admissão da tutela preventiva, em todos os casos em que dela se necessitasse. Depois, igual admissão da antecipação de tal tutela. Em terceiro lugar, o abandono, em certas hipóteses, do “esquema ‘sentença condenatória + execução forçada’”. Por fim a imposição de *ordens ao réu*, assistidas da cominação de sanções idôneas e capazes de *convencê-lo* a cumprir o que deve³⁸⁷.

Ora, todas as linhas doutrinárias aqui apresentadas adequadas á efetividade do direito material prometido. Na essência todos eles buscam alcançar o mesmo objetivo e, portanto, tarda por demais a atitude conjunta e fraterna dos doutrinadores a incentivar o início da prática dessas teorias, principalmente na esfera trabalhista, em que é evidente a ausência de efetividade dos direitos dos trabalhadores proclamados inclusive constitucionalmente. “Na verdade, há uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense; entre o dizer e o fazer, entre o direito dos manuais universitários e o direito que acontece no foro”³⁸⁸.

Note-se que, não obstante o dissenso doutrinário aqui destacado, na hipótese do ajuizamento de uma ação, o procedimento e as técnicas processuais a serem

³⁸⁷ Ibidem, p. 207-208.

³⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, **Processo e ideologia**. Revista de processo, ano 28, n. 110, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19.

utilizadas serão as mesmas, independentemente da linha processual que se adote ou do nome que a eles se possa atribuir.

Por exemplo, diante da pretensão deduzida em juízo de o trabalhador receber o pagamento das horas extraordinárias, a sentença será condenatória e o meio executivo para realizá-la será a expropriação, isto é, por intermédio do processo o Estado retirará um bem do patrimônio do devedor para que seja, então, possível satisfazer o crédito trabalhista. Se porventura o trabalhador, por intermédio de seu sindicato profissional, em ação coletiva, requer não só o pagamento de horas extras, mas também que todos os trabalhadores da empresa não mais sejam submetidos a trabalho suplementar por mais de duas horas por dia, a sentença que permitirá a adequada ação do Estado para satisfazê-la será a mandamental, porque nela veicularão medidas coercitivas capazes de induzir o empregador a cessar a prática do ato ilícito, tudo conforme consta da Lei Maior e das leis infraconstitucionais deste País. Há também consenso que se terá uma tutela preventiva e não repressiva.

Para uma melhor compreensão da matéria em estudo, exige-se seja realizada a distinção entre a sentença satisfativa e a não satisfativa.

4.3. Sentença satisfativa e sentença não satisfativa.

Por que se faz necessária a compreensão do tema em destaque?

Porque as sentenças não satisfativas, ou seja, aquelas que não são por si suficientes para a tutela dos direitos necessitam de meios de execução para que o direito material possa ser realizado.

Conforme o escólio de Crisanto Mandrioli³⁸⁹, nas sentenças declaratória e constitutiva, a tutela se exaure frutuosamente, ao passo que, na sentença condenatória, exaure-se apenas uma fase da tutela jurisdicional. Logo, são estas sentenças que clamam maior atenção, uma vez que, junto a elas, “devem estar preordenados meios de coerção e sub-rogação capazes de atender de forma efetiva e adequada às diversas necessidades de tutela dos direitos”³⁹⁰.

³⁸⁹ MANDRIOLI, Crisanto. L'azione asecutiva. Milano”Giuffrè, 1955, p. 310, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Curso de processo civil. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 430.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 430.

Note-se que as sentenças declaratória e constitutiva prestam tutelas independentemente de uma atividade executiva, uma vez que, ao serem prolatadas, conferem ao autor a certeza jurídica acerca de uma relação ou da autenticidade de um documento ou, ainda, constituem nova situação jurídica, respectivamente.

Sendo assim, pode-se agrupar a prestação jurisdicional em dois grandes grupos: um em que se visa operar exclusivamente no plano normativo, “lidando apenas com a realidade jurídico-normativa, sem alterar o plano fático – e aquelas que tendem a atuar no mundo concreto, alterando-o”³⁹¹.

Nessa linha de raciocínio, como adverte Marinoni³⁹², é imprescindível que se pense nas várias formas de tutelas do direito, para se verificar se as técnicas de defesa do direito são realmente efetivas (ou satisfativas). De fato, de nada adiantaria a tutela inibitória sem a previsão para se aplicar multa ao devedor inadimplente. A sentença condenatória será meramente declaratória se não houver a previsão da sanção, que é a execução por expropriação.

Diante do que se expôs, malgrado o dissenso doutrinário quanto a alguns aspectos técnicos acerca da tutela jurisdicional de direitos, percebe-se a harmonia do pensamento dos processualistas no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser capaz de propiciar a tutela mais ampla possível dos direitos materiais reconhecidos, bem assim que o direito de ação é muito mais que o direito a uma sentença de mérito. Tão importante quanto dirimir o conflito é propiciar, de fato, a tutela do direito material prometido e reconhecido em juízo. Daí porque a classificação trinária das sentenças (ou das ações) não é adequada à sociedade de massa envolvida com outros valores. Conclui-se, ainda, que a tutela preventiva é a mais importante das tutelas, porque é a única forma de verdadeiramente assegurar que o processo corresponderá plenamente à necessidade do direito substancial, mormente quando se atenta para os direitos dos trabalhadores.

Chega-se, assim, à tutela inibitória coletiva.

³⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6), p. 92.

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Curso de processo civil. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007, p. 434.

5. TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

“É necessário, mais do que urgente, redescobrir, como oportunamente sugere Capelletti, os vínculos insuprimíveis entre direito material e processo, de modo que a ciência processual desça das alturas abstratas em que a colocou a doutrina moderna, para voltar a pisar o terreno firme de dimensão existencial e forense do direito judiciário.”

Ovídio A. Baptista da Silva

5.1. Introdução ao capítulo

Verificada a relevância da tutela preventiva, consoante se expôs no capítulo anterior, este estudo desenvolve-se com a intenção – certamente audaciosa, mas fundamental para a efetividade de direitos muito significativos na vida daqueles que vivem exclusivamente da sua força de trabalho – de transformar a tutela coletiva específica e inibitória na forma preponderante de tutela a ser concedida pelo Poder Judiciário Trabalhista. Se a prestação jurisdicional tradicional não é suficiente para garantir de forma adequada os direitos dos trabalhadores, é preciso, urgentemente, iniciar a prática de um novo modelo.

Como já se mencionou neste estudo, os direitos trabalhistas destinam-se a proporcionar condições mínimas de trabalho, assegurando um ambiente seguro e saudável, bem assim o direito a uma contraprestação pecuniária, o que é indispensável para se manter íntegra a dignidade dos prestadores de serviço. Assim, impedir a prática de ato contrário ao direito é mais importante à efetividade da tutela jurisdicional trabalhista do que assegurar a reparação ou o ressarcimento de danos, ante a impossibilidade da restituição ao estado anterior. Afinal, uma vez despendida a força de trabalho, não há mais como reavê-la.

O dever de reparar o ato contrário ao direito não mais pode ser identificado como exclusivamente uma obrigação de pagar. Além de a obrigação de reparar constituir uma obrigação de fazer, a tutela ressarcitória é absolutamente imprópria a certas situações de direito substancial. Cita-se, como exemplo, o direito ao meio ambiente de trabalho sadio, aos intervalos intra e interjornadas, ao limite da jornada de trabalho (artigo 7º, incisos XIII, XIV e XXI, da CRF e artigos 58 e 71, ambos da

CLT) que são questões de saúde pública, entre outros³⁹³. Entender de outra forma importa, em última análise, aceitar que a obrigação de conduta consiste em uma obrigação alternativa, uma vez que o obrigado se liberaria, ou prestando os atos devidos, ou pagando os danos pelo não-adimplemento³⁹⁴. Logo, “não admitir o ressarcimento na forma específica significa supor que, com dinheiro, ‘tudo seja possível’, o que traduziria uma concepção ‘materialista em excesso’”³⁹⁵.

Além disso, a reparação ou o ressarcimento pelo equivalente monetário é insuficiente também à preservação da dignidade do trabalhador, a qual não se recompõe quando aviltada, por exemplo, pelo trabalho excessivo, insalubre e sem a devida contraprestação. A saúde, o cansaço e a mitigação do tempo necessário à indispensável convivência familiar e social não podem ser ressarcidos mediante o pagamento em dinheiro.

Não se pode ignorar que a vigente Constituição da República, fundada na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), garante não só uma série de direitos trabalhistas, entre eles direitos não patrimoniais³⁹⁶, mas também assegura o acesso à justiça diante da simples ameaça de direito (artigo 5º, XXXV).

É importante dizer que Luiz Guilherme Marinoni foi pioneiro no estudo da tutela inibitória no Brasil, com a publicação, em 1998, da primeira edição da obra

³⁹³ Registra-se que o crédito trabalhista, conquanto de evidente cunho patrimonial, tem por escopo garantir as condições mínimas de vida do trabalhador (moradia, alimentação, educação, saúde – artigo 7º, IV, da Constituição da República). Portanto, sua posterior reparação, um bom tempo depois da prestação de serviço e em face de decisão judicial, não será efetiva e certamente não atenderá aos fundamentos e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigos 1º e 3º da Lei Maior), resultando em inequívoca violação à dignidade do homem trabalhador que, por determinado período, ficou desprovido de condições essenciais a uma subsistência digna.

³⁹⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC, op. cit., p. 42.

³⁹⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. T. 1, parte general, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 380, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046&p=2>, acesso em 10.03.2008.

³⁹⁶ São “direitos trabalhistas constitucionalizados de natureza não patrimonial inseridos no art. 7º: 1. proteção contra a retenção dolosa do salário (X); 2. duração do trabalho (XIII); 3. turnos ininterruptos de revezamento (XIV); 4. proteção da lei ao mercado de trabalho da mulher (XX); 5. redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII); 6. reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (XXVI); 7. proteção em face da automação, na forma da lei (XXVII); 8. proibição de diferença de salários, de exercício e funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (XXX); 9. proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do portador de deficiência (XXXI); 10. proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (XXXII); 11. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz (XXXIII); 12. igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso (XXXIV)”, conforme NASSIF, Elaine Noronha. **Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 2001, p. 94.

“Tutela inibitória: individual e coletiva”. Conquanto sua doutrina, no aspecto, seja guiada pelo direito italiano, porquanto também precursor no assunto, certo é que, em momento algum, ele pretendeu, “como é óbvio, que a doutrina italiana, diante de sua realidade” fosse “imposta à doutrina brasileira, até porque (...) o Código de Processo Civil italiano não possui norma similar àquela que está no nosso artigo 461”³⁹⁷ do CPC.

Em solo pátrio, esta espécie de tutela encontra-se inequivocadamente garantida em sede constitucional (artigo 5º, XXXV) e as técnicas coercitivas e sub-rogatórias que a viabilizam estão inseridas nas leis processuais infraconstitucionais (artigo 84 do CDC e artigos 287 e 461, ambos do CPC). Por isso, a análise que aqui se faz é fundada no direito brasileiro, sem ignorar, contudo, a observação feita por Ada Pellegrini Grinover³⁹⁸, de que o “Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas em 1958, já aprovara, unanimemente, uma declaração favorável à instituição de um ‘juízo preventivo geral’ em todos os países”, dada a superioridade da tutela preventiva. Noutra dizer, a tutela preventiva é uma tendência jurisdicional mundial e assim, por certo, não se ignora a grande importância do estudo do Direito Comparado, até porque o direito processual brasileiro sempre sofreu forte influência da doutrina internacional. Aliás, esse influxo alienígena não se limita ao mundo jurídico, mas ocorre em todos os setores da sociedade, mormente em face da globalização e dos avanços da tecnologia, cada vez mais encurtando os espaços entre as comunidades.

É preciso dizer, ainda, que a tutela inibitória comporta outras acepções, como *ação de abstenção*, utilizada por Pontes de Miranda³⁹⁹, e a denominação *tutela preventiva* de que falam José Carlos Barbosa Moreira⁴⁰⁰ e Teori Albino Zavascki⁴⁰¹.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128. “ A tutela inibitória (preventiva) é postulada na Itália com base no art. 700, que gera uma tutela inibitória provisória (rotulada de cautelar). Uma vez concedida a tutela inibitória provisória (denominada de cautelar), a parte autora (exatamente porque já obteve do Poder Judiciário aquilo que procurava) vê-se obrigada a prosseguir com a ação de conhecimento apenas por razão de técnica processual. É que a ação cautelar, como é sabido, não pode satisfazer o autor ou exaurir a sua (a do autor) procura pelo Poder Judiciário”, conforme MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**: curso de processo civil, op. cit. p. 199.

³⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Atentado**: configuração, objeto e natureza, op. cit. p. 31.

³⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsari, 1955, tomo V, p. 495-496, *apud* POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação inibitória no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 40..

⁴⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25.

As expressões *tutela inibitória* e *tutela preventiva*⁴⁰² serão utilizadas nesta dissertação como sinônimas, pois.

Explicitados esses aspectos, é o momento de identificar a tutela inibitória, o que exige, para melhor compreensão e eventual possibilidade de futuro aperfeiçoamento, uma volta ao passado.

5.2. A tutela inibitória no direito brasileiro

5.2.1. Breve apanhado histórico

O passado da tradição jurídica luso-brasileira revela a aceitação plena da coercibilidade das prestações e do poder capacidade de o magistrado de expedir ordens. As ordenações do Reino previam expressamente a tutela inibitória, bem assim os meios de coerção para obter a abstenção pretendida. As Ordenações Afonsinas, em seu livro III, Título LXXX, § 6º, tratavam das chamadas ações cominatórias e, da mesma forma, as Ordenações Manuelinas também fizeram menção à autoridade do juiz e a gravidade do menosprezo a esse poder. Outrossim, previsões quase idênticas foram incluídas nas Ordenações Filipinas, em seu livro LXXVIII, §§ 5º e 6º⁴⁰³, às quais se acrescentou a possibilidade de se provar a ameaça por intermédio de apenas uma testemunha, o que evidencia a preocupação “com a cognição sumária da ação e a busca de mera verossimilhança como requisito para a concessão da ordem”⁴⁰⁴.

Informa Sérgio Cruz Arenhart⁴⁰⁵ que essas regras presentes nas Ordenações do Reino representavam uma junção de ações de duas naturezas: uma de natureza possessória, o interdito proibitório, e outra de natureza pessoal, a ação de preceito cominatória, que se destinava a dar eficácia à tutela das obrigações de fazer e de não fazer. A reunião dessas duas ações nas Ordenações gerou o engano da

⁴⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182.

⁴⁰² Para Joaquim Felipe Spadoni são espécies de tutela preventiva, além da genuína inibitória, a cautelar e a antecipada. Ele esclarece que as duas primeiras têm “por função evitar a lesão a um direito processual da parte, impedindo a frustração da eficácia do provimento final”. Diferentemente, “a tutela inibitória destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte”. SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC**, op. cit. p. 32.

⁴⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 213-214.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 214-215

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

doutrina da época que não percebeu a duplicidade de ações, mas apenas a ação possessória do interdito proibitório. Assim, por longo tempo, as medidas previstas nas Ordenações do Reino ficaram restritas ao campo possessório, sem que pudesse ser aplicada para a tutela de obrigações de fazer e de não fazer.

Isso é explicado pela ideologia ditada pela classe dominante naquele momento histórico – o liberalismo - que impregna todo o sistema. Nesse sentido Arion Sayão Romita⁴⁰⁶ ensina:

As codificações civis do século XIX, inspiradas no liberalismo burguês triunfante com a revolução Francesa de 1789, pressupõem uma sociedade unitária e igualitária, lastreada no direito de propriedade e na liberdade contratual. A nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial criou uma ordem jurídica particular que exclui da codificação os grupos sociais, entre os quais sobressai o dos assalariados. No centro do ordenamento situa-se a propriedade privada, sobretudo a imobiliária. Na manutenção da propriedade da terra inspira-se de modo preponderante a regulação da família e da sucessão *causa mortis*; os contratos visam principalmente ao modo de aquisição da propriedade privada. O ter prevalece sobre o ser: quem tem é.

Preleciona Marilena Chauí⁴⁰⁷ que, de fato, um dos motivos pelos quais as coisas são como são chama-se *ideologia*. É que a consciência humana é determinada a partir da nossa experiência social direta.

Isso não significa, porém, que nossas idéias representem a realidade tal como esta é em si mesmo. Se assim fosse, seria incompreensível que os seres humanos, conhecendo as causas da exploração, da dominação, da miséria e da injustiça nada fizessem conta delas⁴⁰⁸.

O que isso quer dizer?

Quer dizer que, em uma formação social, em decorrência das relações entre os seres, da forma de propriedade, das forças produtivas, cada um ocupa uma determinada função, a qual se fixa e se repete. Justamente por causa dessa repetição e fixação, cada indivíduo tende a considerar essa divisão social um fato natural, embora isso não corresponda a uma verdade absoluta. Por exemplo, quando se entende que as mulheres, *pela natureza*, foram feitas para a maternidade e para o trabalho doméstico ou então que os negros, *pela natureza*, foram feitos

⁴⁰⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Direito penal do trabalho**, Revista LTr, v.63, nº 6, p. 734-742, jun. 1999

⁴⁰⁷ CHAUI, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ática, 2002, p. 216.

⁴⁰⁸ Ibidem.

para serem escravos. Essas idéias, na realidade, originam-se de um grupo pensante, que também surgiu de uma divisão social do trabalho e domina a sociedade, transmitindo suas ideias e seus pensamentos através da escola, religião, da ciência, filosofia, dos costumes, das leis e do próprio direito, moldando a consciência de todas as classes sociais e uniformizando o pensamento de todos⁴⁰⁹. E essa ideologia, porque emanada da classe dominante, determina e condiciona obviamente os rumos jurídicos⁴¹⁰.

Certamente foi por causa da ideologia que o Regulamento 737, de 1850, restringiu, por ausência de previsão, a ação de preceito cominatório às questões comerciais. Os códigos estaduais previam as ações cominatórias, alguns até logrando separar a ação possessória (interdito possessório) e a ação pessoal de preceito cominatório, como o Código Judiciário do Rio de Janeiro de 1912. Não obstante, a confusão generalizada acerca dos conceitos dessas ações – especialmente quanto aos mecanismos para a tutela – acabaram por reuni-las em um só instituto. Em face dessa polêmica, o CPC de 1939 estabeleceu os dois mecanismos de forma separada: uma ação cominatória (artigos 302 a 310), para as obrigações de fazer e não fazer, e outra ação possessória, de interdito proibitório⁴¹¹.

Assim é que dispunha a redação do artigo 303 do CPC de 1939: “o autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, se nenhuma tiver sido convencionaada”. José Carlos Barbosa Moreira⁴¹² observa que a apenação incidiria em face do “descumprimento *da obrigação, não da sentença final*, que viesse a confirmar o preceito”.

Ao interpretar esse dispositivo, a doutrina e a jurisprudência dominantes nacionais, no entanto, “deram o golpe definitivo no sentido da ineficácia desse provimento cominatório em direção à preservação da liberdade individual e da segurança (e certeza) jurídica que deveria anteceder qualquer providência capaz de interferir na vontade do réu”⁴¹³. De fato, prevaleceu, na vigência do antigo CPC, o entendimento de que a multa cominatória somente poderia incidir após o trânsito em

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 216-219.

⁴¹⁰ CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. A vida jurídica dos (per) ambulantes, *in* **Direito do trabalho & trabalho sem direitos**. Márcio Túlio Viana [et. al.] coordenadores. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 123.

⁴¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, op. cit. p.26.

⁴¹² Ibidem, p. 28.

⁴¹³ Ibidem.

julgado da sentença de procedência, ainda que a legislação nada dispusesse a esse respeito. Assim, se concedia ao réu “uma segunda oportunidade, degradando-se em tutela condenatória comum, sancionatória portanto, a tutela preventiva idealizada pelo legislador”⁴¹⁴.

Lamentavelmente e seguindo essa tendência, o CPC de 1973, ao tratar da ação cominatória, estabeleceu em seu artigo 287, *inicialmente*, que a incidência da multa somente teria início após a sentença que declarasse a mora. Veja-se a redação original do mencionado preceito legal: “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a *cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença*” (grifos acrescentados).

Daí a parca utilidade da ação cominatória⁴¹⁵ no direito brasileiro e a ausência de uma tutela efetivamente preventiva, por absoluta ausência de uma ação adequada à prevenção do ato contrário ao direito.

José Carlos Barbosa Moreira⁴¹⁶, nos idos de 1978, ao discorrer sobre a tutela preventiva e constatar essa omissão legislativa, que adjetivou de *melancólica*, fez uma convocação a todos os estudiosos a uma “imprescindível reflexão *de lege ferenda*”, com ênfase aos valores da sociedade que se refletem nas leis. Na ocasião, ele chamou a atenção para a necessidade de um instrumento processual contra atos ou omissões de particulares, equivalente ao mandado de segurança preventivo contra atos de autoridade. Ele advertiu: quando se criou o mandado de segurança preventivo, “era possível ao ameaçado pedir ao juiz que o assegurasse “a ele e as suas cousas”: *a pessoas antes dos bens*, em sequência filosoficamente irrepreensível. Agora (quando da edição do CPC de 1973), passa à frente a segurança *dos bens*, consoante comprovam os textos pertinentes ao interdito proibitório e à nunciação de obra nova e concluiu:

Ao que pode reparar com maior facilidade, dispensa-se a tutela preventiva; ao que não comporta reparação adequada, reserva-se a tutela sancionatória. Paradoxo apenas aparente: se no mais é nítido o primado do *ter sobre o ser*, como estranhar que o seja também na ordem processual?⁴¹⁷

⁴¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, op. cit. p. 29.

⁴¹⁵ “A tutela cominatória sempre foi utilizada para impedir a continuação ou a repetição do ilícito. Essa espécie de tutela jurisdicional era denominada cominatória em razão de admitir a cominação da multa para obrigar alguém a fazer ou a não fazer alguma coisa”, MOREIRA, op. cit. p. 29.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

Com o passar dos anos e a constatação dos novos valores da sociedade, o processo, reflexo dela, também começa a se alterar.

Não foi por outra razão que, na prática processual, ocorreu a utilização da ação cautelar inominada como remédio supletivo da lacuna deixada pelo legislador processual.

O art. 798 do CPC sempre constituiu uma espécie de “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional adequada, sendo oportuno lembrar que a própria tutela antecipatória repressiva foi prestada, em um determinado momento, sob as vestes da tutela cautelar.⁴¹⁸

5.2.2. O direito brasileiro atual

A Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou a tutela preventiva no artigo 5º, XXXV, da Lei Maior: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conquanto, como bem coloca José Carlos Barbosa Moreira⁴¹⁹, o receituário do direito brasileiro à época já contemplasse instrumentos preventivos, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular preventivos, o uso desses instrumentos ficou restrito ao âmbito do direito público – para litígios entre particulares havia apenas o interdito proibitório (artigo 932 do CPC) e a nunciação de obra nova (artigo 934 do CPC). Noutro falar, ressalvados os casos de tutela de liberdades públicas (e interesses decorrentes da democracia), a tutela preventiva no âmbito civil nacional resumia-se à tutela da posse e da propriedade⁴²⁰.

A Lei Maior consagrou direitos fundamentais, entre os quais os direitos personalíssimos e direitos trabalhistas não patrimoniais, com o objetivo de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem assim os valores da igualdade, liberdade, justiça, os quais não são satisfeitos com mera proteção repressiva (posterior à lesão) pecuniária.

Relativamente aos direitos fundamentais dos trabalhadores, em especial os de cunho não patrimonial, José Roberto Freire Pimenta⁴²¹ ressalta que

⁴¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**, 2006, op. cit., p. 68.

⁴¹⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, op. cit. p. 29.

⁴²⁰ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 191.

⁴²¹PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas**. Tese de

Trata-se, em casos como esses, de tutelar a vida, a saúde, a segurança, a honra, a privacidade, o direito a não ser discriminado, o direito de se sindicalizar, o direito de fazer greve e outros direitos de igual estatura constitucional e de igual relevância política, social e econômica. Diante da importância desses direitos, não se pode ter dúvidas, em uma sociedade que se pretenda democrática e civilizada, acerca da necessidade deles serem sempre tutelados de forma específica – o que equivale a dizer que, pelo menos em princípio, será constitucionalmente inadmissível permitir que os empregadores continuem, na prática, a lesar tais direitos para terem apenas que, ao final de um procedimento de cognição exauriente, ressarcir os trabalhadores lesados através do pagamento do montante pecuniário correspondente, quase sempre de difícil mensuração e, portanto, insuficiente para reparar as lesões por eles sofridas. Como já se disse insistentemente, tal concepção equivale a admitir que os empregadores têm o direito de “expropriar” os direitos trabalhistas fundamentais de seus empregados, desde que tenham recursos suficientes para tanto e se disponham a fazê-lo – tal entendimento, como é óbvio, não é compatível com os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e das Constituições, como a brasileira de 1988, que os consagram.

Diante dessa nova perspectiva acenada pela Lei Maior do país, o ordenamento jurídico passou a se preocupar com a existência de mecanismos que pudessem torná-los efetivos e reais.

Provado está, pela própria história da humanidade, que não basta assegurar aos homens meros direitos abstratos na ordem jurídica; indispensável que se atenha também ao acesso efetivo a eles. Se algo não é realizável, não deveria a Constituição indicá-lo como direito, sob pena de desafiar a seriedade com que deve ser tratada, induzindo o povo à conclusão de que *nem sempre vale o que está escrito*. De outra parte, se o direito é realizável, não há como lhe negar efetividade.

Justamente por isso,

Especialmente na última década, a preocupação do legislador brasileiro com a efetividade do processo e a busca da superação do mito da incoercibilidade das obrigações permitiram que se criassem regras processuais aptas a entregar ações eficientes para a obtenção de prestações *in natura*, deixando para um segundo plano a conversão das obrigações específicas em perdas e danos, ou seja, no seu correspondente monetário.⁴²²

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.09.1990, foi estatuído o seu artigo 83, no seguinte teor: “Para a defesa dos

doutorado em Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais. Inédita. Belo Horizonte, 2001.

⁴²² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 219.

direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

O artigo 84 do mesmo Código, por sua vez, assim dispõe:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento *da obrigação de fazer ou não fazer*, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Sérgio Cruz Arenhart⁴²³ coloca que, para a proteção inibitória, é essencial a conjugação de alguns elementos:

- a) é necessário dispor de ação em que o magistrado tenha condições de efetivamente ordenar ao demandado a adoção de determinado comportamento (em geral negativo, mas eventualmente também positivo), bem assim de meios de coerção adequados para assegurar o cumprimento do comando judicial;
- b) é essencial a existência de um provimento célere o suficiente para permitir a tutela antes da violação do direito;
- c) é fundamental que se permita, para casos em que a lesão ao direito se mostre iminente, a outorga de proteção provisória e satisfativa (inibitória), sem prejuízo da prolação de decisão final posterior, com observância integral do contraditório e completude da instrução.

Essas características encontram respaldo nas normas processuais atualmente previstas no ordenamento nacional, sendo hoje plenamente possível dar guarida a pretensões inibitórias, em especial as coletivas, desde a instituição do

⁴²³ Ibidem.

CDC, “bastando que se tenha boa vontade”⁴²⁴. Não obstante, ou seja, apesar da Constituição da República ter previsto a existência de uma tutela voltada à preservação do direito, como já se destacou, bem assim o artigo 84 do CDC ter estabelecido a preferência da tutela específica sobre a tutela meramente ressarcitória e também estabelecido a utilização de medidas coercitivas e subrogatórias capazes de incidir sobre a vontade do devedor para compeli-lo a cumprir a obrigação tal como determinada ou para efetivá-la por intermédio de terceiro, a tutela inibitória somente veio a se materializar de forma generalizada a partir Lei nº 8.952, de 13.12.1994 que, entre outras providências, deu nova redação ao artigo 461 do CPC, quase idêntica à do artigo 84 do CDC⁴²⁵, possibilitando a busca, através do processo, da realização específica do próprio direito material. Foi somente nessa reforma processual que se percebeu a mudança de paradigma pelo legislador, ao colocar como requisito da antecipação de tutela, a “irreparabilidade” ou a “difícil reparação” do dano (inciso I, do artigo 273 do CPC), deixando evidente a necessidade de preservação do próprio direito, ante a impossibilidade de sua completa reparação posterior, pela forma meramente pecuniária.

A explicação para a ineficácia inicial do artigo 84 do CDC pode residir no veto presidencial ao mandado de segurança contra particulares que se tentou introduzir no artigo 85 do CDC: “contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas de lei do mandado de segurança”. Explica José Carlos Barbosa Moreira⁴²⁶ que “o veto invocou o argumento de que, à luz da Constituição, o mandado de segurança só caberia contra atos de agentes do Poder Público e não poderia ser estendido a outras situações ou relações jurídicas”. Se não foi por isso, quem sabe é porque, como disse uma aluna do curso de direito ao professor Bolívar Viégas Peixoto: *É o Brasil de duas leis!* “Bastava que o legislador redigisse uma lei contendo um artigo com a

⁴²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 220.

⁴²⁵ Artigo 461, *caput*, do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁴²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, ano 25, n. 97, janeiro-março de 2000, p. 257.

seguinte redação: ‘Os juízes, partes e advogados deverão cumprir a lei já existente’⁴²⁷.

É oportuno repisar aqui a observação de Eduardo Talamini, mencionada no capítulo anterior, subtítulo *ações mandamentais*, no sentido de que o sistema de tutelas estabelecido no artigo 461 e também no artigo 84 do CDC, embora faça referência a *obrigação de fazer ou não fazer* não se limita às obrigações propriamente ditas, mas se estende a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer.

Por último, menciona-se o artigo 287 que, recentemente, teve nova redação determinada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

Essa alteração da lei possui grande valor teórico e prático, porquanto

i) quebrou a ideia de que existiam somente três sentenças; ii) tornou clara a possibilidade de atividade cognitiva e executiva em razão de única ação; iii) evidenciou que a tutela preventiva não deve ser prestada por meio da ação cautelar; e iv) admitiu o uso da multa para compelir um fazer que pode ser prestado por terceiro⁴²⁸

Nas palavras de Marinoni⁴²⁹, este último ponto deve ser melhor esclarecido:

Com efeito, alterou-se a antiga redação que aludia a “prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”, passando a nova norma a falar apenas em “prestar ato”. A importância dessa expressa tomada de posição é imensa, pois dá ao autor a possibilidade de escolher a sentença mandamental para obrigar o réu a fazer algo que pode ser feito por terceiro, abrindo caminho para a utilização da técnica mandamental em face da obrigação de pagar soma em dinheiro.

De quanto se expôs, é tranqüilo concluir que o ordenamento pátrio, em especial a Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, possibilita e ampara a tutela jurisdicional inibitória dos direitos, inclusive dos trabalhadores, por força de sua aplicação subsidiária à esfera trabalhista nos termos do artigo 769 da CLT. Além desses diplomas normativos,

⁴²⁷ PEIXOTO, Bolívar Viégas. **Iniciação ao processo individual do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 190

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2004, op. cit. p. 90.

⁴²⁹ Ibidem.

José Hortêncio Ribeiro Júnior diz que a ação inibitória coletiva tem amparo específico no artigo 11 da LACP c/c artigo 287 do CPC⁴³⁰.

Afirma José Roberto Freire Pimenta⁴³¹ que, na seara trabalhista,

Diante da insuficiência da tutela condenatória tradicional para reprimir de forma efetiva as lesões acima descritas contra os trabalhadores (tornando os direitos lesados letra morta, na esfera decisiva da realidade) e da necessidade de se obter uma tutela jurisdicional capaz de também, e principalmente, *inibir*, nas relações continuativas (como o são as relações de trabalho), a continuação ou a reiteração desses *atos ilícitos* de seus empregadores, é não só conveniente mas constitucionalmente obrigatório e indispensável que os operadores do Direito em geral, mas particularmente os magistrados trabalhistas (desde que devidamente provocados a tanto, uma vez que também aqui entendemos sempre aplicáveis as limitações decorrentes do princípio dispositivo), façam intenso uso do valioso instrumental propiciado pelo novo artigo 461 do CPC para, através da emissão de provimentos provisórios e definitivos de cunho *mandamental* e/ou *executivo* “*lato sensu*”, prestar a tutela específica (e, se necessário, antecipatória) das obrigações trabalhistas de fazer e não fazer que constituem parte relevantíssima do conjunto de direitos e garantias mínimos dessa natureza que lhe asseguram a Constituição e as normas trabalhistas de ordem pública, fazendo enérgico uso, na medida do necessário, dos novos meios de atuação coativa que a nova legislação processual em boa hora veio estabelecer.

É absolutamente indispensável que, além dos operadores do direito, também os trabalhadores e seus representantes legais conscientizem-se da importância e da necessidade de inibir a prática de ato contrário ao seu direito e de que “prevenir é sempre melhor que remediar” em qualquer esfera da vida, seja em relação à saúde, à vida econômica e também no âmbito jurídico. Certamente, obter a reparação do dano já causado será muito mais difícil, dispendioso, demorado e ainda ocorrerá de forma incompleta, quando o dinheiro não for suficiente para tanto.

5.3. Conceito

Emitir conceitos é uma tarefa sempre difícil, porquanto por vezes se peca por incorreção, imprecisão, insuficiência ou por excesso. Ainda assim, a conceituação

⁴³⁰ “A necessidade da conjugação dos dois dispositivos legais decorre da equivocada interpretação, no sentido de que o artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública somente estaria direcionado para as situações jurídicas em que os ilícitos já tivessem sido verificados”. RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio. **Tutela inibitória nas ações coletivas**: instrumento eficaz na preservação da dignidade da pessoa humana e na erradicação do trabalho escravo ou degradante, op. cit., p. 143.

⁴³¹PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição**: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas, op. cit.

será útil aqui à compreensão do objeto desse estudo, auxiliando na descoberta da finalidade do instituto jurídico.

Trata-se a ação inibitória de uma tutela de cognição exauriente, voltada para o futuro, para a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ato contrário ao direito e não, propriamente, contra o dano e voltada para o passado como ocorre com a tradicional tutela ressarcitória.

Na definição de *Luiz Guilherme Marinoni*⁴³², ela é espécie de tutela específica e preventiva⁴³³, que

objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir.

*Joaquim Felipe Sapadoni*⁴³⁴ ensina que a finalidade da tutela inibitória

é impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição.

*Nelson Nery Júnior*⁴³⁵ preleciona que,

destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação inibitória, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer) ou, ainda, para a tutela das obrigações de entrega de coisa (CPC 461-A), é preventiva e tem eficácia mandamental.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000, p. 28.

⁴³³ Conforme RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio, “não há qualquer óbice à concentração de mais de um tipo de tutela jurisdicional em um único processo. Aliás, tal circunstância não é incomum”. Tutela inibitória nas ações coletivas: instrumento eficaz na preservação da dignidade da pessoa humana e na erradicação do trabalho escravo ou degradante. *In Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. José Hortêncio Ribeiro Júnior [et al.] organizadores. São Paulo: LTr, 2006, p. 152.

⁴³⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC, op. cit. p. 32.

⁴³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 586.

A tutela inibitória coletiva é, portanto, uma ação⁴³⁶ preventiva, voltada para o futuro, específica e de cognição exauriente, ajuizada por um dos legitimados previstos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública para a defesa de direitos metaindividuais, a fim de que não sejam violados ou que a violação não se repita ou não continue e que se desenvolve conforme as normas processuais estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública, com a utilização complementar do Código de Processo Civil⁴³⁷.

O autor da tutela inibitória pretende impor ao réu uma obrigação de conduta (positiva ou negativa) que, ao ser cumprida ou quando obtido judicialmente o resultado prático equivalente ao adimplemento, impedirá futura prática de ato contrário ao direito e satisfará, na forma específica, determinado direito seu.

A tutela inibitória coletiva é realizada por intermédio de uma sentença capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação de ato contrário ao direito e tem como amparo os artigos 84 do CDC, 287 e 461 do CPC. Na hipótese de ser julgado procedente o pedido, o processo não se encerrará com a mera declaração do direito reconhecido, mas atuará desde logo, por intermédio de medidas coercitivas ou subrogatórias para satisfazer o direito do autor *in natura* e não pela concessão de um valor equivalente pecuniário. Além disso, pode ser concedida antecipadamente, na forma do artigo 84, § 3º do CDC, de incidência supletiva no processo do trabalho (artigo 769 da CLT).

Consoante se verifica, a tutela inibitória é tutela definitiva, de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada e não provisória como é a cautelar e a antecipatória. Diferentemente dessas, a tutela preventiva (a inibitória), como enfatizou José Carlos Barbosa Moreira⁴³⁸,

⁴³⁶ Como se explicitou no capítulo 3, item 3.5, adota-se o termo tutela por entender que o sistema de tutela dos direitos não deve se desenvolver em torno de uma ação abstrata, que se completa com uma sentença de mérito. Ao tratar da tutela inibitória já se parte da premissa de que o autor contará com as técnicas processuais adequadas à proteção preventiva dos interesses coletivos deduzidos em juízo. “O poder ou o direito de inovar a tutela jurisdicional não comporta tipificação, pois o fenômeno é essencialmente o mesmo, independentemente do conteúdo do pedido dirigido ao órgão do Poder Judiciário (...). O que pode ser qualificado, o que admite adjetivação, é a tutela jurisdicional que, embora genérica como previsão, pode ser classificada à luz da pretensão e da situação material à qual se refere ou de seus efeitos”, conforme SPADONI, Joaquim Felipe. **A ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC, op. cit. p. 71.

⁴³⁷ Acerca do sistema normativo de tutela processual dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos verificar item 2.4, capítulo 2, deste estudo.

⁴³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, op. cit. p. 29.

Visa a proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providencia judicial descansará no prévio acerto do direito (*lato sensu*) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo processo, mas apresentando em qualquer caso caráter *definitivo*”.

Relativamente à tutela coletiva inibitória cabe acrescentar que, ainda que se trate de direitos individuais homogêneos, o direito ameaçado da massa de trabalhadores sempre terá a característica de direito coletivo em sentido estrito, uma vez que a comunidade inteira dos trabalhadores estará em risco, sem que seja possível identificar, por antecipação, cada um dos que serão efetivamente atingidos caso a violação se consuma. A tutela jurisdicional relativa a direitos individuais homogêneos visa a prevenir a ocorrência de danos individuais. “Todavia, no estágio da ameaça, a proteção tem caráter impessoal (transindividual) e indivisível”⁴³⁹.

Do ponto de vista instrumental, conseqüentemente, a ação cabível não será uma ação coletiva para tutela preventiva de direitos individuais homogêneos (com cognição parcial e sentença genérica), mas, sim, uma ação civil pública, com cognição completa, da qual resultará sentença com força executiva imediata, que dispensará a propositura de posteriores ações de cumprimento.

5.4. Natureza jurídica

Ensina Maurício Godinho Delgado⁴⁴⁰, utilizando-se de expressão de Antônio Álvares da Silva⁴⁴¹, que encontrar a natureza jurídica de um instituto de Direito é “*atividade lógica de classificação*, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais”.

No capítulo quatro deste estudo, precisamente no item 4.1, verificou-se que, utilizando como critério a espécie de provimento jurisdicional solicitado pela parte, as ações são tradicionalmente classificadas em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares. Adotando-se essa classificação, a ação (tutela) inibitória amolda-se à ação de conhecimento, de cognição exauriente, em que se

⁴³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

⁴⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 70.

⁴⁴¹ SILVA, Antônio Álvares. **Direito coletivo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144, *apud* DELGADO, op. cit, p. 70

permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e a formação da coisa julgada material.

Foi explicitado também no capítulo quatro, item 4.1.1, que as ações de conhecimento subdividem-se classicamente em ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Em face de novos valores e novos direitos reconhecidos na sociedade, surgiram as ações executivas *lato sensu* e mandamentais, adotando-se uma classificação quinária das ações. Malgrado a crítica que se fez dessa classificação, inclusive sugerindo-se a sua superação, seja pela adoção de um novo critério classificatório fulcrado nas necessidades dos direitos e de seus titulares no plano do direito material, seja porque, diante do processo sincrético, houve a unificação do processo de conhecimento e de execução, tal como se dá nas ações mandamentais e executivas *lato sensu*, certo é que a tutela inibitória, *no plano processual*, subsume-se às ações mandamentais e executiva *lato sensu* e, no material, isto é, em seus efeitos, ela é inibitória⁴⁴².

Diante do exposto, acompanha-se, quanto à natureza jurídica, o posicionamento adotado por Paulo Ricardo Pozzolo⁴⁴³ de que a tutela inibitória é:

De cognição exauriente, apta a gerar, portanto, coisa julgada material, e, no plano processual, tem conteúdo mandamental ou executivo *lato sensu*, e, dos efeitos gerados fora do processo, isto é, no mundo sensível, é inibitória. Trata-se, portanto, de outra espécie de tutela ou de ação.

5.5. Pressuposto da tutela inibitória

5.5.1. A ameaça de ato contrário ao direito

O objeto de uma ação inibitória, como sua própria denominação revela, é impedir que um ato violador de direito seja praticado, repetido ou reiteradamente renovado. Diante desse caráter inibidor, *“mostra-se imprescindível a demonstração da existência da ameaça da prática do ato violador do direito para que o magistrado possa prolatar um provimento inibitório, prevenindo a prática da conduta vedada, por meios coercitivos ou sub-rogatórios”*⁴⁴⁴.

⁴⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos., op. cit., p. 43.

⁴⁴³ POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação inibitória no processo do trabalho**. Ibidem.

⁴⁴⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC, op. cit. p. 50.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 *conceitua* ato ilícito como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente, comete ato ilícito”. Destarte, com o intuito de evitar aqui a exposição dos vários posicionamentos doutrinários acerca desse tema, bem assim no afã de diminuir as polêmicas que acabam por distanciar o processo da realidade do mundo do trabalho, acompanha-se o posicionamento de Joaquim Felipe Spadoni⁴⁴⁵, no sentido de não mais ser adequado tecnicamente dizer que a ação inibitória é voltada contra o ato ilícito.

A intenção não é outra senão evidenciar que a tutela inibitória deve ser compreendida como uma tutela contrária ao perigo da prática, da repetição ou da continuidade do ato contrário ao direito, o que prescinde da configuração do dano.⁴⁴⁶ Este, na verdade, é uma eventual consequência do ato contrário ao direito, que pode ou não estar presente no objeto da ação inibitória. Por isso, sempre que se utilizar a expressão “ato ilícito” neste trabalho, é de se entender como ato contrário ao direito, sem a necessidade de se verificar a existência de dano.

Pertinente é a observação de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴⁷ de que, conquanto a tutela inibitória pressuponha a existência de regras de conduta proibitivas, não se pode esquecer de que as regras constituem apenas uma espécie do gênero normas, o qual comporta, também, os princípios. Assim, “quando inexistir norma-regra definindo a proibição de determinada conduta, a norma constitucional que, por exemplo, institui o direito fundamental do consumidor ou o direito fundamental ao meio ambiente, pode evidenciar a ilicitude”. O mesmo ocorre, evidentemente, com os direitos fundamentais dos trabalhadores.

O *pressuposto* para a concessão da tutela inibitória, portanto, é simplesmente a *ameaça de prática de ato antijurídico*, o que prescinde da configuração do dano, bem assim da culpabilidade⁴⁴⁸ do praticante dessa conduta, circunstâncias que restringem de forma significativa o âmbito da instrução e da cognição do juiz, simplificando e acelerando sobremaneira o procedimento, uma vez que o fato a ser provado resume-se à ameaça da lesão. A culpa é critério para a imputação de responsabilidade pelos danos. É correto concluir, assim, que a tutela inibitória não

⁴⁴⁵ SPADONI, op. cit. p. 56

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2006, op. cit. p. 45.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica processual e tutela dos direitos**, op. cit. p. 211.

⁴⁴⁸ SPADONI, op. cit. p. 51; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2000, op. cit., p. 37. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. 235.

tem entre seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ato contrário ao direito, ou de sua repetição ou continuação.

A título ilustrativo, cita-se o artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República que, com o objetivo de preservar a higidez física e mental do trabalhador de tenra idade, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, excetuando-se na condição de menor aprendiz, a partir de quatorze anos. A mera probabilidade da contratação e não do eventual dano suportado pelos menores, será suficiente para a tutela jurisdicional inibitória. O autor da ação, nessa hipótese, não precisa sequer fazer menção ao dano e o réu fica impedido de discuti-lo, uma vez que nada importa sua configuração ou não. A ameaça da violação do direito será bastante.

A prova dessa ameaça merece, contudo, uma atenção especial.

5.5.2. A prova

Diz *Luiz Fux*⁴⁴⁹ que é plenamente possível a existência de um processo que verse sobre direito evidente, assim considerado aquele direito demonstrado, *prima facie*, por intermédio de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito calcado em questões estritamente jurídicas, entre outros.

Percebe-se, portanto, que, muitas vezes, a tutela inibitória poderá conduzir à proteção de um evidente direito lesado, mormente quando se tratar de ato antijurídico já praticado, que se renova dia a dia, atingindo toda uma coletividade, como, por exemplo, quando se pretende coibir a violação reiterada do direito dos empregados de uma determinada empresa ao recolhimento da contribuição previdenciária e ao FGTS. Nessa hipótese, documentos previamente emitidos pelo INSS e pela Caixa Econômica Federal devem acompanhar a peça inicial e serão o suficiente.

Dificuldade alguma também haverá quando, embora não se trate de um direito evidente em si mesmo, ele possa ser facilmente comprovado. Cita-se, por amostragem, a hipótese em que o Poder Judiciário é acionado para que se iniba o habitual trabalho extraordinário de todo um conjunto de empregados além de duas

⁴⁴⁹ FUX, Luiz. **A tutela da segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

horas extras por dia, em virtude da ofensa às regras trabalhistas e do prejuízo à preservação de sua higidez física e mental. A comprovação da infração às normas justralhistas poderá ser atestada por intermédio de prova técnica, testemunhal e até mesmo por inspeção judicial.

No entanto, quando se cuida de evitar a prática de um ilícito que ainda não se consumou, poderá haver grande dificuldade em comprovar essa simples ameaça.

Conforme *Sérgio Cruz Arenhart*⁴⁵⁰, isso ocorre por três principais causas, a saber:

a prova dessa ameaça, nos moldes tradicionais com que os tribunais brasileiros estão acostumados a lidar com o tema, pode acarretar significativa diminuição em seu campo de cabimento, senão sua falência. É que a prova da ameaça é, em geral, muito subjetiva, calcada em danos internos à pessoa (tanto àquele que a sente, como àquele que efetivamente causa o temor); a exteriorização dessa ameaça não deixa vestígios idênticos àqueles deixados pelo dano, por exemplo, que tem fontes de prova evidentes, diretas e seguras; de outra banda, a prova das ameaças se liga a fato futuro, ainda não acontecido (a efetiva lesão), e é da lógica que não se pode 'provar' (senão 'prever') o que ainda não se concretizou.

É importante considerar que o objeto da prova será a pura ameaça e, por isso, justifica-se um exame dos elementos probatórios com menos rigor e maior flexibilidade pelos operadores do direito, sob pena de se tornar ineficaz ou inoperante o instituto.

Bem lembra o acima mencionado autor que a situação é a mesma que ocorre com o mandado de segurança e com o interdito proibitório⁴⁵¹, quando se exige do demandante a *“demonstração objetiva e concreta da existência de ‘justo’ receio, apto a comprovar que o temor sentido pela parte autora se justifica no plano concreto, não se constituindo mera suposição ou defeito psicológico seu”*⁴⁵².

Por isso, o titular da ação inibitória, cujo objeto é evitar a lesão do direito, deve apresentar elementos razoáveis hábeis a formar o convencimento do julgador de que é plausível e efetiva a ameaça de violação do direito invocado. Essa é a tendência do direito comparado, tanto em países da *civil law*, como nos sistemas jurídicos da *common law*⁴⁵³.

⁴⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 230.

⁴⁵¹ Institutos classificados por Arenhart como “tutelas inibitórias típicas”. ARENHART, op. cit., p.254.

⁴⁵² Ibidem.

⁴⁵³ Ibidem.

Em lides trabalhistas, contudo, há algumas especificidades que autorizam a inversão do ônus da prova, mormente quando se trata da ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, visando a preservação da dignidade do trabalhador.

Conforme o pensamento de José Hortêncio Ribeiro Júnior⁴⁵⁴,

“a natureza do direito material discutido autoriza, com espeque na norma positivada no Código de Defesa do Consumidor⁴⁵⁵, que haja a atenuação da regra do ônus da prova, estabelecendo-se, a partir de uma verossimilhança das alegações trazidas na inicial, o encargo probatório na polaridade passiva da ação”.

Enfatiza o mencionado Juiz do Trabalho⁴⁵⁶ que essa verossimilhança agregase à presunção que milita em prol da atuação do Ministério Público do Trabalho, tal como ocorre na sentença de pronúncia do Direito Processual Penal, em que se estabelece a presunção em favor da sociedade. Há de se aplicar, na tutela coletiva inibitória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, a regra prescrita pelo artigo 334, IV, do CPC⁴⁵⁷.

5.6. Espécies e modalidades de tutela inibitória

Ao se mencionar a expressão *tutela inibitória*, imediata e naturalmente se faz a correlação com o não agir, com a obrigação de não fazer algo, uma vez que ela visa a inibir o ato contrário ao direito.

Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵⁸ diz, contudo, que não há razão para não se admitir uma tutela inibitória de conteúdo positivo, principalmente à luz dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC.

A questão é esclarecida por Sérgio Cruz Arenhart⁴⁵⁹. Aduz esse autor que é necessário bem compreender a extensão da tutela inibitória “a fim de não limitar a

⁴⁵⁴ RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio. **Tutela inibitória nas ações coletivas**: instrumento eficaz na preservação da dignidade da pessoa humana e na erradicação do trabalho escravo ou degradante, op. cit. p. 150.

⁴⁵⁵ Artigo 6º, VIII, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

⁴⁵⁶ RIBEIRO JÚNIOR, op. cit. p. 150.

⁴⁵⁷ Artigo 334 do CPC: “Não dependem de prova os fatos (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2006, op. cit. p. 135.

⁴⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 223.

técnica para aquém do necessário”, uma vez que não se pode confundir tutela inibitória com uma simples pretensão negativa. E explica:

Pode-se obter a tutela inibitória por três espécies de prestações: a) a prestação de abstenção (não fazer algo); b) a prestação de tolerar (*deixar que alguém faça algo*); e c) a prestação positiva de ação (fazer algo). As duas primeiras modalidades, por envolverem prestações negativas, geram a chamada tutela inibitória negativa; a outra, consistente em um fazer, conduz à tutela inibitória positiva.⁴⁶⁰

Continua Arenhart dizendo que a menção à tutela inibitória positiva não significa que a obrigação a ser imposta ao réu será o “desfazer do ato ilícito”. Isso não é tarefa da tutela inibitória, pois se trata do campo de incidência da tutela reintegratória ou de remoção do ilícito⁴⁶¹. Quando se faz referência à tutela inibitória positiva, busca-se uma prestação positiva que seja suficiente para impedir a violação do ato contrário ao direito. Assim, por exemplo, quando se pretende que determinado empregador adote certas providências preventivas de modo a impedir a violação de normas relativas ao ambiente de trabalho sadio, “tem-se típica inibitória positiva, de forma a, *a priori*, impedir a lesão do direito”⁴⁶². Nesse contexto, a tutela é voltada para o futuro, destinada a impedir a violação ou a repetição de ato contrário ao direito, mas não por intermédio de ordens de abstenção, mas, sim, por comandos aptos, por seus resultados, a inibirem esses ilícitos. “Compreende-se, por estar implícito, que aquilo que se deseja, quando se pede que alguém faça aquilo que tem o dever de fazer, é que não haja mais violação deste dever”⁴⁶³. No exemplo citado, a empresa poderá, por exemplo, trocar o produto químico nocivo que utiliza em sua estrutura produtiva por outro que não produza efeitos deletérios. Noutro dizer, ela, por intermédio de uma atitude positiva, irá evitar a prática do ato antijurídico.

A sua plasticidade é outra vantagem da tutela inibitória. Isto é, diante do pedido de evitar a realização de ato contra o direito, o magistrado tem a liberdade para escolher a medida prática mais recomendável à satisfação do direito do autor e, assim, em determinados casos, pode ser mais indicada a adoção de prática positiva e não negativa, como será verificada em uma outra abordagem adiante.

⁴⁶⁰ Ibidem.

⁴⁶¹ O tema será abordado no item 5.7 deste capítulo.

⁴⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 224

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, op. cit. p.172

Viu-se, ainda, pelo próprio conceito de tutela inibitória, que ela é voltada para o futuro, visando a impedir a prática de ato contrário ao direito. Sendo assim, é objeto da tutela preventiva o ato contrário ao direito que ainda será praticado, aquele que poderá repetir-se ou prosseguir. Logo, não interessa à tutela inibitória aquele ato antijurídico que já foi praticado e cuja repetição ou continuação não é temida, tampouco ela depende da temporalidade da violação do direito, isto é, se ela se consumará em ato único, continuativo, ou repetitivo.

Essa última especificidade merece atenção especial.

Diz Luiz Guilherme Marinoni⁴⁶⁴ que a investigação doutrinária tem no caso concreto uma rica fonte para a problematização de situações que o jurista dificilmente imaginaria e, tratando-se de direito processual, a importância da prática torna-se ainda mais aguda, uma vez que os tribunais constituem o banco de prova da adequação das tutelas jurisdicionais aos diversos casos concretos.

Sendo assim, como fala o mencionado doutrinador, revela-se adequado, do ponto de vista metodológico, partir de um caso concreto para a explicação de uma determinada situação teórica. E isso é o que se irá fazer aqui e em outros tópicos deste capítulo.

Cuida-se, primeiramente, de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Belo Horizonte e Contagem, processo nº 00826-2004-032-03-00-9-RO⁴⁶⁵.

Na petição inicial os autores postularam, entre outras, a obrigação de a reclamada promover a adequação das prensas e das máquinas rebidadeiras e cravadeiras, as quais eram manejadas pelos empregados no exercício de suas atribuições, provocando constantes acidentes do trabalho, o que foi prontamente atendido pela empresa, antes mesmo do julgamento da ação.

Ao proferir a sentença, o julgador entendeu satisfeita a obrigação de fazer postulada na exordial. Os autores interpuseram recurso ordinário ao fundamento de que, embora a ré, de fato, tenha satisfeito a obrigação, existia ainda o risco de repetição do ato contrário ao direito, por se tratar de relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo.

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2006, op. cit, p. 173.

⁴⁶⁵ Órgão Julgador: 5ª Turma. Desembargador Relator Eduardo Augusto Lobato. Desembargador Revisor José Murilo de Moraes. DJ : 20/04/2006.

Então, seria ou não possível a concessão da tutela inibitória nessa hipótese? Veja-se a solução prolatada pela d. Turma Julgadora, sendo que, para melhor compreensão, serão aqui, em primeiro lugar, trasladados os fundamentos do Desembargador Relator, que ficou vencido no julgamento:

comprovada a adequação do maquinário promovida pela requerida, nos moldes da inicial, não há que se falar em ordem judicial para determinar que a empresa instale as proteções.

E neste contexto, entendo que a ação civil pública ajuizada pelo d. MPT para ver cumpridas as obrigações de fazer e não fazer alcançou seu objetivo final, qual seja, a regularização do maquinário.

Aliás, este não é o cerne da questão, e sim, se a futura e eventual constatação de irregularidades, permitirá ao d. MPT, na ação civil pública ajuizada, cobrar as multas que pretende sejam fixadas.

Entendo que não, uma vez que o nosso ordenamento jurídico não permite a perpetração *ad eternum* do processo, como, na verdade, é o que quer o Ministério Público do Trabalho.

Observe-se que o acolhimento da pretensão de fixar multa diária para cada nova e eventual constatação de irregularidades no maquinário fará com que o processo dure o tempo que a reclamada existir, permitindo que a cada verificação de ilegalidades, seja instaurada nova execução, na ação civil pública, impedindo que esta tenha um final, mesmo que isto ocorra muitos anos depois do ajuizamento da ação, e após diversas execuções que se iniciam e terminam com o pagamento das multas, renovando o processo executivo.

Observe-se que fixar a multa para situação futura e eventual viola o princípio constitucional do devido processo legal, posto que, não se permitirá ao réu o seu amplo direito de defesa contra os fatos que lhe são imputados. Isso porque é inadmissível na execução da multa que se discuta fatos próprios da fase de conhecimento, tais como, a nova constatação de irregularidade. Não se pode perder de vista que a pretensão do d. MPT é de aplicação de multas para cada nova irregularidade, ou seja, para cada fato novo.

Por fim, caso se constate a existência de novas irregularidades na ré, não há impedimento para o d. MPT ajuizar nova ação civil pública em busca da resolução das ilegalidades, até mesmo em razão de uma possível reincidência.

Sendo assim, não há como se dar guarida a pretensão ministerial de que se fixe uma multa diária para a hipótese de serem constatadas novas irregularidades, na medida em que se estaria permitindo que o feito se eternizasse no tempo, no caso de futuras e eventuais verificações de ilegalidades.

Passa-se ao voto vencedor⁴⁶⁶, o qual se amolda perfeitamente ao raciocínio desenvolvido neste estudo:

A pretensão deduzida em juízo pelo d. Parquet, tem, sem sombra de dúvidas, natureza preventiva, e como tal, caráter inibitório por excelência.

⁴⁶⁶ Fundamentos apresentados pelo Desembargador terceiro votante, Emerson José Alves Lage.

Solicita o i. MPT ao Judiciário, que este imponha à reclamada, a obrigação de sua adequação às normas de segurança do trabalho, procedente à instalação, em seu parque industrial, de dispositivos próprios a aumentar a segurança de seus maquinários, tudo para se evitar a ocorrência de acidentes do trabalho, lesionando, como já relatado nos autos, seus empregados. A natureza do provimento, portanto, não se esgota no simples ato de se praticar a conduta requerida. Tem ela uma abrangência maior, e dele não pode fugir o Judiciário ao analisar e decidir a questão, qual seja, de tornar efetiva a tutela requerida, não só agora, mas para o futuro, pois que, pode sim, determinada obrigação, esgotar-se em um só ato (relações instantâneas), mas também pode ocorrer, como no caso em exame, de se nos depararmos com situações ou relações que se protraem ou irão protrair no tempo (relações continuativas ou repetitivas). No caso dos autos, como dito, estamos diante de situação em que se tem atividade continuada ou repetida (utilização de maquinário que pode lesionar trabalhadores), e, por assim o ser, deve receber tratamento inibitório, pelo menos até que a situação de fato sofra alteração (paralisação ou substituição de máquinas passíveis de ocasionar os acidentes).

A revisitação destes institutos do direito processual, impõe-nos nova reflexão. Não mais nos atemos, na análise do pedido, apenas e tão-somente às técnicas processuais, pois a dicotomia anteriormente estabelecida entre processo e direito material não mais existe. O processo só existe, ou terá razão para existir, enquanto for elemento de efetivação do bem da vida perseguido. Assim, deve o Judiciário, hoje, deparando-se com o pedido formulado, detectar o bem da vida pretendido, dando a ele a efetividade ampla que a parte pretende. Assim, a pretensão inibitória se sobressai na inicial, não havendo porque falar em ausência de pedido a este respeito.

Aqui, pois, o que se procura amparar, é o patrimônio físico dos trabalhadores (e nos extremos, a própria vida), buscando sua incolumidade. Ora, se a obrigação de fazer impõe sua permanente manutenção, dado o risco de haver seu desfazimento (não obstante as razões da reclamada), não se pode limitar esta mesma obrigação ao simples ato da sua realização (instalação das proteções), mas também o de sua manutenção no tempo tutelainibitória). É ato de possível eternização do processo, sim. Este perdurará enquanto seu comando tenha aplicabilidade no mundo dos fatos. Não necessitará o Judiciário retornar ao exame desta mesma matéria (proteção das máquinas da reclamada), enquanto a reclamada as mantiver em seu parque industrial, ou até mesmo, mantidas elas eternamente, enquanto existir. Denunciada a retirada de proteção destas máquinas, é o quanto basta para que se executem as penalidades estabelecidas pelo comando sentencial. Ao interessado, basta a denúncia deste fato, para, em "nova" execução, dar-se efetividade ao comando decisório, obviamente, com observância do devido processo legal, sem necessidade de repetição de nova ação.

Assim, e sem delongas, provejo o recurso, neste aspecto, para estabelecer multa diária, de caráter inibitório, no valor de R\$ 1.000,00, por dia comprovado de desobediência ao comando sentencial (proteção das máquinas), considerando o valor fixado por máquina ou prensa em situação irregular, tudo como requerido na inicial".

Como se verificou, para a adequada compreensão do tema – a temporalidade do ato como pressuposto da tutela inibitória - é necessária a distinção das relações jurídicas *instantâneas* e as relações jurídicas *duradouras* ou *continuativas*.

Sustenta Joaquim Felipe Spadoni⁴⁶⁷ que

As primeiras seriam aquelas em que o interesse objeto da obrigação é instantâneo, sendo realizado no mesmo momento em que a relação se extingue, pelo adimplemento. Já as relações duradouras são aquelas em que o interesse objeto da obrigação se protraí no tempo, e é realizado por meio da continuidade temporal da relação jurídica.

Explica o mencionado autor que, nas relações instantâneas, o ato de inadimplemento ou a violação do direito também é instantâneo, consumando-se em ato único. É intuitivo que a tutela inibitória somente será viável se for requerida antes da ofensa, quando ainda exista apenas e tão-somente a ameaça da lesão⁴⁶⁸. Uma vez ocorrida a lesão nas relações jurídicas instantâneas, não há mais lugar para a tutela inibitória, mas, sim, para a tutela repressiva ou sancionatória. Por exemplo, o direito à honra poderá ser irremediavelmente violado por intermédio de veiculação, em um único dia, de notícia inverídica e caluniosa dentro do ambiente de trabalho. Nessa hipótese, o trabalhador não poderá manejar tutela inibitória, mas somente a repressiva, seja ela reintegratória (ou de remoção do ilícito), seja ressarcitória.

É de se lembrar, contudo, que as relações de trabalho são relações jurídicas continuativas ou duradouras e, portanto, o direito do trabalhador pode ser violado tanto por atos instantâneos, quanto por atos continuados ou repetitivos, como no caso concreto analisado pela Justiça do Trabalho de Minas Gerais que foi traslado no início deste tópico. Nesses casos, a tutela inibitória apresenta-se “como um poderoso instrumento para impedir as futuras violações ameaçadas”⁴⁶⁹. Isso porque, embora o ato contrário ao direito já tenha sido praticado uma ou mais vezes, há possibilidade de sua continuidade ou de sua repetição, que, então, poderá ser evitada.

José Carlos Moreira Barbosa⁴⁷⁰ assim bem resume a questão:

A tutela específica pode revelar-se viável em relação a qualquer dos casos referidos, indistintamente, quando solicitada *antes* que se inicie a lesão – quer dizer, em face de uma ofensa *potencial*, mas ainda não *atual*. Não é menos intuitivo que as coisas mudam radicalmente de figura na hipótese contrária. Sendo *instantânea* a prestação negativa, a lesão consuma-se *uno actu*, tão logo iniciada; daí em diante, apenas há cogitar de tutela *sancionatória*, que normalmente revestirá a forma do ressarcimento do

⁴⁶⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC, op. cit. p. 82.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 84.

⁴⁷⁰ BARBOSA, José Carlos Moreira. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31.

dano. Se a pretensão for *permanente* ou *de trato sucessivo*, existirão outras possibilidades, desde que solicitada a tutela antes que se venha a exaurir a atividade ilícita. Diz-se exaurida essa atividade quando cessa em definitivo a situação antijurídica.

Na verdade, o que importa fundamentalmente para o manejo da tutela inibitória é a probabilidade da prática de ato contrário ao direito, porquanto, repita-se, se consumada conduta antijurídica, sem possibilidade de sua repetição ou continuação, a tutela deverá ser outra: ressarcitória ou reintegratória.

5.7. Tutela inibitória e tutela de remoção do ato contrário ao direito

É necessário registrar, neste estudo, a existência da tutela denominada por Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷¹ de *tutela de remoção do ilícito* ou reintegratória, por sua íntima relação com a tutela inibitória.

Mencionou-se alhures que a tutela inibitória é voltada para o futuro: visa a impedir a prática, a renovação ou a continuidade do ato contrário ao direito. Na hipótese de se pretender obstar a repetição do ato contrário ao direito, o que se busca é impedir a ocorrência de outro “ilícito”. Por conseguinte, pode-se afirmar que a tutela inibitória somente tem lugar quando se teme um agir. Isto é, “a ação inibitória apenas pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e *não quando este já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos*”⁴⁷².

Então, se o tomador de serviços já praticou ato único contrário ao direito e este ato tem eficácia continuada, de nada adiantaria o ajuizamento da inibitória. Nesse caso, não haverá risco de repetição do ato praticado e será necessário, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “a remoção do ilícito”, ou seja, deve-se “remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu”⁴⁷³. “Nesse caso, *ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro*”. É a hipótese de um tomador de serviços que distribui panfletos com oferta de empregos e coloca como condição o candidato ser jovem, bonito e de idade inferior a 25 anos. Ora, vislumbra-se aqui a prática de um ato discriminatório

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, op. cit. p. 205.

⁴⁷² Ibidem

⁴⁷³ Ibidem.

contrário ao direito (artigo 7º, XXX da CRF⁴⁷⁴), de eficácia continuada. A tutela será, pois, posterior ao “ilícito” e, embora em relação ao ato contrário ao direito seja a tutela repressiva, ela é “fundamental para evitar a ocorrência de danos ao direito que se quer proteger através da norma violada (...). É repressiva do ilícito e preventiva no que concerne ao eventual dano”⁴⁷⁵ que a proibição de discriminar desejou evitar.

Adverte Luiz Guilherme Marinoni que há diferença entre “temer o *prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar*”⁴⁷⁶. Explica, ainda, esse autor que a dificuldade de bem compreender a ação de remoção do ato contrário ao direito decorre da falta de distinção entre ato contrário ao direito e dano. Não se pode ignorar que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, como já se falou anteriormente e que não há cabimento em esperar pelo dano para invocar a prestação jurisdicional.

Por isso, embora o pedido inibitório seja suficiente em uma ação preventiva pura, ao requerer a tutela inibitória coletiva o autor deve ter o cuidado de, sucessivamente, pedir a “remoção do ilícito” e também de formular a pretensão ressarcitória para a hipótese de verificação da ocorrência de dano, a fim de dar maior efetividade à tutela jurisdicional postulada, diante da possibilidade de o reclamado já ter realizado o ato que se pretendia inibir, quando do julgamento da lide. Trata-se da cumulação de tutelas, a seguir examinada.

5.8. Tutela inibitória e a cumulação com outras tutelas

No sistema do processo do trabalho, em decorrência dos princípios da economia, da concentração e da celeridade da prestação jurisdicional, é comum a cumulação de pedidos e também é recomendável a acumulação de tipos de tutelas (repressiva e preventiva).

Não se verificam, a princípio, maiores entraves na reunião, em um mesmo processo, da tutela repressiva ressarcitória (pagamento do adicional de

⁴⁷⁴ “proibição de diferença de salários, de exercício e funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no “anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para iberoamérica’ (Art. 7º), *in Tutela coletiva*: 20 anos da Lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord), São Paulo: Atlas, 2006, p. 142

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, op. cit. p. 205.

insalubridade) e da tutela inibitória (para que a empresa se abstenha de submeter seus empregados ao trabalho em condições insalubres). Pontue-se que há a possibilidade da cumulação das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória.

Novamente aqui se utiliza, como exemplo, outra ação civil pública, também ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de uma empresa de telecomunicações⁴⁷⁷, que se desenvolveu a partir de informação obtida por intermédio de ofício expedido por uma das Varas do Trabalho de Belo Horizonte, informando que aquela empresa estaria intermediando atividade-fim do empreendimento, com a prática de atos discriminatórios. Em face das apurações efetuadas em inquérito administrativo, o Ministério Público ajuizou a ação e deduziu os seguintes pedidos:

1) contratação, pela empresa tomadora dos serviços, daqueles que encontravam-lhe prestando serviços como seus próprios empregados;

2) que a reclamada se abstenha e efetuar novas contratações na forma até então adotada;

3) pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Apresentam-se então três pretensões e cada uma delas requer uma tutela de natureza diversa. Na primeira, tem-se o pleito de concessão da tutela de remoção do ilícito, para que sejam eliminadas as circunstâncias que configuram a intermediação ilícita através da obrigação de formalizar o contrato de emprego com os prestadores de serviços terceirizados. Noutro falar, no entender do Ministério Público do Trabalho a intermediação ilícita foi praticada e deve ser removida. Assim, a forma de se retirar do mundo jurídico e dos fatos os efeitos desse ato ilícito, para ele, seria a formalização dos contratos de emprego daqueles trabalhadores diretamente com a empresa tomadora dos serviços, colocando fim à terceirização daquela mão-de-obra.

A segunda pretensão tem por objeto a tutela inibitória, para evitar que aquela situação ilícita se repita por intermédio da contratação de novos prestadores de serviço. E, por fim, tem-se como terceira demanda a concessão a tutela ressarcitória, em que se postula a compensação pecuniária pelos danos decorrentes do ato contra o direito já praticado.

⁴⁷⁷ Processo nº 01102-2006-024-03-00-0

Escreve Luigi Mosco⁴⁷⁸ que a sorte de cada uma das demandas independe do resultado das demais, uma vez que cada uma delas tem seus próprios pressupostos. Diz ele: “Poderá ser repelida a demanda inibitória por inexistência de perigo, e eventualmente também rejeitada a ação ressarcitória por falta de danos efetivos, e, todavia ser acolhida a ação de remoção”.

Tem-se, portanto, uma ação trabalhista coletiva com pedidos simultâneos de tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória e nada há que impeça essa cumulação de pedidos. Uma advertência há de ser feita, contudo, quanto à cumulação da tutela inibitória e qualquer uma das outras duas, ressarcitória ou reintegratória.

Em regra, a tutela inibitória exige menos do processo que as demais tutelas (reintegratória e ressarcitória). Utilizando-se das palavras de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷⁹, havendo cumulação de tutelas, “é possível que o pedido de tutela inibitória torne-se “maduro” para julgamento antes do pedido ressarcitório”. E, para esse caso, ele sugere o julgamento antecipado do pedido inibitório.

Se um dos pedidos cumulados está satisfatoriamente comprovado e pronto para o julgamento, não há necessidade de se esperar a produção de outras provas em relação a ele. Veja-se outro caso concreto, desta feita tomando-se em consideração a ação civil pública nº 00899-2007-097-03-00-9, também ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. Esse autor cumulou dois pedidos: em um, requereu que a reclamada se abstinhasse de utilizar da mão de obra de estudantes sob a forma de pseudoestagiários; no outro, pediu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e, para enfatizar o que aqui se sustenta, acresça-se hipoteticamente o pedido de pagamento de parcelas trabalhistas aos estudantes, inclusive o adicional de insalubridade. Na exordial, o autor comprova documentalmente que os alunos admitidos como estagiários freqüentam cursos sem qualquer relação com os serviços que prestam para aquele empreendimento empresarial, bem assim demonstra várias outras irregularidades à luz da então vigente Lei do Estágio, n.º 6.494/77, recentemente revogada pela Lei nº 11.788/2008.

⁴⁷⁸ MOSCO, Luigi. La concorrenza sleale. Apoli: Jovene, 1956, p. 277, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2006, op. cit., p.178

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2006, op. cit., p. 175.

Ora, senão na audiência inaugural, certamente na audiência para instrução o pedido inibitório estará maduro para julgamento, “abrindo oportunidade para uma decisão fundada em cognição exauriente – por não existir necessidade de outras provas em relação a ele”⁴⁸⁰ – mas o pedido relativo ao pagamento da indenização por dano coletivo e das parcelas trabalhistas, em especial do adicional de insalubridade, “exigirá mais da ‘justiça’, obrigando a produção de prova pericial”⁴⁸¹.

Seria, nessa hipótese, justo o autor esperar o tempo da produção das demais provas para obter a tutela que impeça a empresa de continuar utilizando de pseudoestagiários, colocados à margem dos direitos sociais e das normas de proteção ao trabalho?

A resposta não pode ser outra: não. Se cabível, poderá se obter a tutela antecipada do pedido inibitório, em destaque no item seguinte.

5.9. A tutela inibitória antecipada

A importância e os valores que norteiam a tutela antecipada, bem assim os requisitos para a sua concessão foram realçados e estudados no capítulo anterior, ao qual ora se reporta.

Neste tópico, em primeiro lugar, o que se almeja é tratar da relevância da tutela antecipada também quando se tem, em um processo, pedidos que exigem diferentes espécies tutelas para sua concretização no mundo fático.

E, para tanto, continua-se a invocar as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

No estágio em que vive o direito processual, com o realce cada vez maior da importância da efetividade do processo, é praticamente inconcebível que o autor tenha que esperar o tempo necessário à instrução de uma das demandas para ter a outra, que desnecessita de instrução dilatatória, devidamente julgada (...). Assim, se um direito pode mostrar-se incontroverso, ou evidenciado, no curso de um processo igualmente destinado a investigar a existência de um outro processo que requer instrução dilatatória, é necessário que esse processo seja dotado de técnica que, atuando em seu interior, viabilize a pronta tutela do direito que comporta julgamento imediato⁴⁸².

Assim, na hipótese da tutela inibitória reunida com a ressarcitória ou a reintegratória, como no exemplo dado no tópico anterior, é possível, senão

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 177.

⁴⁸¹ Ibidem.

⁴⁸² Ibidem, p. 175.

recomendado, se o caso concreto obviamente admitir, a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado do pedido inibitório.

Aliás, nesse sentido é expresso o § 6º do artigo 273 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, *verbis*: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso⁴⁸³”.

Retomando o caso concreto mencionado no item que antecede a este, ação civil pública nº 00899-2007-097-03-00-9, veja-se como o juiz solucionou a questão, na audiência inicial, dita inaugural:

4a. Vara do Trabalho de Cel. Fabriciano
TERMO DE AUDIÊNCIA RELATIVA AO PROCESSO No. 00899-2007-097-03-00-9

(...)

Interrogado, o preposto da reclamada declarou "que os trabalhadores contratados como estagiários desempenham a seguintes atividades: dentro das lojas acompanham a movimentação da loja como um todo e fazem levantamentos estatísticos quanto a fluxo de pessoas, levantamento e análise de estoques, análise de atendimento dos lojistas aos clientes; análise do público; que a maioria destes estagiários estão se graduando em curso técnico de administração; que os estagiários são cerca de 10% do total de empregados incluindo os terceirizados; que são um total de 12 estagiários, sendo 9 na auditoria e 3 no serviço de atendimento.

Defere-se parcialmente o requerimento de medida liminar, para impor à reclamada obrigação de não fazer, determinando-lhe que não contrate estagiários ou utilize estagiários já contratados, que não estejam inscritos em cursos técnicos ou profissionalizante na área de administração de empresas, para desempenho de funções ligadas a auditoria, tais como anotações de controle sobre fluxo de clientes e volumes de vendas - pena de multa diária de R\$1.000,00 devido a partir de 01/11/2007.

Determina-se ainda à reclamada que não contrate estagiários ou utilize estagiários já contratados, não inscritos em cursos técnicos ou profissionalizantes na área de comunicação, para desempenhar atividades de atendimento a clientes, telemarketing, ou telefonista - sob pena da mesma multa acima cominada.

A reclamada pagará ainda multa de R\$1.000,00 por estagiário que porventura esteja lhe prestando serviços sem o atendimento das exigências formais da Lei 6494/77.

Com relação aos demais requerimentos envolvendo medida liminar, ficam indeferidos por ora. Aguarde-se a instrução do feito.

Relativamente à concessão da medida em sede de tutela inibitória, Luiz Guilherme Marinoni apresenta uma instigante questão: “se ninguém duvida que é

⁴⁸³ “Incontroverso não é apenas o não-contestado, ou o parcialmente reconhecido. Incontroverso é o pedido, ou a parcela do pedido, que se tornou maduro (e assim incontroverso) no curso do processo. Maduro, ou incontroverso, é o pedido que não exige a produção de outras para ser analisado. Portanto, a tutela do pedido incontroverso nada mais é do que a tutela do direito que se tornou *evidente* no curso no processo”, conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2006, op. cit., p. 176.

cabível baseada na *aparência* do direito (artigo 273, I), é completamente equivocada supor que não cabe tutela do direito *evidenciado*⁴⁸⁴. E apresenta a seguinte explicação:

Alguém poderia dizer que a primeira exige “fundado receio de dano”, ao passo que a não concessão da segunda não ocasionará prejuízo algum (?). Pensar assim é desconsiderar o direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, e admitir que o procedimento pode estar estruturado em desatenção às garantias de justiça contidas na Constituição, o *que certamente é um absurdo*. Perceba-se que não há sentido em estimular o cidadão a cumular pedidos, em homenagem ao princípio da economia processual, e não possibilitar que o pedido cumulado, que se apresentar maduro para julgamento antes do outro, possa ser definido imediatamente. Ou seja, não tem qualquer lógica pensar que o princípio da economia processual pode colocar em segundo plano o direito à tempestividade jurisdicional.

É necessário, em seguida, examinar outra situação que exige a antecipação da tutela inibitória: aquela em que se verifica a necessidade de urgência.

A tutela inibitória, por sua restrição natural da atividade probatória, acelera o trâmite processual, com a diminuição do tempo necessário para a outorga da prestação jurisdicional. Por isso, pode-se dizer que ela é apta a, em seu provimento final, solucionar os entraves relativos às situações carentes de proteção preventiva. Não obstante, não se pode ignorar que a tutela inibitória somente pode agir efetivamente antes da prática do ato ou de sua repetição e, sendo assim, é possível que, em várias oportunidades, somente quando estiver iminente a possibilidade da violação do direito é que o autor conseguirá perceber a necessidade da proteção jurisdicional; “ou, como é pior, somente se reúnam elementos suficientes para demonstrar a ameaça de lesão quando esta já está muito próxima”⁴⁸⁵.

Nessas ocasiões, será necessário recorrer a uma tutela urgente e provisória: a antecipação de tutela. Nas sempre apropriadas palavras de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸⁶, considerando a natureza da tutela inibitória, voltada essencialmente para o futuro, não “é difícil perceber que a efetividade dessa tutela dependerá, em casos não raros, da possibilidade de sua antecipação”.

No mesmo sentido afirma Sergio Cruz Arenhart⁴⁸⁷:

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, 2006, op. cit. p. 177.

⁴⁸⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit. p. 292.

⁴⁸⁶ MARINONI, op. cit. p. 182.

⁴⁸⁷ ARENHART, op. cit. p. 296

Seja pela dificuldade em coleccionar-se toda a prova necessária para a ação, seja diante da iminência da lesão que se quer evitar, seja ainda pela atitude inusitada que pode o réu adotar ao ser citado para a ação, a tutela antecipada inibitória pode representar papel crucial para o perfeito desempenho da função preventiva que se empresta a esse instrumento

O § 3º do artigo 84 do CDC autoriza a antecipação da tutela inibitória coletiva, *verbis*: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

Considerando que, na ação inibitória, o autor deverá demonstrar a probabilidade da ameaça ao direito, quando almejar a antecipação da tutela será necessário evidenciar, em termos de *fumus boni iuris*, a probabilidade da prática de ato contrário ao direito, de sua repetição ou de sua continuidade. Mas, indaga-se: Não é também isso que se exige na tutela inibitória de cognição exauriente que visa a evitar a prática de ato contrário ao direito, consoante se colocou no item 5.2.2 deste capítulo? Então, seria correto afirmar que não há diferença na atividade probatória necessária para a concessão das tutelas inibitória e inibitória antecipada? Obviamente que há diferença, senão sequer haveria fundamento lógico para a existência da antecipação da tutela inibitória. O que deve provar o autor que busca antecipar a prestação jurisdicional da tutela inibitória é o *receio* de que a violação do direito ocorra antes da efetivação da sentença⁴⁸⁸.

Essa é a situação que o § 3º do artigo 84 do CDC denomina *justificado receio de ineficácia do provimento final*, o qual, conforme diz Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸⁹, traduz-se, na tutela inibitória, no *justificado receio* de que o ato contrário ao direito seja praticado no curso do processo de conhecimento, ou seja, antes de proferido o julgamento final que poderá ser exigido do réu.

Esclarece Joaquim Felipe Spadoni⁴⁹⁰ que o evento lesivo que se receia deve ser para sua breve realização e não de remota possibilidade: “o *iter* que conduz a dito evento deve aparecer, se não já iniciado, ao menos direta e inequivocadamente

⁴⁸⁸ Observe-se que a tutela inibitória prescinde do dano. Logo, não cabe questionar se, ao final do procedimento, haverá a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação para que se possa conceder a tutela antecipada. O importante será demonstrar para o julgador que a prática do ato contrário ao direito poderá ocorrer antes do julgamento final. Daí a necessidade da antecipação da tutela inibitória, para se evitar o ato ilícito que, uma vez consumado, elimina a possibilidade da atuação da tutela preventiva.

⁴⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., *Ibidem*, p. 191.

⁴⁹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC, op. cit. p. 141.

preparado”. Ele aponta um exemplo bastante elucidativo quando a tutela inibitória tem por objeto impor ao réu a abstenção de ato contrário ao direito de natureza continuada:

Exemplificando, podemos tomar uma hipótese de ato antijurídico continuado consistente na utilização indevida de determinada marca comercial. Não há dúvidas de que, se a tutela inibitória fosse concedida apenas na sentença de procedência, ainda poderia ser eficaz no impedimento da continuidade da violação, com relação aos atos a ela posteriores. Entretanto, com relação aos atos de violação do direito praticados durante os trâmites processuais, a tutela jurisdicional inibitória seria totalmente ineficaz, e só restaria ao jurisdicionado, para estas violações, o recurso à ação de reparação de danos. Teríamos, neste caso, uma ineficácia apenas parcial do provimento final, mas que basta à concessão da tutela antecipada.

5.9.1. *Momento processual da concessão da tutela inibitória antecipada*

Afirma Luiz Guilherme Marinoni que, para se conceder a tutela inibitória antecipada, não pode existir dúvida quanto à possibilidade de sua concessão antes de ser ouvido o réu. “Ora, se a tutela inibitória exerce uma função eminentemente preventiva, não há como negar a possibilidade de seu deferimento *quando não se pode esperar o tempo necessário para ouvir o demandado*”⁴⁹¹. Mas, nada impede seja ela deferida após a citação ou a contestação do réu, até porque o pedido poderá ser formulado em ato posterior à inicial, até mesmo oralmente no curso da audiência trabalhista, conforme a lição de Estevão Mallet⁴⁹²: “não formulado no princípio do processo, poderá o pedido ser apresentado no curso da demanda, a partir do momento em que configurados seus pressupostos”.

Na esfera trabalhista, verificam-se algumas especificidades. Primeiro, no sistema de trabalho desenvolvido pelas Varas do Trabalho, em que a citação do reclamado é ato automático, em regra o juiz somente entra em contato com o processo e, portanto, toma ciência do teor da petição inicial no dia da audiência inicial, exceto quando há uma intervenção direta do advogado da parte e lhe é permitido expor a situação periclitante diretamente ao julgador. Logo, na maioria das vezes, não há possibilidade da concessão da medida antecipatória antes da citação do réu e dificilmente sem a produção de sua defesa, excetuada a hipótese de uma

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, op. cit. p. 193.

⁴⁹² MALLET, Estevão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 69 e 71.

revelia ou de ausência do reclamado ou de seu representante à audiência por qualquer motivo. Nesse contexto, pode-se afirmar que, na Justiça do Trabalho, em regra o primeiro momento processual em que será possível ao juiz apreciar a possibilidade de antecipação de tutela será quando da audiência em inauguração.

Ensina Estevão Mallet⁴⁹³ que, após ser proferida a sentença pelo juiz de primeira instância e antes de eventual admissão do recurso ordinário, a competência para a concessão da antecipação de tutela será do juiz *a quo*, uma vez que, depois da admissão do recurso, a competência passa ao juízo *ad quem*.

Com a prolação da sentença, confirma-se ou se cassa a antecipação da tutela.

5.10. Aspectos relevantes da sentença inibitória

A sentença inibitória, no direito brasileiro,

consiste, basicamente, em uma ordem de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer ou de entrega de coisa dirigida ao réu, sob pena de submissão à efetivação de sanções relacionadas às medidas coercitivas, ou ainda à adoção de medidas sub-rogatórias que concedam ao autor resultado prático equivalente ao adimplemento⁴⁹⁴.

Por envolver sempre um fazer ou um não fazer, a tutela inibitória deve ser veiculada por uma sentença capaz de ordenar alguém que cumpra uma obrigação específica. Essa a determinação contida no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹⁵ e, também, no artigo 461, *caput*, e § 5º, do CPC, editado posteriormente, com conteúdo praticamente idêntico.

É de se observar que, em 2002, alterou-se a redação do artigo 287 do CPC, que assim passou a dispor:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer

⁴⁹³ MALLETT, Estevão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, op. cit. 79.

⁴⁹⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC, op. cit., p. 120.

⁴⁹⁵ Artigo 84 do CDC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...). § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461 § 4º, e 461-A).

Essa modificação da lei possui grande valor teórico, conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹⁶:

i) quebrou a idéia de que existiam somente três sentenças; ii) tornou clara a possibilidade de atividade cognitiva e executiva em razão de única ação; iii) evidenciou que a tutela preventiva não deve ser prestada por meio da ação cautelar; e iv) admitiu o uso da multa para compelir a um fazer que pode ser prestado por terceiro.

Conforme está claro nos preceitos legais anteriormente citados, o legislador munuiu o julgador de poderes para que, de fato, preste a tutela adequada, impondo a alguém a adoção da conduta desejada, forçando-o a agir conforme o comando judicial.

Assim, nas condenações ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, objeto da tutela inibitória, há de se ter empenho para induzir o obrigado a pautar-se pela conduta exigida na lei ou no contrato, realizando no mundo fático o mesmo resultado que sua conduta já deveria ter produzido (artigo 461, §§ 4º e 6º, do CPC).

Contudo, se apesar da utilização de medidas coercitivas, o demandado renitir no descumprimento da obrigação determinada, o juiz está autorizado, pelo mencionado artigo 461, *caput*, do CPC, a determinar a realização de providências capazes (medidas sub-rogatórias) de produzir o resultado prático equivalente ao que produziria se a obrigação fosse voluntariamente cumprida pelo réu. Acresçam-se, ainda, as sanções previstas no artigo 14, parágrafo único do CPC, e no artigo 330 do Código Penal.

Isso, porque, conforme ensina Sérgio Cruz Arenhart⁴⁹⁷, o provimento inibitório não é propriamente executado, mas sim atuado, por intermédio de mecanismos de pressão psicológica ou por meios de sub-rogação.

Coloca Araken de Assis⁴⁹⁸ que

a execução através da coerção patrimonial se aplica, indiferentemente, a deveres negociais (prestações de fazer, positivas e negativas, fungíveis ou

⁴⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, op. cit. p. 90.

⁴⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva, op. cit., p. 349.

⁴⁹⁸ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 224.

não) e aos deveres legais de abstenção. No caso da prestação infungível e dos deveres legais de abstenção, é o único meio disponível para obter o cumprimento *in natura*; já as prestações fungíveis sempre dispõem de mecanismos subrogatórios.

No entanto, quando se trata de tutela inibitória, em que se busca provimento judicial imediato, dois problemas surgem de maneira evidente: deverá o autor postular e, por conseguinte, o magistrado, na decisão que conferir a tutela, determinar expressamente essas medidas? Seria o rol de medidas meramente exemplificativo ou seria taxativo?

Em resposta a tais indagações, afirma-se que é próprio da tutela inibitória seu caráter fungível. Conforme o escólio de *Sérgio Cruz Arenhart*⁴⁹⁹, não se trata de exceção ao princípio da demanda, devendo ser realizada a seguinte distinção:

O pedido depende da iniciativa da parte, mas o mecanismo utilizado para satisfazê-lo não. O pedido inibitório se limita à exposição da pretensão à proibição da ocorrência ou da repetição do ilícito (pede-se a proibição da violação da regra por alguém); todo o restante é elemento externo ao pedido, compondo a forma pela qual será atingida a satisfação daquela pretensão.

Assim, por exemplo, em uma ação em que se pretende proibir uma empresa de violar regras relativas à saúde do trabalhador, especificamente quanto ao ambiente insalubre de trabalho⁵⁰⁰, o pedido restringe-se à proibição da violação da regra. Se a proteção almejada será atingida por meio da adoção de medidas aplicadas ao meio ambiente de trabalho, para mantê-lo dentro dos limites de tolerância, ou através do fornecimento de equipamento de proteção individual a cada trabalhador, ou, ainda, limitando-se as atividades empresariais a certo ramo que possa ser desenvolvido sem risco à saúde dos empregado, tudo isso constitui questões externas ao pedido, atinentes à técnica empregada para satisfazê-lo.

O pedido inibitório necessita ser formulado pela parte e é limite para a atuação judicial, mas *“o método utilizado para realizá-lo fica atribuído ao critério discricionário do magistrado, que deve escolher aquele mais adequado para o caso concreto”*⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 337.

⁵⁰⁰ É importante perceber que a medida postulada alcançará todos os *trabalhadores* de determinado empreendimento econômico, sendo indiferente a existência, ou não, do vínculo de emprego, o que potencializa e aumenta o campo de proteção da tutela inibitória trabalhista.

⁵⁰¹ ARENHART, op. cit., p. 337.

Isso fica bastante claro quando da leitura do artigo 84 do CDC e do artigo 461 do CPC. O pedido encontra-se no *caput* e, para que o Juiz possa atendê-lo, ele poderá ordenar certa conduta ao réu, sob pena de multa, ou determinar a prática de medidas necessárias para impedir a conduta contrária à lei, conforme dispõem os parágrafos 4º e 5º do mencionado preceito legal.

Essa especificidade, porquanto nova e diferente do paradigma anterior – tutela ressarcitória – infelizmente ainda não foi bem compreendida pelos operadores do direito.

Para exemplificação dessa assertiva, traslada-se a fundamentação proferida por uma das turmas do TRT da 3ª Região para indeferir a inicial relativa à tutela inibitória deduzida em ação civil pública, com a qual não se está de acordo, pelos fundamentos até aqui expostos:

INEXISTÊNCIA DA INÉPCIA DO PEDIDO RELATIVO À TUTELA ESPECÍFICA INIBITÓRIA

O autor não se conforma com a sentença que, entendendo que a inicial estava inepta, extinguiu o processo sem resolução do mérito, no que diz respeito à postulação em tela.

Razão não lhe assiste.

Como já exposto na v. sentença, cuja fundamentação incorpora-se ao presente julgado como razão de decidir:

“(...) observei que o autor formulou, na forma de tutela antecipada, pedido para que a reclamada tome providência efetiva para evitar a incidência de lesão por esforço repetitivo com a tomada de uma política de meio ambiente saudável e proteção a saúde do trabalhador (item 1, fls. 09). O CPC é claro ao preceituar que o pedido deve ser certo e determinado (art. 286, CPC). (...) A pretensão em tela não está provida do requisito da determinação. Como explicitado acima, afinal o autor nem ao menos indicou quais seriam as providências que entende a ser tomadas. Deveria ao menos ter indicado, de forma específica as obrigações de fazer ou de não fazer destinadas a evitar a incidências.”

Com efeito, a petição inicial é peça decisiva para a solução do conflito trazido à apreciação do Juiz, pois a sentença somente pode ser proferida se permitir o perfeito conhecimento do que a parte deseja e por que o deseja. Contrariamente ao que pretende fazer crer o autor, a defesa não tem a função de delimitar o pedido; este deve vir certo e determinado, já na peça inicial.

Uma vez que a decisão não pode ser indefinida, nem condicional, o pedido deve ser certo e determinado. Pedido certo é pedido expreso, exteriorizado, inconfundível, delimitado. A determinação do pedido pressupõe que o postulante seja claro, preciso, que dê a conhecer com segurança o que pretende obter, pelo menos quanto ao gênero. A fase de liquidação não se presta ao reconhecimento do direito, mas tão-somente à quantificação do eventual crédito. Não se admite pedido duvidoso, nem a mera exposição dos fatos e fundamentos jurídicos da pretensão, na

esperança de que o Juiz extraia dali os pedidos que deveriam ter sido formulados.⁵⁰²

Situação diferente e que também suscita questionamentos, consiste na hipótese de o autor postular a tutela inibitória e o magistrado, constatando que o ilícito que se pretendia evitar já ocorreu. Nesse caso o julgador poderá considerar a possibilidade de outorga da tutela de remoção do ilícito?

Sérgio Cruz Arenhart⁵⁰³ diz que, em princípio, sem a existência de pedido subsidiário nesse sentido, isso não seria possível, uma vez que o princípio da demanda exige que o Juiz se atenha à pretensão formulada pela parte, que é, na tutela inibitória, de impedimento do ilícito que se teme. Todavia, conclui: essa não é a solução mais adequada para a situação, sendo perfeitamente possível a fungibilidade entre as tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória, ainda que, em apressada análise, a hipótese se assemelhe a uma sentença *extra petita*. Conforme esse autor, exigir que o demandante proponha nova ação para que sejam removidos os efeitos do ato ilícito, ou para que sejam indenizados os lesados, seria, no mínimo, revelar e declarar a insuficiência e a inadequação do sistema. Entender dessa forma seria aquiescer com o formalismo, sobrepondo-o à tutela adequada do interesse e dos objetivos do processo e conclui:

Assim, se, requerida a tutela inibitória, não for ela concedida em tempo, ou se, mesmo quando concedida, o réu não se comportar como determinado pela ordem judicial, caberá ao juiz converter a prestação de abstenção (ou a ordem conduta positiva que geraria a inibição do ilícito) em perdas e danos, prosseguindo no processo para a apuração do dever de reparar o prejuízo e do quantum dos danos indenizáveis, oferecendo tutela ressarcitória ainda que o pedido inicial fosse de conteúdo inibitório⁵⁰⁴.

Na verdade, quem pede em juízo a proteção inibitória, pede a proibição da violação de seu interesse. Esse é o pedido, independentemente da avaliação sobre seu caráter inibitório, ressarcitório ou reintegratório (que só são relevantes para o estudo dos requisitos para que a tutela seja prestada).

⁵⁰² Processo nº 00119-2008-150-03-00-6 RO, DJ 29/11/2008, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo.

⁵⁰³ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 338.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 340.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰⁵, na mesma linha de pensamento, afirma que tal possibilidade decorre da tomada de consciência de que a efetiva tutela dos direitos depende da *elasticidade do poder* do juiz. Esse foi o motivo das inovações apresentadas pelos artigos 84 do CDC e 461 do CPC. Para ele, não seria razoável exigir do autor o ajuizamento de outras duas ações, uma postulando a remoção dos efeitos nocivos do ilícito e outra para que receba a indenização dos prejuízos sofridos. Pondera o jurista, contudo, que há de se admitir a emenda à inicial, com vista ao réu para a defesa específica: “o autor deve alterar o seu pedido inicial por pedido de remoção, dando-se obviamente ao réu a oportunidade de se opor ao novo pedido e à ocorrência do fato que lhe dá sustentação”⁵⁰⁶.

A necessidade do pedido expresso do autor decorre da observância dos princípios do dispositivo, do devido processo legal e do contraditório. Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰⁷ fala da *eficácia vertical* do direito fundamental de ação sobre o Estado:

“Como a jurisdição, ao se deparar com uma omissão de técnica processual, pode supri-la em nome do direito fundamental de ação, é evidente que essa atuação repercute sobre o réu, que assim deve ter oportunidade de se contrapor a ela, sob pena de o poder jurisdicional, sob o manto do direito de ação, ficar isento de controle. Aliás, justamente porque o poder jurisdicional se coloca entre o autor e o réu, há o direito de ação e o direito de defesa, ambos com a natureza de direito fundamental. De modo que, se o direito fundamental de ação requer uma postura jurisdicional consentânea com a efetividade da tutela do direito, o direito de defesa não permite que a jurisdição se utilize de instrumentos processuais que possam causar gravames desnecessários ao réu.”

Ada Pellegrini Grinover⁵⁰⁸, ao falar da hipótese em que é concedida medida liminar em sede de mandado de segurança preventivo para obstar a prática de determinado ato e que, no entanto, é posteriormente consumado pelo réu, assim se posiciona:

É certo que, como regra geral, o interesse de agir (= utilidade do provimento jurisdicional, aferido a partir da *necessidade* e da *adequação*) deve estar

⁵⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, op. cit., p. 295.

⁵⁰⁶ O autor apresenta como exemplo a hipótese em que foi proposta ação inibitória para evitar a venda de certo produto, e este passou a ser exposto à compra do consumidor no curso do processo. Nesse caso, embora não tenha sido possível evitar o ilícito, será possível removê-lo, impedindo-se, conseqüentemente, os eventuais danos. Para isso, deve ser alterado o pedido inicial e ofertada nova oportunidade de defesa à empresa. Ibidem.

⁵⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 214.

⁵⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Atentado: configuração, objeto e natureza**, op. cit. p. 35.

presente no momento do julgamento da demanda. Contudo, não menos certo é que o interesse de agir não pode ser manipulado pela vontade da parte que, repita-se, se submete ao poder estatal e à autoridade do comando judicial. Mais do que útil para a parte, a preservação da efetividade do comando final, que se segue à concessão da liminar, é de interesse do Estado, porque, como consabido, o processo – antes de ser instrumento posto à disposição da parte interessada – tem nítida feição pública, como públicos são os escopos que, através dele, busca-se atingir”.

É de se observar que, embora a situação colocada pela doutrinadora em referência seja diferente, porque trata da hipótese de descumprimento de comando jurisdicional, não se pode ignorar *a utilidade do processo*. Isto é, em certas hipóteses o réu poderá, assim que for citado, ou melhor, quando da iminência do julgamento, perceber a clara possibilidade de restar vencido e praticar o ato que, por intermédio do processo, procurava-se coibir. E aí sim poder-se-ia exigir do réu, em sentença, a remoção dos efeitos nocivos do ilícito, considerando os escopos do processo de pacificação dos conflitos com justiça e de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, e na forma do parágrafo 1º do artigo 84 do CDC, conclui-se que, se porventura, em face de circunstâncias externas ao interesse do autor, mostrar-se *impossível* o atendimento à tutela específica, ela poderá se resolver em perdas e danos. Noutra dizer: a fungibilidade da tutela específica (inibitória) para a tutela equivalente (ressarcitória) é expressa em lei e, *regra geral*, depende de pedido do autor, ainda que em ato posterior, em aditamento, quando *impossível* o cumprimento da tutela preventiva.

Por fim, tem-se que as medidas previstas no artigo 461, § 5º, do CPC são enunciadas em caráter exemplificativo, podendo, portanto, o juiz utilizar-se de outros expedientes não previstos em lei, desde que necessários e compatíveis com o resultado a ser alcançado. A escolha e a delimitação da medida coercitiva ou subrogatória deverá, sempre, ser norteadas pela idéia da adequação – deve-se adotar a medida mais adequada para a obtenção do resultado almejado –, dentro dos padrões ditados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Se essa ou aquela a medida a ser adotada, não tanto importa: *no momento dramático da ação importam mais as coisas que o nome, e nem sempre vale a pena levantar uma questio de nomine quando se trata de defender e promover valores essenciais para a humanidade*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ MARTINI, Carlo Maria. **A esperança faz do fim “um fim”**. In *Em que crêem os que não crêem?* Umberto Eco e Carlo Maria Martini; tradução de Eliana Aguiar – 10ª.ed. Rio de Janeiro:Record, 2006, p. 19.

Para ilustração, retome-se a mencionada ação civil pública nº 01102-2006-024-03-00-0 ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da empresa TIM Nordeste S.A., com os pedidos cumulados de tutelas:

- 1) de remoção do ilícito, a fim de que a reclamada contrate diretamente os trabalhadores que lhe prestam serviço por intermédio de terceirização ilícita;
- 2) inibitória, para que a empresa se abstenha de efetivas novas contratações;
- 3) ressarcitória, pagamento de danos morais coletivos.

Em julgamento proferido no dia 16 de abril de 2008, foi assim que a juíza do trabalho Natália Queiroz Cabral Rodrigues decidiu a lide:

JULGO PROCEDENTES, EM PARTE os pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de TIM NORDESTE S/A, condenando a ré, nos termos da fundamentação supra, que a este dispositivo integra:

a) ao cumprimento da obrigação de fazer:

* que a ré (TIM NORDESTE S/A) proceda a contratação direta dos empregados que lhes prestam serviços por intermédio das empresas interpostas (LÍDER TERCEIRIZAÇÃO LTDA e A & C SOLUÇÕES LTDA), dando por encerrados os contratos de prestação de serviços firmados com referidas empresas. Para tanto, deverá comprovar que, de fato, contratou diretamente todos os trabalhadores que lhe prestam serviços terceirizados através das empresas LÍDER TERCEIRIZAÇÃO LTDA e A & C SOLUÇÕES LTDA, apresentando em Juízo relação desses empregados e a respectiva cópia da CTPS dos mesmos, constando admissão quando iniciaram a prestação de serviços terceirizados em favor da ré, no prazo de 30 dias após a prolação desta decisão.

b) ao cumprimento da obrigação de não-fazer:

* se abster de terceirizar, a fim de obter o mero fornecimento de mão-de-obra;

* se abster de terceirizar e não contratar interposta pessoa para os serviços de vendas de aparelhos e serviços de telefonia celular;

* se abster de terceirizar para contratar trabalhadores que prestem atendimento aos seus clientes via call center ou telemarketing;

c) obrigação de pagar:

* indenização por danos morais à coletividade, fixando-o em R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais), que deverão ser revertidos em prol do Fundo de Amparo ao Trabalhador (e caso o mesmo não exista à época do pagamento, em favor da União);

* multa para o caso de descumprimento de qualquer das determinações acima traçadas, pelo que atingirá o importe de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) por cada cláusula infringida.

Diante das considerações expendidas, defiro a concessão parcial dos efeitos da tutela pretendida, visto tratar-se de cognição exauriente, determinando a ré que, no prazo de 30 dias a partir da publicação da decisão, comprove o adimplemento das obrigações estipuladas no item 2.8 deste *decisum*.

O descumprimento da antecipação dos efeitos da tutela, com relação à tutela inibitória - não contratar trabalhadores por empresas interpostas - e a obrigação de fazer - contratar diretamente os trabalhadores que prestam serviços através das empresas LÍDER TERCEIRIZAÇÃO LTDA e A & C SOLUÇÕES LTDA., no prazo de 30 dias a partir da publicação desta

sentença, acarretará a incidência da multa já estipulada no item 2.10 desta decisão, por cada obrigação inadimplida⁵¹⁰.

Como se verifica, para o fim de compelir a empresa a cumprir as obrigações determinadas, estabeleceu-se, na sentença, a multa de dois milhões para cada uma das obrigações, de fazer, não fazer e também de pagar, sendo que, para as obrigações de fazer e de não fazer, foi concedida a tutela antecipada. No caso em apreço, o pedido de cominação da multa coercitiva foi devidamente formulado pelo autor.

5.11. A atuação da tutela inibitória

Por intermédio do estudo desenvolvido até este ponto ficou claro que a tutela jurisdicional, para satisfazer as exigências constitucionais de efetividade e adequação – “impostas pelas cláusulas do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional”⁵¹¹ – deve proporcionar, preferencialmente, a tutela específica do direito. O resultado da prestação jurisdicional deve ser, senão a realização do direito pelo próprio obrigado, o resultado equivalente ao cumprimento voluntário.

Para se alcançar esse resultado, conforme também já se explicitou, o juiz poderá determinar a utilização de medidas necessárias, seja para atuar sobre a vontade do devedor (coercitivas), a fim de que ele cumpra a obrigação, seja para a

⁵¹⁰ Contra essa decisão, a reclamada ajuizou a ação cautelar nº 00928-2008-000-03-00-3, em que se concedeu a liminar pleiteada para imprimir efeito suspensivo ao recurso ordinário na ação principal, suspendendo-se os efeitos da antecipação da tutela nela determinados até o julgamento do apelo interposto (DJ 18/07/2008). Esta ação foi extinta sem resolução do mérito, conforme decisão publicada em 19/09/2008, nos termos dos artigos 267, I e 295, III, V/CPC. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consultaProcessual.do>. acesso em 18/01/2009. A reclamada manejou, então, uma reclamação correicional e obteve liminar para sustar os efeitos da decisão impugnada. Contra-tanto, o Ministério Público interpôs agravo regimental, nº AG-RC - 199419/2008-000-00-00, o qual foi julgado improcedente em 12/12/2008, nos seguintes termos: “1. (...) 2. Necessária a intervenção imediata da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 709, inciso II, da CLT, a fim de evitar a consumação de danos irreparáveis decorrentes da execução prematura da sentença que, antecipando os efeitos da tutela de mérito, concedeu o prazo de 30 (trinta) dias à Requerente, ora Agravada, para contratação direta de 4.300 (quatro mil e trezentos) trabalhadores terceirizados, sob pena de multa de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais 3. (...)”. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=449147&ano_int=2008&qtd_acesso=6261473, acesso em 18/01/2008.

⁵¹¹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação prevista no art. 461 do CPC, op. cit. p. 157.

realização da própria obrigação, sem a ajuda do reclamado (sub-rogatórias). Verificou-se, ainda, que a decisão que define a lide e impõe a realização do direito reconhecido é de natureza mandamental (medidas coercitivas) ou de cunho executivo *lato sensu* (meios sub-rogatórios). Outrossim, ficou claro que a característica principal dessas sentenças é permitir a adoção das medidas prescritas pelo julgador, independentemente de ação executiva.

Tudo isso porque a tutela inibitória tem por objeto principal a pronta satisfação do direito.

Joaquim Felipe Spadoni⁵¹² é taxativo:

Sendo concedido o provimento inibitório, a sua execução instaura-se automaticamente, seja pela aplicação da multa cominatória imposta na própria decisão, seja pela adoção e efetivação de medidas sub-rogatórias que visem a alcançar resultado prático equivalente ao adimplemento. Não se instaura um procedimento executivo distinto e posterior à sentença, mas adota-se, de imediato e independentemente de novo pedido do autor, as medidas necessárias para efetivar o direito judicialmente reconhecido. Não nos parece que os §§ 4º e 5º do art. 462 do CPC permitam que se chegue a outra conclusão”.

Pertinente é a colocação de Araken de Assis⁵¹³ no sentido de que, malgrado o reconhecimento das forças das sentenças mandamental e executiva, o que levou o legislador a eliminar a necessidade de um novo processo – o processo de execução – para o efeito de executá-las, certo é que,

nesta delicada matéria, extremamente conturbada por divergências doutrinárias, o critério essencial repousa na satisfação obtida através da sentença pelo autor. Se o bem da vida, concretamente se obtém mediante ato posterior ao enunciado do comando sentencial, quiçá da indiscutibilidade deste, e se transfere para a esfera jurídica do credor já individualizado pelo provimento, a força da ação é, preponderantemente, executiva.

A multa coercitiva estabelecida tanto no § 3º do artigo 84 do CDC como no § 3º do artigo 461 do CPC é medida coercitiva imprescindível para a efetividade da tutela inibitória: “impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

⁵¹² Ibidem, p. 159.

⁵¹³ ASSIS, Araken. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni que essa multa “em sua essência, tem natureza nitidamente coercitiva, porque se constitui em forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo adimplir a ordem do juiz”⁵¹⁴ e nada tem a ver com o dano que em várias ações é de ser indenizado. “É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado”⁵¹⁵. Explica o autor em referência que, se o réu não observa a ordem inibitória, praticando o ato ilícito temido, a multa é devida independentemente da constatação de danos que devam ser posteriormente reparados. Da mesma forma que, para a tutela inibitória, é indiferente o dano, a tutela inibitória também não se confunde com a tutela contra o dano e a multa coercitiva não tem relação com a indenização pertinente ao dano. E é justamente por isso que ela tem plena eficácia nos casos de direitos não patrimoniais, porquanto pode influir sobre a vontade do reclamado, que irá sopesar os prejuízos que suportará e poderá se convencer de que, para ele, será melhor cumprir a obrigação de fazer ou não fazer. Nas palavras de Araken de Assis: o vencido “ou atende o comando judiciário ou sofrerá a imposição de multa de valor exorbitante (*astreinte*).”⁵¹⁶ Situação diferente é aceitar que a multa não terá qualquer eficácia contra o réu que não possui patrimônio e é aí que entram as medidas sub-rogatórias.

Para se alcançar o objetivo de forçar o reclamado a cumprir a obrigação determinada, o termo inicial da multa é o dia seguinte ao término do prazo de cumprimento, durante o qual o executado poderá adimplir a prestação. E qual seria esse prazo?

Responde a indagação Joaquim Felipe Spadoni, afirmando que se trata de questão a ser decidida a critério do juiz, considerando a natureza da obrigação e a urgência da tutela pretendida. Acrescenta o autor que a fixação de prazo para o cumprimento da ordem determinada sequer é necessária e, principalmente em relação à tutela inibitória, não poderia mesmo ser de outra forma. Isso porque a

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, op. cit., p. 218.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 216.

⁵¹⁶ ASSIS, Araken. **Cumprimento da sentença**, op. cit. p. 221. Segundo esse autor, “Esta técnica originou-se da jurisprudência francesa e, ao contrário do que acontece com a coerção pessoal (prisão), típica da *Common Law* e designada de *Comtemp of Court*, apresenta a nítida vantagem de escapar às restrições constitucionais em matéria de prisão. A sua fraqueza intrínseca é bem conhecida e consiste no fato de não induzir ao cumprimento o destinatário da ordem desprovido de patrimônio”. Ibidem, p. 223.

função da tutela inibitória de prevenir a prática de ato futuro contrário ao direito na maioria das vezes requer atuação imediata.

Por essa razão, a fixação de prazo para cumprimento do preceito não deve ser considerada regra absoluta. Pelo contrário, deve ser utilizada com cautela pelo magistrado, que só deve fixá-lo quando vislumbrar a possibilidade de esta medida não afetar a plena eficácia da tutela jurisdicional concedida, de forma provisória ou definitiva.⁵¹⁷

Um advertência, contudo, há de ser feita. Não se pode ignorar que a obrigação imposta ao reclamado poderá ser complexa, praticamente impossível de ser cumprida em um espaço exíguo de tempo. Toma-se como exemplo a hipótese em que o empregador é obrigado a instalar equipamentos com mecanismos de proteção para que sua atividade pare de violar as normas relativas ao ambiente de trabalho. Essa instalação é atividade que poderá demorar dias ou meses, sendo impossível satisfazer a tutela inibitória de imediato, ainda que se estabeleça uma elevada multa para o caso de descumprimento.

Não é por outro motivo que se faz a seguinte observação:

O magistrado deve ater-se às circunstâncias fáticas que envolvem o cumprimento da decisão e considerar todos os atos e procedimentos que deverão ser realizados pelo réu para atingir-se o objetivo final que é o cumprimento da ordem e atendimento do direito tutelado. Não fixar prazo para o cumprimento ou fixá-lo em período insuficiente para o adequado ajustamento da conduta ao quanto determinado pela decisão judicial, é impor medida irrazoável, excessivamente onerosa e de cumprimento praticamente impossível, o que a tornará, certamente, ilegal. Nestes casos, para que se alcance a maior efetividade possível da tutela jurisdicional inibitória, o magistrado deve ser utilizar também das medidas de apoio previstas no § 5º do art. 461, com vistas a impedir a prática ou continuação da violação por outras vias, até que o réu adapte sua atividade àquilo que o ordenamento jurídico considere ilícito⁵¹⁸

A multa cessará se o cumprimento *in natura* da obrigação ou do dever legal reconhecido se tornar impossível ou inviável, com ou sem culpa do réu. Isso porque, se não há como atender à ordem judicial, desaparece o pressuposto da aplicação da multa⁵¹⁹.

⁵¹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC, op. cit. p. 180.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 181.

⁵¹⁹ ASSIS, Araken. **Cumprimento da sentença**, op. cit. p. 225.

5.12. Aspectos recursais

No processo do trabalho, o recurso cabível contra as sentenças proferidas são, em regra, recebidos apenas com efeito devolutivo, nos precisos termos do artigo 899 da CLT. Isso significa que não se suspendem os efeitos da sentença, que pode ser executada provisoriamente.

Tratando-se da tutela inibitória, essa regra é ainda mais relevante, porquanto, por prestigiar a tutela específica do direito e, principalmente, por ser uma tutela preventiva, é altamente desejável que se permitida o imediato cumprimento da sentença proferida.

Essa a lição de Joaquim Felipe Spadoni⁵²⁰:

Prolongar a efetivação da prevenção do direito ameaçado já constatado favorece a sua violação irremediável e sua transformação em mero equivalente pecuniário, atentando não só contra os objetivos perseguidos pelo legislador ao instituir esta espécie de ação, mas também contra o direito constitucional de adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

Para tanto, deverá ser extraída carta de sentença, a fim de que o provimento inibitório possa se efetivar enquanto o recurso ordinário segue o trâmite legal para final julgamento.

A fase da execução, no processo do trabalho, inicia-se após a prolação da sentença e depois de decorrido o prazo para a interposição de recurso ordinário, na forma delineada pelos artigos 867 e seguintes da CLT. Conquanto parte da doutrina entenda que as regras instituídas pela Lei nº 11.232/2006 devam incidir no processo do trabalho⁵²¹, certo é que o regramento próprio encontra-se em vigor e, portanto, ainda que se possa mesclar o procedimento trabalhista com o civilista não há como *excluir a fase executiva*, com seus trâmites específicos, entre os quais os recursos próprios da execução.

E assim surge uma outra questão importante que acarreta dúvida: quando a sentença não estabelece a multa pecuniária ou, ainda que prevista, ela não surta os efeitos desejados, sendo necessária a sua majoração. Nesse caso, o magistrado,

⁵²⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC, op. cit., p. 223.

⁵²¹ Nesse sentido LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, op. cit. p. 903.

por provocação ou de ofício, poderá fixar as *astreintes* ou aumentá-las, conforme seja necessário, a teor do § 4º do artigo 84 do CDC, *verbis* “O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido ao autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Em idêntico sentido apresenta-se o § 4º do artigo 461 do CPC.

Joaquim Felipe Spadoni posiciona-se no sentido de que o ato posterior à sentença que fixa ou eleva a multa pecuniária na tentativa de convencer o réu a cumprir a obrigação determinada é uma decisão interlocutória: “é resolvida questão incidente, concernente à aplicação e valor da multa cominatória, e é emitida no curso do processo, já que, embora proferida após a sentença de mérito, a relação jurídica processual ainda não se findou”⁵²².

Na processualística do trabalho, considerando a prolação da sentença e o objetivo de satisfação da mesma, trata-se de uma decisão própria do procedimento executório e, portanto, será cabível o agravo de petição, na forma delineada pelo artigo 897, a, da CLT.

Outra vez ressalta-se que a prática dos atos processuais, bem como as decisões que serão proferidas nos autos, devem ser guiadas não só pelo princípio da celeridade, mas também e principalmente pelos princípios da efetividade e da economia processual. O norte para os operadores do direito deve ser a utilização dos meios e das medidas adequadas à satisfação do direito reconhecido em juízo, principalmente quando se trata dos direitos dos trabalhadores em que a preservação da dignidade daqueles que ofertam sua força de trabalho para sobreviverem dependem da correta fruição dos direitos mínimos estabelecidos na Constituição e nas leis infraconstitucionais deste país. Ignorar que o salário tem realmente natureza alimentar e que as condições lícitas de trabalho podem aviltar a dignidade do prestador dos serviços, ou seja, não considerar que os trabalhadores que procuram o Poder Judiciário no afã de obter “justiça” não têm outra fonte de renda ou outro modo de sobreviver, senão a entrega da força viva de trabalho importa subverter os valores e princípios deste ramo especializado do direito.

5.13. Especificidades da coisa julgada na tutela inibitória

⁵²² SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.

A temática da coisa julgada na tutela coletiva foi tratada de forma geral no capítulo três, item 3.5.2, desta dissertação. No entanto, não é demasiado colocá-la em pauta novamente em um último ponto, destacando as peculiaridades da tutela *inibitória* coletiva.

Cuida-se de perquirir sobre os limites objetivos da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas. Em face da tutela inibitória se realizar, quase sempre, por uma sentença mandamental com ordem de abstenção (tutela inibitória negativa), é importante saber até quando vigorará o comando judicial. Ele terá eficácia eterna. Isto é, para o futuro e por prazo indeterminado?

Diz Sérgio Cruz Arenhart⁵²³ que a “jurisprudência tem sido pacífica em estabelecer que a ordem emanada da decisão de procedência tem aplicação exclusiva para um dado momento histórico, sem gerar repercussões para atos semelhantes futuros”. Ele cita a Súmula 239/TST, que acena nesse sentido: “decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Cabe, no entanto, indagar: Dessa forma não se estaria inibindo a projeção dos efeitos da sentença para o futuro? E a tutela inibitória, então, não seria apta a evitar lesões futuras? Isto é, essa interpretação não estaria conduzindo ao esvaziamento da razão de ser desse instituto preventivo, tão importante na defesa de direitos, principalmente aqueles de caráter não patrimoniais, os quais são tão caro aos trabalhadores deste país?

Oportuno o momento para novamente se referir ao caso concretizado na ação civil pública nº 00826-2004-032-03-00-9, que já foi apresentado no item 5.6. Dada a riqueza do caso concreto, não é fastidioso aqui repisar parte da fundamentação do julgamento proferido no recurso ordinário interposto contra a sentença que decidiu na linha do posicionamento adotado pela Súmula 239/TST⁵²⁴:

⁵²³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 419.

⁵²⁴ Para a adequada compreensão da extensão da Súmula em referência, oportuna é a decisão proferida no processo TJ-1.0024.98.127187-7/001(1), Desemb. Relator Célio César Paduani, DJ 13/12/2007: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA TRIBUTÁRIA. OCORRÊNCIA. PEDIDO FORMULADO NA INICIAL NÃO LIMITADO A DETERMINADO EXERCÍCIO. PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. NÃO LIMITAÇÃO DE EXERCÍCIO FISCAL DA EXAÇÃO. SÚMULA 239 DO STF. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO COL. STJ. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. A coisa julgada tributária deve ser determinada em função das partes, da causa de pedir e do pedido formulado na inicial. Este último, por sua vez, pode estar delimitado a uma cobrança, num dado exercício financeiro, ou estar relacionado ao tributo, em si mesmo. 2. Dispõe a Súmula 239/STF que a 'decisão que declara

se a obrigação de fazer impõe sua permanente manutenção, dado o risco de haver seu desfazimento (não obstante as razões da reclamada), não se pode limitar esta mesma obrigação ao simples ato da sua realização (instalação das proteções), mas também o de sua manutenção no tempo tutela inibitória). É ato de possível eternização do processo, sim. Este perdurará enquanto seu comando tenha aplicabilidade no mundo dos fatos. Não necessitará o Judiciário retornar ao exame desta mesma matéria (proteção das máquinas da reclamada), enquanto a reclamada as mantiver em seu parque industrial, ou até mesmo, mantidas elas eternamente, enquanto existir. Denunciada a retirada de proteção destas máquinas, é o quanto basta para que se executem as penalidades estabelecidas pelo comando sentencial. Ao interessado, basta a denúncia deste fato, para, em "nova" execução, dar-se efetividade ao comando decisório, obviamente, com observância do devido processo legal, sem necessidade de repetição de nova ação.

Sérgio Cruz Arenhart⁵²⁵ também perfilha o mesmo entendimento da d. Turma do TRT 3ª Região julgadora do recurso ordinário acima transcrito e é firme no sentido de que a decisão proferida em sede de tutela inibitória “é válida também para outras exações futuras, que incidam sobre a mesma hipótese de incidência daquela discutida no processo”. E diz mais:

a incidência eterna da ordem de abstenção poderá submeter o requerido a uma constante e infinita ameaça de punição (incidência do meio de pressão psicológica acoplado à ordem), o que justificaria a idéia de limitar a ordem no tempo. De outra parte, porém, não se deve esquecer que a ameaça perene de sanção – ainda que não com a mesma intensidade – já decorre normalmente da lei, considerando que seu descumprimento deve acarretar sempre a incidência da consequência prometida pela regra jurídica. Outrossim, e ainda em abono à defesa da manutenção indefinida da ordem, calha observar que a medida de coerção não deve representar constrangimento ao requerido, porque ela é concebida para incidir *apenas* para a hipótese (não desejada) de haver transgressão da ordem judicial outorgada. Por isso, desde que o ilícito não venha ser praticado (ou o comando não seja violado), nenhuma punição incide sobre o requerido; se o ordenado não pretende desobedecer à ordem judicial, não haverá sentido para sentir-se ameaçado pela sanção acoplada à determinação inibitória.

E assim conclui:

indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores'.3. Todavia, não se referindo o pedido da ação mandamental a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, deve ser afastada a restrição inserta na mencionada Súmula. Isso porque, nessa hipótese, há uma abrangência no pedido e, portanto, sendo esse julgado procedente, notadamente no que diz respeito a inconstitucionalidade da exação, a coisa julgada terá efeitos mais amplos, ou seja, alcançará as situações jurídicas posteriores, não se restringindo a exercício específico. 4. Dá-se parcial provimento ao recurso”.

⁵²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, op. cit., p. 420-421.

a imutabilidade da coisa julgada não tem limitações temporais – seja para ações repressivas ou preventivas – o mesmo valendo para os efeitos da sentença (ao menos aqueles que não se exaurem em um único momento). A ordem emanada de uma ação como esta vigorará *ad eternum*, ao menos enquanto perdurarem existentes os motivos que ensejaram tal decisão judicial, da mesma forma que vigorará ilimitadamente a imutabilidade da declaração da ocorrência do ilícito (art. 471, I, do CPC). Apenas de forma excepcional, quando o tempo de duração da relação jurídica continuada provocar, por si só, a alteração substancial na controvérsia decidida é que se poderá pensar em nova ação e, portanto, em limitação da coisa julgada⁵²⁶.
deve projetar-se para o futuro de forma indeterminada, indenticamente aos efeitos (do comando) da sentença, que permanecem impondo a abstenção ao requerido, ao menos enquanto a situação fática e jurídica que justificou a decisão mantiver-se a mesma.

De outro tanto, é de se pensar na variedade dos fatos envolvidos nas questões trabalhistas o que impede seja expedida definição priorística e genérica a respeito da questão. O julgador deverá ter a prudência de averiguar as condições de cada caso concreto, observando atentamente os elementos que levaram o autor a pleitear a tutela inibitória e comparar com a nova situação levada à sua apreciação. Em decorrência da eternização do processo, não raro haverá a tentativa, pela empresa-reclamada de, por via transversa, tentar burlar a ordem inibitória, invocando a alteração da situação fática evidenciada na primeira ação ajuizada.

E assim novamente é de repisar que a tutela preventiva encontra amparo na Lei Maior do país e os meios coercitivos e sub-rogatórios para a sua efetividade encontram-se expressos nas leis processuais. Seu campo de atuação na esfera do trabalho é vasto e ela deve, sempre que possível, ser operacionalizada.

Nesse contexto, apropria-se das palavras de José Roberto Freire Pimenta, as quais, embora endereçadas à tutela antecipada, amoldam-se perfeitamente à tutela inibitória. De fato, o maior perigo para a efetividade da tutela inibitória e específica, bem assim

para a própria revitalização da função jurisdicional do Estado em nosso país é que os magistrados adotem uma postura imobilista, negando, consciente ou inconscientemente, os efeitos mais importantes e profundos desse instituto, impedindo que a jurisdição assumira, na prática, o caráter imperativo exigido para atender às novas necessidades sociais das sociedades democráticas de massas desse início de um novo século e às próprias exigências de efetividade da Constituição brasileira em vigor; é preciso, pois, que surja um novo magistrado, com formação multidisciplinar que o capacite a atuar com responsabilidade no exercício dessa sua nova função constitucional; em outras palavras, um juiz que seja capaz de perceber o relevantíssimo e indelegável papel que ele é chamado a cumprir, como agente político do Estado responsável pela tutela jurisdicional dos

⁵²⁶ Ibidem, p. 423-424.

direitos subjetivos ameaçados ou lesados (especialmente dos direitos fundamentais de caráter não patrimonial) e, por essa via, pela própria existência *real* desses direitos, através da atuação do direito objetivo⁵²⁷.

Exatamente. À luz do artigo 471, I, do CPC, a questão revela-se de simples solução: como a doutrina processual clássica já ressaltava, as sentenças proferidas nas relações jurídicas continuativas (como o são aquelas para as quais a tutela inibitória é concedida) valerão, com força de coisa julgada, somente enquanto não sobrevier “modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”. Ou seja, diz-se que, nesses casos, a sentença tem implícita, para a continuação de sua validade, a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, vale enquanto as coisas continuarem as mesmas.

Nessa caso, deverá ser extraída carta de sentença para que o provimento inibitório possa se efetivar, enquanto o recurso ordinário seguirá o trâmite legal para final julgamento.

No processo do trabalho, após a prolação da sentença e depois de decorrido o prazo para a interposição de recurso ordinário, inicia-se a fase da execução, na forma delineada pelos artigos 867 e seguintes da CLT. Conquanto parte da doutrina entenda que as regras instituídas pela Lei nº 11.232/2006 devam incidir no processo do trabalho⁵²⁸, certo é que o regramento próprio encontra-se em vigor e, portanto, não há como excluir a *fase executiva* do processo do trabalho, com seus trâmites específicos, entre os quais os recursos próprios da execução.

6. CONCLUSÃO

“Vivemos todos sob o mesmo céu, mas nem todos temos o mesmo horizonte”.

Konrad Adenauer (Chanceler Federal Alemão)

No decorrer de toda a construção desta dissertação, conviveu-se com o latejar da pergunta que gerou o seu desenvolvimento: haveria, sem necessidade de

⁵²⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição**: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas, op. cit.

⁵²⁸ Nesse sentido LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, op. cit. p. 903.

mudanças na legislação, uma forma mais eficaz de prestar a tutela jurisdicional dos direitos trabalhistas e efetivamente assegurar a dignidade dos trabalhadores? Se a prestação jurisdicional tradicional não é suficiente para garantir de forma adequada os direitos prometidos, é preciso, urgentemente, iniciar a prática de um novo modelo. Também foram suscitadas e respondidas várias e diferentes questões, bem assim se formularam conclusões parciais, as quais prescindem sejam aqui sumuladas ou repetidas da forma detalhada e específica como reflexo daquilo que se encontra em cada capítulo e em seus respectivos tópicos.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da premissa de que, por ciência, deve-se compreender o estudo que se debruça sobre um objeto visando a formar uma teoria que tenha contribuição para a prática, bem assim de que o processo é instrumento de que se vale o Estado para, por intermédio da realização do direito material prometido no ordenamento jurídico pátrio, modificar de forma efetiva a realidade social dos trabalhadores.

Ao final desse estudo, a título conclusivo, é necessário destacar que, para o direito do trabalho, a tutela coletiva preventiva e específica é a mais importante das tutelas, porque é adequada a evitar a prática, a repetição ou a manutenção de ato contrário ao direito, que é a única forma de verdadeiramente assegurar que o processo corresponderá plenamente à necessidade do direito substancial, principalmente quando se atenta para os direitos dos trabalhadores, os quais evidentemente não se satisfazem integralmente por intermédio de uma ação individual ressarcitória.

A tutela preventiva é capaz de impedir a violação do direito antes mesmo da ocorrência de eventuais danos, o que é mais importante à efetividade da tutela jurisdicional dos direitos trabalhistas do que assegurar a reparação ou o ressarcimento de danos, ante a impossibilidade de se restituir a força de trabalho dependida ao estado anterior. Acresça-se que somente a tutela inibitória está realmente apta a preservar a dignidade do trabalhador, a qual também não se recompõe quando aviltada em decorrência das condições inadequadas de trabalho a que são submetidos os prestadores de serviço. E mais, por intermédio dela será possível ampliar a eficácia do Direito do Trabalho, ainda que eventualmente, uma vez que a ordem inibitória emitida poderá alcançar todos os trabalhadores que estejam entregando a força de trabalho a determinado empreendimento econômico

ou a certo tomador de serviços, independentemente da natureza da relação jurídica que os une, com ou sem vínculo de emprego.

Verifica-se que a evolução do Estado e da sociedade contemporânea conduziu à ampliação da importância do direito processual no mundo jurídico, mormente quanto à necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos materiais. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos capazes de proporcionar a adequada tutela inibitória e específica dos direitos e interesses coletivos do trabalho, em especial os de caráter não patrimonial, entre os quais o direito ao ambiente saudável de trabalho, o direito aos intervalos intra e interjornadas, bem assim os indispensáveis descansos semanais, mensais e anuais, o direito de não trabalhar habitualmente por mais de duas horas extraordinárias por dia, o de se sindicalizar e de a entidade sindical representar os sindicalizados, o direito de não receber tratamento discriminatório, entre vários outros, essenciais à preservação da dignidade daqueles que vivem exclusivamente da sua força de trabalho.

Constatou-se também que essa modalidade de tutela jurisdicional adquire maior relevância na esfera trabalhista, uma vez que as relações de trabalho, constantemente coletivizadas, em face da vinculação dos trabalhadores a um mesmo empregador ou a uma mesma questão social, dão origem a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais podem e devem ser tutelados por ações coletivas, em especial pela *tutela inibitória coletiva*, que assume o relevante papel de prevenir, educar e coibir que as macrolesões continuem ou se repitam, contribuindo decisivamente, dessa forma, para a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, bem assim *para a transformação da Justiça do Trabalho numa justiça promocional dos direitos sociais fundamentais, em substituição à conhecida “Justiça dos Desempregados”*. É que a coletivização da tutela permite seja ultrapassado o obstáculo que representa o contrato de trabalho em vigor, uma vez que a temente e insegura situação de o trabalhador propor ação individual contra seu empregador, o qual detém do direito potestativo de rescindir o pacto laboral, não existirá com a tutela coletiva inibitória, que proporciona uma proteção preventiva de caráter impessoal e indivisível.

O artigo 5º, XXV, da Constituição da República, os 84 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública autorizam a tutela inibitória coletiva e revela a superação do dogma da incoercibilidade da vontade humana com

a previsão de medidas coercitivas e sub-rogatórias indispensáveis ao cumprimento da obrigação específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Surge, então, a tutela específica inibitória, de cognição exauriente, votada para o futuro, que prescreve a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, assegura a possibilidade de ingresso em juízo para a garantia de direitos apenas ameaçados, com o objetivo de coibir a lesão do direito material ou impedir a sua repetição e continuação no mundo fático.

Cabe aos operadores do direito aplicar e compreender a tutela inibitória coletiva sob a ótica da efetividade do processo, em uma tentativa de satisfazer o direito posto, no caminho incessante da paz, da harmonia e da justiça social. Além dos operadores do direito, é também absolutamente indispensável que os trabalhadores e seus representantes legais conscientizem-se da importância e da necessidade de inibir a prática de ato contrário ao seu direito e de que “prevenir é sempre melhor que remediar”⁵²⁹ em qualquer esfera da vida, seja em relação à saúde, à vida econômica e também no âmbito jurídico. Certamente, obter a reparação do dano já causado será muito mais difícil, dispendioso, demorado e incompleto, quando o dinheiro não for suficiente para tanto.

A utilização da tutelar inibitória coletiva como forma principal de atuação do Poder Judiciário Trabalhista requer apenas essa conscientização. Noutro falar, a adequada tutela dos direitos trabalhistas depende mais dos homens do que das leis e está atrelada à atitude conjunta e fraterna dos destinatários e dos operadores do direito.

Para encerrar, a esperança refletida em um trecho da Carta da Terra⁵³⁰:

É imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade de vida e com as futuras gerações.

(...)

A vida muitas vezes envolve tensões entre valores importantes. Isto pode significar escolhas difíceis. Entretanto, necessitamos encontrar caminhos para harmonizar a diversidade com a unidade, o exercício da liberdade com o bem comum, objetivos de curto prazo com metas de longo prazo. Todo indivíduo, família, organização e comunidade tem um papel vital a

⁵²⁹ Recorre-se, mesmo ao se concluir, a mais uma metáfora, o que se justifica apenas como modo de enfatizar a idéia exposta no texto.

⁵³⁰ “Carta da Terra é uma declaração de princípios éticos fundamentais para a construção, no século 21, de uma sociedade global justa, sustentável e pacífica. Busca inspirar todos os povos a um novo sentido de interdependência global e responsabilidade compartilhada voltado para o bem-estar de toda a família humana, da grande comunidade da vida e das futuras gerações. É uma visão de esperança e um chamado à ação”. Disponível em <http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/index.html>. Acesso em 31/01/2009.

desempenhar. As artes, as ciências, as religiões, as instituições educativas, os meios de comunicação, as empresas, as organizações não-governamentais e os governos são todos chamados a oferecer uma liderança criativa.

(...)

Que o nosso tempo seja lembrado pelo despertar de uma nova reverência face à vida, pelo compromisso firme de alcançar a sustentabilidade, a intensificação dos esforços pela justiça e pela paz e a alegre celebração da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 1º V. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. *In O princípio esquecido*: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz, **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v. 6).

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ATHIAS, Yeda Monteiro. **As novas tecnologias e os impactos na atividade do magistrado**. <http://www.jusbrasil.com.br>, acesso em 07/10/2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Limite e possibilidade da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNARDO, Gonçalves Fernandes. PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e (m) crise**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Limites da legitimidade ativa do MPT em ação coletiva. *In Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. José Hortêncio Ribeiro Júnior [et. al.] organizadores. São Paulo: LTr, 2006.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho forçado – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. *In* **Direito & Fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais/Giovani Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Liberdade, igualdade e fraternidade**. Disponível em <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea.4.htm>, acesso em 02/05/2008.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. A vida jurídica dos (per) ambulantes, *in* **Direito do trabalho & trabalho sem direitos**. Márcio Túlio Viana [et. al.] coordenadores. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. A vida jurídica dos trabalhadores de rua. **Suplemento Trabalhista**. LTr, ano 43. v. 53, São Paulo: 2007.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. Grupo Econômico Trabalhista: um novo olhar. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre. v. 16, jan/fev 2007.

CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 01, set-out. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda, coord. CASAGRANDE, Cássio Luís, PÉRISSÉ, Paulo Guilherme Santos. **Ministério Público do Trabalho e tutela judicial coletiva**. Brasília: ESMPU, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ática, 2002.

Constituição da República de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 17.11.2008.

Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_inter/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 18.08.2008.

DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *In* **Trabalhos e movimentos sociais**. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *In* PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Cidadania e inclusão social**: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho e inclusão social** – o desafio brasileiro. Revista LTr, n.º 10, outubro/2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *In* SILVA, Alessandro etti alli coordenadores **Direitos humanos**: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista LTr vol. 70, n. 06, junho/2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: LTr, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. V. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. T. 1, 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. Tomo II, São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Malheiros: São Paulo, 14. ed. 1988.

FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista**: teoria geral. 2. ed, São Paulo: LTr, 2008.

FILARDI, Hugo. **Ação civil pública e acesso à justiça**. Revista de Processo, n. 134, abril/2006.

FUX, Luiz. **A tutela da segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Justiça do Trabalho – um novo rosto à procura de uma nova identidade. **Revista Ltr**. Vol. 70, n.º 08, agosto/2006.

GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 52-66. São Paulo, out-dez. 1995, *apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIOVANNI, Casso. CURY Afife. MUNIR Cury. SOUZA, Aurélio Mota de Souza. Organizadores. **Direito & fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais. São Paulo: LTr, 2008.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr.

GÓMEZ, Salvador Morillas. Pistas de fraternidade na aplicação do Direito Empresarial. *In* **Direito & Fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais/Giovani Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008.

GORIA, Fausto. *Riflessioni su fraternità e diritto*. Disponível em http://www.comunionediritto.org/index2.php?option=com_content&task=view&id=27&pop=1&page=0&Itemid=42 .

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Atentado: configuração, objeto e natureza. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 1., n. set/out 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law. **Revista de Processo**, ano 33, nº 157, mar/2008.

HARVEY, David. **A Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Apresentação da obra **Trabalho e movimentos sociais**. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, xviii.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**: Gênese dos direitos humanos. V. 1 Guarulhos/SP: Acadêmica, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: a construção universal de uma utopia. Aparecida/SP: Santuário, 1997.

HESSE, Conrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBSAWN, Eric. **Tempos interessantes**. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC.

IHERING, Rudolf Von. *Apud* MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em <http://www.pdf4free.com>. Acesso em 10.03.2008.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. T. 1, parte general, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 380, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046&p=2>, acesso em 10.03.2008.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2008.

JÚNIOR CHAVES, José Eduardo de Resende. **O juiz e a conectividade**: os autos e o mundo virtual. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=52>, acesso em 29.08.2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição metaindividual; legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução, p. 16. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007.

LOPES, Mônica Sette. **Um conto**: pão e vida, direito e vida. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/informe/artigos/artigos.htm>.

LYCURGO, Tassos. **Inclusão social e direito: por uma democracia constitucional**, disponível em <http://www.amatra21.org.br/hotsite/artigos/Tassos%20Lycurgo.doc>, acesso em 19.11.2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Braziliense: 1982.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz. **A fúria**. Revista LTr, vol. 66, n.º 11, novembro/2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Ação civil pública na justiça do trabalho: dificuldades processuais para a efetividade. **Síntese Trabalhista**, nº 168, junho/2003.

MALLET, Estevão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no “anteproyeto de código modelo de procesos colectivos para iberoamérica” (Art. 7º), *in Tutela coletiva: 20 anos da Lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord), São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo, Curso de processo civil**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 2. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. 2007.

MARTINI, Carlo Maria. A esperança faz do fim “um fim”. *In Em que crêem os que não crêem?* Umberto Eco e Carlo Maria Martini; tradução de Eliana Aguiar – 10.ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

MASI, Domenico De (organizador). **A sociedade pós-industrial**. Tradução Anna Maria Capovila e outros. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.

MEIRELES, Edilton. **Grupo econômico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Belo Horizonte, 2008. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de pós-graduação em Direito.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana: valoração e reparação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro, *apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, ano 25, n. 97, janeiro-março de 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual: segunda série.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo. Temas de Direito Processual, terceira série.** São Paulo, 1984, p. 27.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *In* **Temas de direito processual: sexta série.** São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 11, maio/junho/2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual.** Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 26. ed., São Paulo: LTr, 2006.

NASSIF, Elaine Noronha. **Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson, *apud* FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista: teoria geral.** 2. ed., São Paulo: LTr, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Lílian Katiusca Melo. Sindicalismo e direitos humanos: para além da 'libertá complexa'. *In* **Trabalhos e movimentos sociais**. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Notícias Diversas. TRT da 3ª Região. Diretoria Judiciária. Subsecretaria de divulgação. Ano VI, n. 70, de 14/05/2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Christiana Dárc Damasceno. **Mundo do trabalho**: efetividade dos direitos fundamentais nas relações laborais e dignidade da pessoa humana. 2008. Monografia (pós-graduação *lato sensu*) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte-MG

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo. São Paulo: Manole Ltda., 2002.

PEIXOTO, Bolívar Viégas. **Iniciação ao processo individual do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **Os desafios do direito do trabalho**. Revista LTr, ano 72, abril/2009, p. 04/399.

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

PIMENTA, José Roberto Freire. FERNANDES, Nádia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. *In* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 45-60, jul/dez.2007.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição**: aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas. Tese de doutorado em Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais. Inédita. Belo Horizonte, 2001.

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

PINHO, Roberto Monteiro. **Custo do processo trabalhista é exorbitante**. Disponível em <http://www.tribuna.inf.br/anteriores>, acesso em 06/10/2008

PIOVESAN, Flávia. Mensagem original do discurso proferido na Colação de Grau dos Formandos do Curso de Direito da UFAC no ano de 1999. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ened.html. Acesso em 15/02/2007.

PIOVESAN, Flávia. **Pelos direitos humanos.** Disponível em <http://www.emcrise.com.br/entrevistas/entpiovesan.htm>. Acesso em 10/02/2007.

POCHMANN, Márcio. **Direito ao Trabalho:** da Obrigação à consequência. *Práticas de cidadania.* Coord. Jaime Pinsky. ed. Contexto: 2004.

POZZOLO, Paulo Ricardo. **Ação inibitória no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

RENAULT, Luiz Otávio. BARRETO, Sielen Caldas, CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. PAGANI, Marcella. **O direito do trabalho e todos os trabalhos com direito.** CONPEDI/2007.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O que é isto: o Direito do Trabalho? **In Direito do Trabalho:** evolução, crise, perspectivas. José Roberto Freire Pimenta [et. al.] coordenadores. São Paulo: LTr, 2004.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio. **Tutela inibitória nas ações coletivas:** instrumento eficaz na preservação da dignidade da pessoa humana e na erradicação do trabalho escravo ou degradante, Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho. José Hortêncio Ribeiro Júnior [et al.] organizadores. São Paulo:LTr, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito penal do trabalho.** Revista LTr, v.63, nº 6, p. 734-742, jun. 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coordenador). Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. **In Direito Coletivo Moderno:** da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** V. 1, 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. A amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. **In Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho.** José Hortêncio Ribeiro Júnior [et. al.], organizadores. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wanise Cabral. **As fases e as faces do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, **Processo e ideologia**. Revista de processo, ano 28, n. 110, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e coisa julgada. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40-41, *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. Temas atuais de direito processual civil, V. 6.

SILVA, Wanise Cabral. **As fases e as faces do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo. Enrico Túlio Liebman, v. 49).

STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD). *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 15. ed, vol.I. São Paulo: LTr, 1995.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 1999.

TOMÉ, Levi Rosa. **O artigo 461 do CPC**: é necessário maior efetividade da prestação jurisdicional, disponível em http://www.anamatra.org.br/opiniao/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=4881&descricao=artigos, acesso em 30.12.2008.

UELMEN, Amy. Fraternidade como categoria jurídica no Direito empresarial: aplicações na common law norte americana. *In* **Direito & Fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais/Giovani Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008.

Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *In* **Direito do Trabalho**: evolução, crise perspectivas. José Roberto Freire Pimenta [et. al.] coordenadores. São Paulo: LTr, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. O acesso à justiça e a nova prescrição do rurícola. *In* **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região. Belo Horizonte**, v. 31, n. 61, p. 93-106, jan/junho. 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *In* **Direito do Trabalho e trabalho sem direitos**. Márcio Túlio Viana [et. al.] coordenadores. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

VIANNA Segadas; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. Atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1995.

VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. **Sentença trabalhista**. 2. ed. Belo Horizonte: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1988.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LT, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, II**: Leis 11.187/2005, 11.232/1995, 11.276/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, KAZUO. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEBER, Max. *Apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. *In* **Direito Coletivo Moderno**: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público. Enoque Ribeiro dos Santos coordenador. São Paulo: LTr, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.