

OBJETO DAS AÇÕES COLETIVAS¹

Marcos Neves Fava²

I - HÁ UMA CRISE DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

Torna-se redundante a referência a existir uma crise de efetividade do processo, que abarca, por certo, o processo do trabalho. Ao longo do desenvolvimento da ciência do processo – e isto reflete os efeitos do avanço do estruturalismo, da primeira metade do século XX – o que deveria ser o instrumento de acesso à implementação do direito material acabou por revelar-se maior e mais importante, desequilibradamente, do que o próprio objeto a ser implementado. Questões processuais e procedimentais impregnaram a cultura judiciária, tornando-se tão mais relevantes do que a pretensão em jogo, que sobejam decisões 'sem resolução do mérito'. Ora, se as partes vêm a juízo, o que menos desejam é que o Estado manifeste-se, 'sem resolver' o mérito.

Esta direção, tomada, também, no âmbito do processo do trabalho, acabou por evidenciar formalismos indesejados, que afogam as lides e obstaculizam a efetividade mesma do funcionamento da justiça.

A crise, no entanto, deriva de alguns outros motivos de possível descrição.

Por primeiro, a insuficiência de estrutura física que desborda *da insuficiência da estrutura física*, face da demanda acentadamente crescente e crônica, pois que os litígios do trabalho não nascem senão na deplorável distribuição de renda,

1 Baseado na locução proferida no VII simpósio do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em Florianópolis, SC, outubro de 2010.

2 Juiz do trabalho titular da 89ª vara de São Paulo, mestre e doutor em direito do trabalho pela USP.

no desemprego estrutural, na ausência de políticas públicas de reemprego e de garantias no trabalho ou, finalmente, na definição mesma de relação de trabalho subordinado, que aproxima opostos. De um lado, o capital a desejar máxima produção, pelo mínimo custo, doutro, trabalho, sem opções, a lutar por melhor remuneração, para o menor trabalho. Uma relação nuclearmente conflituosa, que não tem, sem intervenção do Estado, possibilidade de solucionar suas lides.

O desproporcional desaparelhamento da Justiça do Trabalho oferece-se em razão de:

(a) *desaparelhamento legislativo* – leis processuais arcaicas, que se baseiam na já ultrapassada concepção de extrema segurança, ampliando ilimitadamente o sistema recursal;

(b) *interpretação conservadora* – do próprio direito processual, que se exhibe por uma posição sempre a favor da constante revisão; não suficientes os meios recursais já extensos e quase ilimitados – temos quatro instâncias, quase que ordinárias – outras figuras aparecem, para tomar lugar dos recursos, como as ações rescisórias³, os mandados de segurança, os pedidos de providência e as reclamações correicionais. Tudo a apontar para um processo que não termina, não se assenta nos limites da coisa julgada, senão depois de anos a fio.

(c) *sempre desenvolvida em favor da hipertrofia do processo de conhecimento* – abandonando-se a ideia de efetividade, como implemento prático e definitivo da prestação jurisdicional. Os tribunais, eles próprios, estabelecem suas estatísticas e mecanismos de controle da produção judiciária a partir do número de sentenças e audiências realizadas, sem considerar o mais importante, que seria a apuração das sentenças cumpridas, das execuções terminadas, do direito entregue. Nesta linha, a realização de perícias repetidas, no mesmo endereço, na mesma

3 Até pouco tempo, baratíssimas, por conta da isenção de que gozavam as partes do depósito de 20% do valor da condenação. Apenas com o advento da Lei 11495/2007, a cobrança passou a vigor no direito processual do trabalho.

empresa, na mesma função, no mesmo período cronológico, poderia metaforizar o apego a esta espécie de interpretação.

(d) *desparelhamento físico* – inequivocamente, em diversas áreas de concentração populacional mais expressiva, os números de servidores, juízes e varas revelam-se gravemente insuficientes. A ampliação da estrutura material da Justiça do Trabalho, que funciona como um elemento de resistência a sua maior eficácia, submete-se ao lento e desinteressado processo legislativo⁴, abandonando-se à própria sorte e impondo aos operadores sacrifícios pessoais indesejáveis.

O desaparelhamento físico alia-se às interpretações mais conservadoras, para esvaziar de efetividade o resultado prático do processo.

II - ESTA CRISE SITUA-SE DENTRO DE OUTRA: GLOBALIZAÇÃO E ENFRAQUECIMENTO DO PODER NACIONAL

Acirram-se as consequências dessa crise, no espaço globalizado, que tem por característica a reconstrução – ou a ressignificação – do Estado Nacional, tal como concebido no século XIX.

Não se colhe a mesma importância, com o desmonte da estrutura social, a partir da preponderância das decisões econômicas, da clássica figura da pirâmide, para uma rede de pontos *iguais* ou *equivalentes*. Não se enxerga mais uma estruturação hierárquica clara, em que as autoridades estatais garantem sua legitimidade por mecanismos como a eleição. Este sufrágio esvazia-se de significado, quando operadores privados têm maior importância e conduzem a movimentação da economia.

4 No ano de 2006, em todo o Brasil, instalaram-se varas do trabalho, após o processo legislativo de tramitação da lei, que se arrastou por onze anos! A 2.^a região, que possui o maior acervo de processos do país, contava, no projeto inicial, com 200 varas, mas, ao cabo de 11 anos de tramitação, recebeu vinte e duas.

Até os anos noventa, no Brasil, a indústria nacional era protegida por mecanismos de força do Estado (Nacional clássico), que preservavam as unidades produtivas, ainda que obsoletas. É lembrar, apenas como exemplo, os computadores a que se tinha acesso no final dos anos oitenta, em comparação – preço e qualidade tecnológica – com o que já grassava mundo afora. A perda da centralidade do Estado, derivada da globalização, provocou a abertura dos mercados, inundando-se a praça de novas alternativas, cada vez mais baratas e melhores do ponto de vista da tecnologia.

Estabelece-se, este avanço do privado sobre o público, desviando-se das funções e características do Estado Nacional instituído pela revolução liberal, com nítidos contornos, no âmbito dos Poderes da República, como se vê:

O Poder Executivo substitui-se, na aplicação de políticas públicas, pelas organizações não governamentais. O já extenuado processo de terceirização das atividades administrativas ganha fôlego, no final dos anos noventa, com a inserção de instrumentos novos, como as organizações sociais e as organizações sociais de interesse público⁵.

O Poder Legislativo enfraquece sua importância, quando as agências reguladoras passam a normatizar aspectos práticos da vida quotidiana. Estruturas burocráticas que não contam com a legitimação do voto – senão indiretamente – e que manejam as regras práticas da vida com maior importância e imediatismo do que as *leis* formais.

Já o Judiciário vem convivendo com outros mecanismos de solução de conflitos – já preponderantes em algumas áreas da vida social – como a arbitragem e as vias de concilia-

5 Em São Paulo, a esta altura, todos os hospitais públicos são geridos por OCIPs, entidades privadas, que recebem o prédio, a estrutura física, os servidores e o dinheiro públicos, para organizarem a gestão da atividade essencial. A constitucionalidade deste mecanismo encontra-se ainda sob julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, embora a lei (e as ações diretas de inconstitucionalidades) já conte com mais de uma década de vigência.

ção extrajudicial.

Vislumbra-se, nestes fenômenos, o resultado da perda de importância do Estado Nacional, como consequência de uma sociedade reestruturada a partir da ideia de espalhamento do poder em redes e da relevância do poder econômico. Neste ambiente, o *homem-só* não mais tem sua voz ouvida, mas se faz perceber pelo conjunto, pelas instituições chamadas nos distantes anos setenta de *órgãos intermediários*, as associações, partidos, igrejas, sindicatos, grupos. A voz que se escuta é, quase sempre, coletiva, institucional.

A formatação do poder na sociedade a partir da ideia de rede – contrária à figura da pirâmide – modifica a legitimidade de agir das instituições. Antes a legitimação derivava da condição material da instituição: valia pelo que era; hoje, alguma valoração poderá ser obtida apenas a partir do que ela faz (apreciação funcional). As instituições estabelecem-se como pontos mais ou menos relevantes da rede na medida em que conseguem efetividade em sua atuação. Se não a conseguem, dormitam na irrelevância.

Este fenômeno, no que toca ao Judiciário, mostra-se grave, exigindo que, para ocupar *um lugar* – não e nunca mais o da centralidade – na rede de solução dos conflitos sociais, a este ramo do Poder impõe-se e dele se exige *efetividade*.

III - AS RESPOSTAS DO PROCESSO CIVIL COMUM SÃO INSUFICIENTES.

As respostas disponíveis no processo clássico, de que o código de processo civil de 1973 é símbolo evidente, não bastam, porque ainda assentadas em premissas de há muito ultrapassadas.

Aquela perspectiva desborda de uma concepção individualista dos conflitos, mas se situa no seio de uma sociedade de massa: produção em massa, litigiosidade de massa, conflitos de

massa. A resposta do litígio individual não assegura efetividade judiciária, no mais das vezes, nem mesmo para os envolvidos na lide.

Também não se auferem legitimação, nem utilidade, do sistema clássico, porque se demonstra patrimonialista, indicando ter direito, que é titular de patrimônio. O Estado do Bem Estar Social – a esta altura já superado pelo pós-modernismo – anunciava direitos dos despossuídos e atestava a falta de correspondência entre *ter* e *ter direitos*. A tradição patrimonialista abona, ainda, a abordagem da solução pela via da *indenização*. Quem teve seu direito afetado, recebe compensação econômica e as relações sociais que em torno desse conflito situam-se *não se alteram*.

Por fim, a proposta clássica de funcionamento do processo civil externar-se insuficiente em razão de seu extremado formalismo. Como dito linhas atrás, a preponderância do processo *por si só*, sem que se perceba sua missão meramente instrumental, acaba por criar um verdadeiro manicômio das decisões judiciais, com extinções sem resolver o mérito – ou sem resolver nada – anos e anos depois do início dos litígios. A forma preponderante sobre o conteúdo, tão agudamente que nem mesmo do teor do litígio se vislumbra vaga lembrança.

Este conjunto de características, aliado à fragilidade da intervenção pública, torna o procedimento de intervenção judiciária fraco, muitas vezes inútil, senão, quase sempre, atrasado.

IV - UMA DAS SAÍDAS PARA ESTA CRISE É O PROCESSO COLETIVO

Nos longínquos setenta, atribuíam-se ao processo clássico individual a pecha de denegação de justiça, quando se constata a demora de uma década na tramitação de litígios trabalhistas, por exemplo, na Itália, segundo a avaliação de Proto

Pisani⁶.

O mundo do trabalho mostra-se nuclearmente coletivo. Adverte Palomeque-Lopez que seja apenas *ilusoriamente individual*. Desta constatação, a Consolidação das Leis do Trabalho mostrava-se, de tantos anos atrás, já ciente, ao indicar mecanismo do que José Augusto Rodrigues Pinto chama de princípio emergente da coletivização do processo, a saber: a possibilidade das ações transindividuais para cobrança de adicionais de periculosidade e insalubridade (artigo 195), a ação de cumprimento de legitimação ativa dos sindicatos (artigo 872) e a recomendação para que fossem unificadas em um só procedimento as demandas contra o mesmo empregador, contida no artigo 842.

Não se pode deixar de lado a importante antecipação dos modelos coletivos de tutela de direitos, em que se constitui o dissídio coletivo. Figura criada muitas décadas antes, no sistema brasileiro, da instituição da ação civil pública, e que se destina à proteção de interesses não individuais, tecnicamente identificados como *coletivos em sentido estrito*.

A prática cotidiana no foro trabalhista revela, no entanto, decepcionante afastamento desta linha teórica (e ideológica) assumida pela Consolidação das Leis do Trabalho. A regra do artigo 46 do CPC – individualista, como visto – acaba por demonstrar, na jurisprudência trabalhista, exageros de litisconsórcios ativos (facultativos) “mutitundiários” de dez litigantes! Ao reverso de unificar as ações iguais propostas em procedimentos separados, contra o mesmo reclamado e sobre o mesmo tema, estão os juízes a desmontar os litisconsórcios ativos facultativamente apresentados em ações individuais puras.

A superação desta prática abonará maior utilização das ações coletivas.

6 *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milão: Franco Angeli Editore, 1976, pp.14 e 15.

V - A TUTELA COLETIVA É NECESSÁRIA E ÚTIL.

O uso dos mecanismos coletivizantes de procedimento judiciário mostra-se útil, inegavelmente útil, porque:

(a) atinge igual e eficazmente a todos os trabalhadores em idêntica condição e sob mesma situação fática. Este viés, além da utilidade prática da celeridade no resultado final dos litígios, tem acentuada relevância em proveito da própria Justiça. Decisões conflitantes, sobre idêntica base fático-jurídica desmerecem e enfraquecem a legitimação do próprio Poder Judiciário. A univocidade das decisões das ações coletivas aplainam esses desvios, prestigiando o Poder como tal.

(b) a tutela coletiva ganha, ainda, em proveito, no que toca ao quadro de desproteção generalizada do trabalhador frente ao empregador na vigência do contrato. Como é cediço, em que pese a previsão do artigo 7º, I da Constituição da República – de tardia regulamentação por Lei Complementar –, não gozam os trabalhadores de proteção contra o despedimento arbitrário. Enquanto perdura, pois, o contrato, não há reclamar correção de desvios de rumos, sob o medo da demissão imotivada. Entre perder o emprego e reclamar, silencia o trabalhador. A intervenção de um ator social – representante dos interesses da classe –, com o instrumento da ação coletiva, possibilita reclamação com proteção contra represálias do tomador dos serviços. Ações sem rosto.

(c) outra vantagem que decorre do uso das ações coletivas, no universo dos litígios trabalhistas, relaciona-se com a potencialidade de 'conserto' dos contratos, quase ausente nas reclamações trabalhistas individuais, porque preponderantemente póstumas. Após o encerramento do contrato, já não mais será possível o acerto dos termos da avença, para sua melhora, seu avanço. Tudo se resume em indenizar o trabalhador pelos prejuízos já ocorridos, revelando-se uma jurisdição genérica,

sem a tutela específica que caracteriza a novel inserção do Estado nas relações conflituosas.

(d) a proteção de 'direitos-átomos', que, por não apresentarem relevância econômica individual, ou, às vezes, nenhuma, não estimulam a busca do Judiciário por ações individuais. A tutela coletiva possibilita o exercício de sua proteção, pelo todo, sem o encarecimento da demanda individual.

Estes avanços sugerem maior incidência – e insistência – na utilização das ações coletivas no processo do trabalho deste século XXI.

VI - CARACTERISTICAMENTE, AS AÇÕES COLETIVAS CONTEMPLAM CORREÇÃO DE PROCEDIMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER

O modelo das ações coletivas desenhado para o Brasil, desde 1985, aponta para as condenações de correção de procedimentos, pois que centram-se nas obrigações de fazer e não fazer.

Aufere-se, com isto, como já mencionado, a providência de correção do contrato, em sua vigência, com privilégio da intervenção específica.

Excepcionalmente, podem abarcar indenização – individual ou coletiva – pela via da exigência de reparação do dano já provocado. Distinção importante, nesta quadra, é a de ver a incidência dessas ações apenas para a compensação coletiva, não individual, dos danos. Particular atenção merecem as ações de tutela de interesses individuais homogêneos, que devem aplicar-se tão somente aos litígios que reúnam três elementos fundamentais e cumulativos: a homogeneidade da situação das vítimas, a origem comum (fato ou ato jurídico) e a possibilidade de tratamento coletivo (sentença que não seja tão genérica quanto a lei, nem que exija liquidação individual de situações fáticas díspares).

Possível é imaginar uma condenação coletiva que determine o pagamento de determinado benefício convencional unívoco para todos os membros da categoria – a PLR, por exemplo – mas isto não se poderia aplicar ao ajuste de jornada de trabalho, com a quitação de horas extras individualmente tomadas. Esta última hipótese enfraqueceria a liquidação, convertendo-a em verdadeira reunião de plúrimas, aí sim num *litisconsórcio ativo multitudinário* inadequado.

Já a reparação de danos coletivos – ou difusos – vem sendo perseguida com notório êxito, o que se pode vislumbrar, marcadamente, nas ações de combate ao trabalho escravo.

Por fim, tratando de obrigações de fazer ou não fazer, as ações coletivas mostram caráter eminentemente inibitório, abrindo-se as portas do artigo 461 do CPC, com suas ilimitadas ferramentas de intervenção jurisdicional específica, que têm na *multa para cumprimento da ordem* apenas um exemplo de um extenso (ilimitado) rol de possibilidades que o caso concreto indicará ao juiz.

VII - HÁ LARGO ESPAÇO PARA AMPLIAÇÃO DO USO DAS AÇÕES COLETIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Firmadas estas premissas, há largo espaço para estabelecerem-se as hipóteses de utilização das ações coletivas no processo do trabalho, como se passa a pontuar:

(a) Combater *discriminação* nas fases contratual e pré contratual.

(b) impor a correção de desvios nos *sistemas de jornada e compensação de horas*, de pagamento de *salários*, de entrega de *benefícios* (vale transporte, por exemplo), correção de método de *cálculo da complementação de aposentadoria*;

(c) desconstituir *terceirização* irregular, impondo ao tomador dos serviços a contratação de empregados para as fun-

ções subordinadas de sua atividade-fim;

(d) corrigir a atuação irregular de *comissões* de conciliação prévia, que se prestam apenas para fraudar a homologação de rescisórias, com suposta incidência dos efeitos de quitação geral previstos pela lei de sua criação (9958/2000);

(e) impor ou ampliar as medidas de *segurança e medicina do trabalho*, diminuindo ou eliminando riscos no local de trabalho;

(f) proteger o *meio ambiente do trabalho*, quer com vistas à tutela dos interesses do grupo de trabalhadores (interna), quer, segundo métodos específicos, com o fito de proteger a comunidade que fisicamente se acerca do empreendimento;

(d) postularem-se os adicionais de *periculosidade e insalubridade*, com mapeamentos genéricos de todos os setores da unidade produtiva, evitando-se a reiteração inútil de ações individuais e possibilitando o recebimento dos adicionais por quem se encontre, já, empregado;

(d) limitar e exigir a negociação para *as demissões em massa*, como assentado em precedente do TST no julgamento do DC 309/2010;

(e) ampliar e garantir o exercício da greve, *afastando* os interditos proibitórios concedidos 'em branco';

(f) corrigir *contratações públicas* sem concurso, estabelecendo a realização dos concursos, com cronogramas e mecanismos de cumprimento dos prazos estabelecidos;

(g) corrigir desvios de uso das organizações sociais de interesse público, instrumentos de gestão da coisa pública na atualidade;

(h) corrigir desvios de *comando contratual*, como as revistas íntimas, determinações de comprimento de cabelo ou outras inutilidades que vilipendiem a intimidade ou a honra dos trabalhadores; e acertar os sistemas de remuneração desequilibrados;

(i) regularizar obrigações acessórias, como *os recolhi-*

mentos previdenciários e de fgts – em que pese o limite legal flagrantemente inconstitucional do uso para este fim, à vista do acesso amplo à justiça, sem limitações, garantido pela Constituição da República;

(j) promover o combate ao trabalho *degradante* e ao análogo à condição de *escravo*, tanto na indenização de danos coletivos (*rectius*, difusos), quanto na tentativa de recuperar os prejuízos individuais do grupo de vítimas;

(l) coibir utilização de cláusulas de convenção coletiva abusivas, ilegais ou prejudiciais ao interesse dos trabalhadores;

Este rol, exemplificativo, ampliar-se-á no cotidiano do foro, com o incentivo, emanado da própria Justiça do Trabalho, ao manejo dessas ações.

VIII - O QUE NÃO É OBJETO DE AÇÃO COLETIVA

Bem é de ver, no entanto, que há limites para a utilização das ações coletivas, constituindo-se um 'não objeto', por assim dizer, que precisa ser delimitado.

Não se inserem nas possibilidades do uso de ações coletivas:

(1) correção genérica de todos os procedimentos de todas as empresas da categoria; provimento judicial não pode ter o mesmo caráter genérico da lei;

(2) tratar de direitos individuais homogêneos de impossível acerto coletivo, como pagamento de diferenças de horas extras, por exemplo, que exigiria liquidação individual submetida à análise da prova;

(3) buscar a declaração absoluta de inconstitucionalidade – não incidental, mas definitiva;

(4) perseguir a anulação de cláusula de convenção coletiva, função da 'ação anulatória', que tem sede nos tribunais e tratamento (regimental) diferenciado da ação coletiva e mais próximo do dissídio coletivo;

(5) abordar as questões decorrentes da quebra da moralidade pública, o que, segundo a interpretação restritiva do judiciário no que toca à competência da Justiça do Trabalho, não se encontra sob seus cuidados.

O caminho a ser trilhado pende, no entanto, de alguns aperfeiçoamentos.

IX - EVOLUÇÃO – PENDE DE APRIMORAMENTO

O mais evidente deles, para fortalecimento do representante natural da categoria, é a evolução do *sistema sindical*, em prol de efetiva legitimação. Enquanto perdurarem os cartórios sindicais, garantidos por remuneração fácil contida no 'imposto' sindical, e assegurados pela confortável unicidade territorial, toda a representação da categoria restará mitigada, incluindo-se aí o uso das ações coletivas.

De outro lado, carece, a consciência *judicial*, de assumir que quase todo direito trabalhista tem caráter transindividual, podendo ser tratado por meio de ação coletiva. Ampliarem-se os horizontes de chances, sem a fuga célere para o caminho da impossibilidade jurídica do pedido por inadequação da via.

Ainda mais, importante será obter o reconhecimento de que a intervenção por meio das ações coletivas, em razão da força coatora que representa, tem *potencializada sua eficácia*, fortalecendo o próprio Judiciário.

Em termos da prática judiciária, mister se faz a *admissão da liquidação individual*, proposta pelo código de defesa do consumidor (artigo 98), aplicável à lei da ação civil pública, facilitando esta fase mais morosa do processo. Uma só sentença coletiva, que traga parâmetros para individualização dos cálculos – afastando-se o exercício da prova delongada que ensejaria, praticamente, uma nova ação individual – bastaria para a tutela do direito de inúmeros beneficiados.

X - GANHOS COM A MELHORA DO USO DOS MEIOS DE PROTEÇÃO COLETIVA DE DIREITOS, NO PROCESSO DO TRABALHO

O desenvolvimento do uso do sistema das ações coletivas trará maior eficácia à tutela e, portanto, fortalecimento da intervenção do estado-juíz: *aperfeiçoamento do judiciário*, garantindo sua participação na rede de poderes sociais.

A efetividade, a seu turno, cumprindo a garantia constitucional de acesso à justiça, potencializará a preservação do *valor trabalho*, que foi galgado à condição de fundamento do Estado de Direito, pelo artigo 1º, IV da Carta de 1988.

Considera-se, assim, a elevação do direito ao processo à condição de *garantia fundamental*, exigindo-se da organização procedimental a tríade: justiça, especificidade e presteza.

Aufere-se, desta forma, o engrandecimento, com isto, da *dignidade do homem*, núcleo epistemológico da Constituição da República de 1988.

