

CLARISSA RIBEIRO SCHINESTCK

**A TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL
TRABALHISTA**

TESE - DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO ARI POSSIDONIO BELTRAN

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

CLARISSA RIBEIRO SCHINESTCK

**A TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL
TRABALHISTA**

Tese apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Ari Possidonio Beltran.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2013**

BANCA EXAMINADORA:

Orientador:

Professor Asociado Ari Possidonio Beltran

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho somente foi possível em razão da ajuda que recebi de várias pessoas, a quem sou imensamente grata. Sem o seu auxílio não teria sido possível concluir esta tese. A algumas delas gostaria de agradecer especialmente.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me conduzido até aqui.

Ao Ministério Público do Trabalho, instituição que tenho a honra de integrar, agradeço a licença concedida para elaboração desta tese de doutorado e, especialmente, a oportunidade de vivenciar situações que despertaram muitas das reflexões desenvolvidas neste estudo. Aos colegas da Procuradoria do Trabalho de Campinas, por terem assumido os encargos decorrentes de meu afastamento temporário, em especial, ao colega Sílvio Beltramelli Neto que me substituiu diretamente. Às bibliotecárias da instituição, Aline e Rosana agradeço pela busca incansável de fontes de pesquisa. Aos colegas Ricardo José Macedo de Brito, Fabíola Junges Zani e Lorena Porto pelo material que me disponibilizaram.

Ao professor Dr. Ari Possidonio Beltran agradeço com imensa gratidão por ter aceitado me orientar, pela confiança em mim depositada e pelas relevantes considerações tecidas ao longo do estudo. Aos professores Ronaldo Lima dos Santos e Homero Batista Matheus pelas observações e sugestões apresentadas no exame de qualificação, que contribuíram de forma substancial para a construção da tese.

À minha amiga Ângela agradeço por ter estado sempre ao meu lado me apoiando, amparando e incentivando durante toda esta caminhada e, sobretudo, por me ajudar a fazer crer que a vale a pena lutar por ideias de ética e justiça. À amiga Jaqueline Mielkes Silva agradeço especialmente por ter compartilhado dúvidas, ideias e sugestões, pelo incentivo e por todo o todo material bibliográfico que me auxiliou a angariar.

Aos meus pais, sou muito grata por tudo o que representam em minha vida e pela firme educação e base moral que me deram. Ao Mário meu marido, agradeço por tudo e principalmente pelo suporte que me deu nesta longa jornada, Por todo o amor, companheirismo, compreensão, paciência e apoio para que eu pudesse me dedicar à elaboração desta tese.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar os limites, contornos e possibilidades do instituto da tutela inibitória no campo da jurisdição metaindividual trabalhista. Almeja-se demonstrar que a sociedade contemporânea, massificada e assinalada por riscos e incertezas de toda a ordem, não mais pode prescindir de uma tutela eminentemente preventiva, como a inibitória coletiva. Partindo-se da premissa de que o conteúdo dos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores é eminentemente extrapatrimonial, preconiza-se que estes não se coadunam com o modelo privatístico e repressivo de jurisdição, reclamando uma proteção de caráter preventivo. Considerando que tais direitos destinam-se à inviolabilidade e que as lesões que os atingem são geralmente irreversíveis, sustenta-se que a compensação pelo equivalente monetário não se constitui no tipo de tutela mais adequado para protegê-los. Desse modo, intenta-se desvelar, sob a perspectiva das novas exigências de tutela, a importância de o ordenamento jurídico estar aparelhado com procedimentos diferenciados vocacionados a antecipar-se às lesões de massa, salvaguardando e promovendo os direitos fundamentais insculpidos pela Constituição Federal. Para tanto, examinam-se os principais institutos do processo em sua correlação com a tutela inibitória metaindividual trabalhista, buscando evidenciar a necessidade de serem adotados novos padrões de análise para operar com este novo tipo de tutela. Nesta esteira, procura-se desvelar que os compromissos da ciência processual com a cultura e valores vigentes na época em que ocorreu a sua estruturação, como ramo autônomo do Direito, determinaram o modelo básico de jurisdição, essencialmente repressivo e direcionado à tutela dos direitos individuais e patrimoniais e dificultaram o desenvolvimento da tutela inibitória. Sustenta-se a indispensabilidade de superar-se o paradigma liberal racionalista sobre o qual se assentou o sistema processual brasileiro, cujas bases político-ideológicas são incompatíveis com os valores propugnados pela sociedade atual e com uma autêntica tutela inibitória. Por fim, defende-se a necessidade de construção de um novo paradigma de processo para pautar as questões relacionadas à concretização dos direitos transindividuais trabalhistas no âmbito jurisdicional, no qual a tutela inibitória assumira posição de proeminência.

Palavras-chaves: Tutela inibitória – Prevenção – Direitos metaindividuais dos trabalhadores

ABSTRACT

The present work proposes to analyze the limits, outlines and possibilities of the prohibitory injunction in the labor metaindividual jurisdiction. It is aimed to show that the contemporary mass society, surrounded by uncertainties and risks of all sorts, can no longer do without a highly preventive tutelage, such as the collective injunction. Assuming that the content of the diffuse and collective rights of laborers is eminently extra-patrimonial, it is alleged that these are not consistent with the private and repressive jurisdiction role, claiming for a preventive protection. Considering that those rights intend the inviolability and that the injuries caused to workers are usually irreversible, it is argued that the monetary equivalent compensation do not constitute the best suited kind of tutelage to protect them. Therefore, it is attempted to disclose, under the perspective of new tutelage demands, the importance of the legal system to be equipped with differentiated procedures directed to anticipate mass injuries, safeguarding and promoting fundamental rights under the Federal Constitution. For that reason, the correlation between the main institutes of the process and the labor metaindividual prohibitory injunction are examined in order to highlight the need for adopting new analysis standards to impose this new type of tutelage prohibitory injunction. In this sense, it is intended to reveal that the commitments of procedural science to culture and values prevailing at the time in which it was structured as an autonomous area of the Law determined the basic model of jurisdiction, essentially repressive and directed towards the protection of individual and property rights and hindered the development of prohibitory injunction. It argues the need to overcome the rationalist liberal paradigm on which the Brazilian legal system was established, which political and ideological foundations are incompatible with the values defended by the current society and an authentic prohibitory injunction. Lastly, it is argued the need of constructing a new paradigm of process to guide the issues related to the implementation of labor transindividual right under jurisdictional scope in which the prohibitory injunction takes on position of prominence.

Keywords: Prohibitory injunction - Prevention – Worker's metaindividual rights

RIASSUNTO

Questo studio si propone di analizzare i limiti, gli ambiti e le possibilità dell'istituto giuridico della tutela inibitoria nel campo della giurisdizione metaindividuale del lavoro. Mira a dimostrare che la società contemporanea, massificata e caratterizzata da rischi e incertezze di ogni genere, non può più fare a meno di una tutela eminentemente preventiva, come quella inibitoria collettiva. Partendo dal presupposto che il contenuto dei diritti diffusi e collettivi dei lavoratori è soprattutto extrapatrimoniale, ci si raccomanda che questi non si leghino al modello privatistico e repressivo di giurisdizione, sostenendo una protezione di carattere preventivo. Considerando che tali diritti sono destinati all'inviolabilità e che le lesioni che li colpiscono sono generalmente irreversibili, si sostiene che il risarcimento con l'equivalente monetario non costituisce il tipo di tutela più adatta a proteggerli. In questo modo si cerca di svelare, sotto il punto di vista dei nuovi requisiti di tutela, l'importanza che l'ordinamento giuridico sia attrezzato con diverse procedure volte a prevenire le lesioni di massa, salvaguardando e promuovendo i diritti fondamentali incisi nella Costituzione Federale. A tal fine, si esaminano i principali istituti giuridici del processo nella loro correlazione con la tutela inibitoria metaindividuale del lavoro, cercando di evidenziare la necessità di adottare nuovi standard di analisi per gestire questo nuovo tipo di tutela. Su questa linea, si cerca di svelare che gli impegni della scienza processuale nei confronti della cultura e dei valori in vigore al momento in cui è avvenuta la sua organizzazione come branca autonoma del Diritto hanno determinato il modello di base della giurisdizione, essenzialmente repressivo e diretto alla tutela dei diritti individuali e patrimoniali e hanno ostacolato lo sviluppo della tutela inibitoria. Si sostiene la necessità di superare il paradigma liberal-razionalista su cui si è fondato il sistema giuridico brasiliano, le cui basi politico-ideologiche sono incompatibili con i valori propugnati da parte della società attuale e con un'autentica tutela inibitoria. Infine, si difende la necessità di costruire un nuovo modello di processo per regolare le questioni concernenti la concretizzazione dei diritti transindividuali del lavoro in ambito giuridico, in cui la tutela inibitoria assuma una posizione di preminenza.

Parole chiave: Tutela inibitoria – Prevenzione – Diritti metaindividuali dei lavoratori

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CIPA - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

DRT - Delegacia Regional do Trabalho

FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador

MPT - Ministério Público do Trabalho

NR - Normas Regulamentares

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

SESMT - Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho

STF - Supremo Tribunal Federal

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I. A TUTELA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS NA JURISDIÇÃO TRABALHISTA	15
1. As transformações sociais e a massificação dos conflitos	15
2. Os interesses metaindividuais trabalhistas	30
2.1. A questão da existência de direitos ou interesses metaindividuais	30
2.2. A identificação e caracterização dos interesses metaindividuais	39
2.2.1. Os interesses difusos	46
2.2.2. Os interesses coletivos	52
2.2.3. Os interesses individuais homogêneos	56
3. Os interesses metaindividuais e as novas exigências de tutela	62
3.1. A tutela processual dos interesses metaindividuais no direito brasileiro	62
3.2. Os aspectos social, jurídico e político da tutela processual dos interesses metaindividuais	67
CAPÍTULO II. A TUTELA INIBITÓRIA NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS	79
1. Tutela inibitória: conceito e objeto	79
2. A dimensão constitucional da tutela inibitória metaindividual trabalhista	90
3. Fundamentos normativos da tutela inibitória metaindividual	100
4. Pressupostos de atuação da tutela inibitória coletiva	106
4.1. O dever geral de prevenção e a releitura dos fundamentos da responsabilidade civil	107
4.2. O ato ilícito	119
4.3. A ameaça	128
5. Modalidades de tutelas inibitórias	132
6. A tutela inibitória e a distinção de outras figuras	137
6.1. Tutela inibitória e tutela cautelar	137
6.2. A tutela inibitória e a ação declaratória	141
6.3. Tutela inibitória e condenação para o futuro	142

CAPÍTULO III. DELINEAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL TRABALHISTA	145
1. As condições da ação na tutela inibitória coletiva.....	145
1.1. Legitimidade para a causa	145
1.1.1. Legitimidade ativa	145
1.1.2. Legitimidade passiva	150
1.1.2.1. Pessoa física ou jurídica.....	150
1.1.2.2. Classe, grupo ou categoria de pessoas - ação coletiva passiva (<i>defendat class action</i>)	152
1.2. Interesse de agir.....	157
1.3. Possibilidade jurídica do pedido.....	162
1.3.1. Possibilidade jurídica do pedido e tutela inibitória de direitos individuais homogêneos	167
1.3.2. Tutela inibitória metaindividual trabalhista e a cumulação de pedidos...	169
2. A cognição judicial na tutela inibitória coletiva.....	174
3. A prova nas tutelas inibitórias metaindividuais.....	178
3.1. A distribuição dos ônus probatórios e a tutela inibitória coletiva trabalhista.....	185
4. A jurisdição de urgência na esfera da tutela inibitória metaindividual trabalhista	189
5. O conteúdo da sentença inibitória nas ações coletivas trabalhistas	193
5.1. A sentença inibitória e o princípio da congruência	197
6. As medidas coercitivas e de apoio para efetivação da tutela inibitória metaindividual trabalhista.....	200
6.1. Meios de coerção indireta	202
6.1.1. Sanção pecuniária (<i>astreintes</i>).....	202
6.1.2. A prisão	205
7. A coisa julgada na tutela inibitória metaindividual trabalhista	207

CAPÍTULO IV. A TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL TRABALHISTA E A TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA MODERNIDADE	211
1. A crise de efetividade do processo	211
2. O paradigma informador do Direito na modernidade	213
2.1. Premissas teóricas do paradigma informador do Direito na modernidade.....	214
2.1.1. O cientificismo do Direito e o culto ao valor segurança.....	214
2.1.2. A neutralidade do juiz e o sentido unívoco da lei	223
3. Os elementos estruturantes do modelo básico processo e da jurisdição segundo o paradigma da modernidade.....	233
3.1. O distanciamento entre direito material e processo.....	233

3.2. A jurisdição como atividade essencialmente declaratória e repressiva	243
3.3. A necessidade de cognição plena e contraditório prévio na mesma relação processual	246
3.4. A incoercibilidade das obrigações e a conversão dos direitos em pecúnia.....	251
4. A tutela inibitória metaindividual trabalhista e o rompimento com os elementos estruturantes do sistema processual	258
4.1. A reaproximação entre direito material e processo e a adoção de novos referenciais	258
4.2. A jurisdição aparelhada com poderes de império para prover a tutela específica preventiva dos direitos metaindividuais	262
5. Possibilidades em termos de tutela inibitória metaindividual trabalhista.....	265
5.1. O emprego das técnicas de sumarização das demandas.....	265
5.2. O modelo italiano das inibitórias coletivas trabalhistas típicas.....	270
5.3. Sugestões para aprimoramento da tutela inibitória metaindividual trabalhista	273
6. A transição paradigmática	274
CONCLUSÃO	278
REFERÊNCIAS	282

INTRODUÇÃO

A busca por novas formas de tutelas aptas a responderem com efetividade às novas demandas e exigências de uma sociedade complexa, massificada e envolvida por riscos e incertezas das mais diversas ordens tem marcado a atual fase do direito processual. Em tal contexto de renovação é que se situa a tutela inibitória metaindividual trabalhista, temática versada no presente estudo.

Cuida-se de uma tutela preventiva específica direcionada a impedir a prática, a continuação ou a repetição de ilícitos, tendo por intuito manter incólumes os direitos proclamados pela ordem jurídica.

Esta forma de tutela é extremamente importante para promover e salvaguardar os direitos transindividuais dos trabalhadores, destinados, em sua maioria, à inviolabilidade e caracterizados por sua extrapatrimonialidade. Em face da natureza não patrimonial dos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores, as lesões que os atingem são geralmente irreversíveis, não sendo passíveis de compensação pelo equivalente monetário. Dessa forma, tais direitos somente podem ser adequadamente protegidos através de uma tutela de caráter preventivo, sobretudo diante do atual contexto em que se inserem as relações de trabalho marcado por incertezas e riscos das mais diversas ordens.

Justifica-se a eleição deste tema por dois motivos: o primeiro deles diz respeito à relevância e atualidade da tutela inibitória coletiva para o cenário jurídico processual brasileiro que, diante da nova realidade surgida a partir da sociedade de risco necessita estar aparelhado com instrumento capaz de conferir proteção preventiva aos direitos transindividuais dos trabalhadores; o segundo pode ser atribuído à circunstância de que, em virtude da inibitória ser um instituto recentemente incorporado ao sistema processual pátrio, seus delineamentos e contornos ainda estão em fase de sedimentação e estruturação na doutrina e na jurisprudência, justificando a realização de investigações que possam contribuir neste sentido. Ressalta-se ainda que, a despeito da importância de que se reveste o assunto, foi este pouco abordado, notadamente na área trabalhista.

A delimitação do tema objeto deste trabalho tem por escopo examinar os aspectos essenciais, limites e possibilidades de atuação do instituto da tutela inibitória no campo da jurisdição metaindividual trabalhista.

A ideia matriz que norteia este estudo é a de que o processo existe para satisfazer os direitos no plano da vida, devendo aproximar-se da realidade social, sob pena de entrar em colapso e não mais servir à sociedade como instrumento de concretização dos valores e objetivos plasmados na ordem constitucional. Assim, para realizar a investigação, parte-se da premissa de que os institutos processuais e o modo de trabalhar com o processo necessitam evoluir de forma dinâmica e em compasso com as mutações sociais, amoldando-se continuamente às novas realidades e conflitos que emergem a todo instante.

Para desenvolver-se esta temática, optou-se por empreender uma focalização crítica e interdisciplinar do instituto da tutela inibitória metaindividual trabalhista de modo a concebê-la, na tendência das linhas traçadas pela processualística e dogmática-constitucional contemporâneas, como instrumento transformador da realidade social e de concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Dessa forma, o trabalho propõe-se a refletir sobre as transformações sociais que puseram em evidência os direitos difusos e coletivos dos trabalhadores para, a partir daí, examinar as possibilidades que a tutela inibitória coletiva detém para adequar-se às alterações atravessadas pela sociedade respeitando padrões éticos, morais e as garantias processuais já conquistadas e funcionar como instrumento de realização de direitos.

Neste contexto, adotando-se a perspectiva normativista, tem-se por intuito fazer uma leitura atenta do procedimento a ser aplicado à tutela inibitória no âmbito da jurisdição metaindividual trabalhista, apontando os caminhos que se entendem mais apropriados para conduzir à satisfação dos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores. Outrossim, objetiva-se realizar uma abordagem crítica dos principais aspectos do processo – condições da ação, cognição, tutela de urgência, prova, conteúdo da sentença, medidas coercitivas e coisa julgada – quando aplicados à tutela inibitória coletiva.

Ademais, o estudo preocupa-se em demonstrar o anacronismo do paradigma informador do processo para operar em uma sociedade massificada, complexa e permeada por riscos de todos os tipos, bem como a sua incompatibilidade com as bases orientadoras da tutela inibitória metaindividual trabalhista. Tal análise passa necessariamente pela

abordagem acerca da ideologia do processo e pela formação jurídico-cultural dos operadores do direito brasileiro.

Por fim, almeja-se apresentar algumas propostas que poderiam dotar a tutela inibitória metaindividual trabalhista de maior efetividade, diminuindo a demora na entrega da prestação jurisdicional e tornando a jurisdição trabalhista, de fato, um mecanismo concretizador de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Em virtude do corte metodológico, a investigação não se aprofundará no exame de cada um dos institutos processuais mencionados ao longo do trabalho, mas apenas procurar-se-á correlacioná-los com a temática da tutela inibitória no campo da jurisdição metaindividual trabalhista.

Para fazer a exposição da tese, reputou-se mais apropriado uma abordagem intermediária entre as perspectivas monográfica e panorâmica. Cumpre salientar que a metodologia empregada na elaboração do trabalho foi a análise qualitativa do material coletado a partir de pesquisa bibliográfica interdisciplinar composta por livros, periódicos e artigos publicados por autores nacionais e estrangeiros. Como técnica de pesquisa, valeu-se da documentação dos levantamentos de dados efetuados a partir das fontes de consulta a fichamentos bibliográficos contendo as informações e as referências necessárias, segundo as diretrizes traçadas pelas regras que orientam o trabalho científico.

Desse modo, o estudo está composto de quatro capítulos: o primeiro foi dedicado a tratar da tutela dos direitos metaindividuais dos trabalhadores na jurisdição trabalhista, tratando-se das questões atinentes à sua identificação, caracterização, significação jurídica, política e social; no segundo, pretendeu-se delinear os contornos da tutela inibitória metaindividual trabalhista como instrumento de tutela preventiva, examinando-se os seus principais aspectos – constitucionalização, natureza jurídica, modalidades, distinções em face de outras formas de tutela preventiva; no terceiro, objetivou-se fazer um exame dos aspectos particulares atinentes à atuação da tutela inibitória no âmbito jurisdicional, perpassando pelas condições da ação, forma de cognição, tutela de urgência, sentença, medidas coercitivas e coisa julgada. Tal abordagem pareceu necessária em virtude da novidade e das peculiaridades da tutela inibitória. Por fim, o quarto capítulo foi elaborado com o escopo de desvelar as raízes que ensejaram a consolidação do paradigma liberal racionalista sobre o qual se assentou o sistema processual tradicional, cujas bases político-

ideológicas são incompatíveis com aquelas contempladas para a tutela inibitória metaindividual e, em razão disso, dificultam o seu desenvolvimento e a sua consolidação.

Ao final, foram apresentadas as conclusões extraídas do trabalho desenvolvido.

Insta registrar que ante as semelhanças guardadas entre os direitos italiano e brasileiro, entendeu-se ser pertinente tecer algumas breves considerações relativas ao funcionamento do instituto da tutela inibitória na Itália, de modo a compará-la topicamente com o seu processamento no Brasil.

Em síntese sob o prisma das novas exigências de tutela reclamadas pela sociedade contemporânea, buscou-se demonstrar a indispensabilidade da construção de um novo paradigma para pautar as questões relacionadas à concretização dos direitos metaindividuais dos trabalhadores no âmbito jurisdicional, no qual a tutela inibitória assume posição de proeminência.

CAPÍTULO I. A TUTELA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS NA JURISDIÇÃO TRABALHISTA

1. As transformações sociais e a massificação dos conflitos

A dinâmica de interação e avanços contínuos havida entre Direito e sociedade foi responsável por colocar em evidência¹ os interesses difusos e coletivos² e positivá-los. Outrossim, a contextualização, ainda que em linhas gerais, das circunstâncias³ que ensejaram a positivação de tais direitos e dos respectivos instrumentos de tutela jurisdicional é relevante para a compreensão da temática da tutela coletiva e dos desafios enfrentados atualmente para garantir a sua efetividade. Cabe aqui descrever os aspectos mais relevantes dessas transformações sociais.

O advento da Revolução Industrial⁴, cujo início se deu na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, e posteriormente propagou-se para outros países da Europa, bem como as consequências daí originadas provocaram modificações substanciais nas relações econômicas e sociais até então existentes. Estes acontecimentos podem ser inseridos dentre

¹Diz-se que se cuidou de um movimento que pôs em evidência os direitos difusos e coletivos, porquanto devido a uma série de fatores, tais direitos, embora tenham sempre existido, em nenhum momento da história foram tão realçados. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr. lecionam que: “Interesses difusos ou coletivos existiram sempre, desde que o homem passou a viver em grupo, em sociedade, uma vez que são conaturais a esta. A sociedade moderna colocou-os em maior evidência”. Neste sentido: FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54; MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 90; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 55; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 36; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 59; NERY JÚNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 151-152, fev. 2000.

²A expressão “direitos coletivos” é empregada neste trabalho em sentido amplo, albergando, além dos direitos coletivos em sentido estrito, também os direitos individuais homogêneos.

³Salienta-se que apesar de os fatos que ensejaram o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos em cada país serem semelhantes, guardadas algumas peculiaridades próprias, o tempo em que tal situação se processou é diverso, mas não será aqui abordado em detalhes ante o corte metodológico do trabalho. Pontua-se, desde já, que no Brasil, em virtude de sua industrialização tardia, os fatos processaram-se em momento posterior à sua constatação na Europa.

⁴“Em primeiro lugar, a Revolução Industrial não foi uma mera aceleração do crescimento econômico, mas uma aceleração de crescimento em virtude da transformação econômica e social – e através dela”. HOBBSAWM, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 2. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. p. 33.

os mais importantes fatos ocorridos na história da sociedade e enquadrados como os principais responsáveis pelo movimento que pôs em destaque os direitos difusos e coletivos.

Tratou-se de um momento histórico em que se sucedeu uma excepcional revolução tecnológica simbolizada, inicialmente, pela invenção da máquina a vapor, mas que nesta não se encerrou, haja vista que o processo de invenções permaneceu em desenvolvimento atingindo o tempo presente. A tecnologia empregada no processo de produção a partir do surgimento da máquina a vapor impulsionou o capitalismo e alterou o modelo produtivo, o qual deixou de ser essencialmente agrário e comercial para tornar-se industrializado. Segundo Eric Hobsbawm⁵, o início da Revolução Industrial expressou “uma nova forma de sociedade, o capitalismo industrial, baseada numa nova forma de produção, a 'fábrica' ”. Esta transformação operou-se em uma conjuntura de rompimento com o feudalismo e de valorização da razão através do movimento Iluminista.

A partir da industrialização, a produtividade foi ampliada e imprimiu-se um ritmo acelerado à fabricação dos bens⁶. Novas técnicas foram sendo incorporadas aos processos produtivos como a eletricidade e o motor à explosão, chegando-se à automação das fábricas. Em virtude dos altos custos da produção, as empresas organizaram-se tendo como objetivo a produção em série de bens homogêneos. O comércio expandiu-se e possibilitou a produção em larga escala e o encadeamento indeterminado entre consumo e produção⁷.

A organização do trabalho igualmente transformou-se. Os trabalhadores que no período anterior cuidavam integralmente do procedimento para a confecção de um determinado bem, valendo-se de técnicas artesanais e manufatureiras, começaram a empregar sua força de trabalho para os detentores do capital, operando máquinas e exercendo suas atividades exclusivamente em uma determinada etapa da produção. Teve origem, assim, o trabalho assalariado que, nesta fase, não exigia qualificação especial para o seu desempenho.

Uma significativa parcela das populações rurais transferiu-se para as cidades, mais especificamente para o entorno das grandes fábricas, ampliando o contingente

⁵HOBSBAWM, Eric J. op. cit., p. 53.

⁶HILBRONER, Robert Louis. *Formação da sociedade econômica*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 113.

⁷WAGNER, Eugênia Sales. *Hanna Arendt & Karl Marx: o mundo do trabalho*. Cotia: Ateliê Editorial, 2002. p. 95.

populacional e fazendo emergir os centros urbanos que cresceram de forma desorganizada e desprovidos de estrutura para acomodar esses grupos. A fábrica foi alçada ao centro da vida social e econômica⁸ e o trabalho fabril tornou-se um fenômeno de massa⁹, colocando em evidência espaços que não se amoldavam perfeitamente àquilo que era reputado como público ou privado¹⁰.

Nessa linha, Hanna Arendt assinalou que o deslocamento do labor até então desenvolvido na esfera privada para os espaços da vida pública¹¹, já que executado em local distinto do lar, marcou a tendência de desaparecimento dos limites firmes estabelecidos entre o que se considerava como público e privado e o nascimento de uma nova esfera: a esfera social, contendo características tanto públicas como privadas.

Vivenciava-se, nesta época, o período do chamado Estado Liberal¹², cujas concepções pregavam a neutralidade e abstenção do ente estatal no âmbito das relações sociais, reservando-se uma parcela de autonomia ao indivíduo na qual não cabia ao Estado interferir. A postura estatal de não ingerência nas relações interindividuais tinha por escopo garantir a consecução dos interesses econômicos¹³ e a estabilidade necessária ao desenvolvimento do capitalismo.

Desse modo, o Estado estava incumbido de, através da lei, apenas garantir a liberdade e a igualdade formal entre todos, protegendo os direitos civis e políticos¹⁴ dos indivíduos, os quais se constituíam em limites oponíveis contra o próprio ente estatal. Os

⁸HILBRONER, Robert Louis. op. cit., p. 114.

⁹RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*: parte I - dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005. p. 37.

¹⁰ARENDRT, Hanna. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 58.

¹¹Segundo Hanna Arendt, em virtude de o princípio da organização do trabalho estar ligado ao domínio público, a divisão de uma atividade em uma série de manipulações no curso do processo produtivo somente seria possível em um espaço distinto do lar, bem como pelo fato de que o homem tem a capacidade de agir juntamente com outros, o labor passou a ocupar o espaço público. ARENDRT, Hanna. op. cit., p. 57-58.

¹²SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 56; LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 28.

¹³PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 228.

¹⁴Trata-se dos denominados direitos humanos de primeira dimensão, cujas fontes legais institucionalizadas foram proclamadas nas Declarações de Direitos da Virgínia - EUA (1776) e da França (1789), na Constituição Norte-Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793 e o Código Napoleônico de 1804. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50-51 e 54; WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 8.

teóricos do liberalismo partiam do pressuposto de que o poder estava enfeixado exclusivamente no Estado, não existindo fora dele, o que era reforçado pela circunstância de que os únicos atores que figuravam no cenário econômico-social eram o Estado, de um lado, e os indivíduos isolados, de outro, cada qual atuando em esferas distintas.

O ideário liberal enaltecia a liberdade e a propriedade individuais¹⁵ como os direitos mais importantes para o desenvolvimento e realização da pessoa humana, ao mesmo tempo em que preconizava a diferenciação e oposição do indivíduo face ao Estado¹⁶, alçando os direitos fundamentais, juntamente com a separação de poderes, em limites ao poder do Estado.

Em outros termos, a exacerbação individualista apregoada pelo liberalismo retratava o racionalismo da época¹⁷ e a forma atomizada¹⁸ como os seus defensores visualizavam o corpo social e, desde os quais forjaram vários conceitos jurídicos que integram o paradigma clássico de direito. Os indivíduos eram vislumbrados de forma abstrata e desconectados da realidade concreta.

O resultado dessa atomização e da lacuna deixada pela omissão do Estado foi, como leciona Fábio Konder Comparato¹⁹, “a pauperização das massas”. Em face de a igualdade entre as partes ser apenas formal, inúmeros abusos e atrocidades foram cometidos pelos empreendedores. Seguiu-se uma intensa exploração dos trabalhadores, inclusive de crianças e mulheres, que tinham de desempenhar suas atividades em exaustivas jornadas e em péssimas condições de trabalho²⁰. Conquanto os conflitos sociais verificados nesta época atingissem amplas camadas de trabalhadores, com destaque para os grupos compostos por mulheres e crianças, os trabalhadores buscavam a solução para os problemas identificados, de forma pontual e singular, o que surtia pouco ou nenhum efeito, sendo insuficiente para provocar as mudanças almejadas.

Esta situação que desconsiderou a vida e a saúde dos trabalhadores repercutiu nas cidades, que presenciaram um verdadeiro caos social, marcado por epidemias e extrema

¹⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 4, p. 30.

¹⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 517.

¹⁷MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traducción de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura, 1979. p. 161.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. p. 42; COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 54.

¹⁹COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 54.

²⁰FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do trabalho*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 30.

pobreza²¹. A propósito escreveu Ari Possidonio Beltran²²: "Surge então o proletariado, grande massa que vivia em condições indignas, submetida a jornadas excessivamente prolongadas com o agravante da exploração do trabalho de menores de tenra idade, com menos de nove anos, além do emprego exagerado da mão-de-obra feminina, razão pela qual não tardaria por advir forte reação por melhores condições de trabalho e de vida".

Evidenciou-se, destarte, o distanciamento entre as declarações de direito e o que ocorria no mundo da vida, assim como a insuficiência do Estado absentéista para garantir os direitos que pronunciava, principalmente a igualdade nas relações de trabalho. Diante do agravamento do problema social, a Igreja Católica, através da publicação da *Encíclica Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII (1891), rechaçou a exploração empreendida pelos empregadores em relação aos operários e conclamou o Estado a intervir nas questões sociais, através da elaboração de leis²³.

Neste período, uma série de movimentos sociais eclodiram, apoiados nas doutrinas socialistas que reivindicavam melhores condições de vida e de trabalho²⁴. O panorama alarmante acabou aproximando os trabalhadores que se encontravam em situações semelhantes e uma consciência de classe começou a constituir-se²⁵. Seguiram-se algumas revoltas sociais por parte de grupos de operários, os quais percebendo que as ações dirigidas pontualmente não eram capazes de alterar o desenrolar das relações de trabalho, passaram a reunir-se, objetivando conferir respostas coletivas ao problema também instalado coletivamente.

Em um primeiro momento, os movimentos sociais dos trabalhadores foram reprimidos por comprometerem e perturbarem a estabilidade do Estado Liberal, embora fossem verificadas concessões no tocante às associações patronais²⁶. Apesar de as associações e reuniões de trabalhadores serem proibidas pelo Estado, o movimento persistiu e desenvolveu-se de forma secreta e ilícitamente. Posteriormente, em razão de não ter sido possível ignorar a força de pressão do movimento associativo, o Estado, não obstante ainda não tivesse reconhecido o direito de associação coletiva, deixou de reputá-lo

²¹HOBBSAWM, Eric J. op. cit., p. 81.

²²BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 116.

²³Id. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 33.

²⁴RAMALHO, Maria do Rosário Palma. op. cit., p. 37.

²⁵BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*, cit., p. 117.

²⁶Id. Ibid., p. 119.

como ato proibitivo²⁷. Dessa forma, os operários organizaram-se em associações e em sindicatos para postularem melhores condições de trabalho e enfrentarem os detentores do poder econômico.

Com efeito, um conjunto de fatores de ordem econômica, social e política conduziu à crise do Estado Liberal. No intuito de evitar que o socialismo se alastrasse pelo mundo e com o objetivo de garantir a permanência do modelo de produção implementado pelo capitalismo²⁸, o Estado começou a adotar, de forma lenta e gradual, uma postura mais intervencionista destinada a impedir a persistência da exploração exacerbada e a ampliação dos problemas sociais.

Nesta perspectiva, foram editadas em vários países da Europa as primeiras leis que regulamentavam questões no âmbito da relação de trabalho e protegiam os trabalhadores, consagrando uma série de direitos, tais como: limitação da jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, condições de segurança e higiene, férias, uma garantia salarial mínima, fixação de limites ao trabalho exercido por crianças²⁹. No campo do direito

²⁷BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*, cit., p. 121.

²⁸LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127; SARLET, Ingo. op. cit., p. 56; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16.

²⁹Maria do Rosário Palma Ramalho sintetiza algumas importantes leis de proteção ao trabalho que surgiram em países da Europa no período mencionado: “Na Alemanha, o diploma que constitui o arranque da legislação sobre condições de trabalho remonta a 1891 (*Arbeiterschutzgesetz Von 1891*), e só na época de Bismarck surge legislação no domínio dos riscos sociais ligados à doença, aos acidentes de trabalho e à velhice, em 1883, 1884 e 1889 – evolução esta acompanhada na Áustria, com a regulação da matéria dos riscos ligados aos acidentes de trabalho e à doença em 1887 e 1888, a *GewO* de 1859 revista em 1883 e em 1885); mas o início da produção normativa laboral em termos sistemáticos parece poder fixar-se apenas depois da primeira guerra com a exigência do Art. 157 Abs. 1 da *Weimarer Verfassung* de elaboração de um direito laboral unitário, o que dará lugar ao surgimento de dois diplomas basilares do actual sistema – o *Tarifvertragsordnung* (Tvo) de 23/12/1918 e a *Betriebsrätgesetz* (BrG) de 4/2/1920. Em Itália, é referida a emissão de legislação protectora do trabalho infantil e feminino em 1886, 1902 e 1907, de normas sobre infortúnica laboral na indústria (1898) e sobre o trabalho dos imigrantes (1888, 1901, 1910 e 1913), bem como sobre o direito ao repouso (1907) e sobre o trabalho nocturno (1908). Em França, a produção normativa regular em matéria laboral inicia-se pelo final do séc. XIX: em 1874, surge o regime jurídico de protecção do trabalho das mulheres e das crianças (*Loi du 19 mars*, e *Loi du 2 novembre*); em 1884, a *Loi du 21 mars* reconhece a liberdade de associação profissional, pondo fim ao regime instituído pela *Loi Le Chapelier*, e a *Loi du 12 juin 1893* estabelece o regime da segurança e higiene nos estabelecimentos industriais. Na Bélgica, são indicadas como primeiras leis laborais uma lei de protecção dos salários de 1887, uma lei de protecção das mulheres e das crianças trabalhadoras de 1889, uma lei sobre os *règlements d'atelier* de 1896, um diploma sobre a saúde e segurança dos operários de 1899; o regime jurídico do contrato de trabalho dos operários data de 1900 e a consagração do Domingo como dia de descanso é feita por um diploma de 1905. Em Espanha, as primeiras leis laborais remontam também ao último quartel do séc. XIX, intensificando-se a partir do séc. XX. A regulamentação incide na matéria da limitação do trabalho dos menores (*Ley de 24/07/1873*, *Ley de 26/07/1878*, *Ley de 13/03/1900*) e das mulheres (*Ley de 13/03/1900*, *Ley de 20/02/1912*) e (*Ley de 11/07/1912*), na matéria da saúde e higiene no trabalho (*Ley de 24/07/1873*) e na matéria do tempo de trabalho, com o estabelecimento do descanso semanal pela *Ley de 3/03/1904*. O direito de coalisão e o direito à greve são admitidos pela *Ley de Huelgas* de 27/04/1908 e a *Ley de 19/05/1908* cria os *Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial*”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: parte I - dogmática geral*, cit., p. 38-39.

coletivo do trabalho, tiveram origem algumas leis que reconheceram o direito à livre associação coletiva e à sindicalização. Assim, nasceu o Direito do Trabalho como uma concessão³⁰ feita aos movimentos dos trabalhadores para que se mantivesse o modelo capitalista e o socialismo não avançasse pelo mundo.

O viés individualista e de abstenção do Estado foi sendo paulatinamente substituído por uma postura estatal mais intervencionista e, de uma forma também coletiva, visando à garantia de uma autêntica igualdade que deveria ser alcançada aos indivíduos através do gozo de direitos consistentes em prestações positivas. Novas exigências sociais foram apresentadas ao Estado que passou a exercer atividades destinadas a garantir o mínimo existencial a todos os indivíduos, tendo sido os movimentos dos trabalhadores decisivos para conduzir a essa configuração estatal. A pressão oriunda desse segmento conjugada à ascensão do constitucionalismo social propiciou o surgimento das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), dotadas de nítida feição social, evidenciando que o formato do Estado estava assumindo novos contornos.

Esse processo histórico e cultural³¹ culminou com conquistas obtidas pelos grupos e que foram albergadas com jaez constitucional. Cuida-se dos direitos sociais, econômicos e culturais³² - os direitos dos indivíduos de receberem do Estado determinadas prestações³³ como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à previdência social.

Ressalta-se que o direito de constituir-se em sindicatos também foi objeto de regulamentação constitucional³⁴, reconhecendo-se a consolidação dos movimentos sociais dos trabalhadores, bem como que na dinâmica social existem outros entes atuando, além do Estado e do indivíduo considerado em si mesmo e que são dotados de força de pressão. Ademais, impende pontuar que vários institutos de direito privado que retratavam valores

³⁰COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 54.

³¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18; LAFER, Celso. op. cit., p. 134; COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 67; SARLET, Ingo. op. cit., p. 62; MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 200; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o trabalho*. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Org.). *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006. p. 288.

³²BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*, cit., p. 195.

³³LAFER, Celso. op. cit., p. 128-129. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 65. Para análise aprofundada sobre os direitos às ações positivas do Estado, conferir a respeito: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 433-519.

³⁴Segundo Arnaldo Süssekind, o direito de os trabalhadores reunirem-se e organizarem-se em sindicatos foi reconhecido e consagrado na Conferência da Filadélfia em 1844 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. XXIII, 4. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 307.

liberal-individualistas, incorporaram elementos sociais ou públicos³⁵ e foram reorientados para adotarem um caráter social.

Na mesma época (1919), no plano internacional, com o objetivo principal de tutelar os trabalhadores contra os abusos dos empregadores, foi criada a Organização Internacional do Trabalho por meio do Tratado de Versalhes, no qual se reconheceu que o trabalho é um direito humano e não pode ser reputado como uma simples mercadoria³⁶. No Brasil³⁷, somente com a Constituição de 1934 os direitos sociais foram consagrados constitucionalmente.

Operou-se, destarte, a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar social, no qual surgiu a figura do grupo³⁸ juntamente com o reconhecimento de que existem desigualdades reais no corpo social e uma preocupação estatal em promover o bem-estar dos indivíduos, conferindo-lhes condições mínimas para desenvolver a sua personalidade. Desta feita, a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar social espelhou a metamorfose da sociedade que se tornava cada vez mais complexa e exigia novos patamares de regulamentação não mais calcados na visão individualista, mas sim revestidos de um caráter cada vez mais coletivo, já que o eixo da organização³⁹ no Estado social estava sendo transportado para as classes sociais.

Este contexto socioeconômico, inaugurado pela Revolução Industrial, assinalou o reaparecimento⁴⁰ dos corpos ou grupos intermediários, distintos do indivíduo e do Estado e provocou o redimensionamento das relações sociais. O ressurgimento desses corpos intermediários, que não se encaixavam perfeitamente nos espaços público ou privado, evidenciou a fragilidade da concepção que buscava diferenciar de forma estanque tais esferas. Os corpos intermediários emergiram no contexto social de forma

³⁵MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 161.

³⁶SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1998. p. 17.

³⁷LAFER, Celso. op. cit., p. 128.

³⁸Fábio Konder Comparato assinala que o titular dos direitos sociais não é o indivíduo abstrato, mas sim o conjunto de grupos sociais oprimidos e marginalizados pela força do capital. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 54.

³⁹CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 32

⁴⁰De acordo com Mauro Cappelletti, com a Revolução Francesa os corpos intermediários foram suprimidos, reconhecendo-se somente as figuras do indivíduo e do Estado. Apenas com a consolidação do movimento sindical operário que emergiu quando “o indivíduo isolado tenta ainda uma vez unir-se – desta vez para ‘romper a cadeia’ de debilidade diante do poder industrial” é que os corpos intermediários reaparecem. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 148-149, 1977.

institucionalizada⁴¹, concretizados através dos sindicatos incumbidos de exercer seu mister na perspectiva classista.

Sob outro vértice, o Estado que era mínimo alargou-se e passou a dividir espaço com a iniciativa privada, intervindo diretamente nos domínios social e econômico⁴². Verificou-se uma crescente ampliação das atividades executadas pelo Estado, o qual adentrou em esferas antes da alçada exclusiva de particulares e fez-se presente nos mais diversos aspectos da vida humana, inclusive na seara econômica⁴³. A melhoria das condições vida de um grande contingente populacional permitiu a consolidação do consumo em massa e, dessa forma, sustentou o novo ciclo de crescimento econômico que se vivenciava⁴⁴.

A partir da produção e do consumo em massa, os mercados expandiram-se e intensificou-se a concorrência entre as empresas, implicando a absorção de pequenos empreendimentos pelos grandes. Estava construído o ambiente propício para a formação dos grandes conglomerados econômicos e, assim, teve origem uma fase de fusões entre empresas localizadas em países distintos. O incremento do capitalismo em nível internacional impulsionou o desenvolvimento das empresas transacionais⁴⁵ e a internacionalização da economia. Nesta toada, o capital avançou, transpôs as fronteiras estatais e tornou-se transnacional, deslocando-se de forma volátil em busca de locais nos quais a mão-de-obra e o custo da produção fossem mais baixos.

Após a segunda Guerra mundial, com a derrocada dos regimes totalitários e diante das atrocidades praticadas contra os direitos humanos, consolidou-se uma nova fase do constitucionalismo⁴⁶: o constitucionalismo social democrático. Com base nos princípios e valores que foram forjados desde o segundo pós-guerra, a Constituição assumiu o papel de norma superior e os direitos fundamentais foram erigidos a epicentro de todo o arcabouço jurídico.

⁴¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p. 32 e 34.

⁴²PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. op. cit., p. 229.

⁴³BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 186.

⁴⁴CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 107-108.

⁴⁵A ONU consagrou a expressão transnacional que, consoante explicita Luiz Olavo Baptista, a empresa “transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 17.

⁴⁶STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 79.

As Constituições⁴⁷ democráticas que se seguiram ao pós-guerra, de um modo geral, trataram de temas ligados às relações civis, à ordem econômica e social e as diversas áreas jurídicas passaram a ser compreendidas a partir da dimensão constitucional. Estabelecia-se, desse modo, a constitucionalização dos vários ramos jurídicos, materializando a tendência que já havia sido assinalada anteriormente de que a dicotomia entre direito público e privado já não mais podia ser delimitada com precisão e estava extremamente fragilizada.

De outra banda, a mutação social que já havia se iniciado no fim do século XIX com a produção e o consumo de massa, instaurou-se e consolidou um novo padrão de relações sociais, complexo e configurado por situações uniformes e semelhantes, passíveis de identificação por blocos⁴⁸. A este novo modelo social convencionou-se denominar sociedade de massas⁴⁹. O grande contingente populacional e as aglomerações conjugadas à circunstância de que a maioria dos indivíduos segue padrões de conduta generalizados, despontam como traços característicos da sociedade contemporânea.

O tratamento por blocos de estandardização em que as pessoas deixam de ser consideradas em sua individualidade para serem tratadas uniformemente⁵⁰ é também a tônica da sociedade contemporânea. Assiste-se nos dias que correm, consoante explicita Ronaldo Lima dos Santos⁵¹, a “um vertiginoso processo de categorização de novos sujeitos de direito”. Nesta sociedade massificada, as pessoas passaram a ser agrupadas em categorias, levando-se em consideração certas características em comum.

⁴⁷Entende-se como Constituição, para efeitos deste trabalho, na esteira do significado atribuído por José Joaquim Gomes Canotilho, um sistema aberto de princípios e regras, sendo que ambos são especialmente importantes para que se garanta um sistema seguro (o que se alcança por meio das regras jurídicas) e oxigenado (atingido através dos princípios). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1162-1163.

⁴⁸FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Paineis – Debates. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 154.

⁴⁹Abordando a temática da sociedade de massas, Ortega y Gasset afirma que “la masa es el conjunto de personas no especialmente cualificadas. (...) Masa es el <<hombre medio>>. De este modo se convierte lo que era meramente cantidad – la muchedumbre – en una determinación cualitativa: es la cualidad común, es el mostrenco social, es el hombre em cuanto no se diferencia de otros hombres, sino que repite em sí un tipo genérico. (...) Masa es todo aquel que no se valora a sí mismo – en bien o en mal – por razones especiales, sino que se siente <<como todo el mundo>>, y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás.” Tradução sugerida: “a massa é o conjunto de pessoas não especialmente qualificadas. (...) Massa é o << homem médio>>. De este modo se converte o que era meramente quantidade – a multidão – em uma determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o monstrenco social, é o homem enquanto não se diferencia de outros homens, senão que repete em si um tipo genérico. (...) Massa é todo aquele que não se valora a si mesmo – bem ou mal – por razões especiais, senão que se sente << como todo mundo>>, e, sem embargo, não se angustia, sente-se a sabor a sentir-se idéntico aos demais”. ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. 31. ed. Madrid: Ed. Revista de Occidente, 1957. p. 52.

⁵⁰FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., p. 154.

⁵¹SANTOS, Ronaldo Lima dos. Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Org.). *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006. p. 545.

A despeito das particularidades de cada indivíduo, alguns atributos ou condições comuns são utilizados para reunir em categorias determinados grupos de pessoas⁵², com o escopo de conferir-lhes um tratamento uniforme. Os contratos padronizados, também chamados de contratos de adesão, são representativos dessa sociedade de massas em que a padronização é marcante. Esta categorização evidencia a tendência indicada por Norberto Bobbio⁵³ de especificação ou concretização do homem abstrato, genérico, idealizado no período liberal em suas várias formas de se apresentar em sociedade. O homem passou a ser visualizado levando-se em conta as várias formas em que se apresenta na sociedade.

A categorização e especificação do trabalhador também têm sido verificadas. Agrupam-se os trabalhadores em face de características comuns - tais como o gênero, a fase da vida-, recebendo tratamento uniforme o trabalho de crianças e adolescentes, de mulheres, de presidiários, de portadores de deficiência.

Este novo formato social de massificação trouxe consigo conflitos igualmente de massas, o que importa afirmar que idênticas situações atingem⁵⁴ grupos ou blocos de indivíduos de forma semelhante e fazem com que uma gama de pessoas vivencie situações similares decorrentes de uma origem comum. A lesão ou ameaça de lesão a tais pessoas e bens acarretam, assim, danos coletivos e não somente individuais. Outrossim, os conflitos de massa expressam a forma como o corpo social passou a ser percebido: não mais sob o prisma atomizado, do indivíduo, mas em sua forma molecular.

Mauro Cappelletti⁵⁵ afirma que as violações de massa são um fenômeno típico da sociedade contemporânea, cuja complexidade é inquestionável, salientando que não raras vezes a pessoa lesada encontra-se em uma situação inapropriada para buscar a defesa de seus direitos, seja porque individualmente a lesão pode ser ínfima ou limitada a ponto de motivá-la a sozinha procurar a defesa de seus direitos, seja em virtude de não conhecê-los, seja, ainda, devido aos altos custos com despesas processuais que podem advir se comparadas ao ressarcimento eventualmente alcançado.

⁵²Como por exemplo: consumidores, crianças, mulheres, idosos, portadores de deficiência. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 62.

⁵⁴OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 10.

⁵⁵CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 131. Neste sentido: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi i processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 258-259. GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 34; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. op. cit., p. 18; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 28-29.

No campo do direito trabalhista, esta problemática é agravada pela situação de vulnerabilidade em que se encontra o trabalhador em relação a seu empregador e pelo temor de sofrer retaliações acaso se lance na empreitada de buscar a tutela judicial de seus direitos, sobretudo, em tempos de desemprego estrutural. Estes fatores tornam complexa e difícil a tutela dos direitos difusos e coletivos, notadamente na órbita laboral. De outro lado, se tais lesões ou ameaças de lesões forem visualizadas sob o prisma coletivo⁵⁶, o interesse em tutelar os direitos eventualmente atingidos pode exsurgir dada a sua extensão, proporção e relevância social.

A partir da década de setenta, com a crise do petróleo, uma onda de recessão espalhou-se pelo mundo, apontando níveis altíssimos de desemprego que denunciaram a existência de uma crise social⁵⁷ e ambiental de grandes proporções. Aliado a isso, o processo de globalização econômica⁵⁸ que propiciou a integração dos mercados, intensificou a competitividade empresarial e fortaleceu os entes transnacionais, ocasionou uma mitigação da soberania estatal e a redução das esferas de poderes de decisão internos.

Diante da nova conjuntura social e econômica, o Estado social entrou em crise⁵⁹ e precisou adaptar-se. Teve início um processo de privatizações e de redução da esfera estatal e de reorganização dos métodos empregados no processo produtivo. O método fordista de produção de bens homogêneos foi cedendo lugar ao método calcado em estruturas flexíveis, baseado no desenvolvimento da informática e em padrões de eficiência e integração⁶⁰. Além disso, uma expansão no setor de serviços foi sendo concretizada.

Neste novo modelo de Estado, chamado por alguns doutrinadores de Pós-social⁶¹ ou pós-moderno, verifica-se um crescente deslocamento de poderes do Estado para a sociedade civil. No âmbito dessa sociedade cada vez mais complexa surgem vários focos

⁵⁶FISS, Owen. Teoria política das ações coletivas. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 235.

⁵⁷COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 66.

⁵⁸FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: _____. (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 137.

⁵⁹De acordo com André-Noël Roth o Estado Social “começou a construir-se desde o final do século XIX até aproximadamente os anos 1970. Anos desde os quais se considera esse último em crise”. ROTH, Noël André. O direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 16.

⁶⁰FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica, cit., p. 136.

⁶¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p. 32 e 34.

de poder privado⁶², não institucionalizados, distintos do Estado no qual se reunia todo o poder, segundo pregavam as doutrinas liberais.

Celso Fernandes Campilongo⁶³ assevera que na sociedade contemporânea constata-se um deslocamento dos poderes para a sociedade civil, não apenas para entes institucionalizados como se constatou anteriormente com os partidos políticos e sindicatos, mas, sobretudo para organismos privados destituídos de vínculos com instituições ou com o próprio Estado. Trata-se, outrossim, dos novos movimentos sociais⁶⁴ que se desenvolveram na esteira do reconhecimento dos sindicatos e partidos políticos como corpos intermediários e que ocupam espaços não pertencentes nem ao Estado, nem aos indivíduos considerados isoladamente.

Pessoas e grupos - tais como os consórcios mercantis, cooperativas, companhias comerciais, sindicatos, sociedades religiosas, associações, organizações -, tornaram-se detentores de poder⁶⁵ político, econômico e ideológico e travam, não somente com o Estado, mas entre si, confrontos pelo poder. Tais grupos congregam indivíduos com objetivos em comum⁶⁶, figurando, em algumas ocasiões, à margem da institucionalização e das regulamentações estatais, exercendo tarefas de extrema relevância. Abordando o tema dos grupos de pressão, Fábio Nusdeo⁶⁷ define-os como “qualquer conjunto de pessoas ou entidades que procuram obter normas, dispositivos e respectivas interpretações, bem como medidas de um modo geral favoráveis aos seus intentos”. Por meio dos grupos intermediários os indivíduos almejam materializar os seus propósitos em comum.

Ortega y Gasset⁶⁸ considera como o fato mais relevante deste tempo a ascensão das massas e dos grupos ao poder social, os quais mesmo sem estarem amparados por lei e valendo-se apenas de sua força de pressão, lograram êxito em impor as suas aspirações no cenário social. Com efeito, o século XX vislumbrou a crescente importância e

⁶²CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *As ações coletivas e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, cit., p. 79.

⁶³CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit. p. 32 e 34.

⁶⁴Para aprofundamento conferir a respeito: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, cit., p. 33; STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 85.

⁶⁶OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fabio Fernandez. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2011. p. 20.

⁶⁷NUSDEO, Fábio. O direito econômico e os grupos de pressão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 140. Neste sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.p. 121-122

⁶⁸ORTEGA Y GASSET, José. op. cit., p. 57.

reconhecimento dos grupos ou instâncias intermediárias e a inadequação, no tempo presente, em que a sociedade está cada vez mais complexa, de considerar como atores sociais apenas o Estado e os indivíduos de forma isolada⁶⁹ e os grupos institucionalizados e ainda manter incólume a dicotomia público-privada.

Este contexto⁷⁰ econômico-social contemporâneo assinalado por um processo de massificação da sociedade, de conflitos de massa, de extraordinária evolução tecnológica, de globalização, de mundialização da economia, de crise ambiental e de graves desigualdades sociais viu nascer movimentos sociais que buscavam o reconhecimento de direitos, cujos titulares não são os indivíduos considerados em sua singularidade, mas sim em grupos, classes ou categorias de pessoas.

Márcio Mafra Leal⁷¹ aduz que na passagem da década de cinquenta para sessenta, emergiram nos Estados Unidos movimentos sociais que pugnavam pelo reconhecimento de direitos a grupos representados notadamente por mulheres e afrodescendentes. Posteriormente, já no início da década de sessenta, aduz o referido autor que ganhou corpo um movimento composto por consumidores americanos, os quais reivindicavam proteção em face da lógica do mercado.

No mesmo período, exsurgiu uma preocupação em torno da questão ambiental, diante da consciência de que os recursos naturais não eram infindáveis e de que sua utilização e exploração não poderiam ser feitas sem a observância de determinados preceitos éticos⁷². Esta preocupação com o meio ambiente difundiu-se para vários países desenvolvidos e alcançou foros internacionais⁷³, culminando com o reconhecimento, na Conferência de Estocolmo realizada em 1972⁷⁴, de que o direito de viver e laborar em um ambiente saudável constitui-se em um direito humano.

⁶⁹MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 167.

⁷⁰FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, cit., p. 54.

⁷¹LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 98.

⁷²SERRANO, José Luis. Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 39-40;

⁷³PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. op. cit., p. 493.

⁷⁴Princípio 1 da Declaração de Estocolmo: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar este meio para as gerações presentes e futuras”.

Note-se que com a crescente complexidade e massificação da sociedade, os movimentos sociais transcenderam a esfera do Direito Laboral onde se situa a gênese das reivindicações coletivas, expandindo-se para outras áreas⁷⁵. Os movimentos sociais que se difundiram em torno das questões ambientais e consumeristas evidenciaram o alargamento dos interesses de massa no âmbito social e conferiram-lhes um realce⁷⁶ que em muito auxiliou no processo de reconhecimento de tais direitos.

Chamando atenção para este fenômeno coletivo que transbordou as fronteiras do Direito laboral para avançar sobre os demais ramos do Direito, Ricardo Luis Lorenzetti⁷⁷ denomina-o de direito privado coletivo. Diz o autor argentino que em face desta coletivização constatada socialmente, o direito privado também deve modificar o seu enfoque, regulando, assim, também as questões do indivíduo em sua dimensão coletiva.

Com efeito, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁸ que a Revolução Industrial, a explosão demográfica, o surgimento dos grandes centros urbanos, a emergência dos grandes conglomerados econômicos, o imbricado e complexo desenvolvimento das relações econômicas, a produção e o consumo de massa, o advento da sociedade de massas e a redução da intervenção estatal nos domínios social e econômico ocasionaram transformações estruturais da sociedade e do Estado e foram, em razão disso, os principais responsáveis por colocarem em evidência os interesses difusos e coletivos.

A expansão dos interesses e conflitos de massa e o destaque que lhes foi atribuído culminaram com a positivação dos direitos difusos e coletivos e dos respectivos instrumentos processuais em várias leis e Constituições ao redor do mundo⁷⁹, inclusive na Constituição Federal de 1988.

A delimitação do campo de incidência dos direitos ou interesses metaindividuais, perpassando pela sua conceituação e por suas principais características, torna-se relevante para o enfrentamento da temática central deste estudo. Cumpre, outrossim, abordar os

⁷⁵CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. op. cit., p. 1; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1996. p. 88.

⁷⁶MORAIS, José Luiz Bolzan. op. cit., p. 120.

⁷⁷LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 192-193 e 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental – 10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável – teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 140, out./dez. 2002.

⁷⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 90.

⁷⁹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., t. 4, p. 77.

aspectos fundamentais relacionados a tais interesses nos itens seguintes.

2. Os interesses metaindividuais trabalhistas

2.1. A questão da existência de direitos ou interesses metaindividuais

Em busca de uma adaptação do Direito às situações metaindividuais realçadas pelas transformações sociais, houve uma preocupação inicial dos juristas em examinar se aquelas enfeixavam autênticos direitos subjetivos que transcendiam à esfera individual, ou, se na verdade, cuidava-se de meros interesses. Testando os limites de cada uma dessas categorias, um significativo foro de debates doutrinários instaurou-se, em torno da problemática dos direitos subjetivos e dos interesses transindividuais⁸⁰.

Na esteira da elaboração formulada por autores europeus, a doutrina pátria, de uma maneira geral, passou a diferenciar interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos. A respeito desta distinção Péricles Prade⁸¹ anota que sua concretização operou-se nos direitos italiano e francês em função do sistema jurisdicional dualístico, retratando o refinamento teórico a que chegou a doutrina européia acerca da categoria dos interesses legítimos.

A despeito das inúmeras controvérsias existentes a em torno da definição de direito subjetivo⁸², a doutrina tradicional, de um modo geral, apoia-se em um conceito que conjuga vários elementos e que fora amplamente difundido, podendo ser traduzido pelos ensinamentos de Orlando Gomes⁸³. De acordo com o aludido autor, o direito subjetivo constitui-se em “um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual”. Da análise deste conceito de direito subjetivo extrai-se que o seu núcleo essencial é composto pelas ideias de um poder conferido por lei a um sujeito para tornar efetivo um interesse juridicamente tutelado, assim como de uma relação existente entre o titular do direito e outrem que deve a ele se sujeitar, deixando transparecer

⁸⁰ARRUDA ALVIM, José Manoel. A ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

⁸¹PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 23.

⁸²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 180.

⁸³GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 109.

a ideia de conflito. Nessa dimensão clássica de direitos subjetivos, estão identificadas, de maneira precisa, as figuras do titular do direito e de quem deve respeitá-lo, bem como as ideias de poder e de conflito⁸⁴.

Os componentes que integram o núcleo essencial do conceito de direito subjetivo, deixam nítidos os traços de abstração e individualidade que estavam em voga no momento em que foi forjada a sua definição clássica, desvelando a influência exercida pelos postulados liberais e individualistas sobre a doutrina tradicional. Como consequência dessa concepção tradicional há uma tendência, ainda que inconsciente, de se relacionar as ideias de direito e sujeito de direito ao plano individual⁸⁵.

Na tentativa de demonstrar que a equivalência entre os termos sujeito de direito e indivíduo necessita ser explicada e não apenas descrita, bem como que esta definição é culturalmente construída e não estática, Michel Mialle⁸⁶ assevera que em virtude de o modo capitalista pautar-se para o seu funcionamento na premissa da atomização da sociedade, representada por um conjunto de indivíduos separados e livres, o direito precisou engendrar uma categoria que retratasse esta ideologia e tornasse viável o sistema.

Nesta linha, esclarece o autor que a atomização da sociedade foi expressa, em termos jurídicos, na categoria denominada sujeito de direito e precisou ser concebida umbilicalmente à ideia de indivíduo, pois somente assim seria possível e viável o sistema de trocas sobre o qual se assenta o capitalismo. Ressalta o doutrinador, por fim, que o conceito de sujeito de direito é histórico e que a identificação entre as ideias de indivíduo e de sujeito de direito emergiram em um determinado momento da história como expressão da ideologia e dos interesses dos detentores do poder e, assim, do sistema econômico-social que se consolidava.

Some-se a isso, que de acordo com os padrões científicos da época, o Direito precisava ser dotado de conceitos que conferissem certeza e segurança e aspirassem à perenidade, o que só seria possível se pertencessem ao mundo das ideias. A era da técnica⁸⁷ distanciou o direito do mundo dos fatos, de modo que subjetivou a compreensão de vários

⁸⁴WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 86; GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 17; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 47.

⁸⁵VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 43.

⁸⁶MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. p. 118.

⁸⁷VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 233.

fenômenos culturais, dentre estes o de sujeito de direito. Destarte, em face de inúmeras influências sofridas pelo Direito, as quais culminaram com a consagração do paradigma jurídico moderno⁸⁸, houve uma separação⁸⁹ entre sujeito e objeto, passando o indivíduo a visualizar as mais diversas situações sob dois prismas: a do real, do concreto e a do ideal, do abstrato. No plano abstrato, identificou-se o sujeito de direito com o indivíduo, imaginando-se ser possível uma estagnação social que não ensejasse uma nova concepção de sujeito de direito.

As categorias sujeito de direito e direito subjetivo, tal como as concebe a doutrina clássica⁹⁰, têm como notas características um sujeito e um objeto determinados previamente, uma situação conflitiva e uma relação jurídica base. Insta salientar que a projeção destas conceituações clássicas de viés individualista encontra-se em nível processual⁹¹, na disposição contida no art. 6º do CPC⁹², segundo a qual a regra é a coincidência entre o titular do direito e aquele que busca a tutela jurisdicional. A legitimidade para agir é, assim, concebida como pessoal ou ordinária e assenta-se sobre os mesmos alicerces individualistas que permearam a noção de direito subjetivo.

Esta disposição legal desvela um dos traços centrais do conceito de direito subjetivo que é poder conferido ao seu titular de decidir se acionará ou não a tutela do Estado para gozar de um determinado direito de que julga ser detentor. O princípio da autonomia da vontade do sujeito que se dizia titular de um determinado direito subjetivo exsurgiu como óbice à atribuição a terceiros da legitimidade para agir. Devido ao fato de apenas excepcionalmente o sistema conferir a outrem a legitimidade para postular a tutela jurisdicional de um direito que não lhe pertencia, a tutela dos interesses difusos e o acesso à justiça dos grupos intermediários também esbarrou neste obstáculo de ordem processual.

No campo das relações de trabalho, em virtude do papel exercido pelos entes sindicais, a regra da coincidência entre o titular do direito, embora se apresentasse com alguns temperamentos em relação ao que se verificava no processo civil, manteve-se atrelada aos mesmos pressupostos, sendo, em razão disso, compreendida com severas

⁸⁸Vide Capítulo IV.

⁸⁹FACHIN, Luis Edson. Sujeito, poder e direito na contemporânea principiologia axiológica civil-constitucional. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005. p. 614.

⁹⁰LENZA, Pedro. op. cit., p. 47.

⁹¹ARRUDA ALVIM, José Manoel. op. cit., p. 76; WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 18.

⁹²CPC: Art.6º: “Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

limitações. Mesmo nesta esfera, a regra era a de que cabia ao trabalhador a legitimidade para buscar a tutela dos seus direitos subjetivos, muito embora neste ramo do direito a justificativa para a atribuição da legitimidade processual do sindicato encontrar-se na defesa do interesse social da categoria.

Na realidade, o fundamento desta concepção de viés individualista reside no princípio da autonomia da vontade individual sobre o qual se alicerçou o próprio conceito de direito subjetivo. O processo trabalhista, em muito influenciado pelo processo civil, também não conseguiu se desvencilhar das matrizes individualistas, muito embora marcado pela desigualdade entre as partes. Pautou-se o processo do trabalho, destarte, pela ideia de que não era dado ao sindicato adentrar na esfera de liberdade do trabalhador, a quem caberia avaliar a conveniência e oportunidade de ingressar em juízo.

As limitações expressas em termos de legitimidade de agir evidenciavam a insuficiência do processo individual para tutelar as situações de caráter coletivo que emergiam numa sociedade massificada e complexa e a necessidade premente de se engendrar novas fórmulas. Nos termos da legislação vigente naquele momento, para a defesa de direitos de massa, fazia-se necessário que todos os titulares do direito se apresentassem em juízo para litigar em conjunto o que se afigurava desarrazoável⁹³. Tratando-se de direitos dessubstantivados, esparsos na sociedade e de largo espectro, estava evidente que a legitimidade de agir não poderia ser encontrada a partir de uma busca pelo titular do direito⁹⁴.

Como se sabe, os direitos metaindividuais possuem uma titularidade coletiva que muitas vezes é insuscetível de identificação ou, quando a comportam, não é possível fazê-la de plano. Ademais, diversamente do que se verifica na estrutura tradicional, quando se está diante de situações transindividuais nem sempre haverá uma relação jurídica base⁹⁵

⁹³De fato, a legitimidade ordinária e a substituição processual, nos moldes formulados para serem aplicados às lides individuais, não se apresentavam como mecanismos aptos para viabilizar a defesa dos direitos transindividuais. Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que “por conta de uma concepção individualista da ação e do processo, durante muito tempo prevaleceu uma *summa divisio*: a tutela dos direitos subjetivos ficava por conta de seus titulares; o interesse geral ficava a cargo do Estado, enquanto as demais posições, situações e valores, não suscetíveis de afetação subjetiva *et pour cause*, não enquadráveis em uma ou outra daquelas rubricas, ficavam em numa sorte de limbo jurídico (...)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos, cit., p. 127.

⁹⁴MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 126-127.

⁹⁵WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, cit., p. 87; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela

reunindo os indivíduos atingidos ou ameaçados de serem atingidos por determinadas circunstâncias de fato. Também pode ocorrer de existir a relação jurídica base, mas de esta ser extremamente genérica e calcada em dados de fato, os quais não podem ser decompostos em vários feixes individuais. Tal fato constata-se com os direitos difusos.

Em virtude de as características pertinentes aos direitos subjetivos não se fazerem presentes nos direitos transindividuais - salvo quanto aos direitos individuais homogêneos que não são como afirma Kazuo Watanabe⁹⁶ essencialmente coletivos, mas acidentalmente coletivos, a doutrina dominante não os reputava como autênticos direitos subjetivos, propugnando que, nesses casos, estar-se-ia frente à categoria dos interesses⁹⁷.

De acordo com Guido Alpa⁹⁸ denomina-se interesse uma relação entre um sujeito e um bem. No mesmo sentido, almejando definir o significado atribuível ao termo interesse no campo jurídico, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz⁹⁹ afirma que a expressão é polissêmica, mas que pode ser compreendida como a relação que interliga um sujeito e um objeto.

Com fulcro nessas conceituações acerca da expressão interesse, e sob o aspecto da proteção jurídica conferida pelo Estado, a doutrina percebe três categorias diferentes: o direito subjetivo e duas espécies de interesses: o interesse simples e o interesse legítimo. Na esfera do interesse legítimo um significativo número de autores entende estarem enquadrados os direitos difusos e coletivos.

O interesse simples é conceituado como uma necessidade¹⁰⁰, aspiração ou vantagem pessoal relacionada a um bem da vida, mas por se constituir em um interesse de

jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: _____. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112.

⁹⁶WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185.

⁹⁷A propósito escreveu Antonio Gidi: “o que se percebe nas teorias daqueles que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual é o ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente de admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: LTr, 1995. p. 17; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 44.

⁹⁸Texto original: “si denomina “interesse” in quanto exprime un'esigenza individuale, secondo la terminologia usuale, una tensione di un soggetto verso un bene”. ALPA, Guido. *Interessi diffusi*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 140-160, jan./mar. 1996. p. 146.

⁹⁹FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo Mello. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

¹⁰⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 75; PRADE, Péricles. op. cit., p. 11; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 67.

fato não é merecedor de tutela jurídica estatal. O Estado é indiferente a tais interesses que remanescem no plano fático. O interesse legítimo, por sua vez, é definido¹⁰¹ como aquele que apesar de ser digno de receber proteção jurídica do Estado, não possui as mesmas características dos direitos subjetivos, porquanto não lhes são conferidos os mesmos poderes de oposição *erga omnes* que este. Estão, outrossim, os interesses legítimos, em uma posição intermediária entre os interesses simples e os direitos subjetivos, visto que seriam mais que aqueles e menos que estes.

É relevante assinalar que muito embora os interesses estejam tradicionalmente também relacionados à titularidade individual¹⁰², o desenvolvimento da jurisprudência italiana acabou permitindo que a categoria dos interesses legítimos¹⁰³ alcançassem a tutela dos interesses difusos quando estes fossem atingidos por atos praticados pela Administração Pública. Nesta toada, os interesses por terem um conteúdo mais fluido e flexível seriam mais apropriados para as hipóteses em que não se tem uma titularidade identificável ou não passível de identificação de plano, cabendo ao Direito viabilizar a sua tutela.

Portanto, as situações transindividuais passaram a desfrutar de tutela estatal de forma reflexa, pois embora não gozassem de proteção jurídica explícita como ocorre com os direitos subjetivos, invocando-se a existência de interesses legítimos, acabava sendo possível tutelar os direitos difusos e coletivos¹⁰⁴. Kazuo Watanabe¹⁰⁵ anota que a distinção efetuada pela doutrina a respeito dos interesses legítimos e simples, permitiu uma evolução no sentido da necessidade de tutelar expressamente os interesses difusos e coletivos.

Sem embargo de o pensamento dominante e amalgamado ao paradigma clássico pretender subjetivar o conceito de sujeito de direito, identificando-o com a ideia de indivíduo isolado e pretendendo torná-lo um dado estático e imutável, é preciso ter em mente que a noção de sujeito de direito deve ser construída no decurso da história¹⁰⁶. O

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 76-77.

¹⁰² WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, cit., p. 86; PRADE, Péricles. op. cit., p. 23.

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 79.

¹⁰⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 50.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800.

¹⁰⁶ MAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*, cit., p. 120.

conceito de sujeito de direito é histórico e construído culturalmente. Michel Villey¹⁰⁷ assinala que a identificação da categoria sujeito de direito com a noção de indivíduo entendido como ser independente e autonomizado da comunidade em que vive não é um fato que se verificou ao longo da história. Segundo as lições deste autor, os antigos não identificavam a categoria sujeito de direito com a figura do indivíduo.

A procedência dessa assertiva pode ser confirmada a partir da constatação de que ao longo dos tempos nem sempre todos os indivíduos, pela simples condição de serem pessoas, foram considerados como sujeitos de direitos. Em período não muito distante, aos escravos¹⁰⁸ não era atribuída a possibilidade de adquirirem direitos, porquanto eram vistos como bens e coisas de propriedade de outrem. Acrescente-se, ainda, a tendência referida por Norberto Bobbio¹⁰⁹ de concretização do sujeito de direito diferentemente da forma como tal questão era tratada pela doutrina liberal.

Ademais, impende consignar que, desde a década de setenta, tem-se constatado um abalo¹¹⁰ nas estruturas que embasam a teoria geral do direito, tendo sido formulada uma série de questionamentos, especialmente em relação aos conceitos dotados de alto conteúdo genérico e de abstração, como é o caso da definição de direito subjetivo.

Nesta perspectiva e alinhados com a necessidade de o Direito evoluir em compasso com a sociedade, um grupo de juristas¹¹¹ passou a pregar a importância de se superar o conceito clássico de direito subjetivo e de sujeito de direito vinculados à figura do indivíduo, de modo a propiciar-se também a tutela das circunstâncias de caráter transindividual. A partir deste ponto de vista, este segmento doutrinário propugna que o conceito de direito subjetivo deve ser alargado de modo a acompanhar a evolução social e englobar também as situações de ordem transindividual.

Sustentam tais estudiosos ser pertinente a utilização do termo direito, com todas as implicações daí originadas, mesmo quando se fazem presentes interesses metaindividuais. Escrevendo sobre o tema, Mauro Cappelletti¹¹² aduz que permanecer a conferir direitos subjetivos somente aos indivíduos considerados isoladamente, significa deixar

¹⁰⁷VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, cit., p. 689-691.

¹⁰⁸Id. *Ibid.*, p. 115. Neste sentido: VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 233.

¹⁰⁹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 62.

¹¹⁰PRADE, Péricles. *op. cit.*, p. 14-15.

¹¹¹CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, cit., p. 131;

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *op. cit.*, p. 76; GIDI, Antonio. *op. cit.*, p. 17-18.

¹¹²CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 131.

desamparada uma gama de situações coletivas cada vez mais presentes na sociedade atual.

A partir de incipientes manifestações em legislações esparsas¹¹³, os direitos transindividuais foram paulatinamente trilhando um caminho no sentido de seu reconhecimento. No Brasil, a sua incorporação operou-se definitivamente com a Constituição Federal de 1988. Até o advento do texto constitucional de 1988, malgrado houvesse alguns dispositivos constitucionais que por via reflexa¹¹⁴ sinalizavam para a necessidade de tutela de direitos transindividuais, ainda mantinha-se a rígida e anacrônica distinção entre direito público e privado e o garantismo individual. Somente com a Constituição brasileira de 1988, os direitos metaindividuais alcançaram assento constitucional, juntamente com os mecanismos de tutela jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constou em seu inciso XXXV, do art. 5º¹¹⁵, que qualquer lesão ou ameaça de lesão não será excluída da apreciação do Poder Judiciário. A nova Carta constitucional ampliou as hipóteses de direitos ameaçados ou lesados que poderiam ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que suprimiu o termo “individual” que constava expressamente na Constituição de 1967, abarcando, outrossim, os direitos coletivos em sentido amplo. Registra-se que na Constituição de 1967¹¹⁶, os direitos transindividuais gozavam de proteção apenas reflexa¹¹⁷.

Com o objetivo de elasticar ao máximo a tutela de direitos transindividuais, a despeito das várias diferenças existentes entre direitos e interesses, o Código de defesa do consumidor foi, como aduz Antonio Gidi¹¹⁸, “menos técnico e mais cauteloso”, utilizando indistintamente quaisquer dos dois termos. Kazuo Watanabe¹¹⁹, um dos autores do Código do Consumidor, afirma em seus comentários a este diploma legal que a preocupação primordial foi dotar o processo de efetividade e viabilizar o amplo acesso à justiça, enfatizando que o emprego dos termos “interesses” e “direitos” como sinônimos teve por escopo evitar discussões que pudessem retardar a tutela de direitos pertinentes à coletividade.

¹¹³Lei da ação popular (Lei n. 4.767/65); Lei da ação civil pública (Lei n.º. 7.347/85).

¹¹⁴FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 27.

¹¹⁵CF/88: Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹⁶CF/67: Art. 154: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

¹¹⁷FIGUEIREDO, Lúcia Valle. op. cit., p. 27-28.

¹¹⁸GIDI, Antonio. op. cit., p. 17.

¹¹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed., cit., p. 800.

Dessa forma, uma vez contempladas legalmente todas as prerrogativas necessárias para a tutela dos direitos supraindividuais, torna-se irrelevante em termos teóricos a distinção entre as figuras do interesse e do direito subjetivo. Residindo a diferença essencial entre as categorias dos direitos e dos interesses no fato de apenas aqueles gozarem de proteção estatal e viabilizarem a sua defesa judicial e, estando ambos amparados pela ordem jurídica, a doutrina passou a reputar ser irrelevante distinguir as duas categorias¹²⁰.

Aliás, esta solução fora preconizada por José Carlos Barbosa Moreira em um estudo pioneiro sobre a temática. Malgrado não negasse a importância de conferir às situações transindividuais um enquadramento pertinente, observando-se as definições elaboradas pela teoria geral do direito, o aludido doutrinador¹²¹ pontuou a necessidade de conferir proteção a tais interesses e destacou que uma vez garantida a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, a relevância assumida pela discussão no âmbito teórico não encontraria correspondência em termos práticos. De acordo com as lições do autor, bastava que fosse conferida proteção jurídica a estas novas situações de caráter transindividual, independentemente do termo manejado para tanto.

Sem embargo da utilização indiferente dos termos “interesses” e “direitos” pelo Código de Defesa do Consumidor, anota Rodolfo de Camargo Mancuso¹²² uma predileção por outros textos legais que contemplam situações de caráter transindividual para a utilização do termo “interesse”. A título de exemplo, cita os art. 129, III da Constituição Federal¹²³ e inciso IV, do art. 1º, da Lei nº. 7.347/85¹²⁴.

Seguindo a linha adotada pelo Código de Defesa do Consumidor para efeitos deste trabalho, utilizar-se-á de forma indistinta os termos “interesses” e “direitos” para fazer

¹²⁰No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 82; LENZA, Pedro. op. cit., p. 54-55; ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo, Saraiva, 2004. p. 366; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001. p. 45; MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 29; VIANA, Márcio Túlio. Interesses difusos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n.2, p. 182, fev. 1995.

¹²¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 113.

¹²²MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

¹²³CF/88: Art. 129, III: “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;

¹²⁴Lei nº. 7.347/8: Art. 1º, IV: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)“a qualquer outro interesse difuso ou coletivo””.

alusão às situações de cunho transindividual.

2.2. A identificação e caracterização dos interesses metaindividuais

Os interesses ou direitos metaindividuais, também denominados difusos e coletivos, transindividuais, supraindividuais, sobreindividuais, superindividuais, ou coletivos *lato sensu*¹²⁵, são aqueles cuja titularidade extrapola a esfera jurídica de um único indivíduo, estando ligados a uma coletividade de pessoas. Outrossim, tais expressões retratam o gênero a partir do qual podem ser identificadas três espécies¹²⁶ distintas de interesses: os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, os quais possuem características próprias que os distinguem não somente dos clássicos direitos individuais, mas também entre si.

A identificação e caracterização concreta do tipo de interesse transindividual são de grande importância, especialmente em virtude dos reflexos em outros institutos jurídicos e das consequências práticas determinadas pela natureza do direito envolvido, porém não se cuida de tarefa simples.

As peculiaridades atinentes aos interesses metaindividuais aliadas às inúmeras situações surgidas no cotidiano da vida, tornam inviável circunscrevê-los a classificações jurídicas estanques. Some-se a isso que corriqueiramente o que se constata na realidade prática é uma conduta gerando lesões ou ameaças de lesões múltiplas e simultâneas¹²⁷. Assim, um mesmo episódio pode ocasionar lesões ou ameaças de lesões a mais de um interesse transindividual atingindo a um só tempo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – cada qual a reclamar

¹²⁵Estes termos serão empregados no presente estudo como sinônimos.

¹²⁶Em sentido contrário, Teori Albino Zavascki reputando como direito individual os direitos individuais homogêneos e não como espécie do gênero direito transindividual. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 30, p. 32, jan./mar. 1993.

¹²⁷MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 53; BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 98; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses coletivos e difusos*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2006. p. 18; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, cit., p. 71; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 103; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 44; VIANA, Márcio Túlio. op. cit., p. 183.

providências reparatórias ou inibitórias distintas¹²⁸.

A ocorrência de lesões multiformes a interesses supraindividuais pode ser inferida dos seguintes exemplos¹²⁹: uma empresa poluente pode provocar danos ao meio ambiente natural (dano difuso), ao meio ambiente do trabalho, lesando toda a coletividade de trabalhadores que lá desempenham as suas atividades, já que o ambiente laboral não é adequado e salubre (direito coletivo) e, ainda, a cada um dos trabalhadores que diante do risco a que se submeteram podem vir a desenvolver ou já manifestaram uma série de patologias em decorrência do mesmo fato (direitos individuais homogêneos). Há, ademais, dano difuso em relação à sociedade como um todo, a qual possui o interesse moral na incolumidade física e psíquica dos trabalhadores e que será onerada, em última análise, também em termos financeiros com uma gama de indivíduos adoecidos e incapazes de exercer suas funções normalmente¹³⁰.

Alguns critérios foram desenvolvidos no campo doutrinário, com o objetivo de promover a identificação concreta dos interesses transindividuais. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery¹³¹, a despeito de imputarem aos tipos de direitos supraindividuais características próprias, utilizam um critério processual para identificá-los concretamente. Segundo os autores, de acordo com o modo como é formulado o pedido, verificar-se-á

¹²⁸ Conferir a respeito o seguinte acórdão no qual foi constatada e reconhecida expressamente a ocorrência de lesões múltiplas a direitos supraindividuais, decorrente da terceirização ilícita concretizada por meio de cooperativa de trabalho: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Recurso de Revista nº. 4327-87.2010.5.01.0000, julgado em 26/09/2012, publicado no DEJT em 05/10/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda. Além disso, reconhecendo expressamente a possibilidade de lesões múltiplas, cita-se o seguinte acórdão, cuja ementa consigna: "(...) A hipótese tratada no presente caso denota que a conduta do reclamado pode, em princípio, ferir, simultaneamente, interesses e direitos individuais homogêneos daqueles trabalhadores (atuais) submetidos a essa condição e, também, coletivos da respectiva categoria (atuais e futuros), por afrontar a ordem jurídica estabelecida, ao determinar o descumprimento de normas cogentes alusivas à duração da jornada de trabalho. Agravo a que se nega provimento". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª. Turma. Agravo em Recurso de Revista nº. 1281400-24.2001.5.09.0002, julgado em 02.06.2010, publicado no DEJT em 18.06.2010, Rel. Min. Emmanoel Pereira.

¹²⁹ Pode-se citar a hipótese de uma cláusula convencional nula, em que se ajuíza uma ação civil pública postulando, além de sua nulidade, a abstenção de sua inclusão em instrumentos coletivos posteriores. Para os atuais trabalhadores o direito é coletivo, enquanto que para os futuros trabalhadores, o interesse é difuso. In: MAZILLI, Hugo Nigro. op. cit., p. 53. Outro exemplo de hipótese envolvendo lesões múltiplas ocorre quando se está diante de trabalho escravo ou em condições análogas à escravidão. Há o dano difuso que se espalha pela sociedade como um todo, a qual repudia esta prática, consoante expresso na Constituição pátria e em legislação esparsa. Há o dano coletivo, retratado pelo direito do grupo de trabalhadores submetidos à escravidão. E há ainda a lesão proveniente de origem comum aos direitos individuais homogêneos desses trabalhadores individualmente considerados.

¹³⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Tutela jurídica do meio ambiente do trabalho. *Revista do Ministério Público*, Paraíba, n. 2, p. 59, 2006.

¹³¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1994. p. 1394. Neste sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 101; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 67; MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 34.

diante de qual tipo de interesse transindividual se está tratando: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Nesta linha seria equivocado o posicionamento que qualifica, de antemão e genericamente, um determinado direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo, podendo-se citar, por exemplo, o caso de autores que asseveram que o meio ambiente é direito difuso. Insta salientar, que em recente julgamento¹³² em sede de ação civil pública, o Tribunal Superior do Trabalho afirmou, expressamente, a adoção desta tese.

Esta posição é criticada por alguns juristas¹³³, os quais argumentam que os interesses metaindividuais existem independentemente e fora do processo e, dessa forma, possuem certas características essenciais que não são suscetíveis de alterações no plano processual. Para estes autores as características presentes no plano do direito material é que determinariam o tipo de tutela a ser postulada. Nesta perspectiva, mesmo quando se está perante direitos individuais que ensejam a defesa coletiva, mas que não são essencialmente coletivos, a natureza do direito não se alteraria em função da forma como é exercitada a sua tutela judicial.

Compactua-se para efeitos deste trabalho com esta corrente doutrinária, por entender-se que o processo não tem aptidão para alterar a natureza dos direitos materiais¹³⁴.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁵, por seu turno, propõe um critério misto ou eclético para identificar os direitos supraindividuais, combinando tanto elementos

¹³²“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ILEGITIMIDADE ATIVA. Quando se trata de direitos metaindividuais, o que determina realmente se o objeto da ação coletiva é de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea é a pretensão trazida em juízo, uma vez que um mesmo fato pode dar origem aos três tipos de pretensões, de acordo com a formulação do pedido, como bem destaca Nelson Nery Júnior. Por outro lado, nos termos do nosso ordenamento jurídico e na esteira da jurisprudência iterativa desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, o sindicato profissional detém legitimidade para ajuizar ação civil pública. Nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, o Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva para a proteção dos interesses difusos e coletivos. O artigo 6º, inciso VII, alínea "d", da Lei Complementar nº 75/93 confere ao Ministério Público da União legitimidade para propor ação civil pública para a "defesa de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos". O artigo 83, inciso III, da mesma Lei Complementar também prevê a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para "promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos". Ademais, os direitos individuais homogêneos estão definidos no inciso III do artigo 81 da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Agravo de instrumento **desprovido**. (...)”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº. 81540-52.2006.5.03.0131, julgado em 09/10/2012, publicado no DEJT 19/10/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta.

¹³³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 34-35; GIDI, Antonio. op. cit., p. 21.

¹³⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 9, p. 15.

¹³⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 96. Neste sentido: LENZA, Pedro. op. cit., p. 98-99.

pertencentes ao plano material como à esfera processual. Sem embargo de o direito material preexistir a qualquer processo, somente a partir deste seria possível definir concretamente e com precisão de que tipo de interesse se está tratando, havendo, de acordo com o referido doutrinador, uma interação entre os planos material e processual.

De qualquer sorte, todas as correntes doutrinárias acima referidas intentam identificar os direitos transindividuais, tomando como base determinadas características subjetivas e objetivas.

A doutrina italiana, na tentativa de sistematizar as principais características dos interesses transindividuais, compartimentou-se em dois segmentos, os quais enaltecem diferentes aspectos de tais direitos¹³⁶. Um grupo de autores enfatiza o aspecto subjetivo dos interesses difusos e coletivos, enquanto outro realça os traços objetivos.

Para a vertente doutrinária subjetivista, a caracterização dos direitos metaindividuais dá-se de acordo com a atribuição conferida pela lei a seu portador. Portanto, se o portador do interesse for um ente representativo de um determinado grupo já instituído, estar-se-á frente a um interesse coletivo. Acaso o portador não seja um ente representativo, mas outro qualificado pela norma, ter-se-á o interesse difuso. Nesta toada, os atributos do próprio bem seriam indiferentes para fins de enquadramento da natureza do interesse em tela.

Já para a corrente objetivista¹³⁷, a ênfase deve recair sobre as características típicas do interesse focado, tais como a suscetibilidade de divisão e do conteúdo do interesse.

No Brasil, apesar dos critérios já mencionados alhures, a doutrina majoritária vem caracterizando os direitos difusos e coletivos de modo a conjugar tanto os aspectos objetivos como o subjetivos¹³⁸. Tem-se agrupado as categorias dos direitos coletivos e difusos, cujos núcleos são comuns, conquanto possuam peculiaridades que os fazem distintos¹³⁹. Não é por outro motivo que José Carlos Barbosa Moreira enquadra os direitos

¹³⁶LENZA, Pedro. op. cit., p. 66.

¹³⁷DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 16.

¹³⁸LENZA, Pedro. op. cit., p. 67; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 214; GIDI, Antonio. op. cit., p. 25; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 121.

¹³⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 82; GIDI, Antonio. op. cit., p. 25.

difusos e coletivos como essencialmente coletivos e assinala os traços subjetivos e objetivos que os definem¹⁴⁰.

Esta constatação também pode ser extraída das lições de Ada Pellegrini Grinover¹⁴¹, que ao tratar dos direitos difusos e coletivos sintetiza as suas características fundamentais da seguinte forma: “indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultados de conflitos de massa, carregados de relevância política capazes de transformar conceitos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, ação e do processo”. Note-se pela síntese acima citada, que o traço de subjetividade está marcado pela alusão à titularidade indeterminada e o objetivo pela referência à indivisibilidade e pelo conteúdo de tais interesses de alto teor político e social.

De fato, a transindividualidade de tais interesses é uma característica que lhes é essencial. A titularidade desses direitos, consoante leciona Celso Lafer¹⁴², é coletiva, sendo reconhecida a grupos humanos como a família, crianças, trabalhadores, mulheres, minorias étnicas, sexuais, religiosas, o povo, a nação a coletividades regionais. Tais direitos são transindividuais, porquanto pertencem indistintamente a vários indivíduos, os quais, por vezes, são indetermináveis ou, sendo determináveis, não são passíveis de identificação de plano. Estes direitos estão desvinculados da ideia de indivíduo visualizado em sua singularidade e abstração.

Além disso, não se pode prescindir dos aspectos objetivos peculiares aos direitos metaindividuais quando se está tentando uma caracterização.

Tendo em vista que o conteúdo dos direitos transindividuais é carregado de significação política e social, tal peculiaridade o faz ser insuscetível de expressão em termos estritamente pecuniários. A fruição desses direitos está desvinculada de qualquer conotação econômica. Seu conteúdo, em linhas gerais, vinculado aos valores de justiça

¹⁴⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-196.

¹⁴¹GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, cit., p. 17.

¹⁴²LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, cit., p. 131-132.

social, bem como a aspectos atinentes à qualidade de vida dos indivíduos, deve ser compreendido como o direito à preservação de determinados valores¹⁴³.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁴, já na década de setenta, assinalou o conteúdo não patrimonial dos direitos metaindividuais e enfatizou a necessidade de o sistema contemplar uma forma de tutela não apenas ressarcitória em pecúnia. Salienta-se que a extrapatrimonialidade dos direitos transindividuais não se constitui em óbice para fixação indenizatória, uma vez constatada a sua violação. Neste caso, a indenização terá por intuito um caráter pedagógico e de compensação à sociedade pelo eventual dano havido.

O outro atributo de ordem objetiva, típico dos direitos metaindividuais, normalmente referido pelos juristas, é a indivisibilidade do objeto. A indivisibilidade do objeto significa que não é possível cindir a sua lesão ou fruição e, assim, conferir a cada um dos titulares uma cota¹⁴⁵. Uma única lesão afeta todos os interessados, assim como o benefício de um deles acarreta o de todos os demais. Esta peculiaridade dos direitos supraindividuais tem o condão de evidenciar a ideia de que não se trata de um feixe de interesses agrupados, passíveis de decomposição em várias relações jurídicas, mas de um interesse comum. Ademais, a indivisibilidade do objeto significa também a impossibilidade de transação por parte dos titulares do direito comum.

Conquanto a doutrina nacional se alinhasse a este entendimento que aproximava os modelos subjetivista e objetivo, seus conceitos ainda não estavam sedimentados, em decorrência de os direitos difusos e coletivos serem objeto de preocupação recente entre os estudiosos¹⁴⁶. Havia, ademais, uma cizânia em torno da terminologia e enquadramento das

¹⁴³LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 103.

¹⁴⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 115.

¹⁴⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 98; GIDI, Antonio. op. cit., p. 27; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 802; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*, cit., p. 31.

¹⁴⁶Ada Pellegrini Grinover esclarece que a temática dos interesses difusos e coletivos passou a ser, recentemente, motivo de preocupação entre os juristas, destacando que a doutrina italiana capitaneada pelos juristas Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Nicolo Trocker e Andrea Proto Pisani foi precursora no assunto, tendo a ele dedicado-se desde o ano de 1974. Salienta que três encontros registraram a preocupação da doutrina a respeito dos interesses difusos e coletivos: o Congresso de Pávia que versou sobre as “ações para a tutela de interesses coletivos”; Encontro de Florença, em 1975, o qual tratou das “liberdades fundamentais e formações sociais”; e o III Congresso Nacional da Associação Italiana de Direito Comparado, cujo tema foi “A tutela jurídica dos interesses difusos, com particular atenção à proteção do

categorias de direitos metaindividuais.

Note-se que Galeno Lacerda criticava o emprego do termo “difusos”, entendendo que o seu caráter vago poderia gerar a conclusão equivocada que se estaria diante de direitos inexpressivos, sem conteúdo, quando na verdade cuida-se de direitos fundamentais do homem enquanto pessoa inserida em uma dada comunidade¹⁴⁷. Outros autores utilizavam indistintamente as expressões “difuso” e “coletivo”, evidenciando que as compreendiam como institutos idênticos.

Em 1984, antes mesmo da publicação da Lei de ação civil pública, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr.¹⁴⁸, em obra pioneira sobre a temática dos interesses metaindividuais empregavam como expressões sinônimas “interesse difuso”, “coletivo”, “de grupo”, “meta” ou “supraindividual”. Não obstante, os aludidos juristas pontuaram as tentativas empreendidas, principalmente pela doutrina italiana e por autores nacionais de vanguarda como José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de diferenciar as categorias dos interesses supraindividuais.

Com o escopo de dotar a tutela coletiva da máxima efetividade possível, era conveniente dirimir as controvérsias havidas em torno da tipologia dos interesses transindividuais e evitar que tais celeumas se constituíssem em entraves. Desta feita e na esteira do entendimento doutrinário que aproxima os aspectos de ordem objetiva e subjetiva dos direitos transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº. 8.078/90, de 11.09.1990, definiu o que se deve compreender como tal. Nos termos do disposto no art. 81¹⁴⁹, extrai-se que o legislador nacional tomou como gênero os direitos metaindividuais e consagrou três espécies qualificadas como interesses difusos, coletivos

meio ambiente e dos consumidores”. No Brasil, a temática começou a ser tratada em obra de José Carlos Barbosa Moreira intitulada “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*, cit., p. 1-4.

¹⁴⁷LACERDA, Galeno. Ação civil pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 19, p. 13, 1986.

¹⁴⁸FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, cit., p. 57. nota 26.

¹⁴⁹CDC: art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo Único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

em sentido estrito e individuais homogêneos.

Outrossim, passa-se a analisar as definições adotadas pela normativa nacional a respeito dos direitos transindividuais.

2.2.1. Os interesses difusos

Dispõe o inciso I, do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que se deve compreender como interesses ou direitos difusos, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Da análise da disposição legal, infere-se que na definição de direitos difusos foram conjugados o aspecto subjetivo, traduzido por uma indeterminação dos titulares e inexistência entre eles de relação jurídica-base, e o objetivo, retratado pelo critério da indivisibilidade do bem ¹⁵⁰.

Péricles Prade ¹⁵¹ afirma que “interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”.

Antonio Herman Benjamin ¹⁵² atribui aos direitos difusos as seguintes características: “a) transindividualidade real (= essencial ou substancial) máxima, isto é, a pluralidade de sujeitos-titulares chega ao ponto de confundir-se com a comunidade, e b) a indeterminação de seus sujeitos; na perspectiva da objetividade (= objeto tutelado), c) a indivisibilidade ampla (= comunhão ou fruição indivisível) e d), a indisponibilidade, no campo relacional jurídico, e) o vínculo abstrato e remoto a unir os sujeitos no âmbito político, f) relevância da unanimidade social, g) organização desnecessária, impossível, impraticável ou difícil”.

¹⁵⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 801.

¹⁵¹PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*, cit., p. 57-58.

¹⁵²BENJAMIN, Antonio Herman V. op. cit., p. 93.

Como se afirmou alhures, a transindividualidade significa que o interesse pertence não a um indivíduo apenas, mas a vários. Os direitos difusos desvelam a possibilidade de ocorrência de lesões ou ameaças de lesões de massa que se disseminam e atingem uma gama de indivíduos que estão dispersos e cuja identificação é difícil ou impossível. Esta coletividade titular do interesse difuso é composta por um conjunto de indivíduos que não são passíveis de identificação, devido, em muito, ao fato de sua dispersão. A transindividualidade presente nos interesses difusos é real e essencial, no sentido de que além de poder alcançar comunidades inteiras, não se tem condições de saber qual a dimensão da lesão, ameaça de lesão ou mesmo do gozo do direito.

O que congrega os titulares dos direitos difusos é uma situação fática e não formal. Justamente porque sua titularidade comum decorre de circunstâncias fáticas e não de um vínculo formal, tem-se a dispersão dos interessados e a dificuldade em identificá-los. A agregação entre os indivíduos é contingencial e ocasional, devida a certos acontecimentos que os une. Assim, o que liga estas pessoas entre si são circunstâncias fáticas idênticas que os atingem. Há situações em que conquanto exista um vínculo jurídico que relacione os titulares do interesse difuso, este não é bem definido, mas sim genérico e rarefeito, o que igualmente dificulta a identificação¹⁵³.

Os interesses difusos são marcados por uma intensa conflituosidade interna. Significa dizer que os conflitos envolvendo os direitos difusos adquirem uma enorme abrangência que, de uma forma geral, confrontam-se com direitos igualmente relevantes, exigindo que sejam feitas escolhas políticas de modo a privilegiar um ou outro interesse¹⁵⁴. Estes conflitos de massas envolvem interesses contraditórios, muito embora ambos sejam consagrados pela ordem jurídica.

A característica da indivisibilidade também se faz presente nos interesses difusos. Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁵ a indivisibilidade do objeto “há de ser a sua tônica”. Conforme já se mencionou anteriormente, a indivisibilidade do objeto significa que este é concomitantemente de um e de todos, não sendo possível compartimentar as lesões e,

¹⁵³ PRADE, Péricles. op. cit., p. 55; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 112; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 88.

¹⁵⁴ PRADE, Péricles. op. cit., p. 55; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, cit., p. 31; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 100-101.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*, cit., p. 15.

tampouco, a fruição do direito.

Outro aspecto presente nos interesses difusos diz respeito à situação mutável e contingencial que relaciona os indivíduos titulares de tais direitos. Circunstâncias de fato tornam uma coletividade titular de um direito difuso, porquanto em certo momento enquadraram-se diante de uma situação como consumidores, trabalhadores, usuários, beneficiários de um meio ambiente adequado¹⁵⁶.

No campo trabalhista, a visualização de direitos difusos foi, dentre os tipos de direito metaindividual, o que mais controvérsias gerou. Relevar pontuar que houve quem defendesse a inexistência de direitos difusos trabalhistas. Ronaldo Lopes Leal¹⁵⁷ asseverou que poderia haver direitos difusos defensáveis no âmbito da Justiça do Trabalho, mas estes não diriam respeito às relações de trabalho propriamente ditas. Aroldo Plínio Gonçalves¹⁵⁸, por sua vez, restringia as hipóteses de ocorrência de direitos difusos trabalhistas aos casos em que se constatasse a lesão ou ameaça de lesão a dispositivos constitucionais consagradores de direitos dos trabalhadores.

Explica Márcio Túlio Vianna¹⁵⁹ que alguns doutrinadores sustentavam que, uma vez celebrado o contrato de trabalho, os direitos seriam individuais ou coletivos quando transcendessem os indivíduos, passando a ser pertinentes ao grupo ou à categoria, não havendo espaço para os interesses difusos.

Esta posição restritiva não vingou. Era preciso avançar na compreensão do fenômeno laboral e perceber que há inúmeros casos que extrapolam a órbita da categoria ou do grupo, alcançado um sem número de trabalhadores que não estão vinculados por um liame jurídico¹⁶⁰. De fato, na esfera das relações de trabalho, há situações em que uma coletividade de trabalhadores indeterminada e até mesmo a sociedade é atingida. Outrossim, as lesões ou ameaças de lesões aos valores sociais do trabalho, à dignidade da pessoa humana, desvelam a presença de interesses difusos trabalhistas que necessitam de tutela.

¹⁵⁶ALPA, Guido. *Interessi diffusi*, cit., p. 148.

¹⁵⁷LEAL, Ronaldo Lopes. O processo do trabalho e os interesses difusos. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 1, p. 30, jan. 1995.

¹⁵⁸GONCALVES, Aroldo Plínio. A ação civil pública na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 10, p.1225-1229, out. 1994.

¹⁵⁹VIANA, Márcio Túlio. *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, cit., p. 183.

¹⁶⁰ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. op. cit., p. 136.

Há trabalhadores que são alcançados por determinados atos praticados por empregadores ainda que não mantenham ou tenham mantido vínculo contratual. É o caso, por exemplo, de empresas que apenas admitem mulheres estéreis ou esterilizadas¹⁶¹. Aqui, apesar de inexistir contrato, todas as mulheres que não se enquadravam na restrição imposta pela empresa e que seriam potenciais candidatas às vagas de emprego oferecidas, foram alcançadas pela conduta ilícita da empresa. Esta coletividade de pessoas é indeterminada.

Nos dias que correm, não pairam dúvidas acerca da aplicabilidade das disposições legais da Lei nº. 8.078/90 que definem o que deve ser compreendido como interesse difuso, coletivo e individual homogêneo à esfera trabalhista, bem como da existência de tais direitos no âmbito das relações de trabalho¹⁶².

Raimundo Simão de Melo¹⁶³ elenca uma série de situações nas quais vislumbra a presença de interesses difusos trabalhistas, tais como: contratação de servidores sem prévia aprovação em concurso público; exigência de apresentação de certidão negativa da Justiça do Trabalho, atestando a inexistência de ações trabalhistas; discriminação realizada pelos empregadores com base em critérios de raça e sexo; eliminação dos riscos atinentes ao meio ambiente do trabalho.

Nesta toada, a jurisprudência trabalhista vem reconhecendo e identificando uma série de interesses difusos quando instada a manifestar-se.

É vasta a casuística que denota a presença de um direito difuso na seara das relações de trabalho. Para ilustrar, cita-se um recente julgamento prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos de uma ação civil pública aforada pelo Ministério Público do Trabalho, na qual se buscava coibir terceirização ilícita levada a efeito por ente público¹⁶⁴. Uma vez demonstrada a prática ilícita da contratação de servidores por

¹⁶¹VIANA, Márcio Túlio. op. cit., p. 183.

¹⁶²MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 31; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 50.

¹⁶³MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 31-32.

¹⁶⁴“RECURSO DE REVISTA - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL COLETIVO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. A circunstância de a reclamada contratar mão de obra terceirizada para suprir necessidade de pessoal no exercício de atividade fim da empresa consiste em lesão que transcende o interesse individual de cada trabalhador de per si e alcança todos os possíveis candidatos que, submetidos a concurso público, concorreriam, nas mesmas condições, ao emprego no segmento econômico. Recurso de revista conhecido e provido.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 43400-71.2008.5.14.0001, julgado em 22.08.2012, publicado no DEJT em 31.08.2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

interposta pessoa, sem a observância do disposto no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988, que prescreve que para ter acesso a cargos e empregos públicos deve haver prévia aprovação em certame público, houve a condenação em indenização por danos morais coletivos. Segundo decidido pela Corte Superior Trabalhista, a prática adotada pela empresa lesava direitos de todos os potenciais candidatos à vaga que fora ocupada por meio de terceirização ilícita. Consignou o Ministro Relator ao proferir seu voto no bojo do Recurso de Revista aviado nos autos da aludida ação civil pública: “Ocorre, todavia, que a circunstância de a reclamada contratar mão de obra terceirizada para suprir necessidade de pessoal no exercício de atividade fim da empresa consiste em lesão que transcende o interesse individual de per si e alcança todos os possíveis candidatos que, repitam-se, submetidos a concurso público, concorreriam ao emprego em igualdades de condições no segmento econômico”.

Salienta-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, de forma predominante, vem posicionando-se no sentido de que a contratação de servidores sem prévia aprovação em concurso público configura lesão a interesses difusos da coletividade¹⁶⁵, porquanto atinge todos os potenciais candidatos àquelas vagas que foram preenchidas em desconformidades com os ditames legais.

Em outro caso envolvendo terceirização ilícita, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho também entendeu haver lesão a interesse difuso¹⁶⁶. Consignou o v. acórdão que

¹⁶⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Recurso de Revista nº. 26540-87.2005.5.10.0008, julgado em 31.08.2011, publicado no DEJT em 02.09.2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Recurso de Revista nº. 129300-78.2005.5.10.0020, julgado em 11.10.2011, publicado no DEJT em 21.10.2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda.

¹⁶⁶“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FRAUDE NA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO INSTITUÍDO PELA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO BRASIL (ARTS. 1º, III e IV, 3º I, III e IV, e 170, CAPUT. DA CF). INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. O fenômeno da terceirização traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho. Nesse sentido, cabe aos operadores do ramo just trabalhista submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental. Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 traz limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia e na sociedade, embora não faça, evidentemente - como não caberia -, regulação específica do fenômeno. Os limites da Carta Magna ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórios da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), da *valorização do trabalho e especialmente do emprego* (art. 1º, III, combinado com art. 170, caput), da busca da *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), do objetivo de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3º, III), da busca da *promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV). Tais fundamentos (art. 1º, caput) e também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, caput), encorajados em princípios e regras constitucionais, todos com inquestionável natureza e força normativa, contingenciam fórmulas

“a utilização da terceirização ilícita implica afronta aos princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no País. Nesse sentido, o fenômeno extrapola o universo dos trabalhadores diretamente contratados de forma irregular para produzir impacto no universo social mais amplo, atingindo uma gama expressiva de pessoas e comunidades circundantes à vida e espaço laborativos. A lesão extrapola os interesses dos empregados envolvidos na lide para alcançar os trabalhadores em caráter amplo, genérico e massivo. Nesse contexto, configura-se o dano moral coletivo”.

Outro exemplo de lesão a interesse difuso na esfera trabalhista pode ser extraído de um processo julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho envolvendo matéria atinente ao meio ambiente do trabalho¹⁶⁷. Quanto aos direitos difusos, registrou o acórdão prolatado pela 6ª Turma, do TST: “(...) é da própria lógica desta ação civil pública e do caráter difuso dos interesses aqui protegidos a abstração quanto aos aspectos fáticos relacionados a cada trabalhador, sendo impossível a identificação precisa das distintas formas de trabalho

surgidas na economia e na sociedade de exercício de poder sobre pessoas humanas e de utilização de sua potencialidade laborativa. A partir desse decidido contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os *princípios gerais da atividade econômica* (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo *por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (caput do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a *função social da propriedade* (art. 170, III), a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII), a *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII). Na mesma linha de coerência, a Carta Máxima estabelece a *disposição geral da ordem social* (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem *como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193). Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre este e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais. Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, *não é compatível com a ordem jurídica brasileira*. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende o piso intransponível do comando normativo constitucional. Nessa linha, posiciona-se a Súmula 331 do TST, não considerando válidas práticas terceirizantes fora de quatro hipóteses: trabalho temporário (Lei nº. 6.010/1974); serviços de vigilância especializada (Lei n. 7.102/1983); serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, III); serviços ligados à atividade-meio do tomador (Súmula 331, III). Note-se que, na audiência pública sobre o tema, realizada no TST na primeira semana de outubro de 2011, ficou claro que a terceirização, se realizada sem limitações, provoca inevitável rebaixamento nas condições de trabalho, quer economicamente, quer no tocante ao meio ambiente do trabalho, devendo ser acentuado o acerto da Súmula 331, I e III, do TST. Portanto a utilização da terceirização ilícita implica afronta aos princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no País. Nesse sentido, o fenômeno extrapola o universo dos trabalhadores diretamente contratados de forma irregular para produzir impacto no universo social mais amplo, atingindo uma gama expressiva de pessoas e comunidades circundantes à vida e espaço laborativos. A lesão extrapola os interesses dos empregados envolvidos na lide para alcançar os trabalhadores em caráter amplo, genérico e massivo. Nesse contexto, configura-se o dano moral coletivo. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Recurso de Revista nº. 16400-34.2006.5.02.0023, julgado em 30.11.2011, publicado no DEJT em 09.12.2011, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado.

¹⁶⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 98040-04.2005.5.22.0002, julgado em 27.06.2012, publicado no DEJT em 06.07.2012, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho.

que, porventura, possam ocorrer no meio ambiente laboral administrado pelo município”.

2.2.2. Os interesses coletivos

Nos termos do inciso II, do art. 81 da Lei nº. 8.078/90 os interesses ou direitos coletivos, são “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”.

Os interesses coletivos deitam suas raízes no Direito laboral e no movimento sindical organizado, visto que os trabalhadores sempre se agregaram com o objetivo de ampliarem o seu poder em face dos empregadores¹⁶⁸. As entidades sindicais, desde suas origens, estão incumbidas de defenderem os interesses do grupo de trabalhadores que representam. Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988, no inciso III, do art. 8^o¹⁶⁹ consagra expressamente esta função-dever dos sindicatos.

Vicenzo Vigoriti¹⁷⁰ preleciona que o interesse coletivo deve ser compreendido como aquele que expressa a existência de uma relação de conteúdo igual, solidária e não conflituosa entre diversos sujeitos congregados e organizados para a consecução de objetivos comuns.

Nesta perspectiva, Antonio Herman Benjamin¹⁷¹ atribui as seguintes características aos direitos coletivos: " a) transindividualidade real ou essencial restrita (limitada que está ao “grupo, categoria ou classe de pessoas”); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade externa e indivisibilidade interna (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e o que é domínio de sujeitos alheios; impossível tal exercício no contexto interior dos próprios sujeitos agregados); d) disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (ou seja, a associação pode, em princípio dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) relação jurídica base a unir os sujeitos;

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 29; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 54; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. op. cit., p. 121.

¹⁶⁹ Art. 8, III da CF/88- “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

¹⁷⁰ VIGORITI, Vicenzo. *Interessi collettivi i processo: la legittimazione ad agire*, cit., p. 19.

¹⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. op. cit., p. 95-96.

f) irrelevância da unanimidade social; g) organização ótima, viável; e, h) reparabilidade indireta”.

Os interesses coletivos, assim como os difusos, são pertinentes a uma coletividade de indivíduos a princípio indeterminada. Mas ao contrário do que se passa com os interesses difusos, em se tratando de interesses coletivos, a coletividade é passível de determinação, porquanto há uma relação jurídica que interliga entre si os indivíduos que compõem o grupo, classe ou categoria ou vincula-os à parte contrária.

Esta relação jurídica base que interliga entre si ou com a parte contrária os componentes do grupo, classe ou categoria é precedente a qualquer lesão ou ameaça de lesão, não se confundindo com a que surge a partir daí¹⁷². Cuida-se de relações jurídicas distintas: uma origina-se com a lesão ou ameaça de lesão; a outra é preexistente àquela. Em função de haver um vínculo formal preexistente à lesão é que se torna possível a identificação dos titulares do direito. De um modo geral, a doutrina atribui a este liame jurídico o caráter diferenciador do interesse coletivo em relação aos demais interesses metaindividuais, bem como o elemento que viabiliza a determinação dos componentes do grupo.

Salienta-se que os direitos coletivos, tal como se verifica com os interesses difusos, não são compostos por um feixe de interesses individuais aglutinados, mas sim pela síntese de interesses prevalecentes dentre os componentes do grupo¹⁷³. Esta síntese representativa dos interesses comuns dá origem a um interesse distinto dos diversos interesses individuais, o qual está relacionado ao grupo. Não se trata nem de interesse pessoal do grupo e, tampouco, do conjunto de interesses individuais dos seus integrantes.

Na verdade, trata-se de um tipo de direito, cuja gênese é distinta dos interesses individuais dos integrantes do grupo, classe ou categoria, dele sendo independente. Por

¹⁷²GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 803.

¹⁷³VIGORITI, Vincenzo. op. cit., p. 79. Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 803; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 97; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 54-55; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, cit., p. 130; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, cit., p. 43; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 78-79; VIANA, Márcio Túlio. op. cit., p. 182-183.

isso, diz-se que é indivisível vez que não se pode fragmentá-lo, sendo que as lesões, ameaças de lesões e o gozo estejam todos relacionadas à coletividade. Não há possibilidade de compartimentá-lo de sorte que um integrante experimente sozinho qualquer destas situações. A indivisibilidade se fará presente mesmo que o grupo não esteja organizado, dado o grau de harmonia que lhe confere coesão.

Disso decorre a impossibilidade de disposição do direito de forma individual. Entretanto, esta indisponibilidade não é absoluta, haja vista que o grupo poderá dispor, de forma coletiva e em situações excepcionais, do direito de que é titular¹⁷⁴. Na esfera trabalhista, o sindicato quando defende os interesses do grupo, somente está autorizado a dispor do direito em restritas hipóteses, como aquelas consagradas nos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º. da Constituição Federal de 1988¹⁷⁵.

Releva destacar que há uma cizânia doutrinária no que tange à necessidade ou não de o grupo ser organizado para que se tenha o interesse coletivo. Vincenzo Vigoritti¹⁷⁶, Guido Alpa¹⁷⁷ e Vittorio Denti¹⁷⁸ sustentam que a organização é um traço essencial para se caracterizar o direito coletivo e um dos aspectos que o distingue do interesse difuso. Alinhado a este posicionamento, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷⁹ entende que a mínima organização é necessária para a configuração do interesse coletivo, porquanto sem esta é inviável a aglutinação de forma coesa.

De outra banda, perfilhando entendimento diverso Kazuo Watanabe¹⁸⁰ adverte que a legislação não considerou a organização do grupo como traço essencial para se caracterizar o interesse coletivo, a qual somente se fará presente quando o grupo for

¹⁷⁴SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 94. Em sentido contrário, manifestando-se pela indisponibilidade absoluta tem-se o posicionamento de José Luiz Bolzan de Moraes, *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, cit., p. 133.

¹⁷⁵CF/88: Art. 7º, VI : “ irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

¹⁷⁶VIGORITI, Vincenzo. op. cit., p. 19.

¹⁷⁷ALPA, Guido. op. cit., p. 149.

¹⁷⁸DENTI, Vittorio. *Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti*, cit., p. 16.

¹⁷⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 60. Neste sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 97; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 55-56; BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 142; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *As ações coletivas e o direito do trabalho*, cit., p. 18.

¹⁸⁰WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, cit., p. 188. Neste sentido: SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 81; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 156; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 75.

composto por pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base. Quando se estiver diante de modalidade em que a relação jurídica base em que repousam os interesses do grupo se der em face da parte contrária, não haverá organização. Tem-se para efeitos deste estudo que não se faz necessário que os integrantes do grupo estejam organizados e reunidos em uma associação ou entidade para que esteja configurado o interesse coletivo.

A conflituosidade existente no âmbito dos interesses coletivos é maior que na seara individual, mas inferior àquela constatada em sede de direitos difusos, visto que circunscrita a um determinado grupo de pessoas¹⁸¹.

Na seara das relações de trabalho, os interesses coletivos sobressaem-se e podem ser caracterizados, por exemplo, a partir dos vínculos existentes entre os trabalhadores congregados em uma entidade sindical, ou mesmo entre um grupo de trabalhadores em face de seu empregador, porquanto o que os relaciona é o contrato de trabalho – liame jurídico base. Demais disso, a exteriorização desse interesse coletivo é feita pelo grupo.

A realidade está povoada de situações em que se verifica a presença de interesses coletivos. À guisa de exemplo de interesse coletivo na seara trabalhista, Raimundo Simão de Melo¹⁸² cita a dispensa em massa de trabalhadores de uma dada empresa; coação do empregador para que os empregados recebam parte do salário em mercadoria fornecida pela empresa, descumprimento de uma cláusula convencional.

Em recente julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho¹⁸³ reconheceu a existência de direitos coletivos em caso que versava sobre a indispensabilidade de uma determinada instituição bancária instalar portas giratórias em seus estabelecimentos, com o intuito de preservar o meio ambiente do trabalho e, por conseguinte, a integridade física e psíquica de seus empregados. Em relação a esta coletividade de trabalhadores desta empresa, há interesse coletivo.

Em outro feito¹⁸⁴ em que se debatia a necessidade de adequação dos roteiros das atividades externas desenvolvidas pelos empregados de uma determinada empresa, a fim

¹⁸¹MORAIS, José Luiz Bolzan. op. cit., p. 135.

¹⁸²MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 32-33.

¹⁸³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Recurso de Revista nº. 620100-67.2007.5.09.0013, julgado em 26/09/2012, publicado no DEJT 05.10.2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga.

¹⁸⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 62600-29.2008.5.06.0311, julgado em 20.06.2012, publicado no DEJT em 22.06.2012; Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado.

de que pudessem realizá-las apenas durante a jornada de 8 horas diárias e 44 semanais, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu estar presente o interesse coletivo do grupo de trabalhadores que exerce suas atividades em prol da empresa ré. O Tribunal vislumbrou a presença da indivisibilidade do direito, bem como do grupo de trabalhadores ligados à parte contrária por uma relação jurídica base – o contrato de trabalho.

2.2.3. Os interesses individuais homogêneos

De acordo com o inciso III, do art. 81 da Lei nº. 8.078/90, os interesses ou direitos individuais homogêneos devem ser compreendidos como os decorrentes de origem comum.

Antonio Gidi¹⁸⁵ assevera que “os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcados pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito”.

Cuida-se, outrossim, de direitos individuais atingidos ou ameaçados de serem atingidos por uma causa ou fato comum que lhes confere homogeneidade. São direitos individuais de massa que se distinguem dos direitos individuais pela circunstância de existir um fato comum que atinge uma gama de indivíduos de forma uniforme e semelhante.

Ademais, nos direitos individuais homogêneos, ao contrário do que se constata com os direitos difusos e coletivos, não se tem uma essência coletiva, mas sim individual, onde se identifica claramente o seu titular e sua relação com o objeto. A divisibilidade é uma das marcas dos direitos individuais homogêneos, visto que é possível cindir o objeto e outorgar a cada um dos titulares uma repercussão não obrigatoriamente idêntica.

Trata-se de uma novidade inserida no direito positivo pátrio pelo Código de Defesa do Consumidor, desde a qual se viabiliza a defesa coletiva de direitos individuais e obtém-se uma decisão uniforme para as situações individuais semelhantes. Não é por outra razão que Teori Albino Zavascki¹⁸⁶ enfatiza que não se pode confundir defesa coletiva de direitos

¹⁸⁵GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 30.

¹⁸⁶ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, cit., p. 29-30.

individuais - que no caso seria a defesa dos direitos individuais homogêneos-, com defesa de direitos coletivos, pertinente aos interesses difusos e coletivos.

Com efeito, os direitos individuais homogêneos diferenciam-se dos direitos difusos e coletivos em virtude de serem ontologicamente diferentes, por isso José Carlos Barbosa Moreira¹⁸⁷ aduz que os interesses individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos. Do mesmo modo, preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁸ que os interesses individuais homogêneos são transindividuais somente na forma como são apresentados judicialmente, sendo, em função disso, episódica ou contingentemente coletivos. Por esta razão, este doutrinador¹⁸⁹ critica a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que seguindo caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁰, compreende os direitos individuais homogêneos como subespécie dos direitos coletivos.

Destarte, extrai-se da normativa brasileira que a origem comum e a homogeneidade configuram-se em requisitos caracterizadores dos direitos individuais homogêneos.

¹⁸⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 364.

¹⁸⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 2, p. 62, 1998.

¹⁸⁹“A aproximação conceitual entre interesse coletivo e individual homogêneo, notada em alguns acórdãos (v.g., TST-R-RR-538.671/1999.0, DJU 04.08.2006), revela-se equivocada, a começar pela simples consideração de que aquilo que é individual, por força de conceito legal – Lei 8.078/90, art. 81, III – simplesmente não pode ser ... coletivo! Estar-se-ia, a todas as luzes, incidindo numa contradição nos próprios termos, já que, em boa hermenêutica, não se pode atribuir a uma dada categoria jurídica um qualificativo estranho à sua própria natureza”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação das associações para a propositura de ação civil pública trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 34, n. 131, p. 200, jul./set. 2008.

¹⁹⁰EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, 1 e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato - e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n.º. 163231, julgado em 26.02.1997, publicado no DJ em 29.06.2001, Rel. Min. Maurício Corrêa.

A origem comum deve ser compreendida como uma causa comum. Todavia, esta origem comum não necessita guardar unidade factual e temporal e constituir-se em um único e mesmo ato¹⁹¹. Dessa forma, vários atos idênticos podem atingir uniformemente uma série de direitos individuais, conquanto gerem consequências diversas para cada um dos atingidos. Cumpre destacar que não obstante a divisibilidade dos direitos individuais homogêneos, o legitimado ativo não poderá deles dispor, visto que não é o titular do direito. Some-se a isso as peculiaridades atinentes à órbita laboral no que concerne à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

A homogeneidade, por seu turno, está representada pela existência de um núcleo comum aos direitos individuais afetados por uma causa também comum, passíveis de serem objeto de uma decisão igualmente comum. O que a lei reputa como homogêneo não é, destarte, a identidade dos direitos em todos os seus pontos, mas sim similitude¹⁹². São direitos coincidentes, atribuíveis a cada um dos seus titulares por inteiro¹⁹³. Portanto, as implicações havidas na esfera jurídica de cada um dos titulares dos direitos individuais afetados são irrelevantes para descaracterizar a homogeneidade.

Ada Pellegrini Grinover¹⁹⁴ preleciona que a homogeneidade apenas se fará presente se houver a prevalência de questões comuns e coletivas em relação às individuais, não havendo homogeneidade em situações nas quais aspectos de índole pessoal de cada um dos atingidos incide de forma distinta. Igualmente, segundo a autora, não haverá possibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva. Isso porque a legislação nacional apenas autoriza a defesa coletiva de direitos individuais dotados de homogeneidade e não de direitos a que se podem denominar heterogêneos. Demais disso, a mesma jurista entende que se deve examinar, se em determinado caso concreto, haverá superioridade da tutela coletiva em relação à tutela buscada individualmente, asseverando que nas hipóteses em que a dimensão comum for rarefeita, a tutela coletiva mostrar-se-á inadequada.

¹⁹¹GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 800.

¹⁹²GIDI, Antonio. op. cit., p. 32.

¹⁹³VIANA, Márcio Túlio. op. cit., p. 183.

¹⁹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 30-31. Neste sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 226.

Talvez neste ponto resida um dos grandes entraves que em muito ainda dificulta a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Inúmeras decisões provenientes do Judiciário Trabalhista extinguem ações coletivas, cujo escopo era viabilizar a tutela de direitos individuais homogêneos. Os fundamentos alternavam-se entre a ausência de legitimidade de agir - notadamente do Ministério Público do Trabalho que protagoniza a cena judiciária em matéria de tutela coletiva - e a inexistência de direitos individuais homogêneos, assentando que a ocorrência de prejuízos de ordens diversas de direitos tem o condão de evidenciar que se está diante do que se convencionou denominar de direitos individuais heterogêneos.

Tais decisões contrariam o próprio objetivo que ensejou a previsão da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Na realidade, é a existência de questões comuns e assemelhadas relacionando tais interesses que recomenda, em prol da economia e celeridade processuais, que recebam tratamento molecular e não atomizado¹⁹⁵.

O posicionamento externado por Ada Pellegrini Grinover é criticado por Elton Venturi¹⁹⁶, ao argumento de que a legislação brasileira não contemplou a necessidade de haver prevalência de questões comuns sobre as individuais e, tampouco, a da superioridade da tutela coletiva para caracterizar os direitos individuais homogêneos. De acordo com o autor, exigir tais requisitos equivaleria a criar óbices ao manejo da tutela coletiva, sem que estes tenham sido previstos legalmente. Prossegue o aludido jurista afirmando que a homogeneidade a que se refere a lei não é do grupo, caracterizada pela prevalência de aspectos comuns.

Do mesmo modo, na órbita laboral, Maria da Graça Bonança¹⁹⁷ aduz que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a mesma sistemática das ações de classe norte-americanas que exigem como requisitos a superioridade da tutela coletiva e a predominância de questões comuns – ambas de difícil caracterização prática. Acrescente-se a isso que em sede de relações de trabalho, em virtude da situação de vulnerabilidade, na qual se encontra o empregado em relação a seu empregador, a tutela coletiva dos direitos lesados ou ameaçados de serem violados em massa mostra-se mais apropriada do que a defesa individualizada de cada um dos atingidos – que no mais das vezes somente ocorreria após o desligamento do emprego.

¹⁹⁵MORAIS, José Luiz Bolzan. op. cit., p. 122.

¹⁹⁶VENTURI, Elton. op. cit., p. 70-75.

¹⁹⁷BARBOSA, Maria da Graça Bonança. op. cit., p. 152.

De fato, pensa-se que esta vertente está mais condizente com a finalidade que deve nortear as ações que versam sobre direitos individuais homogêneos. Para que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos seja efetiva, é imprescindível ter presente que não se cuida de direitos transindividuais em essência, mas de um artifício utilizado pelo legislador nacional para se alcançar a economia e celeridade processuais em situações nas quais inúmeros direitos individuais são coincidentes. Nesta perspectiva, não tem lugar uma interpretação que restrinja as hipóteses de cabimento da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, porquanto o objetivo é a ampliação do acesso à justiça de maneira mais célere e a um custo menor.

Releva pontuar que malgrado terem os direitos individuais homogêneos, como nota a divisibilidade do objeto, nada impede que o magistrado, com o escopo de conferir efetividade à tutela jurisdicional arbitre, já na fase de conhecimento, os valores devidos a cada uma das vítimas. Tal providência mostra-se deveras aconselhável para que a sentença proferida em processo no qual são versadas questões atinentes a direitos individuais homogêneos não seja destituída de utilidade, de modo que na fase de liquidação seja despendendo a instauração de uma série de processos individuais¹⁹⁸.

Na prática trabalhista, o que se tem presenciado é que inúmeros obstáculos colocam-se quando o processo consegue avançar para a fase de execução, tornando a tutela de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores inefetiva, quando a sentença não é líquida. Muitas vezes, os trabalhadores atingidos pela sentença genérica não a conhecem e, quando estão de posse deste conhecimento precisam contratar um advogado que os assista para enfrentar a demanda a ser aforada perante o seu empregador¹⁹⁹.

No campo das relações trabalhistas, são inúmeros os casos nos quais se constata a presença de interesses individuais homogêneos, dentre os quais podem-se citar: ações, cujos pedidos versam sobre o pagamento de adicionais de periculosidade e insalubridade de uma gama de empregados; pagamentos de horas extras aos empregados de um dado setor da empresa que não podiam registrar o horário correto de trabalho; pagamentos de verbas rescisórias em casos de dispensa em massa; pagamentos de indenizações por danos morais para cada um dos trabalhadores lesados por empresa que mantinha câmeras de

¹⁹⁸GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 159.

¹⁹⁹COUTO, Guadalupe Louro Turos. Sentenças coletivas líquidas: dificuldades e perspectivas. In: CORDEIRO, Juliana (Org.). *Ações coletivas: críticas para a construção da nova lei de ação civil pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 106.

vídeo em banheiros; anotação dos contratos de trabalho nas CTPS dos empregados de uma dada empresa que não efetuava o registro dos trabalhadores; pagamentos de diferenças de depósitos de FGTS, em virtude da ausência regular dos recolhimentos das contribuições; pagamentos de diferenças salariais decorrentes de pagamentos não contabilizados.

O Tribunal Superior do Trabalho vem se posicionando no sentido de que existem, na esfera do Direito do Trabalho, interesses individuais homogêneos dignos de tutela, muito embora haja decisões que divergem quanto aos aspectos necessários para a sua caracterização.

Em um recente julgamento de uma ação civil pública²⁰⁰ que veiculava pedido de observância de pagamento de salário mínimo a todos os empregados públicos de um Município, a Corte Superior delimitou com precisão os limites do que se deve entender como interesse individual homogêneo. Pontuou que a despeito de cada uma das esferas jurídicas dos trabalhadores envolvidos ser atingida de determinada forma, a origem comum – não pagamento do salário mínimo para cada um dos trabalhadores- estava caracterizada, assim como a homogeneidade dos direitos – direito de cada um receber o reajuste correspondente a determinado valor em atraso que individualmente é diverso de todos os demais atingidos.

Com efeito, o florescimento dos direitos de titularidade coletiva ou difusa dos grupos intermediários e dos conflitos de massa, que exsurgiram no contexto da sociedade contemporânea, massificada e complexa, reclamou do Direito a elaboração de novas

²⁰⁰“RECURSO DE REVISTA - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - OBSERVÂNCIA AO SALÁRIO MÍNIMO. Na esteira dos arts. 127, *caput*, e 129, incisos III e IV, da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 83 c/c o art. 6º, inciso VII, "d", deixa inequívoca a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura de ação civil pública. Os interesses a serem defendidos por esse instrumento são aqueles de natureza coletiva *lato sensu* ou transindividual, disciplinados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). E não restam dúvidas que dentre os interesses coletivos estão resguardados os de natureza individual homogênea, assim compreendidos os que têm origem comum (art. 81, inciso III, do CDC). Com relação ao enquadramento de direitos nessa espécie de direitos coletivos, é irrelevante que possam ser divisíveis ou quantificados diversamente para cada titular em eventual liquidação. Isto é, o fato de a origem comum indicada pelo *parquet* na inicial - não observância do pagamento de salário-mínimo, para cada um dos empregados envolvidos, experiência individual específica, cuja reparação será quantificada de forma diversa que não inibe a atuação do fiscal da lei nem mesmo desnatura o direito transindividual, uma vez que a homogeneidade do direito se relaciona com a sua origem e com a titularidade em potencial da pretensão, mas não com a sua quantificação e expressão monetária. Reconhecida a lesão e o dever de repará-la, a sentença proferida no bojo de tutela coletiva poderá submeter-se a procedimento específico de liquidação, apurando-se o *quantum* devido a cada um dos envolvidos. **Recurso de revista conhecido e provido.**” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 8800-72.2007.5.07.0027. julgado em 29/08/2012, publicado no DJET em 31/08/2012. Relator Ministro: Luiz Phillippe Vieira de Mello.

formas de tutela jurisdicional²⁰¹, consoante será abordado nos próximos itens.

3. Os interesses metaindividuais e as novas exigências de tutela

3.1. A tutela processual dos interesses metaindividuais no direito brasileiro

As transformações sociais que puseram em evidência os direitos metaindividuais vêm exigindo do Direito uma série de adaptações para que os interesses e conflitos que emergem das novas configurações sociais sejam apreendidos pela seara jurídica, nos limites e possibilidades do Estado. Esta evolução é fundamental para que o Direito não se distancie do seu sentido²⁰² de conferir respostas adequadas e eficientes às realidades sociais que vão se delineando no cotidiano da vida diante das mudanças pelas quais atravessa a sociedade.

Mas este movimento de aproximação entre o Direito e os novos contextos sociais, notadamente no tempo presente, não é simples. Ao contrário, é marcado por inúmeros obstáculos. Seja porque os atributos fundamentais dos direitos metaindividuais são distintos dos clássicos direitos individuais sobre os quais se assentou o modelo tradicional de processo, reclamando do Direito a adoção de novas atitudes e o rompimento com estruturas tradicionalmente incorporadas na cultura jurídica, seja em virtude da impossibilidade prática de o ente estatal regulamentar e prever todas as situações que podem surgir em uma sociedade em permanente mutação e cada vez mais complexa, seja devido ao fato de que o Direito tal como está estruturado, vem encontrando dificuldades para, no atual contexto social, dispor de meios eficientes para garantir os direitos que enuncia.

Malgrado todos estes óbices, tornou-se imprescindível evoluir em termos jurídicos para fazer frente às novas demandas sociais, envidando esforços para compreendê-las e superar os esquemas tradicionais de tutela jurisdicional, através de uma tarefa criativa e ao

²⁰¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 110.

²⁰²NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget. 2002. p. 10-11.

mesmo tempo razoável²⁰³. Não se afigurava adequado apenas introduzir²⁰⁴ institutos de direito estrangeiro e transportar categorias de direito individual para a esfera coletiva sem as reflexões e adaptações pertinentes, em razão das sérias implicações que tais atos poderiam acarretar. Tampouco, mostrava-se conveniente abandonar²⁰⁵ todas as garantias processuais conquistadas até então.

Como não poderia deixar de ser, as dificuldades que se apresentaram para se promover a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais e ampliar o acesso à justiça fez florescer no seio da doutrina inúmeros questionamentos. Grandes debates foram travados no concernente à compatibilidade e aplicabilidade à esfera dos direitos difusos e coletivos de algumas categorias e institutos jurídicos que foram concebidos para operar em um contexto tracejado por situações individuais ou provenientes do direito estrangeiro.

Em face disso, teve início um profícuo campo de elaboração doutrinária²⁰⁶, visando à idealização de instrumentos aptos a propiciar uma tutela jurisdicional coletiva. Inicialmente, a preocupação dos juristas voltou-se para a elaboração de mecanismos que propiciassem o acesso à justiça aos grupos intermediários representativos dos mais diversos segmentos sociais, razão pela qual muito se discutiu a respeito do que se deveria compreender como processo coletivo, bem como acerca da legitimidade para defender os direitos transindividuais e da extensão dos efeitos da decisão judicial.

Os primeiros instrumentos previstos legalmente para a defesa judicial dos interesses metaindividuais, localizam-se na esfera do direito do trabalho. Cuida-se do dissídio coletivo e da ação de cumprimento, os quais foram pioneiramente inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, para conferir tratamento coletivo aos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, lesados ou ameaçado de lesão²⁰⁷. Entretanto, em virtude de serem instrumentos específicos não se afiguravam adequados para veicularem pretensões difusas e coletivas atinentes à extensa gama de direitos

²⁰³Estava evidente, como anotaram Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que a estrutura tradicional de processo era insuficiente e inadequada para albergar os direitos de massa, sobretudo porque o fenômeno processual era visto “apenas como um assunto entre duas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 50.

²⁰⁴GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 57.

²⁰⁵CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, cit., p. 42.

²⁰⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação. In: _____ (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 1-2.

²⁰⁷NERY JÚNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista, cit., p. 152.

transindividuais. Nem mesmo na esfera trabalhista mostravam-se o bastante para suportar todas as necessidades postas pelos direitos transindividuais dos trabalhadores.

Alguns anos após, foram concebidas, de forma pontual, outras possibilidades de defesa coletiva de direitos. Em 1950, através da Lei nº. 1.134, viabilizou-se às organizações de classe que congreguem empregados ou funcionários das empresas industriais da União, dos Estados e dos municípios, assim como das entidades autárquicas, a representação de seus associados, coletiva ou individualmente perante as instâncias ordinárias ou administrativas. E, em 1963, o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil fixou caber à entidade, a defesa dos interesses da classe e os de seus associados, desde que relacionados com o exercício da profissão.

Posteriormente, ampliando o espectro de tutela dos interesses supraindividuais, editou-se a Lei nº. 4.717/65 (Lei de Ação popular) que passou a permitir a defesa do patrimônio público, entendido como os “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”²⁰⁸, por qualquer cidadão. Entretanto, a lei de ação popular não tinha aptidão para proporcionar a tutela dos interesses difusos em toda a sua amplitude. Veio a lume, no ano de 1981, a Lei nº 6.938, cujo objeto é a tutela do meio ambiente e por meio da qual se fixou a legitimidade do Ministério Público para a defesa das questões ambientais.

Porém, o início do processo de sistematização e estruturação da tutela processual dos interesses metaindividuais ocorreu somente no ano de 1985, com a publicação da Lei nº. 7.347/85, que ficou conhecida como a Lei de ação civil pública. Esta lei teve o condão de operar uma verdadeira transformação em termos de processo, possibilitando que temas de grande relevância social fossem levados à apreciação do Poder Judiciário²⁰⁹. A partir da Lei de ação civil pública oportunizou-se a defesa do meio ambiente, do consumidor, de bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A sedimentação do direito processual coletivo foi impulsionada com a promulgação **da** Carta Constitucional brasileira de 1988, a qual constitucionalizou vários direitos metaindividuais²¹⁰ e instrumentos processuais aptos a garanti-los²¹¹, bem como conferiu

²⁰⁸Lei nº. 4.717/65: art. 1º, parágrafo 1º

²⁰⁹MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 20.

²¹⁰CF/88: art. 5º, XXXV - a defesa do consumidor; art. 7º, art.37, parágrafo 4º- a tutela da probidade administrativa; art. 216 - a manutenção do patrimônio público; art. 225- meio ambiente;

²¹¹CF/88: art. 5º, LXX - mandado de segurança coletivo; art. 5º, LXXIII - ação popular; art. 114, § 2º - dissídio coletivo; art. 129, III - inquérito civil e ação civil pública.

novos contornos ao Ministério Público incumbindo-lhe do dever de defender o Estado Democrático de Direito e de promover, juntamente com outros legitimados, a defesa dos direitos metaindividuais.

A este instrumental agregou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o qual, além de estender a proteção jurídica a todo e qualquer direito difuso e coletivo, está dotado de uma gama de normas concernentes ao processo coletivo de um modo geral. Note-se que o art. 83²¹² contempla expressamente o direito à adequada tutela jurisdicional, uma vez que explicita a possibilidade de serem manejados quaisquer tipos de ação necessária a alcançar este desiderato.

Desde então, o direito pátrio passou a conter um microsistema²¹³ de tutela coletiva de direitos no Brasil²¹⁴, porquanto o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de ação civil pública estão dotados de dispositivos²¹⁵ que deixam claro que toda a legislação processual que se ocupa da tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais forma um sistema integrado e interativo, aplicável aos mais diversos ramos do direito, inclusive ao trabalhista. Outrossim, o subsistema de tutela coletivo é composto, essencialmente, pela Lei de ação civil pública (Lei nº. 7 347/85), pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078/90), os quais interagem entre si em face de haver dispositivos legais que determinam a integração de toda legislação cujo objetivo é a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

Carlos Henrique Bezerra Leite²¹⁶ pontua que, em sede de Direito do trabalho, a partir da conjugação da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e da Lei Orgânica do Ministério Público da União de 1993, a jurisdição trabalhista passou a ser constituída de três sistemas diversos. O primeiro,

²¹²Código de Defesa do Consumidor: Art. 83: “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”.

²¹³Gustavo Tepedino, ao abordar a temática do microsistema, afirma que se trata de previsões legais que regulam “exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se, em doutrina, a era dos estatutos. Tais leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, o meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão lingüística de outrora”. TEPEIDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

²¹⁴ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 38-39; ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 21.

²¹⁵Cf. art. 1º, da Lei nº. 7.347/85 e arts. 83 e 90 da Lei nº. 8.078/90.

²¹⁶LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, cit., p. 81-82.

denominado de jurisdição trabalhista individual, cujo objeto é a solução de litígios de caráter individual. O segundo, chamado de jurisdição trabalhista normativa, cujo escopo é atuar nos dissídios coletivos, criando normas trabalhistas. O terceiro sistema, segundo o referido autor, pode ser chamado de jurisdição trabalhista metaindividual, o qual é destinado a atuar, de forma preventiva e repressiva, nos feitos que tenham como objeto: direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Impende salientar que, apesar de os direitos transindividuais terem existido desde que o homem vive em coletividades e, que os processos coletivos deitem raízes na história longínqua, somente na contemporaneidade é que houve a consolidação e estruturação do que se convencionou chamar de processo coletivo²¹⁷. Tratando da evolução das ações coletivas no direito brasileiro, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes²¹⁸ afirma que o desenvolvimento inicial operou-se por meio de legislações esparsas que continham a possibilidade de algumas organizações promoverem a defesa dos direitos transindividuais dos associados.

Todo este arcabouço normativo e doutrinário deu origem a um novo ramo do direito processual, denominado direito processual coletivo, cujo assento é constitucional e os princípios e finalidades são próprios e distintos do processo individual²¹⁹. Gregório Assagra de Almeida²²⁰ aduz que o direito processual coletivo é “o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social”.

²¹⁷MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 16.

²¹⁸Id. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 189.

²¹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 308; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis, cit., p. 16; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 72-73; ASSAGRA, Gregório de Almeida. op. cit., p. 18-19; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 36.

²²⁰ASSAGRA, Gregório de Almeida. op. cit., p. 22.

Dessa forma, é possível afirmar que a evolução social experimentada pela sociedade pode ser traduzida juridicamente, em sede de direitos difusos e coletivos, no reconhecimento de novos direitos²²¹, na atribuição de direcionamentos e enfoques distintos aos direitos e institutos já consagrados e na elaboração de novas formas de tutela jurisdicional.

Muito embora seja inegável o avanço representado pela consagração do processo de massa, na realidade concreta a efetividade da tutela jurisdicional ainda não foi alcançada. Tal fato é resultado, não só da complexidade que marca este tipo de tutela, mas também da mentalidade dos operados jurídicos, arraigada aos postulados individuais.

Não é por outro motivo que atualmente a atenção dos estudiosos está voltada para o aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva sob a perspectiva da efetividade²²², na qual se insere o objeto central deste trabalho.

3.2. Os aspectos social, jurídico e político da tutela processual dos interesses metaindividuais

A introdução da tutela processual dos direitos transindividuais no ordenamento pátrio teve o condão de ocasionar significativas alterações na cena jurídica. A afirmação de Mauro Cappelletti²²³ de que o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos e das respectivas garantias processuais representou uma verdadeira revolução em termos de ação judiciária, é suficiente para aquilatar o impacto de tais mutações.

Dentre estas modificações²²⁴, implementadas do início ao fim do procedimento, podem-se citar as seguintes: a legitimidade para agir foi conferida por meio da lei a entes²²⁵, de natureza privada - dentre os quais figura sindicato²²⁶

²²¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 18.

²²²SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 211-212.

²²³CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 129.

²²⁴Registra-se que em virtude de o objeto central desta pesquisa situar-se na tutela inibitória metaindividual, não serão abordados em profundidade os aspectos que estruturam o processo coletivo, sendo feitos apenas breves considerações de modo a relacioná-los com a tutela inibitória metaindividual trabalhista.

²²⁵A Lei nº. 7.347/85, em seu art. 5º elencou como legitimados ativos para a tutela coletiva: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública, c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; e) associações constituídas há mais de um ano e que contemplem dentre suas finalidades institucionais a proteção dos direitos supraindividuais.

²²⁶Atribuindo legitimidade aos sindicatos para a defesa de direitos difusos: MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 286-288. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 232-233; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 105; ADAMOVIICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*,

e também pública²²⁷ -, distintos dos detentores do direito e permitindo o acesso dos grupos intermediários à justiça e a defesa dos interesses difusos e coletivos; a legitimidade de agir a par de ser taxativa, foi consagrada de forma concorrente e disjuntiva; a coisa julgada²²⁸ teve seu efeito alargado, estendendo-se para além das partes litigantes; a tutela específica, na forma de obrigações de fazer ou não fazer, determinadas a partir de provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu* tornou-se a regra, ocupando o espaço que antes era destinado à tutela reparatória; o ônus da prova passou a ser focado de uma forma mais flexível, de sorte a privilegiar a efetividade do processo coletivo e o acesso à ordem jurídica justa; a execução do julgado foi reorientado para atender a um procedimento específico e diverso do tradicionalmente realizado.

Todas estas inovações perpetradas a partir da inserção da tutela jurisdicional coletiva dos direitos transindividuais no ordenamento jurídico nacional, visaram ao atingimento de alguns objetivos consentâneos com a nova sociedade massificada. Provavelmente a mais importante finalidade alcançada através da implementação da tutela jurisdicional coletiva tenha sido a ampliação do acesso à justiça²²⁹, permitindo que amplas camadas da população pudessem proteger seus direitos adequadamente.

Através das ações coletivas são veiculadas pretensões de indivíduos que, por sua hipossuficiência, desconhecem os fatos ou os seus direitos e sequer poderiam imaginar ter sido vítimas de lesão ou ameaça de lesão²³⁰. Também são tutelados direitos de indivíduos

cit., p. 136-137. Em sentido contrário, entendendo que a legitimação do sindicato para a defesa de direitos metaindividuais não engloba os interesses difusos Márcio Túlio Vianna, *Interesses difusos na Justiça do Trabalho. Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 2, p. 184, fev. 1995; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*, cit., p. 93.

²²⁷ Mauro Cappelletti classifica os tipos de sistemas em público e privado, conforme a natureza jurídica dos entes a quem foi atribuída legitimidade para promover a defesa dos interesses difusos e coletivos. Se atribuídos a indivíduos ou grupos interessados a legitimidade para a tutela coletiva, o sistema deve ser considerado privado. Ao passo que se couber a entes públicos as funções atinentes à proteção dos direitos superindividuais, o modelo deve ser tido como governamental. Na hipótese de o sistema mesclar estruturas de ambos os modelos, ter-se-á um modelo misto. Este é o caso do Brasil em que a legitimidade de agir é conferida a entes públicos e privados, bem como ao indivíduo isoladamente, no caso da ação popular. CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores a justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 312-313. Neste sentido: SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 274.

²²⁸ Sobre a coisa julgada nas ações coletivas conferir a respeito: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit.; BATISTA, Carlos Roberto. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 232-298; LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 276-310; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 468-476.

²²⁹ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi i processo: la legittimazione ad agire*, cit., p. 276.

²³⁰ MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social) In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 166-169.

que em virtude de uma vulnerabilidade em relação ao agente agressor, provavelmente sentir-se-iam receosos de acionar o Poder Judiciário para postularem seus direitos e, posteriormente, sofrerem represálias²³¹.

Tal situação, como já se afirmou alhures, é corriqueiramente verificada na prática trabalhista em que os trabalhadores, individualmente, apenas buscam a tutela jurisdicional do Estado após terem se desligado do emprego. A condição de vulnerabilidade dos empregados em face das empresas, aliada ao receio de perderem o emprego ou de não mais obterem colocação no ramo de atividade em que detêm conhecimentos e experiências, tornam-se entraves para que os trabalhadores acionem de forma individual o Poder Judiciário. Frisa-se que estas peculiaridades próprias à esfera trabalhista que fragilizam o acesso do trabalhador à justiça, incrementaram as discussões acerca desta temática no Brasil²³².

Estes grupos vulneráveis estavam alijados da tutela jurisdicional do Estado em função de vários entraves²³³ de ordem fática e também jurídica, que se colocavam e inviabilizavam o seu acesso efetivo à justiça. Se não houvesse a previsão de instrumentos processuais voltados à tutela dos direitos difusos e coletivos, muitos deles dificilmente seriam protegidos e de nada adiantaria terem sido reconhecidos pelo Estado²³⁴. As ações coletivas propiciam ao cidadão comum uma igualdade de forças com os detentores do poder e opressores, pois através dos legitimados legais é possível responder no mesmo patamar.

²³¹ GIDI, Antonio. *A class action com o instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

²³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 20-21.

²³³ Mauro Cappelletti e Bryan Garth afirmam que os principais obstáculos ao acesso à justiça são as despesas judiciais, a desigualdade entre as partes litigantes e a representação jurídica para a proteção dos direitos difusos. Para superar tais problemas e propiciar um verdadeiro acesso à justiça, os referidos autores apresentaram algumas soluções para propiciar o acesso à justiça, as quais foram chamadas de ondas renovatórias do processo civil. Em linhas gerais, a primeira onda consiste na adoção de medidas que ampliem a assistência judiciária aos indivíduos com poucos recursos financeiros; a segunda onda, versa sobre a necessidade de se conferir uma representação adequada aos interesses difusos, o que envolve também novas formas de pensar o processo tradicional; a terceira onda centra-se em tornar efetivo os mecanismos de acesso à justiça em uma concepção ampliada de acesso à justiça. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 31-49.

²³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública no STJ*. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 25; GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 33; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. *Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas*. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coords.). *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2006. p. 120.

Além deste aspecto, a tutela jurisdicional coletiva permite a obtenção de maior eficiência e economia de tempo e de recursos financeiros para o Poder Judiciário²³⁵, haja vista que em uma demanda decidem-se inúmeras lides idênticas e similares. O ajuizamento individualizado de tais ações repetitivas movimenta a máquina judiciária muitas vezes para decidir questões semelhantes, constituindo-se em um verdadeiro desserviço à sociedade. Isso sem contar na insegurança que as decisões contraditórias tomadas nessas várias ações idênticas causariam no âmbito social²³⁶.

Sem embargo de no Brasil ainda não terem sido perfectibilizados por completo todos os mecanismos necessários para a tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos e, que ainda haja uma grande resistência de uma parcela da jurisprudência que se vale de interpretações restritivas, certo é que a sua incorporação ao sistema brasileiro acarretou uma transformação na forma de prestação da tutela jurisdicional. Tais repercussões traduzem o significado jurídico da tutela dos direitos difusos e coletivos.

Juntamente com esta dimensão jurídica, a tutela dos direitos difusos e coletivos está impregnada de uma relevante significação social e política e, por estes motivos, alguns doutrinadores denominam o processo coletivo de processo de interesse público. Esta designação tem por escopo chamar atenção para uma característica que é do objeto do processo - os interesses difusos e coletivos - e não do procedimento em si²³⁷.

Cássio Scarpinella Bueno²³⁸ anota que “o que aparece subjacente ao direito processual é o interesse público que deriva da junção ou da reunião (quando menos da possibilidade desta junção ou reunião) de diversos conflitos de interesses, ou ainda de um conflito que possa dizer respeito, indistintamente, a um sem-número de indivíduos”. Com efeito, o significado social da tutela dos direitos transindividuais está em muito relacionado aos conflitos de massa e ao número de indivíduos que abarca.

²³⁵YEAZELL, Stephen. Group litigation and the social context: toward a history of the class action. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 6, p. 866, Oct. 1977.

²³⁶Fazendo alusão a tais objetivos, conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I de Dissídios Individuais. Recurso de Revista nº. 155200-45.1999.5.07.0024. julgado em 16.02.2012, publicado no DEJT em 23.03.2012, Rel. Min. Lélío Bentes.

²³⁷SALLES, Carlos Alberto de. Proteção civil de interesse público. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

²³⁸BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil e interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 32.

De fato, a natureza coletiva dos direitos difusos e coletivos, naturalmente faz com que as decisões a seu respeito repercutam socialmente, haja vista a gama de indivíduos, cujas esferas jurídica e patrimonial são alcançadas. Aí reside um aspecto importante da dimensão social assumida pela tutela dos direitos metaindividuais.

Mas não é apenas no tocante ao grande contingente de pessoas alcançadas pela defesa dos direitos difusos e coletivos que se manifesta a dimensão social de tais interesses. Os anseios sociais e os elevados valores enfeixados nos direitos difusos e coletivos conferem-lhes uma grande relevância na sociedade.

É no interesse social inerente aos direitos transindividuais comuns a uma coletividade de pessoas e a estas indispensáveis que reside um outro importante aspecto da dimensão social²³⁹ de tais interesses. Owen Fiss²⁴⁰, ao abordar a ação de classe americana leciona que esta tem propósitos sociais que justificam a importância que lhes é conferida pelo sistema, uma vez que suas repercussões são relevantes para a sociedade como um todo, ainda que individualmente, em muitas situações, o interesse particular seja ínfimo. As perdas sociais embasam e explicam todas as peculiaridades que circundam a proteção dos direitos transindividuais e os questionamentos aos valores individualistas trazidos com este tipo de tutela.

Outrossim, o interesse social compõe o conteúdo desses direitos transindividuais, devendo ser compreendido como o que agrega os valores mais importantes de uma dada coletividade representativa de trabalhadores, correntes políticas, grupos de interesses e de movimentos sociais presentes na sociedade ou também de interesses dispersos por todo o corpo social. Carlos Alberto de Salles²⁴¹, tratando das funções e significados da proteção judicial dos interesses difusos e coletivos aduz que o interesse público versado pelos direitos difusos e coletivos está vinculado à existência de bens coletivos e comuns.

Destarte, os interesses transindividuais estão relacionados aos valores mais importantes para o corpo social, como o desenvolvimento adequado de crianças e adolescentes, o meio ambiente, incluindo o laboral, a saúde, a educação, a incolumidade no trabalho.

²³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, cit., p. 17-23.

²⁴⁰FISS, Owen. Teoria política das ações coletivas, cit., p. 249.

²⁴¹SALLES, Carlos Alberto de. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

Nas relações de trabalho, o interesse social está expresso pelo objetivo da sociedade em promover e manter incólume os direitos fundamentais instituídos para os trabalhadores para que se garanta um patamar mínimo de dignidade no exercício de qualquer labor. Inegavelmente a relevância social assumida pelos direitos difusos e coletivos na seara trabalhista é significativa. Categorias inteiras de trabalhadores que desenvolvem suas atividades em um determinado setor, cuja organização e dinâmica do trabalho estão arraigadas como praxe, são atingidas por tais condutas.

Há inúmeros exemplos²⁴² que retratam um impacto social decorrente de decisões judiciais tomadas em sede de processos coletivos daí decorrente. Para ilustrar cita-se o caso das concessionárias de energia elétrica, que conferindo interpretação elastecida ao parágrafo 1º, do art. 25 da Lei 8.987/1995, contratavam, para exercer as atividades relacionadas ao seu objeto social, uma gama de empregados de empresas terceirizadas, que no mais das vezes, sequer possuíam a mínima organização e solvabilidade. Estes empregados terceirizados desenvolviam atividades idênticas aos empregados da própria concessionária, mas auferiam salários inferiores e menos benefícios trabalhistas. Vários acidentes de trabalho ocorreram em razão da ausência de treinamento adequado. Tal prática vinha ocasionando uma precarização do trabalho em todo o setor elétrico. Uma decisão emblemática prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho²⁴³, no bojo de uma ação coletiva, repelindo a conduta antijurídica adotada por uma determinada concessionária, repercutiu nacionalmente e vem alterando os rumos das condições de trabalho aplicadas aos empregados do setor elétrico, visto que desde então outras decisões²⁴⁴ trilharam o

²⁴²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de Revista nº. 113200-30.2009.5.11.0004, julgado em 07/08/2012, publicado no DEJT em 10/08/2012, Relatora Ministra: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, versando sobre destituição de dirigentes sindicais que empreenderam práticas lesivas à categoria de trabalhadores que representavam em benefício próprio; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de Revista nº. 113200-30.2009.5.11.0004, julgado em 07/08/2012, publicado no DEJT em 10/08/2012, Relatora Ministra: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, cuidando da anotação irregular da jornada de trabalho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Recurso de Revista nº. 28100-11.2008.5.03.0087, julgado em 14/09/2011, publicado no DEJT em 23/09/2011, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. Recurso de Revista nº. 12400-59.2006.5.24.0061 julgado em 17/08/2011, publicado no DEJT em 26/8/2011, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, cujo objeto versa sobre lides simuladas em que o Poder Judiciário estava sendo acionado para homologar rescisões de contrato de trabalho.

²⁴³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I de Dissídios Individuais. Recurso de embargos Revista nº. 586341-58.1999.5.18.0001, julgado em 28.05.2009, publicado no DEJT em 16.10.2009, Relator Ministro Luiz Phillipe Vieira de Mello.

²⁴⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª. Turma. Recurso de Revista nº. 258200-62.2001.5.07.000, julgado em 01.12.2010, publicado no DEJT em 11.02.2011. Rel. Min. Emmanuel Pereira. No seguinte acórdão a terceirização ilícita foi reconhecida, salvo no que tange às atividades de poda de árvores, topografia e atendimento a cliente: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª. Turma. Recurso de Revista nº. 27500-89.2005.5.10.0801, julgado em 09.06.2010, publicado no DEJT em 18.06.2010, Rel. Min. Waldir Oliveira.

mesmo caminho, conquanto ainda não se tenha firmado a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista.

Ressalta-se que a expressão “interesse público”, quando relacionada à tutela dos direitos difusos e coletivos exprime uma ideia de contraposição aos interesses individuais e enaltece um traço peculiar do interesse social presente neste tipo de direito, que é pertencer à generalidade das pessoas²⁴⁵. Ademais, releva assentar que o interesse social, geral ou público de extrema relevância e de elevado alcance social e político, situa-se ao lado dos interesses do indivíduo considerado em sua singularidade e daqueles perseguidos pelo Estado como ente político, como Administração Pública.

Dessa forma, os direitos transindividuais não se enquadram perfeitamente nem no espaço destinado aos interesses públicos - reputados como aqueles que dizem respeito ao Estado como pessoa -, e tampouco na destinação reservada aos interesses privados – tidos como os que cada pessoa é titular individualmente-, sendo forçoso reconhecer a inadequação da rígida dicotomia²⁴⁶ entre direito público e privado na contemporaneidade. Assim, tem-se que o aparecimento do interesse social marcou a superação da divisão estanque entre direito público e privado²⁴⁷.

Em decorrência da pluralidade social e da existência de vários grupos e focos de poder na sociedade, os bens coletivos no mais das vezes, colocar-se-ão em conflito²⁴⁸. Some-se a isso que nem sempre o interesse social será idêntico aos interesses particulares envolvidos. No campo das relações de trabalho, evidencia-se claramente que nem sempre o interesse social será coincidente com os interesses individuais dos trabalhadores. Na realidade, pode ocorrer de o interesse social ser até mesmo conflitante com os interesses individuais de um grupo de trabalhadores que entende ser mais vantajoso manter uma determinada situação, ainda que em desalinhamento com o disposto na ordem jurídica.

À guisa de exemplificação cita-se uma praxe que vem dominando o setor da saúde. Apesar de haver legislação dispondo sobre as garantias mínimas a serem alcançadas a cada

²⁴⁵SALLES, Carlos Alberto de. Proteção civil de interesse público, cit., p. 40; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., t. 4, p. 76.

²⁴⁶Para aprofundamento, conferir a respeito o estudo realizado por Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 56-66.

²⁴⁷CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 133.

²⁴⁸LOPES, José Reinaldo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

empregado, tais como registro do contrato de trabalho e todas as vantagens daí decorrentes, muitos hospitais e clínicas admitem médicos e demais empregados que exercem atividades relacionadas à sua atividade-fim, preenchendo todos os requisitos prescritos pelos arts. 2º e 3º da CLT, mas não efetuam o registro em suas CTPS. Para mascarar a ilegalidade de tal prática, os empreendedores determinam a abertura de empresas individuais e assim, os médicos laboram como se fossem autônomos, embora sejam, na concepção legal, considerados empregados.

Ocorre que a maioria dos trabalhadores, envolvidos nesta prática contrária ao disposto na ordem jurídica, considera mais vantajoso, do ponto de vista individual, a permanência desta situação. Mesmo assim, contrariamente aos interesses individuais dos trabalhadores envolvidos, permanece o interesse social de ver cumprido e garantido o conjunto de direitos fundamentais instituídos para o homem trabalhador, bem como de contribuir com o sistema de solidariedade social.

Com efeito, o reconhecimento dos direitos transindividuais implicou o alargamento da abrangência do interesse social antes restrito a alguns campos do direito, como o direito laboral e o direito previdenciário. A partir deste prisma a doutrina²⁴⁹ adverte para a proximidade de significado existente entre interesse social, interesse geral e interesse público e cuja sinonímia será adotada ao longo deste trabalho.

Como se pode perceber, intimamente ligada à repercussão social a que se fez alusão, há uma outra peculiaridade da tutela dos direitos difusos e coletivos, revestida igualmente de grande importância que merece ser realçada. Cuida-se do significado político da tutela coletiva que vem ganhando cada vez mais espaço nas novas discussões travadas em torno da efetividade do processo coletivo.

Salienta-se que a faceta política da proteção dos direitos difusos e coletivos é composta por vários aspectos que vão desde a participação política dos legitimados no exercício do poder ao papel exercido pelo Poder Judiciário quando decide acerca dos direitos difusos e coletivos.

A dimensão política da tutela coletiva deflui dos princípios que sustenta o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Sem abandonar os desígnios da

²⁴⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 29.; MAZILLI, Hugo Nigro; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, cit., p. 120.

democracia representativa, o Estado Democrático de Direito brasileiro, de acordo com o prescrito no parágrafo único, do artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, enuncia que todo o poder emana do povo e deve ser exercido diretamente ou por meio de seus representantes.

José Afonso da Silva²⁵⁰ explica, ao analisar o aludido dispositivo constitucional, que a Constituição de 1988 instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito que se destina a garantir e promover os valores reputados como fundamentais para a sociedade pátria, dentre os quais foi eleita a democracia. E através da implementação dos valores que permeiam a Constituição Federal é que será realizada a transformação social a que se compromete o Estado Democrático de Direito, no sentido de reduzir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza, construindo uma sociedade mais justa e igualitária²⁵¹.

Para concretizar a transformação da realidade social, um dos mecanismos erigidos pelo constituinte originário foi a democracia participativa que deve funcionar ao lado da democracia representativa. O delineamento do princípio democrático no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro estimula a participação popular e insere o povo como agente político. Este é um traço peculiar do Estado Democrático de Direito.

Como ocorre com todos os valores plasmados na Constituição Federal, os valores democráticos irradiam-se pelo sistema, alcançando as esferas administrativa, legislativa e judicial. Nesta senda, o processo é abarcado por tais valores que justificam a guarida conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos difusos e coletivos e viabilizam a participação dos indivíduos no exercício do poder, seja individualmente no caso da ação popular, seja coletivamente por meio de associações ou sindicatos que integra²⁵². Assim, à sociedade civil é franqueada a participação no processo político do país²⁵³.

Gregório Assagra de Almeida²⁵⁴ aduz, neste sentido, que a transformação social no âmbito de um Estado Democrático de Direito depende essencialmente da existência de

²⁵⁰SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 25.

²⁵¹CF/88 - “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁵²RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, cit., p. 20; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 102-103.

²⁵³WATANABE, Kazuo. *Processo civil de interesse público: introdução*, cit., p. 16.

²⁵⁴ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 144. Neste sentido: VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 102-103.

instrumentos eficazes à tutela dos direitos difusos e coletivos, aptos a viabilizarem a inclusão social.

Na medida em que cabe ao povo exercer diretamente o poder, os processos coletivos constituem-se em instrumentos de exercício direto do poder político dos indivíduos, nos termos dispostos na Carta Constitucional. Por meio da tutela coletiva dos direitos metaindividuais concretiza-se, em nível judicial, a participação popular na gestão pública²⁵⁵, porquanto através dos legitimados coletivos a sociedade intervém no processo político do país.

Vicenzo Vigoriti²⁵⁶ destaca a importância da relação entre participação popular e a tutela dos direitos transindividuais, afirmando que o processo que viabiliza a tutela desses interesses constitui-se em veículo para a realização do princípio da democracia participativa, permitindo que os grupos possam ascender ao poder e tomar decisões sobre questões de suma importância para a coletividade. Os grupos participam do poder através do processo coletivo.

As questões levadas ao Poder Judiciário por estes grupos sociais, que se consolidaram como novos centros de poder na sociedade, versam sobre assuntos relevantes para o corpo social e são carregadas de significado político. Cuida-se de temas ligados a políticas públicas alicerçadas em normas jurídicas, especialmente nas de assento constitucional²⁵⁷.

Antonio Gidi²⁵⁸ assevera que a tutela coletiva dos direitos transindividuais tem por um de seus escopos a efetivação dos direitos materiais, através da promoção de políticas públicas estatais, constituindo-se em um verdadeiro instrumento de transformação da realidade social. Outrossim, o exame de tais questões naturalmente reclama um novo perfil do Poder Judiciário que passa a ter que tomar decisões de cunho igualmente político.

²⁵⁵PIZZORUSSO, Alessandro, Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 36; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 171; GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, cit., p. 20; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 201; RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 20; MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit.

²⁵⁶VIGORITI, Vicenzo. *Interessi collettivi i processo*: la legittimazione ad agire, cit., p. 12.

²⁵⁷SALLES, Carlos Alberto de. Proteção civil de interesse público, cit., p. 40.

²⁵⁸GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: ações coletivas em uma perspectiva comparada, cit., p. 33-34.

Nem sempre a tutela coletiva será manejada para garantir direitos já consagrados em todas as suas feições. Muitos casos, envolvendo a defesa judicial dos direitos transindividuais, exigirão do Poder Judiciário um papel criativo, capaz de garantir os fins a que se destina a consagração dos aludidos interesses²⁵⁹. Tal fato se deve em muito à impossibilidade de serem previstas pelo legislador todas as situações que se passam no cotidiano da vida e, assim, diante dos conflitos estabelecidos na sociedade, o Poder Judiciário é instado a pronunciar-se.

As decisões sobre políticas públicas que são tomadas no bojo dos processos coletivos incursionam necessariamente sobre embates travados entre os mais diversos segmentos representativos de forças sociais, na defesa de um conjunto de interesses antagônicos. A intensa conflituosidade ínsita aos direitos difusos e coletivos deixa nítida a dimensão política de sua tutela que requer, não raras vezes, que sejam tomadas decisões pautadas na realização de escolhas entre bens jurídicos de idêntica proteção constitucional²⁶⁰.

Em sede trabalhista, em virtude da inerente disputa entre empreendedores, de um lado, e trabalhadores de outro, esta grande conflituosidade e o aspecto político são realçados. Ilustrando este traço da dimensão política da tutela dos direitos metaindividuais no campo laboral, exemplificam-se casos em que o processo coletivo ajuizado tem como objetivo impedir que as crianças trabalhem em aterros sanitários²⁶¹. Inegavelmente, o afastamento das crianças do labor nos chamados lixões, atende aos preceitos constitucionais²⁶² e ao Estatuto da criança e do adolescente²⁶³ que determinam que é direito fundamental das crianças não trabalharem até uma certa idade, sobretudo em locais insalubres e perigosos, já que isto prejudica o seu desenvolvimento.

Outro exemplo são as ações civis públicas, cujos objetos versam sobre a observância de um percentual mínimo de contratos com pessoas com deficiências. Trata-se

²⁵⁹LOPES, José Reinaldo. op. cit., p. 97.

²⁶⁰CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 81.

²⁶¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 98040-04.2005.5.22.0002, 6ª Turma, julgado em 27/06/2012, publicado no DEJT em 06/07/2012, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho.

²⁶²CF/88, art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

²⁶³Lei 8.069/90, arts. 86 a 89 – indicam as prestações que compõem as políticas públicas em prol das crianças e adolescentes

de políticas públicas de inclusão social destes grupos de indivíduos no mercado de trabalho, as quais estão calcadas no cumprimento do disposto na Lei nº. 7.853/89, no Decreto nº. 3.298/99 e no art. 93²⁶⁴ da Lei nº 8.213/91. A Corte Superior Trabalhista²⁶⁵ já reconheceu a necessidade de cumprimento da cota social para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Owen Fiss²⁶⁶ preleciona que os objetivos deste processo de interesse público, a que chama de processo judicial estrutural, transcendem o objetivo privado de conferir soluções a certas controvérsias, devendo dar concreção ao núcleo de moralidade público, constituído a partir dos valores e direitos erigidos como fundamentais pelo Estado. Esta é, segundo o autor, a finalidade precípua deste novo modelo processual, cujas bases e escopos são totalmente distintos do processo tradicional.

Portanto, o modelo processual, inaugurado a partir do reconhecimento dos direitos difusos e coletivos, não se restringe a aplicar as leis e resolver conflitos interindividuais. Todas estas peculiaridades que, invariavelmente, fazem-se presentes nas ações coletivas para a tutela de direitos transindividuais muito embora com pesos distintos, ora enaltecendo-se um ou outro aspecto, desvelam um alargamento do acesso à justiça e um novo modelo de processo de grande abrangência social e política que precisa ser efetivo.

²⁶⁴Lei nº 8.213/91, art. 93- Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados ...2%; II - de 201 a 500 ...3%; III - de 501 a 1.000...4%; IV - de 1.001 em diante...5%.

²⁶⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, Recurso de Revista nº. 65600-21.2005.5.01.0072, julgado em 06/06/2012, publicado no DEJT 22/06/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Recurso de Revista nº. 9890600-28.2005.5.09.0001, julgado em 07/12/2011, publicado no DEJT 16/12/2011, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus.

²⁶⁶FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 111-112.

CAPÍTULO II. A TUTELA INIBITÓRIA NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

1. Tutela inibitória: conceito e objeto

Sob os influxos da segunda onda renovatória do movimento de acesso à justiça propugnado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth²⁶⁷, foram estabelecidos, por via de uma das mais avançadas legislações do mundo, os pilares que sustentam o processo coletivo pátrio e que representaram o início de uma grande ruptura com o paradigma individual e patrimonialista, a qual ainda não foi concluída. Como afirmado alhures, a estruturação de um microssistema destinado à tutela jurisdicional dos direitos transindividuais²⁶⁸ e o consequente **redimensionamento** de vários institutos processuais que estavam alicerçados na ideologia liberal-individualista, provavelmente, foi a mais importante inovação de nosso tempo.

Consolidada a primeira etapa deste movimento destinado a propiciar a tutela processual dos direitos difusos e coletivos, chega-se, no tempo presente, a um segundo estágio: o do aprimoramento dos mecanismos de tutela jurisdicional coletiva. Após vinte e cinco anos do início da sistematização do processo de massa no Brasil, por meio da edição da Lei nº. 7.247/85²⁶⁹, as atenções dos juristas direcionam-se, na atualidade, para o aperfeiçoamento dos instrumentos de tutela processual, de sorte a conferir ao processo coletivo aptidão para proteger apropriadamente os direitos metaindividuais, mostrando-se realmente efetivo²⁷⁰.

Esta fase está alinhada com a terceira onda do movimento de acesso à justiça, que objetiva tornar o processo mais adequado aos direitos materiais que pretende realizar,

²⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia*. Traducción de Mónica Miranda. México: Fondo de cultura economica, 1996. p. 45-49.

²⁶⁸ Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 57-58; GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 77.

²⁶⁹ Conforme exposto no capítulo I, item 2.1.

²⁷⁰ José Roberto dos Santos Bedaque aduz que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 49.

dotando-o de capacidade para produzir resultados úteis. Frisa-se que a visão instrumentalista que erigiu a efetividade processual²⁷¹ como norte, fez-se presente quando da edição das primeiras leis atinentes ao processo coletivo e permanece funcionando como o referencial para os estudos atuais sobre o assunto²⁷².

Atentos a esta perspectiva, os processualistas buscam elaborar novos formatos de tutela, compatíveis com as peculiaridades dos direitos materiais e capazes de municiar o processo para responder com efetividade às novas exigências sociais e, assim, concretizar os valores do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto de aperfeiçoamento dos institutos do processo coletivo, desponta como merecedora de especial atenção, a tutela preventiva. Os novos direitos que emergiram, a partir das complexas e dinâmicas relações de massa, evidenciam a insuficiência das inúmeras fórmulas já engendradas para proporcionar a repressão do ilícito e a reparação de danos oriundos de agressões a direitos patrimoniais. Esses novos direitos, em razão de suas características próprias²⁷³, deixam nítida a necessidade de o Estado prestar tutela jurisdicional antes mesmo da ocorrência de qualquer conduta antijurídica.

Em face de os direitos difusos e coletivos - neles compreendidos os dos trabalhadores - reclamarem uma atuação preventiva para que sejam realmente protegidos, os juristas, imbuídos dos valores do constitucionalismo contemporâneo que permeiam o processo como um todo, procuram criar mecanismos que lhes sejam compatíveis. Dentre estes novos instrumentos que almejam proteger os direitos, especialmente os difusos e coletivos, preventivamente, inclui-se a tutela inibitória metaindividual trabalhista – objeto central deste trabalho.

A denominação “tutela inibitória” vem sendo empregada no Brasil a partir dos estudos pioneiros desenvolvidos por Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁴, seguindo a terminologia adotada por autores italianos. Tomando como base as peculiaridades do direito material posto em causa, a noção de ação de direito material e os resultados passíveis de serem

²⁷¹ Cândido Dinamarco define efetividade como “a aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação em geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 271.

²⁷² SALLES, Carlos Alberto de. *Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades*, cit., p. 212.

²⁷³ Vide Capítulo I.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

obtidos por meio da tutela jurisdicional²⁷⁵, exsurge a tutela inibitória.

Luiz Guilherme Marinoni conceitua a tutela inibitória como uma forma de tutela específica eminentemente preventiva, prestada no âmbito do processo comum, individual ou coletivo, cujo escopo é prevenir a ocorrência de um ilícito, a sua continuação ou repetição. Cuida-se, outrossim, de uma tutela prospectiva, voltada para o futuro e direcionada contra o ilícito. Esta é a definição encontrada de forma predominante no seio da doutrina brasileira²⁷⁶, inclusive na esfera laboral.

Importa consignar que, sob outra acepção e ante a realidade de uma outra época, Pontes de Miranda²⁷⁷ já tratava de uma tutela jurídica à abstenção, destinada a operar antes da prática do ato ilícito e cujo fito era a salvaguarda de direitos materiais contemplados pela ordem jurídica. A respeito desta ação aduziu Pontes de Miranda: “A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. Nem a culpa lhe é pressuposto

²⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 34.

²⁷⁶Conferir a respeito: No direito do trabalho: MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*, cit., p. 189; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa: idéias para o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 381; FABRE, Luiz Carlos Michele; LAVEZO, Taís. *Tutela inibitória na ação civil pública trabalhista. O trabalho: doutrina em fascículos mensais*, Curitiba, n. 166, p. 5932, dez. 2010; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. *Tutela inibitória coletiva trabalhista*. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coords.). *Tutela metaindividual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2009. p. 156; 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*. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio (Org.) *A ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 143; ROXO, Tatiana Bhering Serradas de Sousa. Os direitos da personalidade dos trabalhadores e sua tutela jurisdicional. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 24, n. 279, p. 115, set. 2012; VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. Poder diretivo empresarial e tutela inibitória dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, n. 23, p. 83, mar./abr. 2008; ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 882-883; PONTINHA, Priscila Lopes. *Ação inibitória no processo do trabalho e seus contornos processuais característicos*. *Revista Trabalhista: direito e processo*. São Paulo, v. 8, n. 29, p. 194, jan./mar. 2009. No direito comum: SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 32; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 192 e *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 101; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica: a suspensão da segurança*. In: CARRAZA, Roque Antonio; DONNINI, Rogério. *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 19; SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória)*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 37-39; TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 205; MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts. 83 e 84 do CDC)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 220; RSTON, Sérgio Martins. *Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 7, n. 14, p. 97, jul./dez. 2004; PAPP, Leonardo. *Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material*. *Gênese: revista de direito processual civil*, v. 9, n. 31, p. 110-111, jan./mar. 2004; POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 99.

²⁷⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. t. 1, p. 149.

necessário. Se culpa existe, é *plus*. Só se exige o ser contrário a direito o ato que teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar. (...) A ação de abstenção pode ser usada para os direitos absolutos e para os direitos relativos, bem como para os direitos a não ser molestado, ainda que não subjetivados. A ação de abstenção pode ser de presente ou de futuro. Nada obsta a que, havendo razões para temor de não cumprimento da obrigação ainda por nascer, com base no crédito se exerça a ação de abstenção como ação de prestação futura, isto é, para a omissão quando a obrigação surgir”.

Todavia, há quem compreenda como inibitória a tutela destinada não só a impedir a concretização da conduta antijurídica, como também a evitar o dano. Neste sentido é o posicionamento externado por Paulo Ricardo Pozzolo²⁷⁸ ao tratar da tutela inibitória no âmbito do processo individual do trabalho brasileiro. O autor afirma ser a tutela inibitória “aquela que visa à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, que pode ser positiva ou negativa, contratual ou extracontratual”. Para este jurista, a tutela inibitória teria a finalidade de evitar tanto o ilícito como o dano. O seu ponto de vista é explicado pelo fato de o autor entender que há atividades lícitas que também podem ocasionar danos e, assim, a tutela inibitória funcionaria igualmente contra a possibilidade de ocorrência destas lesões.

Adotando concepção semelhante no campo das relações de trabalho, Guilherme Guimarães Feliciano²⁷⁹ define como sendo a finalidade da inibitória, tanto impedir o cometimento de um ato ilícito, como também a consecução de um dano. A respeito, reproduz-se a definição apresentada pelo doutrinador: “A rigor, **tutela inibitória** – em sentido lato – **é um tipo de tutela jurisdicional definitiva, de conteúdo positivo ou negativo, contratual** (*specific performance, na tradição anglo-americana, para casos de breach of contract*) ou extracontratual (*injunction, na tradição anglo-americana, para casos de tort*), **voltada à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de conduta ilícita ou danosa**”.

²⁷⁸POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 37-38.

²⁷⁹FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela inibitória e de remoção do ilícito. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia. (Org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1030 e, Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro, v. 77, n. 4, p. 149-150, out./dez. 2011. No mesmo sentido: FREDIANI, Yone. Interdito proibitório e ação inibitória na justiça do trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, v. 16, n. 16, p. 151, 2008.

Na esfera do Direito Argentino, igualmente vislumbrando na tutela inibitória o objetivo de impedir, tanto a consecução de um dano, como de um ato ilícito, manifesta-se Ricardo Luis Lorenzetti²⁸⁰. Sustenta o doutrinador argentino ser a tutela inibitória dirigida contra o dano, conquanto vislumbre na possibilidade de consumação de um ato ilícito o elemento que a ativa. O autor constrói a definição de tutela inibitória em torno do conceito de ato ilícito. Chama atenção no posicionamento deste estudioso que ao elencar os requisitos necessários para a caracterização da tutela inibitória, acaba por afirmar que esta se volta contra a prática de um ilícito futuro.

Escreve Ricardo Luis Lorenzetti: “a tutela inibitória, como seu próprio nome indica, inibe o prejuízo, tem finalidade preventiva, atuando antes daquele se instalar. O elemento ativante é a possibilidade de um ilícito futuro, é a ameaça de violação”. Prossegue o mesmo autor, mais adiante elencando os requisitos de tal tutela: “- em primeiro lugar, prescinde da verificação do dano na esfera jurídica do titular, sendo suficiente a ameaça; - o ato ilícito se caracteriza normalmente por uma atividade continuada ou por uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição, ou pela iminência de um ato ilícito. Este elemento é necessário porque faz relação à possibilidade de prevenir; - a ação ilícita deve ser suscetível de ser detida em seus efeitos futuros, seja evitando que se produzam novos danos ou diminuindo e controlando o já produzido. Por exemplo, a poluição ambiental ou a difusão de notícias; - a culpa não tem nenhuma relevância na disciplina inibitória, já que não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura. A imputação é claramente objetiva; - é habitual que se trate de prejuízos que, ao se concretizarem, não são quantificáveis monetariamente. Ainda que este elemento não seja essencial, é nesse campo onde maior desenvolvimento tem apresentado; - também é habitual que haja referência a bens infungíveis, porque neles se revela claramente a necessidade de prevenção”.

Compactuando com a ideia de que a inibitória tem por intuito evitar a prática do dano, pronunciam-se, na esfera argentina, Jorge Mosset Iturraspe²⁸¹, Tomás Hutchinson e Edgardo Donna em obra que versa sobre o dano ambiental. Os autores afirmam que a tutela inibitória está incluída no amplo espectro das medidas cautelares, cujo objetivo é

²⁸⁰LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2010. p. 100-101 e *Fundamentos do direito privado*, cit., p. 344-345. No mesmo sentido: GHERSI, Carlos Alberto. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993. p. 43 e 45.

²⁸¹MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. t. 1, p. 159.

assegurar a eficácia prática de uma decisão proferida em um processo que envolve danos ambientais.

Entre os doutrinadores italianos que tratam da temática das inibitórias, constata-se a consolidação da vertente que as percebe como um tipo de tutela dirigida contra o ilícito. Cristina Rapisarda²⁸² deixa claro, ao longo de seu estudo, que a tutela inibitória está direcionada a evitar a consecução de uma conduta contrária ao direito, prescindindo da culpa e do dano como pressupostos de atuação. Piero Perlingieri²⁸³ afirma que “l'azione inibitoria constitui un remédio geral contra o ilícito << de tipo iterativo e continuativo >> e não pressupõe a existência de um dano atual, nem a imputabilidade a título de culpa do comportamento, sendo suficiente uma objetiva situação de contraste com um bem ou valor, individual ou não, de um ou mais sujeitos”.

Do mesmo modo, no direito português, João Calvão da Silva²⁸⁴ defende a tese de que a tutela inibitória pretende prevenir agressões ilícitas aos direitos plasmados no ordenamento jurídico. O autor enaltece a importância de haver uma tutela preventiva destinada a coibir a ocorrência de atos contrários ao direito, aduzindo que: “a tutela inibitória é a mais idónea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora. Tutela inibitória cuja actuação a sanção pecuniária compulsória pode incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, esta técnica compulsória na defesa da pessoa humana”.

²⁸²RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987. p. 86- 90. Neste sentido: MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*: contributo alla teoria dei diritti sui beni. Milano: Giuffrè, 1987. p. 257; PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento. Padova: Cedam, 1998. p. 27; BELLELLI, Alessandra. *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Convegno di Studio Perugia, 10 aprile 2008. Padova: Cedam, 2009. p. 3; FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 51, n. 4, p.936-944, ott/dic 1996; CARNEVALE, Valentina. *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 62, n. 1, p.63, genn./febr. 2007

²⁸³PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 795-796.

²⁸⁴SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 469.

Os doutrinadores²⁸⁵ que comungam da ideia de que a tutela inibitória está vocacionada, exclusivamente contra o ilícito, aduzem que não se afigura pertinente fundir-se nesta categoria também a tutela voltada a impedir a verificação do dano. Não se pode confundir, segundo estes juristas, a tutela preventiva dirigida contra o dano, com a tutela preventiva orientada contra o ilícito. Para estes estudiosos que partem da premissa de que dano e ilícito são categorias que não se confundem, emergem, no plano processual, tutelas diferenciadas para cada uma das situações, contendo, cada qual, pressupostos diversos.

Vittorino Pietrobon²⁸⁶ repele o posicionamento que pugna que a inibitória tenha a mesma função da ressarcitória, distinguindo-se somente no que concerne ao momento em que são intentadas tais medidas: a inibitória de forma antecedente ao dano e a ressarcitória posteriormente ao dano. Diz o doutrinador italiano que as funções que justificam a existência de cada uma das tutelas são diferentes, o que não autoriza a sua unificação. A inibitória desde suas origens é destinada a impedir a prática de um ilícito futuro, não se voltando diretamente contra o dano. Acrescenta o jurista que as normas que regulamentam expressamente a inibitória para situações específicas, fazem alusão à conduta ilícita, de forma autônoma ao dano.

Por oportuno, vale registrar que na Itália, as disposições específicas de tutela inibitória em matéria laboral não fazem alusão ao dano, mas sim às condutas ilícitas que devem ser inibidas ou cessadas²⁸⁷. O artigo 28 do Estatuto dos trabalhadores italiano- a primeira hipótese de tutela inibitória típica dos direitos metaindividuais prevista no ordenamento italiano, por meio da Lei n.º. 300, de 1970 -, que dispõe sobre a ação de repressão à conduta antissindical, refere-se a uma ação que tem por escopo fazer cessar os atos contrários à liberdade sindical praticados pelo empregador²⁸⁸. Na mesma linha, o artigo 15 da Lei n.º. 903/77 que versa sobre a discriminação de gênero nas relações de trabalho, contempla explicitamente a tutela inibitória para inibir o comportamento discriminatório levado a efeito pelo empregador, independentemente do dano. Assim,

²⁸⁵PIETROBON, Vittorino. op. cit., p. 22-23; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 221-222. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 120; TESSLER, Luciane Gonçalves. op. cit., p. 232.

²⁸⁶PIETROBON, Vittorino. op. cit., p. 22-23.

²⁸⁷FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 428.

²⁸⁸PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavoratori*. Torino: UTET, 2011. p. 172; VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 2005. v. 1, p. 322-323; COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. *Il comportamento antisindacale* (aspetti sostanziali e processuali). Padova: Cedam, 2004. p. 38-39.

também a Diretiva 2009/22/CE, de 23.04.2009, cujo objeto são as ações inibitórias coletivas em defesa do consumidor, deixa claro em vários pontos que sua destinação é coibir a prática da ilicitude ou a sua cessação²⁸⁹.

Outra divergência verificada na esfera doutrinária diz respeito à tese que procura visualizar na tutela inibitória a finalidade de prevenção do dano advindo de condutas reputadas como lícitas pelo ordenamento jurídico. Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni²⁹⁰ asseveram que o dano que pode ser prevenido, a par de estar circunscrito a uma outra forma de tutela distinta da inibitória, é o dano ilícito, visto que o dano lícito não pode ser evitado através da tutela inibitória. Pensa-se que não se mostra aconselhável unificar as duas espécies de tutela.

Face às lições acima explicitadas, tem-se que a tutela inibitória é, assim, uma tutela preventiva específica voltada para o futuro, porquanto tem por intuito exclusivo antecipar-se à ocorrência do ilícito, à sua continuação ou à sua repetição. A noção de tutela inibitória gravita em torno de prevenir atos antijurídicos e de viabilizar, ao máximo, a tutela da pessoa em todas as suas dimensões e no seu mais amplo espectro²⁹¹. No caso de a ilicitude que se almeja não ver praticada ser concernente aos direitos transindividuais dos trabalhadores, estar-se-á diante da chamada tutela coletiva ou metaindividual trabalhista – objeto deste estudo.

A tendência da jurisprudência, tanto trabalhista como civilista²⁹², é adotar a definição de tutela inibitória como ação voltada contra a antijuridicidade, seguindo a linha traçada pela doutrina brasileira predominante. Em recentes julgamentos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho²⁹³, em sede de ação civil pública em que havia pleito de

²⁸⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Parlamento Europeu e Conselho: Diretiva 2009/22/CE de 23.04.2009: as ações inibitórias de tutela do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 232-236, set. 2009.

²⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 131; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 120.

²⁹¹PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p. 768.

²⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Turma. Recurso Especial nº. 1266173/ RJ, julgado em 04/10/2011, publicado no DJET 13/10/2011, Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

²⁹³Conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 17200-94.2002.5.01.0002, julgado em 22/08/2012, publicado no DEJT em 11/10/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 200-20.2006.5.08.0011, julgado em 15.12.2010, publicado no DJET em 04.02.2011, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. Recurso de Revista nº. 85241-28.2005.5.03.0043, julgado em 22.06.2011, publicado no DEJT em 01.07.2011, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.

caráter inibitório, os acórdãos perfilharam, expressamente, o entendimento de que a tutela inibitória destina-se a impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito.

No que tange ao âmbito de aplicação da tutela inibitória, de um modo geral, a doutrina afirma que esta se mostra idônea para tutelar direitos extrapatrimoniais, que não são passíveis de serem estimados economicamente, e em relação aos quais a tutela ressarcitória mostra-se inadequada, uma vez perpetrada a lesão²⁹⁴. Na categoria dos direitos extrapatrimoniais compreende-se a grande maioria dos direitos fundamentais - dentre os quais se inserem os direitos da personalidade- e dos direitos supraindividuais. São direitos que, uma vez lesados, não podem ser reparados, pois sua integridade já fora maculada. Realmente, é no campo dos direitos extrapatrimoniais que a tutela inibitória apresenta-se mais relevante, já que tais direitos necessitam de uma tutela preventiva.

Todavia, no caso do Direito do Trabalho, pensa-se que em face de algumas peculiaridades, a esfera de ação da tutela inibitória deve ser alargada para abarcar também os direitos de caráter patrimonial²⁹⁵. Explica-se: em virtude de a garantia de subsistência de forma digna dos trabalhadores estar radicada nos frutos auferidos a partir de seu labor, conforme preceituado pelo art. 7º, IV, da Constituição da República²⁹⁶, o seu não pagamento os impede de desfrutar dos direitos fundamentais ao trabalho decente e a uma vida digna.

A partir disso, infere-se que os direitos trabalhistas mínimos, ainda que vinculados ao patrimônio do trabalhador, conquanto revistam-se de conteúdo patrimonial não cumprem uma função similar²⁹⁷. Aldo Zela Villegas²⁹⁸ qualifica como direitos patrimoniais que não exercem esta função, os direitos que garantem ao seu titular o gozo de uma situação de liberdade ou de satisfação de necessidades primárias que não podem ser satisfeitas de outra maneira, citando como exemplo, a retribuição aos serviços prestados pelos trabalhadores. Dessa forma, a qualificação de um determinado direito como pertencente aos quadros dos direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais depende do

²⁹⁴RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 80.

²⁹⁵POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 83.

²⁹⁶CF/88: Art. 7º, IV: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²⁹⁷ZELA VILLEGAS, Aldo. Los ámbitos de aplicación de la tutela inibitoria y la jurisprudência peruana. *Gênesis*: revista de direito processual civil. Curitiba, v. 10, n. 36, p. 357, abr./jun. 2005.

²⁹⁸Id. Ibid., p. 357.

ambiente jurídico-social em que opera e das funções por ele exercidas.

No caso dos direitos trabalhistas não se trata de simples direitos de créditos, mas de valores de natureza alimentar que viabilizam a concretização de uma vida digna, nos moldes prescritos pela Carta Constitucional. Note-se que os reiterados ilícitos verificados na esfera patrimonial dos trabalhadores acabam por atingir a sua própria dignidade, pois o recebimento dos seus haveres trabalhistas em tempo significativamente longo não é capaz de apagar as lesões implementadas a outros direitos fundamentais de que são portadores pelo simples fato de serem pessoas. Agregue-se a isso que o núcleo dos direitos conferidos aos trabalhadores está relacionado no art. 7º da Constituição Federal²⁹⁹, pertencendo à categoria dos direitos fundamentais, exigindo uma tutela diferenciada como a inibitória.

Nesta senda, entende-se que a órbita de atuação da tutela inibitória compreende, além dos direitos de caráter não patrimonial, também aqueles que malgrado possuam conteúdo patrimonial não desempenham uma função desta estirpe. Por conseguinte, tem-se que é relevante manejar a tutela inibitória coletiva também quando estão em xeque direitos supraindividuais dos trabalhadores de cunho patrimonial que, uma vez violados, aviltam a dignidade dos trabalhadores.

Sobreleva assentar que na Itália, o ordenamento contempla várias hipóteses de tutelas inibitórias típicas e em face disso, emergiu uma celeuma doutrinária acerca da existência de uma inibitória atípica aplicável aos mais diversos tipos de ilícito³⁰⁰. De um lado, surgiram vozes sustentando que em virtude de o legislador ter previsto hipóteses típicas de tutela inibitória, não se pode estendê-las a todo e qualquer direito. Se esta fosse a intenção do legislador, teria previsto uma cláusula geral e não explicitado a possibilidade de aplicação da inibitória a situações típicas. A partir daí exsurge a conclusão, adotada por alguns autores, de que apenas nos casos expressamente previstos em lei, a inibitória teria cabimento.

Sob outro prisma, uma vertente interpretativa argumenta, com base em uma interpretação sistemática, a plena aplicabilidade da inibitória a quaisquer direitos que estivessem sofrendo ameaça de violação, independentemente de haver previsão legal expressa para tal situação. Estes juristas pugnam por uma ampliação do campo de abrangência da inibitória, ao fundamento de que a evolução social deixa nítida a

²⁹⁹O artigo 7º. da Constituição Federal contempla um extenso rol de direitos fundamentais dos trabalhadores

³⁰⁰FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 445-447; BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 50, n.4, p. 608, lugl./ago. 2004.

insuficiência da tutela ressarcitória para um sem número de direitos que não se coadunam com este tipo de proteção. Se assim não fosse, estaria frustrada uma importante função do ordenamento jurídico, consistente na preservação dos direitos que elenca. De acordo com os adeptos desta tese - dentre os quais estão Cristina Rapisarda³⁰¹ e Aldo Frignani³⁰², considerados os principais autores italianos sobre o tema das inibitórias -, a previsão exclusiva de tutelas repressivas conduz a uma proteção deficiente dos direitos.

A tutela inibitória coletiva representa, assim, uma forma diferenciada de tutela jurisdicional específica em prol da prevenção de ilícitos, constituindo-se em resposta do Direito aos reclamos de uma sociedade massificada e apressada que não mais tem no patrimônio o seu valor primordial, agora densificado no princípio da dignidade humana³⁰³. Salienta-se que a ação inibitória, inicialmente concebida para tutelar o patrimônio, evoluiu acompanhando a tendência de alargar a proteção à pessoa humana. Assim, de ação direcionada a proteger a propriedade, evoluiu-se para se chegar a uma ação preventiva que também se destina a proteger a pessoa humana³⁰⁴.

De fato, a tutela da pessoa humana em sua acepção mais ampla não pode prescindir de um instrumento processual apto à prevenção de ilicitudes como a tutela inibitória. Somente uma tutela destinada a evitar o ilícito ou provocar a sua cessação é compatível com o quadro de tutela integral da pessoa. Pode-se afirmar, então, que a natureza jurídica da tutela inibitória é de ação preventiva específica direcionada a impedir a prática, a continuação ou a repetição de ilícitos. Ao atuar na salvaguarda dos direitos inculpidos no ordenamento jurídico, impedindo a realização de uma conduta antijurídica a inibitória presta uma tutela específica³⁰⁵.

Destas considerações, extrai-se que os objetivos precípuos da tutela inibitória são promover e resguardar a integridade dos direitos materiais inculpidos pela ordem jurídica - principalmente dos direitos fundamentais -, bem como preservar a legitimidade do próprio ordenamento jurídico que, no âmbito do Estado de Direito, pugna pela observância de suas normas³⁰⁶.

³⁰¹RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 97.

³⁰²FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 456 e 469.

³⁰³PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p. 768.

³⁰⁴PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento, cit., p. 29.

³⁰⁵BELLELLI, Alessandra. op. cit., p. 608.

³⁰⁶TESSLER, Luciane Gonçalves. op. cit., p. 233.

O direito brasileiro, reconhecendo que o livre desenvolvimento da personalidade humana depende da efetiva concretização dos direitos fundamentais contemplados pela ordem jurídica, ampara a tutela inibitória em nível constitucional, consoante será visto no item seguinte.

2. A dimensão constitucional da tutela inibitória metaindividual trabalhista

O dever de proteger os direitos, através de procedimentos apropriados, e mantê-los incólumes é uma pretensão imanente à própria consagração de direitos pela ordem jurídica e configura o escopo político da jurisdição³⁰⁷. A assecuração e observância do ordenamento jurídico, por intermédio da consecução de instrumentos capazes de tornar efetivos os direitos enunciados, desvelam-se como medidas de legitimação da autoridade do Estado.

O Estado, ao proibir a autotutela como regra geral, e assumir o monopólio da jurisdição, atraiu para si a incumbência de proporcionar aos titulares dos direitos, resultados úteis e mais próximos do que teriam se não fosse obstada a justiça privada. Trata-se da máxima de Chiovenda³⁰⁸, segundo a qual o processo deve dar a cada um, na medida do possível, tudo aquilo a que teria direito se não lhe fosse obstada a autodefesa.

Uma vez vedada a autodefesa³⁰⁹, é dever do Estado estipular procedimentos que garantam os direitos proclamados pela ordem jurídica, sob pena de serem reputados como meras declarações destituídas de valor. Prever direitos sem os meios adequados para a sua salvaguarda, seria o mesmo que não os contemplar, porquanto a sua garantia apenas formal não é suficiente para realizá-los no plano da vida.

Outrossim, a necessidade de conferir proteção aos direitos, através de procedimentos apropriados, propiciando aos seus titulares uma tutela jurisdicional adequada, é uma decorrência lógica da existência de um ordenamento jurídico que obsta a autodefesa de forma geral.

³⁰⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 172.

³⁰⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 67.

³⁰⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 116 e 231; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21-22.

Trata-se de um dever positivo³¹⁰ que engloba o direito à prevenção e cessação do ilícito, o qual se constitui em um princípio geral do direito. João Calvão da Silva³¹¹ afirma que todos têm direito à “cessação e supressão do ilícito presente, bem como à prevenção de ilícito futuro”, verdadeiro princípio geral que evidencia uma tutela melhor, por tutelar específica e preventivamente o direito.

Este dever estatal foi incorporado pela Carta Constitucional brasileira que plasmou como direito fundamental dos cidadãos o direito à tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva. O inciso XXXV, do art. 5º, traz em seu bojo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como da proteção judiciária ou da ubiquidade da justiça, o qual preleciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Aí reside o fundamento constitucional do direito ao acesso à ordem jurídica justa³¹², encampando-se interesses individuais e de massa que também se encontram prescritos em vários dispositivos ao longo do texto constitucional.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, este direito comporta a possibilidade de acessar um Poder Judiciário organizado, por intermédio de instrumentos apropriados a realizarem³¹³ os direitos materiais proclamados pela ordem jurídica, em tempo razoável³¹⁴. A doutrina³¹⁵ tem destacado a importância de ultrapassar-se a interpretação meramente literal deste dispositivo, vislumbrando a partir dele um duplo enfoque: de vedação constitucional a atos tendentes a obstar o acesso ao Poder Judiciário e, de prestação estatal devida aos jurisdicionados, ofertando os titulares dos direitos, mecanismos de tutelas efetivas.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consolidou estes propósitos, juntamente com novos vetores que, conjugados, pretendem consolidar e instaurar um Estado

³¹⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., t. 4, p. 77.

³¹¹SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 463.

³¹²A expressão é de Kazuo Watanabe, *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 128.

³¹³Utilizam-se os termos “realizarem”, “satisfazerem os direitos”, no sentido de serem usufruídos por seus titulares no plano fático.

³¹⁴WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, cit., p. 128 e 135; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Ed., 2007. p. 16.

³¹⁵SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 781-782.

Democrático de Direito, assentado sobre os valores da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade material. O constituinte atentou para o fato de que para cumprir este mister, inequivocamente deve haver uma jurisdição que esteja aparelhada a, por via do processo, proceder uma alteração no plano da realidade, realizando os direitos elencados.

Carmem Lúcia Antunes Rocha³¹⁶, ao tratar da temática do direito constitucional à jurisdição, assevera que “no presente, o processo forma-se e conforma-se aos parâmetros do Estado Democrático, aperfeiçoando-se a sua construção por um conjunto de princípios que se vinculam, se coordenam e se integram na elaboração constitucional asseguradora da jurisdição como direito fundamental. Assim, comparecem na raiz constitucional do direito à jurisdição a garantia do processo, neste incluídos os princípios do devido processo legal, o princípio da ampla defesa e do contraditório, dentre outros”.

Implica dizer com isto, que o direito fundamental à ordem jurídica justa congrega também o direito fundamental ao devido processo legal³¹⁷, cujo conteúdo enfeixa um conjunto de garantias³¹⁸. Através das garantias instrumentalizadas pelo devido processo legal³¹⁹, alcança-se o processo efetivo e apto à produção de resultados no plano fático.

Mas estas garantias não são somente formais. O direito ao devido processo legal³²⁰ para além de uma garantia meramente formal e estática, possui um sentido dinâmico. Este aspecto dinâmico de que é dotado o devido processo legal, traduz-se por uma dupla posição conformadora, tanto de um direito de caráter subjetivo, como objetivo³²¹. Na qualidade de direito objetivo, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, os valores nele reunidos compõem a ordem axiológica da Constituição e, dessa forma, irradiam-se pelo ordenamento jurídico como um todo.

³¹⁶ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 38-39.

³¹⁷As ideias atinentes ao devido processual legal aqui desenvolvidas de modo aprofundado, refletem algumas considerações já tecidas no seguinte artigo SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. A eficácia probatória dos elementos informativos do inquérito civil na perspectiva do processo justo e equânime. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos aprofundados do MPT*. São Paulo: Juspodivm, 2012.p. 599-617.

³¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 267.

³¹⁹CF/88: Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³²⁰Sobre o devido processo legal, conferir a respeito: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³²¹MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. op. cit., p. 145-155.

Já como direito subjetivo, o direito ao devido processo legal exprime o direito à consagração de procedimentos judiciais compatíveis com os direitos materiais contemplados pela ordem jurídica, bem como a uma interpretação e aplicação concreta de tais normas³²². José Joaquim Gomes Canotilho³²³ preconiza, nessa toada, que “o direito ao procedimento implica, fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais”.

Dessa forma, a elaboração de procedimentos judiciais consentâneos com os direitos previstos pelo ordenamento jurídico pátrio ou dele inferidos, constitui-se em um direito fundamental garantido à sociedade como um todo. Os direitos aos procedimentos e à organização reproduzem, outrossim, uma proteção jurídica efetiva aos direitos enunciados pelo ordenamento jurídico e vinculam os legisladores e os juízes³²⁴. Robert Alexy³²⁵ adverte que o direito fundamental a procedimentos é um pressuposto para a proteção jurídica efetiva dos direitos materiais.

Para tanto, os procedimentos judiciais eleitos legislativamente precisam estar em conformidade com os direitos fundamentais insculpidos na ordem constitucional, além de serem informados por estes. Significa que os direitos fundamentais devem ser canalizados por meio dos procedimentos idôneos previstos legalmente, viabilizando-se, dessa forma, que se alcance o processo justo e equânime³²⁶ - entendido como tal o processo que está orientado pelos direitos fundamentais e direcionado à realização prática dos direitos como um todo³²⁷.

A composição de procedimentos adequados às diversas contingências do direito material posto em causa, é um corolário do direito fundamental ao processo justo. O processo justo deve produzir resultados úteis, através de procedimentos adequados,

³²²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 473.

³²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. In: _____. *Estudos de sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 76. Em igual sentido: ALEXY, Robert. op. cit., p. 473-474; MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 111.

³²⁴ALEXY, Robert. op. cit., p. 474.

³²⁵Id. Ibid., p. 488.

³²⁶COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 118, jul./ago. 2004.

³²⁷Sobre o processo justo e équo conferir a respeito: CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 152, p. 154-155, out. 2007; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordenamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 159-176, out./dez. 2003; COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, cit., p. 97-158.

norteados pelos valores constitucionais, concretizando os direitos materiais pronunciados pela ordem jurídica. Dentre os instrumentos processuais apropriados a protegerem integralmente os direitos individuais e coletivos proclamados pela ordem jurídica, exsurtem os de caráter repressivo e preventivo, dentre os quais se situa a tutela inibitória.

Portanto, pode-se afirmar que o direito à tutela jurisdicional adequada contempla o direito à criação de procedimentos que congreguem tutelas repressivas e também preventivas, haja vista que ambas são indispensáveis para aparelhar um sistema de proteção de direitos que pretenda ser realmente efetivo. Em outros termos, o direito a procedimento é um direito fundamental ligado ao direito de acesso à justiça³²⁸.

Por conseguinte, pode-se afirmar que há um direito substancial a uma pronta resposta jurisdicional nos casos em que um determinado direito elencado pela ordem jurídica está ameaçado de agressão. Tal direito substancial ao não perecimento do direito contemplado pela ordem jurídica provém, assim, da própria noção de Estado de Direito, que vedou a defesa privada encontrando assento constitucional³²⁹.

Se não houvesse um direito à eleição de procedimentos judiciais apropriados aos direitos materiais, o direito de acesso à justiça restaria esvaziado e não seria capaz de viabilizar a obtenção de uma tutela jurisdicional célere, adequada e tempestiva³³⁰.

Este encargo foi assumido pelo Estado brasileiro ao explicitar que não somente as lesões, mas também as ameaças de lesões a direitos não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário. No modelo delineado pelo constituinte nacional, a garantia de proteção aos direitos elencados pelo ordenamento jurídico pressupõe a adoção de tutelas jurisdicionais preventivas ao lado das repressivas, amplamente difundidas e manejadas na comunidade jurídica.

Tais tutelas devem ser veiculadas por meio de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material e, sob este prisma, solidificam o direito de acesso à

³²⁸ ALEXY, Robert. op. cit., p. 473.

³²⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 4, p. 979-980, ott./dic. 1990.

³³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia*, cit., p. 13; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1, p. 267; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: *o contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 220, abr./jun. 2001; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 32; SOARES, Evanna. *Ação ambiental trabalhista*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 50-51.

justiça. Neste ponto reside o fundamento constitucional para a adoção das mais variadas formas de tutela preventiva, dentre as quais se insere a tutela inibitória.

De todo modo, insta destacar que ainda que a garantia à tutela preventiva dos direitos não estivesse insculpida expressamente no texto constitucional, poderia ser dele inferida. Um Estado Democrático de Direito³³¹ que erigiu como valor primordial a dignidade da pessoa humana³³², estipulou como seus fundamentos a livre iniciativa e o primado do trabalho, previu um extenso catálogo de direitos fundamentais³³³, dentre os quais os direitos difusos e coletivos e, também, traçou como objetivos³³⁴ a serem alcançados, a construção de uma sociedade mais justa e solidária, não pode prescindir de uma tutela preventiva, destinada a impedir a concretização de ilícitos e danos. São estes os respaldos constitucionais abstratos que conferem o direito à proteção adequada dos direitos de massa³³⁵.

Como é cediço, os direitos fundamentais como núcleos materiais da Constituição aspiram à proteção e, dessa forma, não se coadunam com transgressões, exigindo que o Estado estipule medidas processuais idôneas para manter íntegro o seu conteúdo essencial³³⁶. Os direitos fundamentais e os direitos que vieram à tona, a partir do consumo e da produção em massa, dado o seu caráter não patrimonial, somente serão tutelados apropriadamente se for preservada a sua essência.

Logo, a tutela por meio de compensação pelo equivalente pecuniário conquanto seja de grande relevância não é a mais adequada para realizar os direitos transindividuais nesta sociedade de risco. Some-se a isso, que em virtude de as lesões que afetam os direitos

³³¹CF/88: Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

³³²SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002. p. 72; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 192.

³³³A atual Constituição Federal possui sua declaração de direitos expressa no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que é composto da seguinte forma: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; e Capítulo V – Dos Partidos Políticos. Observamos que são plenamente garantidos os direitos fundamentais: os individuais, os coletivos e os sociais.

³³⁴CF/88: Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

³³⁵ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 168.

³³⁶ALEXY, Robert. op. cit., p. 476; MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 320.

metaindividuais serem geralmente continuativas e repetitivas, e no mais das vezes irreversíveis, não se compactuam tais direitos com o modelo repressivo, exigindo uma tutela de caráter preventivo.

Importante trazer à colação, as ponderações de José Carlos Barbosa Moreira que já na década de oitenta, enaltecia as vantagens da tutela de caráter preventivo quando se cuida de direitos de conteúdo extrapatrimonial. Enunciou o autor³³⁷ naquela oportunidade ao cuidar dos direitos coletivos que: “se a Justiça tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro de pecúnia”.

Note-se, que a Carta Constitucional brasileira proclama o dever de respeitar e manter incólumes os direitos estabelecidos pela ordem jurídica, uma vez que consigna no *caput*, do art. 5º³³⁸, serem garantidos a todos os brasileiros e estrangeiros que residam no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Por seu turno, no *caput*, do art. 225³³⁹ é conferido a todos, inclusive às futuras gerações, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, donde emerge a sua inviolabilidade.

A estas disposições que pugnam pela integralidade dos direitos fundamentais, agregam-se à coletividade de trabalhadores, de forma explícita, outras normas fixadas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos, enunciadores de direitos vocacionados à inviolabilidade³⁴⁰ e que não se compadecem com uma tutela ressarcitória, tais como: o direito à vida, à saúde, a não ser submetido a tratamento

³³⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva, cit., p. 24. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, p. 27, abr. 1981.

³³⁸CF/88: Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

³³⁹CF/88: Art.225, *caput*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

³⁴⁰CF/88: Art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

desumano e degradante³⁴¹, à vida privada³⁴², à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados³⁴³, à liberdade de ir e vir, à liberdade religiosa³⁴⁴, a acessar livremente o Poder Judiciário, a uma sadia qualidade de vida no ambiente em que desenvolve o trabalho³⁴⁵.

Na mesma linha da Constituição brasileira, a Carta fundamental de Portugal para além de consagrar um vasto rol de direitos, liberdades e garantias, contempla também um conjunto de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Registra Antonio Monteiro Fernandes³⁴⁶ que tais previsões se justificam, porque nos ambientes laborais são colocados em jogo uma gama de direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores, sendo o cenário da empresa um local propício para comprimi-los ou lesioná-los gravemente. Em função do conteúdo primacialmente extrapatrimonial dos direitos transindividuais dos trabalhadores, as lesões que os atingem, mostram-se, no mais das vezes, irreversíveis ou de difícil reparação.

Cuida-se de direitos que remetem à tutela da pessoa para desenvolver livremente sua personalidade, segundo o princípio matriz da dignidade humana, albergando todas as posições ocupadas pela pessoa. Para além de um sentido meramente individual, os direitos da personalidade³⁴⁷ em sua mais ampla acepção, alcançam a pessoa em suas relações sociais, englobando as relações estabelecidas no terreno do trabalho, como também a sua relação com os demais membros da coletividade³⁴⁸. Isso significa que todos estes direitos invioláveis atribuídos aos trabalhadores projetam-se para o plano metaindividual.

³⁴¹CF/88: Art. 5º. III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

³⁴²CF/88: Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³⁴³CF/88: Art. 5º, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

³⁴⁴CF/88: Art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

³⁴⁵CF/88: Art. 7º, XXII: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

³⁴⁶FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do trabalho*, cit., p. 188.

³⁴⁷“Incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. Este é um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa – o carácter categórico desta asserção só podendo sofrer alguma atenuação no respeitante ao direito ao nome, dado o seu carácter não <<inato>>.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 87.

³⁴⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 100 e 115, 2006.

Dessa forma, tratando-se de direitos que não se conformam com agressões, especialmente os direitos fundamentais de terceira dimensão e os direitos da personalidade, é indispensável que sejam estabelecidas tutelas processuais preventivas que os protejam. Ora, uma vez proclamados direitos invioláveis³⁴⁹, exsurge o direito fundamental à sua prevenção e, por conseguinte, devem ser disponibilizados instrumentos processuais que garantam a sua incolumidade.

Para transpor a barreira da mera declaração de direitos é necessário haver mecanismos capazes de os tornarem concretos. A ser de outro modo a garantia de sua inviolabilidade seria retórica. Estaria destituído de sentido estabelecer que um direito é inviolável e não proporcionar a sua defesa judicial através de instrumentos idôneos, principalmente porque os direitos ditos invioláveis não se compadecem com uma tutela repressiva.

Assim, afigura-se indispensável a adoção da tutela inibitória na seara do direito transindividual do trabalho, principalmente em tempos onde proliferam as mais variadas formas de exploração coletivas do homem trabalhador – trabalho de crianças e adolescentes, tráfico de pessoas, trabalho degradante análogo à escravidão, discriminações de toda a ordem, assédio moral coletivo, desconsideração com a saúde e a vida de coletividades inteiras expostas em ambientes laborais inadequados etc -, aviltantes de sua dignidade.

Some-se a isso, que na esfera das relações de trabalho, onde se constata uma assimetria entre trabalhadores e empreendedores, a previsão da tutela inibitória permite que sejam concretizados os resultados propugnados pela ordem jurídica, acaba por promover um outro princípio constitucional: o da igualdade³⁵⁰. Por intermédio da tutela inibitória, a coletividade de trabalhadores alcança, ainda sob a égide da relação de emprego, os direitos fundamentais elencados pela Constituição da República, perfectibilizando àqueles que trabalham uma relação justa e decente³⁵¹, norteadada pelo princípio-matriz da dignidade da pessoa humana. Nesta toada, o processo coletivo trabalhista veiculador de tutelas dirigidas

³⁴⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 114; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 43 e *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 186.

³⁵⁰BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*, cit., p. 256.

³⁵¹“Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais”. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004. p. 61.

contra os ilícitos, passa a ser um instrumento de concretização de uma autêntica cidadania.

Não se pode olvidar, ademais, que a repercussão social e política dos ilícitos cometidos contra os direitos fundamentais, notadamente os difusos e coletivos, é extremamente negativa para a sociedade como um todo. Para além de deslegitimarem o próprio Estado que os garante e que possui interesse em ver respeitada a ordem jurídica estabelecida³⁵², a violação de direitos fundamentais da coletividade gera um sentimento de insegurança e impunidade. Agiganta-se, portanto, a relevância da tutela inibitória metaindividual que se constitui em verdadeiro corolário do direito de acesso à justiça³⁵³ e de garantia de tutela do livre desenvolvimento da pessoa, na sua dimensão individual ou coletiva³⁵⁴.

Pietro Perlingieri³⁵⁵, referindo-se à Constituição italiana que contempla em seu artigo 24³⁵⁶ disposição semelhante à brasileira, afirma que a tutela da pessoa constitui-se em um princípio geral de ordem pública constitucional que não pode se esgotar na tradicional solução de reparação de danos, assumindo grande relevância a tutela preventiva. Cabe ao ordenamento utilizar de todos os recursos possíveis para evitar as violações, de modo que o processo garanta o livre desenvolvimento da pessoa. Giancarlo Perone³⁵⁷, por sua vez, aduz que a lei fundamental reconhece e garante a inviolabilidade dos direitos do homem como forma de promover o desenvolvimento da personalidade humana. Alinhando-se a este posicionamento, Cristina Rapisarda³⁵⁸ afirma residir na referida norma o fundamento constitucional da tutela inibitória no direito italiano.

Desta feita, a tutela inibitória coletiva encontra seu estuário em sede constitucional, constituindo-se em um dos instrumentos previstos pela Constituição da República para tutelar a pessoa humana em sua integralidade e chegar-se aos fins a que se propôs o Estado brasileiro, alinhando-se com este, em sentido político.

³⁵²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 31.

³⁵³MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 114.

³⁵⁴PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 768 e *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157.

³⁵⁵PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 768. Em igual sentido na doutrina argentina: GHERSI, Carlos Alberto. *Daño y protección a la persona humana*, cit., p. 39-40.

³⁵⁶Constituição italiana: Art. 24: “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Tradução sugerida: “todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”

³⁵⁷PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavaratori*, cit., p. 8.

³⁵⁸RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 204-205 e 241.

3. Fundamentos normativos da tutela inibitória metaindividual

A norma constitucional que dá amparo à tutela inibitória encontra ressonância no plano infraconstitucional, oportunizando a sua realização tanto na seara do direito individual, como no âmbito coletivo. Anota-se que, quando a tutela inibitória atuar em sede de direitos individuais, será reputada como individual; ao passo que na hipótese de seu objeto versar sobre direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, será tida como tutela inibitória metaindividual ou coletiva.

No direito positivo brasileiro, na esfera coletiva, a tutela inibitória está respaldada pelos arts. 3º³⁵⁹, 11³⁶⁰ da Lei de ação civil pública, 83³⁶¹ e 84³⁶², ambos do Código de Defesa do Consumidor. Kazuo Watanabe³⁶³, um dos autores do Código de Defesa do Consumidor e idealizador da norma constante no art. 84 deste diploma legal, afirma que “não se afigura exagerado afirmar que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à “ação inibitória” do Direito Italiano”.

Cumprir lembrar que existem outros artigos direcionados à tutela de direitos específicos que respaldam a concessão da tutela inibitória na seara coletiva, tais como os arts. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶⁴ e o art. 62 da Lei 8.884/94³⁶⁵.

Na esfera individual, tem-se como fonte genérica da tutela inibitória o art. 461, cuja redação é idêntica à do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor que fora transportado para o Código de Processo Civil, na reforma levada a efeito no ano de 1994. Aquele

³⁵⁹Lei nº. 7347/85: Art. 3: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

³⁶⁰Lei nº. 7347/85: Art. 11: “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

³⁶¹CDC: Art. 83: “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”.

³⁶²CDC: Art. 84: “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”.

³⁶³GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 837.

³⁶⁴ECA: Art. 213: “ 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”.

³⁶⁵Lei nº. 8.884/94: Art. 62: “Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, 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”.

dispositivo legal é compatível com o processo individual trabalhista³⁶⁶ e deve ser manejado, por força do prescrito no artigo 769 da CLT³⁶⁷, que determina a aplicação subsidiária do processo comum nas hipóteses de lacuna.

Várias são as situações em que se apresentam obrigações de fazer e não fazer na órbita laboral. Registre-se, por oportuno, que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê hipóteses típicas de tutela inibitória³⁶⁸, quais sejam: impedimento de transferência ilegal de trabalhador (art.469, *caput*³⁶⁹), sustação de suspensão abusiva ou impedir dispensa ilegal de trabalhadora gestante e de empregado membro da CIPA ou dirigente sindical (art. 659, X³⁷⁰).

As prescrições contidas nestes dispositivos trabalhistas específicos, a par do princípio geral de prevenção, enunciam que os titulares dos direitos materiais possuem a prerrogativa de que, em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, o cumprimento se dê na forma específica. Estando na iminência de haver a consecução de um ato contrário ao direito, sua continuação ou repetição, pode ser postulada, junto ao Poder Judiciário, a tutela inibitória que, dependendo do caso, será positiva ou negativa.

Conquanto não tenham sido os preceitos genéricos contidos no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor elaborados com o objetivo precípuo de viabilizarem a tutela inibitória, em virtude de sua flexibilidade e generalidade, abrigam dentre outros tipos de tutela também a de caráter inibitório³⁷¹. É preciso ter em mente que podem ser extraídas dos aludidos dispositivos legais, várias possibilidades distintas de tutelas e que impõem um fazer e um não-fazer, dentre as quais se encontra a tutela inibitória.

Dependendo das necessidades do direito material e nos casos em que se tratar de obrigações de fazer ou não fazer é que se verificará qual a tutela mais adequada, incluindo-

³⁶⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Tutela jurisdicional diferenciada. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2005. p. 53; FREDIANI, Yone. Interdito proibitório e ação inibitória na justiça do trabalho, cit., p. 152.

³⁶⁷CLT: Art. 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

³⁶⁸POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*, cit., p. 129-132.

³⁶⁹CLT: Art. 469, *caput*: “Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio”.

³⁷⁰CLT: Art. 659, X : “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”.

³⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 115.

se aí a de caráter inibitório. Não se pode olvidar que nem todos os casos exigirão uma tutela preventiva, na modalidade inibitória, mas se fazendo necessário, o ordenamento dispõe de um instrumental apropriado para tanto³⁷².

Salienta-se que a tutela inibitória que pode ser veiculada por intermédio dos referidos preceitos, não se restringe às hipóteses que tratam de obrigações de fazer e não fazer previstas em acordo ou contrato, de ordem estritamente privada³⁷³. Todas as situações que exigem a imposição de um fazer ou não fazer de sorte a preservar a integridade de um determinado direito estão englobadas pelos aludidos dispositivos legais, compreendendo-se os deveres oriundos tanto do direito das obrigações em sentido estrito, como também os deveres sociais e os que surgem na esfera do direito público³⁷⁴.

Portanto, as decisões – antecipatórias ou finais- tomadas em sede de tutela inibitória têm por fito ordenar a cessação da fonte emanadora do ato ilícito³⁷⁵, consoante será visto com mais vagar ao tratar-se do conteúdo da sentença inibitória³⁷⁶. Esta ordem pode determinar uma ação ou uma omissão, abstenção. Nos casos em que a tutela inibitória tiver por objetivo um não fazer, diz-se que se cuida de tutela inibitória negativa. Já, em consistindo a tutela inibitória em um ato positivo, ou seja, se a ordem emanada pelo Poder Judiciário contiver um agir, ter-se-á o que a doutrina denomina de tutela inibitória positiva.

Para além destes dispositivos genéricos de lei que viabilizam a tutela inibitória, pensa-se que há um artigo que merece especial atenção pelo amplo espectro capaz de alcançar. Cuida-se do art. 12 do Código Civil³⁷⁷ brasileiro, que ao versar sobre os direitos da personalidade, é expreso admitir a tutela inibitória para buscar-se a cessação de ameaça de conduta ilícita ou a prevenção do ilícito.

Este dispositivo legal a despeito de ser até mesmo desnecessário, haja vista que traduz, em nível infraconstitucional, o preconizado pelo princípio da dignidade humana, acaba por reforçar que a tutela da pessoa deve ser buscada em todas as searas - pública, social e privada -, bem como que tal se constitui em uma meta de todos os ramos do

³⁷²MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 126.

³⁷³ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 221.

³⁷⁴SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, cit., p. 79.

³⁷⁵RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 82.

³⁷⁶Vide Capítulo III.

³⁷⁷Código Civil brasileiro: Art.12: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

direito, independentemente do diploma em que está situada a norma³⁷⁸.

Tratando do direito italiano que possui um dispositivo legal³⁷⁹ semelhante ao brasileiro, embora relacionado ao campo específico do direito de imagem, Pietro Perlingieri³⁸⁰ aduz que este artigo enfeixa um instrumento geral de tutela da pessoa, o qual deve interpretado de modo a alcançar o máximo de situações possíveis, dentre estas as atinentes às relações de trabalho. Isso porque a normatização acerca da relação de trabalho evoluiu ao longo do tempo, colocando em proeminência a posição do trabalhador como pessoa, o que conduz atualmente a existência de um estatuto legal de tutela destinado a favorecer o desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

Segundo o autor, cuida-se de uma norma diretamente aplicável que exprime uma cláusula geral autorizadora de uma autêntica tutela atípica de proteção à pessoa no seu mais amplo sentido. Assim, diz o mesmo jurista, “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade converte-se em instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”³⁸¹.

Cumprir assentar que este posicionamento também é perfilhado por doutrinadores portugueses³⁸², ao tratarem do disposto no artigo 70 do Código Civil, o qual enuncia que: “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos à ofensa já cometida”.

Por conseguinte, tem-se que não somente os aspectos individuais da personalidade

³⁷⁸GHERSI, Carlos Alberto. op. cit., p. 39.

³⁷⁹Código civil italiano: Art. 10: “Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni”. Tradução sugerida: “Se por acaso a imagem de uma pessoa ou dos seus pais, do seu cônjuge, dos seus filhos seja exposta ou publicada fora dos casos nos quais a exposição ou a publicação é permitida pela lei, ou seja, com prejuízo ao decoro ou à reputação dessa mesma pessoa ou dos ditos parentes, a autoridade judiciária, sob requerimento do interessado pode decidir que seja cessado o abuso, salvo o ressarcimento dos danos”.

³⁸⁰PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, cit., p. 34 e 154-155.

³⁸¹PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, cit., p. 156.

³⁸²ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética, cit., p. 111; SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 463-464.

estão albergados por esta forma de tutela, mas todas as suas projeções, inclusive as de nível coletivo, nas quais o indivíduo também desenvolve sua personalidade. A dimensão coletiva dos direitos da personalidade leva em consideração o indivíduo como membro de uma coletividade, dentre as quais se insere aquela formada por outros trabalhadores e que são representados pelos direitos metaindividuais de caráter extrapatrimonial.

Seguindo esta linha proposta pelos referidos doutrinadores italianos e portugueses, o campo de ação da tutela inibitória amplia-se para todas as searas em que os direitos da pessoa estiverem sofrendo ameaças de violação, incluindo-se o terreno das relações laborais. Como cláusula geral de tutela da pessoa, este dispositivo legal constitui-se em um novo vetor de interpretação que, dando concretude ao princípio matriz da dignidade humana, acaba por deflagrar novos horizontes em termos de responsabilidade civil, consoante será abordado no item seguinte. Pontue-se que ainda que assim não se entendesse, tal disposição pode ser aplicada ao direito do trabalho, subsidiariamente, ante a ausência de norma trabalhista específica, abrindo a possibilidade de veiculação da tutela inibitória para proteger os direitos da personalidade dos trabalhadores³⁸³.

No caso do direito laboral, que pugna pela proteção da pessoa do trabalhador, a disposição legal a que ora se alude, assume especial importância. Na medida em que se difundem, sob as mais variadas roupagens, as formas de ameaça aos direitos da personalidade de que são titulares os trabalhadores, a prescrição contida no art. 12 do Código Civil brasileiro, converte-se em verdadeira cláusula de proteção da pessoa do trabalhador. Sua inserção na esfera do direito material, malgrado os demais dispositivos e princípios de tutela da pessoa, altera, inequivocamente, a feição de outros institutos, com destaque para o da responsabilidade civil.

José Affonso Dallegrave Neto³⁸⁴ chama atenção para a atual fase do Direito do Trabalho que vivencia uma transição no sentido de repersonalizar o sujeito de direito, de modo a vislumbrar na pessoa do trabalhador o elemento primacial da relação, enaltecendo a sua dignidade, ao mesmo tempo em que conduz a uma funcionalização do conceito social de empresa.

³⁸³ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*, cit., p. 882-883; ROXO, Tatiana Bhering Serradas de Sousa. Os direitos da personalidade dos trabalhadores e sua tutela jurisdicional, cit., p. 116.

³⁸⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O solidarismo constitucional e a ampla tutela aos direitos da personalidade. Um debate a partir da jurisprudência do TST. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti et. al. (Coords.). *O mundo do trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 1, p. 262.

Some-se a isso que o Código Civil em seu artigo 21³⁸⁵, preconiza que a vida da pessoa é inviolável, concedendo ao juiz a possibilidade de adotar as medidas necessárias para tornar concreto este direito. Este mecanismo de tutela, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, abre ao magistrado a possibilidade de lançar mão de todas as medidas necessárias para defender a pessoa – aqui incluída a tutela inibitória -, não o confinando aos limites específicos dispostos em lei³⁸⁶. A tutela da pessoa deve sobrepor-se ao formalismo vigente.

Maria do Rosário Palma Ramalho³⁸⁷ anota que os direitos da personalidade estampados no Código de Trabalho português deitam suas raízes na Constituição, bem como no disposto no artigo 70 do Código Civil português³⁸⁸. Dessa forma, segundo a autora, há que se entender que a tutela dos direitos da personalidade atribuídos aos trabalhadores goza de proteção via tutela inibitória, nos mesmos moldes prescritos pelos direitos constitucional e civil³⁸⁹.

Do mesmo modo, tratando do Direito italiano, Giancarlo Perone³⁹⁰ consigna que o Estatuto dos Trabalhadores da Itália está alinhado com as diretrizes traçadas pela Constituição, de sorte que nos locais de trabalho devem ser asseguradas a liberdade, a segurança e a dignidade dos trabalhadores. Implica dizer, com isso, que os direitos fundamentais dos trabalhadores gozam igualmente de proteção via tutela inibitória.

Os já citados artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor permitem a veiculação de tutela inibitória genérica³⁹¹ ou atípica³⁹² tanto contra a prática de um ato ilícito, quanto em face de sua continuação ou repetição. O emprego do termo “genérico”

³⁸⁵Código Civil brasileiro: Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

³⁸⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 111.

³⁸⁷RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: parte I - dogmática geral*, cit., p. 495. Neste sentido: FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do trabalho*, cit., p. 190-191

³⁸⁸Código Civil português: “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos à ofensa já cometida”.

³⁸⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 111; PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 88 e 207; SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 464-465.

³⁹⁰PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavaratori*, cit., p. 8.

³⁹¹A expressão genérica é manejada por Cristina Rapisarda, Joaquim Felipe Spadoni e Sérgio Cruz Arenhart para designar a tutela inibitória que não está prevista legalmente de forma atrelada a um determinado direito, estando prescrita sob forma de cláusula geral. RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 96; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 260; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 40.

³⁹²Luiz Guilherme Marinoni e Paulo Ricardo Pozzolo adotam o termo “atípica” para designar a tutela inibitória que pode ser veiculada para os mais diversos casos que se apresentam, uma vez que não fora prevista para uma situação específica. Por seu turno, como tutela inibitória típica designam os mesmos autores, aquelas situações específicas em que o ordenamento jurídico prevê a sua utilização. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 31; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 126.

para fins deste trabalho tem por intuito diferenciar a tutela inibitória prestada por via dos dispositivos legais acima referidos, daquelas formas típicas de tutela inibitória previstas pela ordem jurídica. As modalidades de prestação da tutela inibitória genérica serão analisadas no próximo tópico.

Desta feita, as premissas de atuação da tutela inibitória são distintas daquelas exigidas quando se está diante de um dano, pois não contempla dentre as suas finalidades a de reparar o direito lesado. Outrossim, a culpa e o dano não se afiguram como pressupostos para fazer operar a tutela inibitória³⁹³, consoante será visto mais detidamente a seguir.

4. Pressupostos de atuação da tutela inibitória coletiva

A compreensão da inibitória como tutela destinada a operar com vistas ao futuro, exige a análise de suas premissas de atuação para que não seja estreitado o seu campo de abrangência. Releva assentar que como pressupostos de atuação da tutela inibitória, entende-se o conjunto de circunstâncias autorizadoras da concessão da medida. Considerando que o objetivo da tutela inibitória é impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, exsurtem como seus requisitos de atuação: a ilicitude de uma determinada conduta e a ameaça de sua prática, continuação ou repetição.

Importa salientar que dadas as correlações existentes entre os requisitos autorizadores da tutela inibitória - prestada no âmbito processual - e o instituto da responsabilidade civil e seus elementos - no plano material-, faz-se necessário abordá-los ainda que brevemente. É preciso ter presente que, invariavelmente, os elementos da responsabilidade civil são chamados a operar quando se discute judicialmente a proteção dos direitos por meio de tutela inibitória.

³⁹³PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento, cit., p. 5; RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 86-90.

4.1. O dever geral de prevenção e a releitura dos fundamentos da responsabilidade civil³⁹⁴

No momento em que o pensamento jurídico moderno estruturou-se, o patrimônio ocupava a centralidade dos ordenamentos jurídicos e, assim, a cultura jurídica forjou-se sobre este eixo principal³⁹⁵. Desta feita, a propriedade constituiu-se no referencial sobre o qual gravitavam todas as relações jurídicas, sendo tomada, igualmente, como medida destas.

O próprio Direito do Trabalho, apesar de envolver o trabalho humano e estar relacionado à pessoa que despende sua energia, foi vislumbrado durante um largo período, muito mais a partir de seus aspectos econômicos do que pela sua essencialidade de direito humano³⁹⁶. Nesta concepção patrimonialista, a empresa ocupava a posição central, enquanto o trabalhador foi apartado de sua força de trabalho que passou a ser considerada como o próprio objeto do contrato de trabalho, restando-lhe ser percebido como um fator de produção³⁹⁷, destituído de dignidade. O fio condutor da relação de trabalho estava calcado na expressão econômica e não na ética e na dignidade que devem norteá-la³⁹⁸.

Sob esta perspectiva patrimonialista e influenciada pelos valores do Estado Liberal, o direito da responsabilidade foi sendo construído tendo no dano e na culpa as suas figuras principais. Giselda Maria Hironaka³⁹⁹ leciona que as noções acerca de responsabilidade civil foram engendradas, tomando como base um contexto no qual se preconizava que todo o bem deveria ser garantido contra quaisquer ofensas. Assim, “a idéia de culpa aparece como princípio fundamental da responsabilidade, e a cidadania envolve no ideário da Revolução Francesa e dos sistemas jurídicos que nela se inspiram, o dever moral de garantir a preservação desses bens. A própria liberdade humana – esta concepção

³⁹⁴Conferir a respeito: VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

³⁹⁵FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

³⁹⁶Não existia o conceito jurídico de responsabilidade civil antes do século XIX. Por mais que tenhamos a tendência de antecipar seus fundamentos para antes da contemporaneidade, mesmo a investigação da história externa dessas pretensas fundações exige reconhecer uma ausência de causalidade (...)” HIRONAKA, Giselda Maria. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 73.

³⁹⁷GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007. p. 111.

³⁹⁸BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos dos trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20; LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*, cit., p. 95.

³⁹⁹HIRONAKA, Giselda Maria. op. cit., p. 87.

eminentemente ético-política da modernidade – se torna um princípio destacado, a partir do início do século XIX, e abandona de certa forma o terreno da política e do direito para ser concebido especialmente por certos padrões morais. Como resultado, a concepção da responsabilidade civil envolve, nesse passo, a idéia de um dever pessoal de cada particular com cada particular, de forma que justa é a sociedade na qual não se deixam prosperar os danos causados seja à honra, seja à propriedade. Urge que se garanta a reparação dos danos e a fonte para a determinação de quem vai responder por essa reparação; é a idéia de culpa.”.

Portanto, os fundamentos da responsabilidade civil estabeleceram-se sobre a necessidade de repressão ao dano e de sua reparação⁴⁰⁰, devida por aquele que, não observando as regras de boa convivência, lesar alguém. A finalidade da responsabilidade civil lastreou-se, exclusivamente, no dever de restabelecer o equilíbrio desfeito em razão de uma conduta antijurídica que causou danos a outrem⁴⁰¹. Portanto, passou-se a compreender que inexistindo danos não haveria responsabilidade civil, haja vista que o seu princípio norteador é o *neminem laedere* que significa que as pessoas devem se conduzir em suas relações de sorte a não lesar as demais⁴⁰².

Em caso de terem sido ocasionados danos, deve-se buscar o máximo possível, a reconstituição da situação anteriormente existente, uma vez que se pressupõe que somente desse modo poder-se-á restaurar o equilíbrio violado. Vigora, destarte, no direito da responsabilidade civil o princípio da *restitutio in integrum*⁴⁰³.

Por estas razões, a doutrina predominante unificou as categorias do dano e do ilícito, o que implica afirmar que, tradicionalmente, não se concebe o ato ilícito sem a consecução de danos. Conseqüentemente, atrelou-se a ideia de responsabilidade civil com a de reparar o dano.

Judith Martins Costa⁴⁰⁴ anota que “Vigendo a "lógica proprietária" (Messinetti) e o patrimônio constituindo a categoria central do direito civil clássico, a doutrina elaborou a

⁴⁰⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. Atualizador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p. 15; CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁴⁰¹CAVALHIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 13; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista Emerj*, v. 9, n. 36, p. 135, 2006.

⁴⁰²DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 490.

⁴⁰³CAVALHIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 13.

⁴⁰⁴MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 74, 15 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil#ixzz2B3WylGQo>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

Teoria dos Atos Ilícitos em obediência à tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual (absoluto), sintetizado, este último, na expressão *neminem laedere* – ambas as noções sendo construídas a partir da noção de dano e de responsabilidade (contratual e extracontratual) patrimonial. Em outras palavras: para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio”.

Em face de os valores e direitos primaciais daquele momento serem concernentes à propriedade, comportavam estes em caso de lesão uma compensação econômica. Diante das agressões aos direitos patrimoniais, criaram-se vários institutos que foram, gradativamente, sendo aperfeiçoados no sentido de propiciar a recomposição patrimonial em seu sentido mais amplo. Engendrou-se, assim, um aparato jurídico direcionado a viabilizar o máximo possível a recomposição do patrimônio eventualmente lesado e orientado a reprimir o dano.

Os fundamentos da responsabilidade civil estavam, portanto, alicerçados na teoria da culpa e no binômio repressão-reparação de danos. E dessa forma, a responsabilidade civil passou a ser visualizada como um Direito de danos⁴⁰⁵, incumbida, exclusivamente, de cuidar das reparações decorrentes das lesões havidas aos direitos.

Importa assentar que o instituto da responsabilidade civil, com o escopo de adaptar-se às mutações pelas quais passou a sociedade e aos valores plasmados na Constituição Federal de 1988, evoluiu, consideravelmente, conquanto ainda mantivesse o seu foco primordial radicado no binômio repressão-reparação.

Em um primeiro momento, a figura do ofensor e, por conseguinte, a ideia de culpa, ocuparam o centro do instituto da responsabilidade civil. Nesta fase, buscava-se averiguar se o ofensor havia infringido os deveres de boa convivência e incorrido na prática de um ato negligente, imperito ou imprudente. Somente se houvesse agido em desconformidade com o que se esperava do homem-médio, poder-se-ia responsabilizá-lo. Uma vez constatada a insuficiência da ideia de culpa para atender às mais diversas situações surgidas na realidade social, percebeu-se que a culpa não era um elemento essencial a

⁴⁰⁵LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 76.

figurar entre as premissas ensejadoras da responsabilidade civil⁴⁰⁶. Inseriu-se, outrossim, o risco como elemento a ser manejado em um sem número de situações, nas quais os limites exíguos da teoria da culpa não permitia chegar e propiciar a reparação adequada. A responsabilidade objetiva passou a atuar, juntamente com a responsabilidade subjetiva, mas de forma restrita, incidindo somente nos casos especificados em lei.

A figura do ofensor foi cedendo espaço à da vítima que foi assumindo a centralidade do instituto da responsabilidade civil, na esteira do preconizado pelo princípio da dignidade humana⁴⁰⁷. Dessa forma, o enfoque passou a ser não mais a busca por verificar os atos contrários ao direito cometidos pelo ofensor, mas evitar tanto quanto possível, os casos em que as vítimas não lograssem obter o ressarcimento integral pelos danos sofridos⁴⁰⁸. Em virtude de a responsabilidade civil ter sido concebida como um instituto vocacionado a regular fatos passados, a ideia de prevenção para a doutrina dominante não integra os pressupostos da responsabilidade civil, operando-se através dela somente por via reflexa, indireta.

Através da imposição de indenizações em quantias elevadas, pretende-se punir o infrator e, por conseguinte, inibir a prática de condutas lesivas aos direitos enunciados pela ordem jurídica, incorporando-se à responsabilidade civil a função punitiva⁴⁰⁹. As indenizações punitivas têm por intuito imputar uma pena ao culpado por causar danos, bem como servir como medida educativa em relação aos demais membros da coletividade⁴¹⁰.

Esta maneira de vislumbrar o instituto da responsabilidade civil, sob o prisma eminentemente repressivo, também se encontra no Direito do Trabalho, distinguindo-se apenas em face do contexto no qual se desenvolve a relação de emprego⁴¹¹. Explica-se: a grande maioria dos doutrinadores⁴¹² da área laboral, a despeito de invocarem o princípio da dignidade humana como norte a orientar as relações de trabalho e enaltecerem a

⁴⁰⁶HIRONAKA, Giselda Maria. op. cit., p. 24.

⁴⁰⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 323.

⁴⁰⁸SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 182.

⁴⁰⁹ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. op. cit., p. 135-167.

⁴¹⁰LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 81.

⁴¹¹OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 117.

⁴¹²MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, estético*. São Paulo: LTr, 2008. p. 184-185; BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 206; OLIVEIRA, Paulo Eduardo. op. cit., p. 116; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. ampl. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2002. p. 28 e 31.

necessidade de serem providenciadas medidas preventivas para preservarem a pessoa do trabalhador, entende o instituto da responsabilidade civil de forma estritamente repressiva.

Estes doutrinadores não incluem a prevenção como fundamento da responsabilidade civil, ao lado da reparação. A prevenção é enfocada não como a finalidade precípua da responsabilidade civil, mas sim como um objetivo que pode ser alcançado por meio da imposição de sanções ao agente agressor. Quer-se com isto afirmar que, do mesmo modo como se passa no Direito Civil⁴¹³, a prevenção não é incluída como fundamento da responsabilidade trabalhista.

As discussões doutrinárias, malgrado reconheçam a imprescindibilidade de serem manejadas medidas protetivas, pautam-se, de forma predominante, sobre a aplicabilidade ou não da responsabilidade objetiva à esfera das relações de trabalho para dispensar a necessidade de o trabalhador produzir a prova da culpa de seu empregador. O viés repressivo mantém-se de forma prevalente, embora se tenha deslocado o eixo da figura do ofensor para a vítima a quem se deve proporcionar a mais ampla reparação possível.

Antônio Rodrigues de Freitas⁴¹⁴ anota que o Direito do Trabalho vive um paradoxo, na medida em que foi o precursor em matéria de legislação consagradora da responsabilidade objetiva e da teoria do risco já em 1919, através da Lei nº. 3.724⁴¹⁵, mas relutou em aceitar a responsabilização por danos aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Com efeito, a visão patrimonialista do Direito do Trabalho ainda persiste nos dias atuais, podendo ser vislumbrada pelo emprego predominante de soluções monetárias em detrimento da adoção de medidas preventivas⁴¹⁶ que poderiam ser manejadas a partir das mais diversas formas, tanto no âmbito judicial, como no extrajudicial. Sendo assim, o aspecto econômico peculiar ao contrato de trabalho⁴¹⁷ assume posição de proeminência em

⁴¹³“Muito embora a ideia de prevenção sempre tenha estado mais ou menos presente no âmbito da responsabilidade civil, todavia, comumente é tratada de forma meramente indireta, reflexa ou eventual”. VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. cit., p. 4.

⁴¹⁴FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. Responsabilidade civil e relações de trabalho: anotações propedêuticas à maneira de introdução. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Coord.); BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BASTAZINE, Cleber Alves (Orgs.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho: questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011. p. 14-15.

⁴¹⁵Esta lei era aplicável aos trabalhadores que desempenhavam suas funções em atividades reputadas como perigosas.

⁴¹⁶FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental, cit., p. 142.

⁴¹⁷Sobre o valor econômico do trabalho como unidade produtiva consultar a respeito: GHERSI, Carlos Alberto. *Cuantificación económica del daño*. Buenos Aires: Editorial de Alfredo y Ricardo Deplama, 1998. p. 89-119.

relação à pessoa do trabalhador, detentora de um feixe de direitos fundamentais merecedores de larga proteção⁴¹⁸.

Os adicionais de insalubridade e periculosidade pagos ao trabalhador que se expõe, no exercício de seu labor, a agentes nocivos e perigosos à saúde humana, como medida compensatória à perda da saúde, expressam a monetarização ainda impregnada no âmbito laboral⁴¹⁹. A neutralização do risco segue sendo a medida adotada no mais das vezes, sobretudo porque é mais vantajoso financeiramente para as empresas do que adotarem práticas que eliminam os riscos. Em vez de priorizarem-se medidas preventivas à violação da integridade da saúde humana do trabalhador, reforça-se o caráter monetário, evidenciando que é possível lesar direitos fundamentais, desde que se pague por isto a título de reparação.

Tal situação pode ser retratada pelo fato de que a grande maioria das lides trabalhistas que versam sobre saúde do trabalhador trazem em seu bojo pedidos de pagamento de adicionais de risco ou de indenizações decorrentes de acidentes de trabalho já havidos e que lesaram o trabalhador⁴²⁰.

Todavia este arcabouço repressivo e patrimonialista pertinente, tanto ao Direito Civil como ao Direito do Trabalho, revelou-se deficitário e insuficiente desde o momento em que a dignidade da pessoa humana foi erigida como valor máximo a orientar o sistema como um todo e, em que foram colocados em evidência os direitos metaindividuais. A tutela da pessoa exige um outro tipo de responsabilização, já que os direitos enfeixados na dignidade humana, sejam de dimensão individual ou coletiva, não se coadunam com lesões.

Como já foi dito, devido ao fato de os direitos supraindividuais terem conteúdo predominantemente extrapatrimonial, não se conformam com lesões, as quais são no mais das vezes irreparáveis ou de difícil reparação. Estes direitos aspiram a uma atuação preventiva, de sorte a mantê-los incólumes, sobretudo porque os atos que os atingem são geralmente continuativos e repetitivos. Destarte, evidenciou-se que a tutela por meio da

⁴¹⁸BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão Técnica de Irany Ferrai. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996. p. 20.

⁴¹⁹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 139.

⁴²⁰AGUIAR, Ruy Rosado de. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 202, jan./mar. 2002.

compensação pelo equivalente pecuniário conquanto seja de grande relevância não é a mais adequada para realizar os direitos transindividuais.

Desde então, o modo de perceber-se o papel da responsabilidade civil vem assumindo novos contornos. Tomando como base as mutações sociais e a necessidade de prevenção e proteção da pessoa, independentemente, de esta ostentar a condição de vítima em virtude de um dano já verificado, os estudos formulados por parte da doutrina em torno da responsabilidade civil, buscam demonstrar a necessidade de superar-se a noção de responsabilidade civil como algo indissociável da ideia de indenização.

Fulcrados na releitura do próprio conceito de responsabilidade e percebendo-a de forma distinta da ideia de indenização, alguns doutrinadores⁴²¹ começam a sinalizar para a necessidade de o instituto da responsabilidade civil seguir evoluindo em sintonia com os valores da dignidade humana e da solidariedade social para incorporar dentre os seus fundamentos a prevenção. Nesta perspectiva, a responsabilidade civil deixa de ser vislumbrada exclusivamente a partir de seu viés repressivo-reparatório para alçar-se a prevenção ao mesmo patamar de importância conferida à reparação. Outrossim, abandona-se a concepção de prevenção como medida acessória e chamada a operar somente através dos próprios mecanismos indenizatórios. O instituto abre-se para comportar a prevenção e todos os mecanismos a esta, relacionados.

Levando-se em conta que a sociedade contemporânea está inserida em novos contextos marcados por riscos e incertezas, a evolução da responsabilidade civil para alcançar tais situações é medida que se impõe como necessária. O paradigma social alterou-se, trazendo a reboque a evolução também da responsabilidade civil, conforme já foi afirmado. No século XIX vivenciou-se o paradigma da responsabilidade como compensação pelas perdas havidas; no século XX, o paradigma da responsabilidade como premissa da solidariedade, representado pela reparação integral e pela socialização dos riscos; no século atual, tem-se o nascimento do paradigma da responsabilidade como segurança, tendo no princípio da precaução o seu sustentáculo, balizado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁴²².

⁴²¹No direito civil: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. cit.; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit.; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. op. cit., p. 136; VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit.

⁴²²LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 114-115; VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit., p. 150.

Desta feita, a responsabilidade civil deve assumir novos delineamentos, orientada por novos valores sociais que reclamam a superação da responsabilidade civil concebida exclusivamente como mecanismo de reparação de danos e voltada ao passado. Este segmento doutrinário propõe o alargamento das funções reservadas ao instituto da responsabilidade civil, de modo que ao lado da finalidade repressiva que almeja a reparação integral da vítima, seja abarcado o objetivo preventivo⁴²³. Tal situação apresenta-se como indispensável para construir-se um sistema que, de fato, privilegie a pessoa humana e viabilize o seu desenvolvimento digno através de uma tutela qualitativamente diversa⁴²⁴.

Reprisa-se: o que almeja esta parcela da doutrina é constituir, ao lado do sistema repressivo amplamente desenvolvido, um sistema preventivo igualmente eficaz à tutela da pessoa. Estes juristas não pretendem desmerecer ou pregar a substituição do modelo repressivo-reparatório, buscando apenas complementá-lo de modo que o direito de responsabilidade civil se torne mais efetivo.

Os doutrinadores alinhados a este posicionamento ancoram o seu ponto de vista no dever de prevenção prescrito pelo princípio geral do direito denominado *neminem laedere*⁴²⁵ - o qual foi em muito relativizado em virtude da concepção patrimonialista sobre a qual se assentou o Direito. Agregue-se ao dever geral de prevenção o dever geral de solidariedade previsto no inciso I, do art. 3º, da Constituição Federal de 1988. Um outro fundamento, manejado por alguns doutrinadores, é o da inserção dos princípios da precaução⁴²⁶ e da prevenção como bases e fundamentos da responsabilidade civil.

⁴²³PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 122.

⁴²⁴Id. *Ibid.*, p. 122.

⁴²⁵O princípio significa que não se deve lesar a outrem

⁴²⁶O princípio da precaução constou como princípio nº. 15, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, assim redigido: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não pode ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Este princípio também foi previsto na Convenção da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5.6.92, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto-Legislativo nº.2, de 3.2.94, entrando em vigor para o Brasil em 25.9.94, na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança no Clima, assinada em Nova York em 9.5.92, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº.1, de 3.2.94, passou a vigorar no Brasil em 29.5.94 e, ainda, na Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, assinada pelo Brasil em 22.05.2001, entrando em vigor através do Decreto Federal Legislativo nº 204, de 07 de maio de 2004.

No Brasil, esta ideia é defendida por Tereza Ancona Lopez⁴²⁷ que concebe a existência de uma responsabilidade de caráter preventivo ao lado da responsabilidade de cunho reparatório, sem que seja necessária a existência de um dano. De acordo com a autora, na esfera de uma sociedade de risco onde os perigos estão por toda a parte, a responsabilidade civil deve encampar os princípios da precaução e da prevenção como seus fundamentos, de sorte que possam operar não somente diante de catástrofes, mas diante das mais diversas atividades da vida humana. Para a jurista, a internalização dos princípios da prevenção e precaução como fundamentos da teoria geral da responsabilidade civil não invalidam os demais princípios vetores deste ramo do direito⁴²⁸. Ao contrário, complementando-os em uma perspectiva de evolução do instituto da responsabilidade civil para buscar antecipar-se à ocorrência dos danos em série que prejudicam uma gama de pessoas, próprios de uma sociedade de massas envolta pelo risco.

Tereza Ancona Lopez⁴²⁹, na esteira da doutrina francesa⁴³⁰, pugna que há riscos que não podem ser corridos, ante o seu alto teor de nocividade e, assim, devem ser evitados, cabendo à responsabilidade civil este encargo. Não é razoável aguardar para verificar se danos advirão ou não, pugnando pela adoção de uma responsabilidade preventiva, sobretudo porque o princípio norteador da responsabilidade civil é o da proibição de causar dano a outrem. Deve haver uma atuação prospectiva, direcionada ao futuro. Nesta senda, os fundamentos nos quais repousa a responsabilidade civil preventiva e reparatória são os mesmos. A noção de responsabilidade civil deve, assim, ser apartada da ideia de indenização, já que esta se destina a atuar apenas com vistas ao passado⁴³¹.

Escreve a aludida autora: “Portanto, responsabilidade civil não se resume ao ressarcimento de danos (apesar de ainda ser sua principal função); é também prevenção e precaução de eventos danosos. **Hoje podemos afirmar que temos a responsabilidade civil reparatória e a responsabilidade civil preventiva.** Por tudo que expusemos, concluímos que é perfeitamente possível responsabilidade civil sem dano (apenas a sua ameaça). Essa nova responsabilidade surgiu da adoção dos princípios da prevenção e da

⁴²⁷LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 87. Em igual sentido: VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit., p. 144-194.

⁴²⁸Id. Ibid., p. 119.

⁴²⁹Id. Ibid., p. 136.

⁴³⁰Conferir a respeito: THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'evolution du droit de la responsabilite: vers un elargissement de la fonctin de la responsabilite civile? *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, juil./sept. 1999.

⁴³¹LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 138.

precaução com a finalidade de dar maior **segurança** a todos os cidadãos. Mas foi plasmada também pelo expediente da flexibilização das velhas normas, princípios e institutos, com apoio na razão de ser desse ramo do direito – o *alterum non laedere*”.

Diante disso, a inibição de atos antijurídicos revela-se um objetivo não apenas do processo, mas também do direito material, impondo ao instituto da responsabilidade uma evolução para abarcar a prevenção dentre os seus fundamentos e seus objetivos⁴³². Esta evolução imprime um novo redirecionamento ao instituto da responsabilidade civil que passa a se voltar também para o futuro, de modo a antecipar-se à ocorrência de uma série de ilícitos e danos de toda ordem, alargando as hipóteses de tutela da pessoa. O risco passa a figurar como um dos elementos passíveis de desencadear a responsabilidade civil, ainda que não se tenha verificado a ocorrência de dano.

Note-se que a adoção dos princípios da precaução e da prevenção como fundamentos da responsabilidade civil acabam por alterar o referencial antes existente. A função preventiva, tradicionalmente desempenhada por tais princípios, alarga-se, assumindo uma dimensão mais ampla, de modo a alcançar a responsabilidade civil. Para além de informarem o direito, com medidas preventivas a serem manejadas, os princípios da prevenção e da precaução empregados como suporte da responsabilidade preventiva, torna possível a imputação de responsabilidade, mesmo antes de o dano concretizar-se. O padrão de responsabilização, classicamente restrito à verificação de danos, expande-se para abarcar hipóteses em que há risco de dano a direitos de caráter inviolável, como a saúde, a vida, a honra, a imagem etc.

Todas estas proposições acerca da implementação da responsabilidade preventiva são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho - cujo fim precípua é a tutela da pessoa do trabalhador -, bem como aos direitos difusos e coletivos que pretendem proteger e defender direitos essenciais para a coletividade de trabalhadores. Como aduz Luis Fabiano de Assis⁴³³ há uma convergência finalística entre os institutos da responsabilidade civil e da defesa judicial dos interesses transindividuais dos trabalhadores por via da tutela inibitória, haja vista que ambos têm por escopo a prevenção de ilícitos. De fato, o Direito

⁴³²VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit., p. 207.

⁴³³ASSIS, Luis Fabiano de. Responsabilidade civil e defesa de direitos e interesses transindividuais: ensaio sobre a convergência teleológica dos institutos e reflexos no Direito do Trabalho. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Coord.); BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BASTAZINE, Cleber Alves (Orgs.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho*: questões atuais e controvertidas. São Paulo: LTr, 2011. p. 97.

laboral contempla um conjunto de normas⁴³⁴, cujos fundamentos residem no princípio da prevenção.

Acrescente-se a isso que o Direito Ambiental do Trabalho que se propõe a viabilizar uma ampla tutela da saúde e da vida dos trabalhadores tem em sua base de atuação os princípios da prevenção e da precaução⁴³⁵. Esta é uma tendência não só do Brasil. O viés preventivo e precaucional vem sendo adotado pela União Européia, a qual detém um grupo vasto de diretivas tratando da temática do meio ambiente do trabalho. Ari Possidonio Beltran⁴³⁶ faz alusão a uma série de diretivas que tratam dos mais diversos aspectos relacionados ao meio ambiente laboral, destacando que todas possuem como traço comum a promoção da melhoria da segurança no exercício do trabalho.

Diante disso, o referencial para tratar com temas relacionados à saúde e à vida dos trabalhadores alterou-se, de modo que a recomendação é para que se adotem todas as medidas precaucionistas necessárias para evitar a consumação de um fato danoso. A ideia é antecipar-se à ocorrência de um dano. Mostra-se anacrônico e em *descompasso com o atual estágio da sociedade contemporânea*, o modelo *que visa a tutelar a saúde e a vida dos trabalhadores por meio exclusivamente da reparação de um dano já consumado*.

⁴³⁴No âmbito do Direito ambiental do trabalho encontram-se uma gama de disposições legais que propugnam a atuação preventiva, de sorte a garantir a integridade da vida e da saúde humana, dentre os quais podem ser mencionados: Embargo e interdição (arts. 160 e seguintes da CLT e NR-3 da Portaria nº 3.214/78), greve ambiental, as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPA (art.10, II, a, do ADCT e art. 163 da CLT), Equipamentos de proteção individual e coletiva (art.166 da CLT), Inspeção prévia (NR-2 da Portaria nº 3.214/78), Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT)- (NR-4 da Portaria nº 3.214/78), Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO (NR-7 da Portaria nº 3.214/78), Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais (NR-9 da Portaria nº 3.214/78). Além das mencionadas Normas Regulamentadoras citam-se as seguintes: NR-8 – Edificações; NR-9 – Programa de Prevenção e Riscos Ambientais (PPRA); NR-10 – Instalações e serviços em eletricidade; NR-11 – Transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais; NR-12 – Máquinas e Equipamentos; NR-13 – Caldeiras e vasos de pressão; NR-14 – Fornos; NR-15 – Atividades e operações insalubres; NR-16 – Atividades e operações perigosas; NR-17 – Ergonomia; NR-18 – Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção; NR-19 – Explosivos; NR-20 – Líquidos combustíveis e inflamáveis; NR-21 – Trabalho a céu aberto; NR-22 – Trabalhos subterrâneos; NR-23 – Proteção contra incêndios; NR-24 – Condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho; NR-25 – Resíduos industriais; NR-26 – Sinalização de segurança; NR-27 – Registro de profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no Ministério do Trabalho; NR-28 – Fiscalização e penalidades; NR-29 – Segurança e Saúde no Trabalho Portuário; NR-30 – Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário; NRR-1 – Disposições Gerais; NRR-2 - Serviços Especializados em Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural (SEPART); NRR-3 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural (CIPART); NRR-4 – Equipamentos de Proteção Individual (EPI); NRR-5 – Produtos químicos.

⁴³⁵FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr. 2000. p. 40.

⁴³⁶BELTRAN, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998. p. 318-319.

Tal fato reforça a compatibilidade e a necessidade da adoção da responsabilidade civil preventiva como um novo referencial no terreno das relações de trabalho, seja em nível individual ou supraindividual. Frisa-se que os princípios da precaução e da prevenção harmonizam-se com os princípios da proteção do trabalhador e da continuidade da relação de trabalho, devendo informar a responsabilidade na esfera trabalhista em detrimento da cultura exclusivista de repressão do fato consumado.

Outro fator a justificar o emprego da responsabilidade preventiva na esfera laboral exsurge dos deveres anexos, laterais ou instrumentais ao princípio da boa-fé contratual⁴³⁷. Ao lado do núcleo principal da obrigação estabelecida entre os contratantes, derivam deveres secundários ou anexos, dentre os quais se situam os que defluem da cláusula geral da boa-fé. Estes deveres instrumentais de conduta, advindos da incidência da boa-fé, surgem independentemente da existência de lei e vinculam ambos os contratantes. Os deveres anexos estão pautados no dever de proceder com o outro segundo os ditames da boa-fé, da ética. Cuida-se de deveres de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa do outro e com seus bens⁴³⁸. A previsão de deveres de cuidado, proteção e segurança justifica e ampara a responsabilidade preventiva nos casos em que existe uma relação jurídica base.

Antonio Monteiro Fernandes⁴³⁹ aduz que os deveres de proteção e cuidado atribuídos ao empregador, para além de atribuírem a obrigação de assegurar as condições de higiene e segurança, nos termos das normas vigentes, determinam o dever de oferecer aos trabalhadores o melhor ambiente de trabalho possível. No caso trabalhista, em que os vínculos entre os contratantes têm a tendência a perdurar - consoante preconizado pelo princípio da continuidade da relação de emprego -, bem como que a obrigação estabelecida entre as partes desenvolve-se com dinamicidade, os deveres anexos de proteção e cuidado assumem um papel de proeminência a embasar a responsabilidade preventiva.

A partir da incorporação da prevenção como um dos fins a que se destina a responsabilidade civil, necessariamente, alguns dos seus elementos tidos como essenciais, assumirão novos contornos e uma roupagem diversa, demandando uma releitura de seus

⁴³⁷ VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit., p. 170-171.

⁴³⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 14, jul./set. 1998.

⁴³⁹ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do trabalho*, cit., p. 289.

fundamentos e a revisão de seus conceitos⁴⁴⁰ – assunto que será abordado no item seguinte.

4.2. O ato ilícito

Assentou-se ao longo deste estudo que a tutela inibitória tem por fito impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito, não se voltando diretamente contra o dano. Desta assertiva emerge como um dos pressupostos de atuação da tutela inibitória a ilicitude futura, desconectada do dano. Note-se que quando se afirma que a inibitória dirige-se contra o ilícito futuro e não contra o dano, deixa-se antever que se parte do princípio, segundo o qual a conduta antijurídica e o dano são categorias distintas e inconfundíveis.

Nesta perspectiva, leciona João Calvão da Silva⁴⁴¹ que: “Ilícito e dano são dois fenômenos conceitualmente e temporalmente distintos. O ilícito é conceitualmente mais amplo do que o dano: pode conter este mas não tem que o conter necessariamente. O ilícito não postula necessariamente dano, que é consequência eventual mas não necessária dele. Pode haver ilícito sem dano, mas sem este não pode surgir a obrigação de indenização”.

Importa destacar que a diferenciação entre ilícito e dano é fruto de estudos doutrinários recentes que rompem com o pensamento tradicional consolidado acerca de tais institutos. Classicamente, o ato ilícito foi concebido como uma figura unitária que compreende a antijuridicidade, a culpa e o dano, gerando como única consequência o dever de indenizar. Para o modelo tradicional, a verificação do ato ilícito depende da ocorrência de uma conduta contrária ao direito, da culpa e de um prejuízo. Segundo esta concepção, o dano integraria o conceito de ilicitude, deixando-se nítida a ideia de que a ilicitude teria o condão de gerar como efeito exclusivo o dever de indenizar, já que juntamente com o ato contrário ao direito o dano seria perfectibilizado. E assim o conceito de ilicitude construiu-se em torno de um dos seus efeitos mais assentes: o dano, considerado como tal o prejuízo sofrido por alguém.

⁴⁴⁰VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. op. cit., p. 3.

⁴⁴¹SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 152.

A redação do artigo 159⁴⁴² do Código Civil de 1916, semelhante ao do artigo 2043⁴⁴³ do Código Civil italiano, em muito contribuiu para esta compreensão restritiva de ilicitude civil, atrelada à culpa e ao dano. Muito embora nesta definição não estejam abarcados nem os casos em que atos lícitos acarretam danos a outrem, tampouco as situações de atos ilícitos, em que não se constata danos, a doutrina dominante pugna pela identificação de ato ilícito e dano, apoiando-se nos aludidos dispositivos legais para embasar suas conclusões.

A maioria da doutrina vislumbra, a partir de uma interpretação literal destas normas, um conceito de ato ilícito que exauria todas as hipóteses de antijuridicidade e não somente o regramento acerca do ato ilícito causador de danos⁴⁴⁴. Insta salientar que conquanto alguns doutrinadores⁴⁴⁵ assinalem que o conceito de ato ilícito, a par de ser complexo, é extremamente controvertido, tendo sofrido evoluções ao longo do tempo, a doutrina majoritária⁴⁴⁶ perfilhou o entendimento clássico de ilicitude, como ato contrário ao direito e causador de danos.

Aldo Frignani⁴⁴⁷ registra que o conceito de ilícito não pode ser extraído do disposto no art. 2043 do Código civil italiano, já que este artigo não apresenta uma definição de antijuridicidade. O conceito de ilicitude deve ser inferido das lições de teoria geral do direito, compreendendo-se como tal o ato contrário ao direito e violador de uma obrigação, não sendo essencial a ocorrência de um dano. Anota o autor que a partir desta leitura restritiva do art. 2043 do Código civil italiano, imaginou-se que a legislação não distinguia ilícito e dano e daí derivaram uma série de equívocos. Na opinião do mesmo doutrinador, o Código, no art. 2043, está somente disciplinando a responsabilidade daquele que praticou um ato ilícito, cuja consequência fora um dano e não fixando um conceito de ato ilícito. A legislação não está definindo no art. 2043 do Código civil o que se deve entender como ato ilícito, o qual segundo sua concepção prescinde dos elementos objetivo – dano - e subjetivo – culpa.

⁴⁴²Código civil brasileiro de 1916: Art. 159: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

⁴⁴³Código civil italiano: Art. 2043: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Tradução sugerida: “qualquer fato danoso ou culposo que acarreta a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.

⁴⁴⁴BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 13.

⁴⁴⁵CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 7.

⁴⁴⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 46; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7, p. 40.

⁴⁴⁷FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 408-409, 413 e 420.

Cristina Rapisarda⁴⁴⁸, aderindo à mesma tese, reputa equivocado o posicionamento que pretende extrair da norma constante no artigo 2043 do Código Civil italiano um conceito geral de ilicitude, asseverando que o dano não pode ser compreendido como elemento do ato ilícito, mas como condicionante da obrigação de indenizar. De acordo com a doutrinadora italiana, o referido dispositivo legal regulamenta apenas a reação do ordenamento jurídico e o remédio cabível contra o ato ilícito que causa dano a outrem. Assinala a jurista que a norma do art. 2043 do Código Civil deve ser interpretada conjuntamente com outras regras jurídicas que não contemplam o dano como elemento que viabiliza uma reação do ordenamento jurídico – a tutela inibitória, citando como exemplo o disposto nos arts. 2559⁴⁴⁹ e 2600⁴⁵⁰ que tratam da concorrência desleal. A partir daí infere-se que há regulamentações de hipóteses em que a ordem jurídica reputa como ato ilícito condutas contrárias ao direito, independentemente de terem sido ocasionados danos.

A doutrina tradicional, ao qualificar o ato ilícito de forma atrelada ao dano, pauta-se nos valores patrimoniais vigentes na época em que foram editados os estatutos civis italiano e o brasileiro, de 1916. De acordo com estes padrões só importaria ao Direito ocupar-se dos atos que repercutissem na esfera patrimonial dos indivíduos. Somente fazia sentido estabelecer o conceito daquele ato capaz de ter o dano como efeito e, por conseguinte, regulamentar a responsabilidade daí decorrente⁴⁵¹.

Malgrado existissem vozes isoladas no âmbito das doutrinas italiana e brasileira, sustentando a distinção entre ilicitude e dano, a sedimentação deste pensamento decorreu especialmente de uma evolução ocorrida na Itália para viabilizar a tutela processual adequada de direitos que não se conformavam com a tutela exclusivamente ressarcitória.

Na seara processual brasileira foi Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵² quem atentou para a necessidade de fazer esta distinção entre ilícito e dano, de sorte a permitir a tutela preventiva dos chamados, novos direitos. Ao seu entendimento aderiu uma significativa

⁴⁴⁸RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 109. No mesmo sentido: PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*, cit., p. 24-25.

⁴⁴⁹Código civil italiano: Art. 2559: “La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti”. Tradução sugerida: “a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos”.

⁴⁵⁰Código civil italiano: Art. 2600: “Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni”. Tradução sugerida. Se os atos de concorrência desleal forem cometidos com dolo ou culpa, o autor é responsável pelo ressarcimento dos danos”.

⁴⁵¹MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187, cit.

⁴⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 113.

parcela da doutrina nacional que passou a distinguir ato ilícito e dano, sob o argumento de que para se ter configurada a antijuridicidade basta que se verifique uma conduta contrária ao Direito, não havendo de se perquirir se houve ou não dano e, tampouco, se o agente atuou com culpa⁴⁵³. A conduta antijurídica atacada via tutela inibitória é aquela que simplesmente vai de encontro a um preceito legal e que atinge a esfera jurídica de outrem. A essência da ilicitude, a sua antijuridicidade não repousa no dano ou na culpa, mas sim na contrariedade à lei⁴⁵⁴. O dano é consequência e não componente do ilícito⁴⁵⁵.

Nesta toada, o dano seria uma consequência meramente eventual do ato ilícito, podendo ou não ocorrer. Importa dizer, assim, que o ato ilícito pode verificar-se sem que o dano tenha se processado, conquanto este seja, no mais das vezes, a exteriorização da conduta ilícita⁴⁵⁶. Nem sempre o ato ilícito produzirá um dano de forma imediata e concomitante, mas mesmo nestes casos persiste o interesse em coibir a contrariedade ao direito. Some-se a isso que não raro ato ilícito e dano ocorrem praticamente no mesmo momento, sendo difícil desvencilhá-los. Todavia, tal circunstância não pode significar uma identificação entre as duas figuras de ordens diferentes.

Da mesma forma como se passou na Itália, pugnando por uma interpretação sistemática extraída a partir da estruturação do Código Civil de 2002, sustenta Judith Martins Costa⁴⁵⁷ que o novel diploma operou uma ruptura com o sistema anterior e, dessa forma, ao separar a obrigação de indenizar, do conceito de ato ilícito, deixou claro que a ilicitude não pode ser identificada com o dano – sua consequência patrimonial. De acordo com a autora, esse rompimento está delineado por dois aspectos: o primeiro pode ser extraído da comparação entre os artigos 159 do Código de 1916 e o art. 186⁴⁵⁸ do atual diploma, o qual não menciona a sua parte final ("fica obrigado a reparar o dano"); o segundo, devido ao fato de que a obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo tratada em um Título próprio e em um dispositivo apartado (art. 927 e seguintes)⁴⁵⁹, ou seja, em

⁴⁵³CAVALHIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 7 e 11-13.

⁴⁵⁴PIETROBON, Vittorino. op. cit., p. 7 e 119; RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 88-89.

⁴⁵⁵FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 414.

⁴⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 41.

⁴⁵⁷MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187, cit.

⁴⁵⁸Código Civil brasileiro: Art. 186: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente comete ato ilícito".

⁴⁵⁹Código Civil brasileiro: Art. 927: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

local diferente daquele em que está versada a ilicitude. Note-se que o abuso de direito consagrado no artigo 187⁴⁶⁰ do Código Civil não exige a ocorrência do dano para a sua configuração⁴⁶¹.

A interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil parece ser a via mais coerente e adequada para conceituar-se o ato ilícito, sobretudo diante da reorientação axiológica operada pela Constituição Federal de 1988, alçando a pessoa ao epicentro do sistema. O conceito de ato ilícito também fora afetado para viabilizar a mais ampla tutela da pessoa humana⁴⁶². Agregue-se a isso que no Estado de Direito há o interesse em proteger o ordenamento jurídico de violações ainda que destas não advenham danos.

Cumprir destacar que a ruptura das noções de ilicitude, dano e culpa percebidas desde o regramento civil exposto no art. 186 não é pacífica⁴⁶³ até mesmo entre a parcela da doutrina que defende a tese de que a inibitória volta-se contra o ilícito. Joaquim Felipe Spadoni⁴⁶⁴, revendo posicionamento anteriormente externado, aduz que o Código Civil adotou no art. 186 o conceito de ilícito, remetendo-se à ideia de dano como um de seus elementos essenciais. Nesta toada, entende o autor que o conceito de ilicitude, segundo o ordenamento pátrio, não se identifica com o de simples ato contrário ao direito, passando a sustentar que a tutela inibitória volta-se não contra o ato ilícito, mas contra o ato violador de direito. Conceitua como tal o ato antijurídico, compreendido como sendo a conduta em desconformidade com a lei. Por seu turno, Sérgio Cruz Arenhart⁴⁶⁵, a despeito de sustentar que o art. 186 do Código civil brasileiro traz a definição de ato ilícito, reputa-o como anacrônico e propõe que se considere a orientação mais recente da doutrina, a qual diferencia dano e ato ilícito.

Outrossim, compreende-se, para fins deste estudo, a ilicitude como a conduta contrária ao direito, independentemente, da verificação do dano e da culpa⁴⁶⁶. Impende ressaltar que a antijuridicidade para além dos preceitos legais expressos, engloba os

⁴⁶⁰Código Civil brasileiro: Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁶¹CAVALHIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 11.

⁴⁶²PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 769.

⁴⁶³Em sentido contrário, sustentando que o art. 186 mantém associado dano e ato ilícito: PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 49-50.

⁴⁶⁴SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, cit., p. 56-57.

⁴⁶⁵ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 101. No mesmo sentido: POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*, cit., p. 100.

⁴⁶⁶FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 409.

princípios jurídicos e as cláusulas gerais, cabendo à atividade interpretativa identificar nos casos concretos se houve ou não contrariedade ao direito⁴⁶⁷. Tais proposições vão ao encontro da perspectiva que pugna pela realização específica dos direitos insculpidos no ordenamento jurídico, propiciando a tutela jurisdicional antes mesmo de o direito ser violado. Portanto, o dano não se constitui em um dos requisitos da tutela inibitória. Tal fato já fora objeto de reconhecimento explícito em decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho⁴⁶⁸, em demanda coletiva, cujo pleito inibitório era o de abstenção da empresa em coagir os empregados a renunciarem direitos trabalhistas.

Do mesmo modo que o dano não integra o conceito de ilicitude, a culpa também não se constitui em um dos seus elementos⁴⁶⁹, sendo ambos irrelevantes para a tutela inibitória. Pontes de Miranda⁴⁷⁰ registra, ao referir-se à ação de abstenção que “nem a culpa lhe é pressuposto necessário. Se culpa existe, é *plus*. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar. (...) Os direitos de personalidade e os demais direitos absolutos podem ser ofendidos sem culpa. (...) Para a ação de abstenção, é suficiente a contrariedade a direito (não é ação por delito, que pressuponha culpa)”.

Considerando-se a culpa como censura ou reprovação a uma conduta que lesa os interesses de outrem, está relacionada ao dano e sua reparação e não à ilicitude em si⁴⁷¹. Isso quer dizer que no conceito de antijuridicidade não estão inseridas noções de culpa ou dolo, pois a ilicitude é simplesmente a conduta contrária ao direito⁴⁷². Prova disso é que há uma tendência em ampliarem-se as hipóteses de aplicação da tutela ressarcitória sem a necessidade de perquirir-se sobre a culpa.

⁴⁶⁷BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. op. cit., p. 77-79.

⁴⁶⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª. Turma. Recurso de Revista nº. 85241-28.2005.5.03.0043, julgado em 22.06.2011, publicado no DEJT em 01.07.2011, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa.

⁴⁶⁹A doutrina é uníssona no sentido de que é desnecessário o requisito da culpa: FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 419-420; RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 89; PIETROBON, Vittorino. op. cit., p. 119; FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c., cit., p. 938; SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 149 e 461; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 42; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 60; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 105 e *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 156; TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*, cit., p. 234; PAPP, Leonardo. Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material, cit., p. 110-111; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 99; PONTINHA, Priscila Lopes. Ação inibitória no processo do trabalho e seus contornos processuais característicos, cit., p. 202.

⁴⁷⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 149-150.

⁴⁷¹PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 116; FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 253.

⁴⁷²PIETROBON, Vittorino. op. cit., p. 119.

Por conseguinte, a culpa é relevante para determinadas situações em que tem lugar o dever de reparar e não nos casos de tutela inibitória em que o objetivo é prevenir um ilícito futuro, visto que há inúmeros casos em que se aplica a responsabilidade sem culpa⁴⁷³. Não se tratando a inibitória de medida de cunho sancionatório capaz de imputar um prejuízo jurídico-econômico a alguém, não há razão para se perquirir sobre culpabilidade⁴⁷⁴.

Importa dizer que a essência da tutela inibitória e seu escopo de evitar a prática de um ato ilícito rechaçam a incursão sobre o elemento subjetivo da conduta do agente, o qual está relacionado ao dano e não à antijuridicidade. O caráter preventivo da inibitória e a sua finalidade de impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, conduzem à sua autonomia frente à culpabilidade.

Uma vez estando a tutela inibitória direcionada para o futuro, resta inviável a avaliação antecipada acerca do elemento subjetivo de um comportamento que somente será praticado em momento subsequente⁴⁷⁵. O titular de um direito tem a possibilidade de exigir a sua observância em todas as oportunidades em que houver ameaça da prática de um ilícito, independentemente de o agente estar atuando ou não com culpa. Ora, se a ideia central da tutela inibitória é prevenir a consecução de uma ilicitude, mantendo-se a incolumidade dos direitos consagrados pela ordem jurídica, não faz sentido algum incursionar sobre o terreno da culpa e do dolo de um comportamento vindouro.

No direito brasileiro, as normas nacionais que viabilizam a tutela inibitória genérica, não fazem qualquer alusão ao elemento subjetivo⁴⁷⁶. Na mesma linha, nas hipóteses típicas de ação inibitória plasmadas no ordenamento italiano, em nenhuma delas a lei exige que se faça presente a culpa ou dolo como requisito para atuação da medida. Esta assertiva não é, todavia, pacífica. Importa sublinhar a divergência instaurada quanto à prescindibilidade ou não do requisito subjetivo, no tocante à ação de cessação de conduta antissindical, prevista no artigo 28 do Estatuto dos trabalhadores da Itália.

Durante um longo período, discutiu-se nas esferas doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade de estar presente o elemento subjetivo para a caracterização do ato

⁴⁷³FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 252 e 420-421.

⁴⁷⁴ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 113.

⁴⁷⁵RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 89.

⁴⁷⁶SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 63.

antissindical⁴⁷⁷. Referida controvérsia é oriunda do termo “comportamento ilegítimo”, a que faz referência o artigo 28 do Estatuto do trabalhador italiano⁴⁷⁸, tendo sido formadas três orientações distintas em torno da imprescindibilidade ou não da culpa ou dolo do empregador para ter-se configurada a conduta antissindical⁴⁷⁹.

Uma destas posições reputa como componente do tipo legal - além do elemento objetivo consistente no ato do empregador potencialmente lesivo aos direitos sindicais dos trabalhadores - o elemento subjetivo. Assim, tomando como base o sentido literal do dispositivo que menciona que o comportamento do empregador deve ser ilegítimo, sustenta esta corrente de interpretação que é necessária a presença do elemento subjetivo para configurar a conduta antissindical. Para ser aberta a via da tutela inibitória ter-se-ia de estar caracterizada a intenção do empregador em frustrar os direitos sindicais da coletividade de empregados.

Outra corrente argumenta que a conduta antissindical tratada pelo artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores, exige, para sua configuração, apenas o elemento objetivo. Significa que bastaria a verificação de uma conduta adotada pelo empregador que impedisse ou limitasse os direitos de liberdade sindical dos trabalhadores. Esta parcela da jurisprudência considera irrelevante para a investigação o elemento subjetivo, sendo suficiente o ato contrário aos direitos sindicais⁴⁸⁰.

O terceiro posicionamento considera, como regra geral, desnecessária a investigação acerca do elemento subjetivo, não o vislumbrando como elemento integrante do tipo legal constante no aludido art. 28. Nos moldes desta orientação, a subjetividade

⁴⁷⁷VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale.*, cit., v. 1, p. 314.

⁴⁷⁸Statuto dei lavoratori: Art. 28: “Repressione della condotta antisindacale. Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore (¹) del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

Tradução sugerida: “Art. 28. Repressão da conduta anti-sindical. Se o empregador adotar condutas destinadas a impedir ou limitar o exercício da liberdade e da atividade sindical e do direito de greve, após recurso apresentado pelos órgãos locais das associações sindicais nacionais que tenham interesse, o juiz (¹) competente pelo território onde aconteceu a conduta denunciada, nos dois dias seguintes, após ter convocado as partes e ter assumido informações sumárias, quando considerar existente a violação referida no presente parágrafo, ordenará ao empregador, por meio de decreto fundamentado e imediatamente executivo, a cessação do comportamento ilegítimo e a anulação dos seus efeitos.”

⁴⁷⁹COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. *Il comportamento antisindacale* (aspetti sostanziali e processuali), cit., p. 43-45.

⁴⁸⁰PORTO, Lorena Vasconcelos. A conduta anti-sindical: o direito italiano e o anteprojeto de lei de reforma sindical no Brasil. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 19, jan./jun. 2008.

reveste-se de importância nos casos em que, embora seja lícita a conduta, apresenta-se com abuso de direito, bem como naqueles em que estiverem em tela direitos sindicais atípicos, ou seja, não previstos expressamente pela lei ou pelo contrato coletivo de trabalho. Dessa forma, o sindicato teria que comprovar a intencionalidade do empregador somente nas situações de direitos não fixados na lei e no contrato coletivo⁴⁸¹.

Com o fito de dirimir as controvérsias estabelecidas em torno da prescindibilidade ou não do elemento subjetivo, o pleno da Corte de Cassação italiana decidiu⁴⁸² ser dispensável a presença do elemento subjetivo para fins de caracterização da conduta antisindical e, por conseguinte, da concessão da tutela inibitória. Por meio de tal decisão, a Corte deixou claro que o elemento subjetivo não integra o tipo legal. Demais disso, a decisão consignou que a exigência do elemento subjetivo acabaria por permitir que inúmeros ilícitos fossem praticados sem qualquer possibilidade de evitá-los.

A decisão parece ser acertada, porquanto a exigência da comprovação dos motivos ensejadores do comportamento do empregador para além de tornar o procedimento mais lento e esvaziar a eficácia da ação de cessação da conduta antissindical, impingiria ao sindicato um difícil ônus probatório⁴⁸³.

A partir da aludida discussão travada em torno da integração do elemento subjetivo ao tipo legal do art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores, emerge uma constatação: pode haver uma exceção à regra geral de autonomia da inibitória em relação à culpa e ao dolo. Cuida-se, na realidade, dos casos em que a própria legislação exige que esteja presente o elemento subjetivo para caracterizar-se a antijuridicidade⁴⁸⁴. Nestas hipóteses, mesmo em sede de tutela inibitória caberá a incursão sobre a temática da culpa, haja vista que a legislação apenas reputa como ilícita a conduta que for praticada com fulcro no elemento subjetivo.

Sendo assim, estaria englobada nesta hipótese, segundo os adeptos da vertente interpretativa que sustenta que a conduta antissindical, para assim ser caracterizada, depende da presença do elemento subjetivo do empregador, a tutela inibitória típica

⁴⁸¹PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavoratori*, cit., p. 178-179; VALLEBONA, Antonio. op. cit., v. 1, p. 314-315.

⁴⁸²Corte de Cassação Italiana decisão n. 5295, de 12 junho 1997.

⁴⁸³PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 20.

⁴⁸⁴RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 90. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 112-113 e 227.

consistente na ação de cessação de conduta antissindical, insculpida no art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores da Itália.

Sobreleva frisar que a assertiva de que dano e culpa são irrelevantes para o campo da tutela inibitória acarreta uma significativa redução no campo de cognição do magistrado e, por conseguinte, da atividade instrutória⁴⁸⁵. Isso porque, conforme será tratado no Capítulo III, não se pode exigir a demonstração de algo que não guarda pertinência com a natureza da tutela que se está trabalhando, sob pena de desvirtuar a sua finalidade.

Tendo em vista a dissociação entre dano e ato ilícito tem-se que cada uma destas categorias viabiliza um tipo de tutela jurisdicional que não se confundem entre si. A inibitória é, destarte, destinada a evitar a prática de um ilícito, não se destinando diretamente a impedir a consecução de danos, o que é feito somente de forma reflexa.

4.3. A ameaça

Como já foi dito, a possibilidade de evitar o cometimento de um ilícito futuro constitui-se na finalidade da ação inibitória. Desta assertiva exsurge um dos requisitos da tutela inibitória: a ameaça de violação de um direito⁴⁸⁶.

A ameaça que se configura como um dos pressupostos da ação inibitória não se identifica com o simples temor subjetivo de sofrer a violação de um direito. Traduz-se, na verdade, em situação objetiva, na qual há dados concretos que evidenciam a possibilidade de prática, continuação ou repetição de um ilícito. Outrossim, devem ser apontadas pelo autor as circunstâncias objetivas, específicas e concretas que indicam a probabilidade de serem cometidos atos contra o direito, não sendo suficiente a indicação imprecisa e fluida dos fatos ditos ameaçadores.

A ameaça consiste em aspecto essencial e nuclear da tutela inibitória, já que a um só tempo relaciona-se com o interesse de agir e com o direito probatório. Dado o papel de

⁴⁸⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 43; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 64.

⁴⁸⁶FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 407 e 428; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 39; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 178; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 51; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 132 e *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 260; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 94; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. *Tutela inibitória coletiva trabalhista*, cit., p. 158; PONTINHA, Priscila Lopes. op. cit., p. 201.

proeminência assumido pela ameaça, o seu exame não pode ser feito de forma desconectada com o contexto fático e com a função pugnada pela tutela inibitória, sob pena de inviabilizar-se o instituto.

Com efeito, o requisito da ameaça no caso da tutela inibitória deve ser avaliado com cautela e razoabilidade. De um lado, o enrijecimento das exigências sobre a forma como se deve apresentar a ameaça pode inutilizar a tutela inibitória, retirando-lhe a eficácia. De outro, o afrouxamento do que se compreende por ameaça pode tornar indiscriminado o manejo da tutela inibitória, conduzindo a consequências indesejáveis⁴⁸⁷.

A despeito de não ser factível à legislação estipular previamente todas as situações passíveis de configuração da ameaça, é possível a fixação de critérios objetivos para nortear a compreensão do receio ou da ameaça de lesão a direito. Todavia, em se tratando de tutela inibitória genérica, não há qualquer regulamentação legal que estabeleça os aspectos, ainda que em linhas gerais, concernentes à ameaça.

Diante da ausência de definição de critérios objetivos no âmbito da tutela inibitória genérica, deve-se buscar junto às tutelas inibitórias típicas, as diretrizes a serem aplicadas também naquele campo de atuação⁴⁸⁸. Propõe-se que seja aplicado à tutela inibitória genérica, analogicamente, as disposições legais que pautam a ameaça nas tutelas inibitórias típicas, como no mandado de segurança preventivo e no interdito proibitório⁴⁸⁹. Em termos de mandado de segurança preventivo e de interdito proibitório, a orientação predominante, tanto na doutrina como na jurisprudência⁴⁹⁰, é a de que a ameaça deve ser real, objetiva e séria⁴⁹¹.

⁴⁸⁷FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 196; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 132.

⁴⁸⁸SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 51; PAPP, Leonardo. op. cit., p. 111; PONTINHA, Priscila Lopes. op. cit., p. 201.

⁴⁸⁹O interdito proibitório constitui-se em um procedimento especial destinado à tutela preventiva da posse. Seu escopo é afastar a ameaça de turbação ou esbulho que pairam sobre a posse. Está previsto no artigo 932 do Código de Processo Civil, o qual prescreve que: “o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu, determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

⁴⁹⁰Dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 144 da SBDI-2, do Tribunal Superior do Trabalho: “MANDADO DE SEGURANÇA. PROIBIÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS FUTUROS. SENTENÇA GENÉRICA. EVENTO FUTURO. INCABÍVEL (nova redação) - DJ 22.08.2005. O mandado de segurança não se presta à obtenção de uma sentença genérica, aplicável a eventos futuros, cuja ocorrência é incerta”. Neste sentido, conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 915-95.2010.5.04.0023, julgado em 26/09/2012, publicado no DEJT em 28/09/2012, Relator Ministro Pedro Paulo Manus.

⁴⁹¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança*, cit., p. 31.

Tratando do mandado de segurança preventivo, Alfredo Buzaid⁴⁹² pontuou que a ameaça apta a ensejar a sua concessão não deve ser examinada sob a perspectiva subjetiva do autor, a qual pode variar segundo as suas suscetibilidades pessoais. A ameaça deve, outrossim, ser objetiva, de sorte a traduzir a efetiva probabilidade de um ilícito ser cometido.

Nesta esteira, reputa-se como objetiva a indicação de uma situação concreta que em cotejo com o direito alegado, evidencie que não se trata de um simples temor do titular, mas de uma situação concreta de prática de um ilícito, de sua continuação ou repetição. Deve ser uma situação real, retratada pela alusão a fatos e circunstâncias concretas que representam a ameaça ao direito. Os fatos objetivos enunciados pelo autor devem caracterizar o receio de violação a um determinado direito. Não bastam simples suposições no sentido de que será praticado um ilícito ou que este será continuado ou repetido. Afaste-se, destarte, a situação subjetiva de simples temor, a qual pode variar de acordo com a personalidade de cada pessoa.

Pontes de Miranda⁴⁹³, ao comentar o receio versado nos interditos proibitórios, nos quais se busca a tutela preventiva da posse, leciona que o receio deve ser entendido como “(...) ter conhecimento de fatos ou circunstâncias que lhe façam suspeitar de que o réu o vai molestar na posse. Quem receia tem de encobrir-se (re-celare), porque teme. (...) Não é preciso que se preveja o que há de acontecer, mas apenas que se tema que aconteça. Basta que se receie e haja fundamento para este receio. Não se exige a inevitabilidade, tanto assim que se quer o evitamento. Nem que se diga quando pode ocorrer, tanto assim que só se alude à iminência que resulta de ser justo o receio. Aliás, a iminência não é, aí, nem é no étimo, sinônimo de imediatidade. O que é *imminens* é ameaçante, sem que tenha que ser logo após, ou em breve tempo. (...) “Justo receio” é o receio que se não reduz a simples suspeita, a simples temor subjetivo. É preciso que exista alguma fundamentação dele. Quem receia, sem razão para recear, receia injustamente”.

Desta feita, a ameaça capaz de ensejar a concessão da tutela inibitória é aquela extraída de dados objetivos, séria e atual. Outrossim, caberá ao magistrado analisar, no caso concreto, se existe a probabilidade de se processar uma ilicitude, sua continuação ou repetição, pautando-se pela razoabilidade e proporcionalidade, de sorte a não inviabilizar a

⁴⁹²BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 126.

⁴⁹³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 13, p. 316-317.

tutela inibitória, nem concedê-la indiscriminadamente. Sopesando todas as circunstâncias do caso e, ainda, não perdendo de vista a natureza da tutela inibitória, bem como o seu objetivo, incumbirá ao juiz decidir se está presente ou não o requisito da ameaça a justificar a concessão da medida⁴⁹⁴.

Do mesmo modo, no direito italiano, o requisito da ameaça é traduzido pelo perigo efetivo, real a que um determinado direito encontra-se de ser lesado. Para a tutela inibitória típica, exige-se que a ameaça seja atual. Aldo Frignani⁴⁹⁵ preleciona que a ameaça que justifica a concessão da tutela inibitória, a par de ser objetiva, deve colocar em risco o direito de outrem. Cristina Rapisarda⁴⁹⁶, ao analisar as diversas formas de tutela típica existentes no ordenamento italiano, refere a necessidade de a ameaça ser atual. Dizer que a ameaça deve ser atual não impede a propositura de tutela inibitória em face de ilícitos que ainda não tenham sido praticados ou que já cessaram. Havendo a possibilidade concreta, real e efetiva de serem cometidos ilícitos repetidos ou continuados, deve ser concedida a tutela inibitória. Não basta, portanto, o perigo genérico de que em algum momento possa haver a ocorrência de um ilícito.

No tocante à ação de repressão de conduta antissindical prevista no artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores da Itália, a doutrina⁴⁹⁷ e a jurisprudência⁴⁹⁸ vêm se manifestando no sentido de que a ameaça deve ser atual. Assinala-se que a atualidade da conduta do empregador estaria configurada, ainda que já esgotado um determinado ato, mas diante da análise do conjunto das circunstâncias que envolve o caso, pudesse ser inferido o receio de sua repetição ou continuação. Só estariam excluídos da área de abrangência da tutela inibitória os atos ilícitos que já se exauriram e em relação aos quais não há ameaça de continuação ou repetição ou que, embora não cometidos, não haja qualquer temor quanto à sua prática.

Dessa forma, caberá ao juiz avaliar se já foi cometido o ilícito, a sua natureza, modalidade e sua forma para concluir se há ou não probabilidade de sua repetição ou continuação⁴⁹⁹. Certamente, a ameaça ficará mais visível nos casos de repetição de ilícito, uma vez que já ocorreram atos pretéritos. Igualmente, nas situações em que estão em

⁴⁹⁴ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 137.

⁴⁹⁵FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 410.

⁴⁹⁶RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 90-95.

⁴⁹⁷COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. op. cit., p. 53-55; VALLEBONA, Antonio. op. cit., v. 1, p. 323.

⁴⁹⁸Corte de Cassação Italiana, decisão n. 8032, de 02.09.1996.

⁴⁹⁹FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 429.

processamento atos preparatórios direcionados à prática de uma conduta ilícita, a ameaça estará caracterizada e sua prova será mais fácil de ser produzida.

No Brasil, embora o direito laboral não contemple uma ação inibitória típica, semelhante à do direito italiano, a tutela inibitória genérica pode ser manejada para as mesmas hipóteses daquela, em que uma coletividade de trabalhadores tem seus direitos sindicais ameaçados de violação e para tantas outras nas quais se verifica ameaça do cometimento de ato ilícito, sua continuidade ou repetição.

5. Modalidades de tutelas inibitórias

Impende registrar que existem diferentes formas de a tutela inibitória genérica ser prestada, variando de acordo com o momento temporal da ocorrência da violação que se pretende ver inibida. Se a tutela inibitória anteceder ao cometimento de qualquer ato contrário ao direito, será reputada como pura ou primária; se for manejada contra ato antijurídico que se encontra em curso ou dirigida contra ato ilícito, cuja repetição se objetiva inibir, ter-se-á a tutela inibitória genérica secundária⁵⁰⁰.

Ressalta-se, por oportuno, que os traços em comum entre quaisquer das modalidades de prestação da tutela inibitória é a possibilidade de um ato antijurídico ser praticado e o interesse em impedi-lo⁵⁰¹. É preciso ter em mente que o objetivo da tutela inibitória é prevenir a prática de um ilícito futuro.

a) Tutela inibitória pura ou genérica primária

A forma mais pura⁵⁰² e genuinamente preventiva de tutela inibitória é a que antecede à prática do ilícito. Esta modalidade de tutela inibitória é chamada por Sérgio

⁵⁰⁰Sérgio Cruz Arenhart intitula tutela inibitória genérica secundária destinada a coibir a repetição de um ilícito. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 260. Cumpre observar, todavia, que este estudo empregará a expressão tutela genérica secundária para expressar tanto a tutela inibitória dirigida contra a repetição de um ilícito, como contra a sua continuação.

⁵⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 34; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 84.

⁵⁰²Luiz Guilherme Marinoni denomina como pura, a tutela inibitória dirigida contra a prática do ilícito. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 47.

Cruz Arenhart⁵⁰³ como tutela inibitória genérica primária e assim será denominada ao longo deste trabalho. Seu escopo é evitar a concretização de uma conduta contrária ao Direito, atuando anteriormente à sua experimentação e mantendo incólume a integridade do direito material que se pretende ver protegido e, por conseguinte, da ordem jurídica. É a modalidade mais efetiva de tutela inibitória e também a mais complexa, ante os patamares de análise por ela exigidos.

Na esfera do direito metaindividual do trabalho, à guisa de exemplo⁵⁰⁴ citam-se os seguintes casos de tutela inibitória pura: uma obra de um prédio na iminência de iniciar suas atividades e cuja empresa proprietária não observou as prescrições contidas na Norma Regulamentadora n.º 18. Em fiscalização do Ministério do Trabalho, em conjunto com o Ministério Público do Trabalho, apurou-se que na obra não se faziam presentes as medidas de proteção coletiva, necessárias para as atividades que estavam na iminência de serem iniciadas. Nesta hipótese, a tutela inibitória seria, na esfera judicial, a forma a ser buscada pelo Ministério Público do Trabalho evitar a prática de ato ilícito e, assim, atuar preventivamente para preservar a incolumidade da vida e da saúde dos trabalhadores e do meio ambiente laboral.

A situação em que caberia a atuação de tutela inibitória pura seria em caso de uma obra destinada a remover materiais contendo amianto. Na iminência de as atividades serem iniciadas, constatou-se que a empresa responsável não havia providenciado as medidas de proteção prescritas pelas normas técnicas previstas no Código Sanitário do Estado de São Paulo, bem como as disposições contidas na legislação estadual e federal, em regulamentos, portarias, normas coletivas de trabalho. Não haviam sido adotadas as medidas de proteção coletiva contra a poeira advinda do material portador de amianto. A tutela inibitória seria cabível para inibir a ocorrência do ilícito previsto na Lei do Estado de São Paulo n.º 12.684/2007, uma vez que os trabalhadores ainda não haviam começado a laborar no local.

⁵⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 269.

⁵⁰⁴ Ilustra-se, ainda, com a iminência da contratação de crianças para atuarem como cabos eleitorais nas campanhas eleitorais. Um partido político noticiou em jornal de grande circulação que estava admitindo crianças para laborarem em campanhas eleitorais. Considerando que é vedado o trabalho infantil mostra-se pertinente o manejo de tutela inibitória para impedir a prática de um ato ilícito, qual seja, a execução do trabalho de cabo eleitoral. Outro exemplo se verificou com ações aforadas pelo Ministério Público do Trabalho do Paraná, objetivando que os estabelecimentos bancários adotassem, temporariamente, medidas preventivas em face da gripe H1N1. FABRE, Luiz Carlos Michele; LAVEZO, Taís. *Tutela inibitória na ação civil pública trabalhista*, cit., p. 5940.

b) Tutela inibitória genérica secundária

b.1) contrária à repetição do ilícito

Uma outra modalidade de prestação da tutela inibitória ocorre quando o objetivo a ser alcançado dirige-se contra a repetição de um ilícito já cometido. Este tipo de tutela inibitória é chamada por Sérgio Cruz Arenhart⁵⁰⁵ como tutela inibitória genérica secundária e dessa forma, também será tratada para fins deste estudo. A hipótese, neste caso, é de um ilícito já concretizado, mantendo a tutela inibitória a sua característica de preventividade no que tange aos ilícitos futuros⁵⁰⁶. Nesta situação, o interesse da tutela inibitória está radicado em coibir a repetição do ilícito futuro. Salienta-se que sob o ângulo do ilícito já perpetrado, obviamente, situando-se no passado, quanto a este aspecto não se vislumbra o traço de preventividade da tutela inibitória, remanescendo somente em relação à possibilidade de ser praticado no futuro. Havendo condutas antijurídicas a serem inibidas – atos futuros - persiste o interesse e utilidade da tutela inibitória, bem como o seu caráter preventivo. Esta parece ser a hipótese aventada pelo art. 11, da Lei de 7.347/85 que faz menção à cessação da atividade nociva.

Ilustrativamente, cita-se um recente julgamento realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho⁵⁰⁷ em sede de ação civil pública aforada em face de duas entidades sindicais que, em outra oportunidade, haviam incluído nos instrumentos coletivos que celebraram cláusula, contemplando o trabalho em domingos e feriados, sem a autorização do órgão administrativo competente, bem como de cláusulas, prevendo a cobrança de contribuição

⁵⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 260.

⁵⁰⁶ RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 91; FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 462.

⁵⁰⁷ “RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULAS COLETIVAS PREVENDO DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÕES CONFEDERATIVAS AOS NÃO ASSOCIADOS, BEM COMO DE TRABALHO AOS DOMINGOS E FERIADOS SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO. O Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses difusos e/ou coletivos pode formular tutela inibitória, ainda que de cunho preventivo, para evitar a lesão a direito dos trabalhadores, notadamente a inclusão de cláusulas que afrontem o ordenamento jurídico nos instrumentos normativos. No caso, o pedido do Ministério Público era para que as reclamadas se abstivessem de (a) firmar instrumentos normativos prevendo autorização para o empregador exigir de seus empregados trabalho em domingos ou feriados civis e religiosos sem a competente autorização do órgão administrativo e (b) determinar que as requeridas se abstenham de firmar acordos ou termos aditivos que autorizem descontos de contribuição confederativa incidente sobre os salários dos trabalhadores não associados, exceto se tais empregados autorizaram livre e expressamente tais descontos, mediante autorização prévia e por escrito. Recurso de Revista conhecido e provido.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 361-43.2010.5.09.0017, julgado em 09/05/2012, publicado no DEJT em 11/05/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing.

confederativa para trabalhadores não associados. A tutela inibitória tinha por escopo inibir a ocorrência de ilícito futuro, ante a ameaça de inserção de cláusulas ilegais em instrumentos coletivos da categoria a serem firmados, haja vista que a Constituição da República, em seus arts. 5.º, XX e 8.º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização e os arts. 6.º e 7.º do Decreto n.º 27.048/1949, bem como os arts. 67 a 70 da CLT determinam a prévia autorização do órgão competente para labor desenvolvido em domingos e feriados. Neste caso, o fito foi inibir a repetição de um ilícito.

Em outro julgamento realizado pela Corte Superior Trabalhista⁵⁰⁸ em processo, cujo objeto versava sobre pedido de tutela inibitória formulado no bojo de ação civil pública face à empresa que reiteradamente – há aproximadamente dez anos - submetia seus empregados a jornadas exaustivas, manteve-se a tutela inibitória aviada para coibir a repetição de conduta ilícita. A empresa não observava as prescrições legais atinentes ao intervalo intrajornada, ao limite estabelecido para a realização de horas extraordinárias e ao descanso semanal remunerado.

b.2) contrária à continuação do ilícito

Pode ocorrer, ainda, uma outra forma de prestação da tutela inibitória. Tal se dá em situações, em que a conduta antijurídica é reiterada e de forma sucessiva atinge o ordenamento jurídico. Esta modalidade de tutela inibitória também está presente nos casos em que uma conduta ilícita começou a ser praticada, mas ainda não foi concluída. A conduta antijurídica já fora em parte praticada, mas remanescem atos igualmente contrários ao direito a serem concretizados em sequência. Nestes casos estar-se-á diante da continuação de um ilícito que se protraí no tempo.

Cristina Rapisarda⁵⁰⁹ preleciona que “a ligação da tutela inibitória a um ilícito em parte praticado, não influi, de modo algum, sobre sua natureza preventiva, uma vez que a tutela possui eficácia somente em face do possível ilícito futuro”. No mesmo sentido,

⁵⁰⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º. 105740-84.2008.5.03.0089, julgado em 03/10/2012, publicado no DEJT 11/10/2012, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira.

⁵⁰⁹Texto original: Il collegamento della tutela inibitoria ad un illecito in parte già commesso non influisce in alcun modo sulla natura preventiva del remedio, dato che la tutela esplica la sua efficacia soltanto neiconfronti del possibile illecito futuro” RAPISARDA. Cristina. op. cit., p. 92 No mesmo sentido: FERRI, Corrado. op. cit., p. 938.

manifesta-se Luiz Guilherme Marinoni⁵¹⁰, asseverando que “a tutela que visa convencer, sob pena de multa, o demandado a não continuar o ilícito, é inibitória, ao passo que a tutela jurisdicional que determina a supressão da situação de ilicitude, por não dar qualquer possibilidade ao agir voluntário do réu, remove o ilícito”.

Destarte, havendo a possibilidade de serem praticados outros atos ilícitos em continuidade a uma ação já iniciada, a prevenção se opera em relação aos ilícitos futuros, já que a tutela inibitória está vocacionada a impedir o cometimento de condutas antijurídicas. No ilícito continuado, a ação é continuada e esta série de atos vai de encontro ao prescrito por determinada norma jurídica. A ação ou omissão que se objetiva atacar por meio da tutela inibitória persiste, violando o ordenamento jurídico.

Diferentemente é o que se constata quando o ato ilícito verificou-se, em uma dada oportunidade, persistindo apenas os seus efeitos. Trata-se de ato ilícito de eficácia duradoura. Neste caso, o ilícito já ocorreu e o que permanece são seus efeitos. Aqui, em verdade, não se está perante um ilícito continuado, já que este ato está localizado no passado. São seus efeitos que se propagam no tempo.

Outrossim, seria cabível a tutela inibitória para evitar a repetição de ato contrário ao direito e quanto aos efeitos que perduram no tempo e projetam-se para o futuro, teria lugar a tutela de remoção do ilícito⁵¹¹. Registre-se que a tutela de remoção do ilícito é voltada para o passado no que concerne ao ilícito já praticado, mas possui um caráter preventivo em relação ao dano ainda não perpetrado. A tutela de remoção do ilícito opera, portanto, de forma posterior ao ilícito e anterior ao dano.

Exemplificando, pode-se citar caso objeto de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho⁵¹², no qual uma gama de trabalhadores tinha seus contratos anotados em suas carteiras de trabalho, mas logo após, a empresa simulava a rescisão contratual, com o fim

⁵¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 130.

⁵¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 130-131; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 136; TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*, cit., p. 242; MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (arts. 83 e 84 do CDC), cit., p. 258-259.

⁵¹²“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. SIMULAÇÃO DE DISPENSA PARA PERMITIR O RECEBIMENTO DO SEGURO DESEMPREGO. DANOS MORAIS COLETIVOS. DECISÃO REGIONAL QUE MAJOROU O VALOR DA INDENIZAÇÃO DE R\$5.000,00 PARA R\$10.000,00. PRETENSÃO RECURSAL DE REDUZIR O VALOR DA CONDENAÇÃO. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 99700-92.2009.5.03.0108, julgado em 29.08.2012, publicado em 31.08.2012, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes.

de burlar a lei para recebimento irregular do seguro desemprego pelo trabalhador que permanecia desempenhando suas atividades normalmente. O ilícito aqui é continuado – manter trabalhadores exercendo suas funções sem o devido registro –, já que é como se, diariamente, a conduta antijurídica se repetisse. Neste caso, o Ministério Público do Trabalho manejou ação civil pública com pedido de tutela inibitória para que fosse determinado à empresa que se abstivesse de manter empregado sem registro, para possibilitar o recebimento do seguro-desemprego. Assim, há interesse em manejar a tutela inibitória visando à sua cessação e propagação no tempo.

6. A tutela inibitória e a distinção de outras figuras

6.1. Tutela inibitória e tutela cautelar

A tutela inibitória possui a natureza de ação preventiva específica destinada a impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito. Conquanto a inibitória pertença ao gênero das tutelas preventivas⁵¹³, dentre as quais também se enquadra a tutela cautelar, não pode ser com esta confundida, haja vista que suas características são distintas. Tem-se, com isso, que nem todas as medidas preventivas possuem natureza cautelar.

Cumprir registrar, inicialmente, que se adota para fins deste trabalho, a ideia de tutela cautelar concebida como medida destinada a promover a assecuração, a prevenção, a cautela de um certo direito, em face de um risco de dano iminente. Dessa forma, entende-se que as cautelares asseguram um direito sem satisfazê-lo⁵¹⁴. O objeto das cautelares é, nesta medida, a proteção do direito ou interesse da parte.

Oportuno lembrar que esta concepção contrapõe-se à da doutrina majoritária⁵¹⁵ que

⁵¹³Neste sentido: SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, cit., p. 85; Em sentido contrário, entendendo que a tutela cautelar não pode ser considerada uma espécie de tutela preventiva: SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória)*, cit., p. 71.

⁵¹⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 12, p. 3 e 14; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 748-749.

⁵¹⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 298-299. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v.23, n. 66, p. 208, mar. 1996.

segue a linha proposta por Piero Calamandrei⁵¹⁶, segundo a qual as medidas cautelares têm por finalidade precípua a proteção do processo principal, cujas notas mais características são a instrumentalidade e a provisoriedade.

Para a teoria propugnada por Pontes de Miranda⁵¹⁷, as medidas cautelares e antecipatórias não se confundem, porquanto aquelas apenas asseguram, enquanto estas satisfazem e antecipam os efeitos da futura sentença de mérito. Segundo sua teoria jamais uma medida satisfativa poderia ser incluída no âmbito das cautelares.

Já para Calamandrei, os procedimentos cautelares, para além de satisfazerem o direito, não apenas o assegurando, não têm um objetivo próprio, fazendo sentido somente em relação ao processo principal e, em razão disso, pressupõem a sua existência. De acordo com esta concepção, a provisoriedade é uma das marcas da tutela cautelar, razão pela qual, as medidas antecipatórias e assecuratórias têm a mesma natureza das cautelares⁵¹⁸. Outrossim, cuida-se de duas teorias diferentes a respeito da jurisdição de urgência, ambas contempladas pelo Código de Processo Civil.

Feitos estes esclarecimentos necessários a respeito da concepção adotada para fins deste estudo, a estes limitar-se-á ante os propósitos do trabalho, embora não sejam completos e aprofundados. Dessa forma, passa-se a indicar as diferenças entre as tutelas inibitória e cautelar.

Um primeiro ponto passível de diferenciação diz respeito ao fato de a tutela inibitória dirigir-se contra o ilícito futuro, ao passo que a tutela cautelar destina-se a evitar a ocorrência de um dano irreparável⁵¹⁹. A tutela cautelar é, assim, tutela preventiva em face do dano iminente, enquanto que a inibitória é tutela contra o ilícito. Significa que para a procedência de uma tutela cautelar não bastaria a alegação de ameaça de violação a um direito, sendo indispensável tornar evidente a possibilidade de ocorrência de um dano irreparável. Assim, na tutela inibitória o que determina a proteção preventiva é a própria natureza da causa. Já na tutela cautelar uma situação excepcional, externa à lide deixa antever a possibilidade de ocorrência de um dano irreparável a um certo direito. Portanto, a

⁵¹⁶CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

⁵¹⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 12, p. 8. Defendendo esta posição: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 122-123.

⁵¹⁸CALAMANDREI, Piero. op. cit., p. 25 e 42.

⁵¹⁹SARTORIO, Elvio Ferreira. op. cit., p. 68.

tutela cautelar é uma tutela preventiva dirigida contra o dano, distinguindo-a da inibitória que é uma tutela preventiva voltada contra o ilícito futuro⁵²⁰.

O artigo 798 do Código de Processo Civil⁵²¹ é expresso ao aludir que o magistrado poderá deferir medidas cautelares quando houver fundado receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito de uma das partes. O dispositivo que institui o poder geral de cautela deixa antever a necessidade de dois requisitos: lesão grave e de difícil reparação⁵²². Outra é a situação verificada na tutela inibitória. Como assentado ao longo deste trabalho, a tutela inibitória contém, dentre seus pressupostos de atuação, a ilicitude e a ameaça. Enquanto a cautelar tem por fito impedir a ocorrência de lesão a um direito, a inibitória almeja evitar a verificação de um ato ilícito futuro. Some-se a isso que a tutela inibitória satisfaz o direito, o que não se verifica em face da tutela cautelar que apenas assegura o direito da parte sem satisfazê-lo⁵²³. Não por outra razão, a disciplina dos poderes concedidos ao magistrado para, de ofício, aplicar as medidas mais apropriadas para o adimplemento das obrigações, está localizado nos arts. 461, parágrafo 3º do CPC e 84, parágrafo 5º⁵²⁴ do CDC; ambos com redação idêntica.

Por conseguinte, o poder geral de cautela previsto pelo art. 798 do CPC poderá ser utilizado nas situações em que o juiz verificar o receio de dano irreparável a direito da parte. Mas este poder restringe-se à esfera das tutelas cautelares, uma vez que o poder concedido ao juiz é para evitar danos ao direito da parte e não para impedir o cometimento de atos ilícitos. Tal artigo é plenamente aplicável na esfera da jurisdição coletiva em sede de tutela cautelar, ante a ausência de norma no microssistema de tutela metaindividual concedendo ao magistrado o poder geral de cautela. Para as hipóteses de tutela inibitória metaindividual, o juiz poderá determinar medidas de ofício, com fulcro no art. 84, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 207; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 119-124.

⁵²¹CPC: Art. 798: "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".

⁵²²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 12, p. 45.

⁵²³MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 215.

⁵²⁴CDC: Art. 84, § 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".

Note-se que o perigo da demora e a possibilidade de dano irreparável não são termos sinônimos. O perigo da demora é, outrossim, uma providência exigida pela natureza do próprio direito posto em causa, o qual não se compadece com a morosidade típica do procedimento ordinário⁵²⁵. Está, portanto, o perigo da demora relacionado à satisfação do direito. Importa dizer que o próprio direito posto em causa, determina o tratamento diferenciado a ser efetivado por meio de um procedimento mais curto e, por conseguinte, mais célere do que o procedimento ordinário. O direito em si contém a necessidade da urgência⁵²⁶ e de haver um procedimento mais encurtado que viabilize a sua satisfação. Frisa-se: nos casos envolvendo o perigo da demora, não há nenhuma causa externa a impor um procedimento diferenciado; a urgência emerge da própria natureza do direito, posto em causa que não se coaduna com a lentidão do procedimento comum. Implica com isso dizer que nem todas as medidas que demandem cognição sumária são necessariamente cautelares.

Desta feita, o perigo da demora é requisito atinente às formas de tutelas diferenciadas, dentre as quais se insere a tutela inibitória, enquanto que o risco de dano irreparável está relacionado à tutela cautelar⁵²⁷. Tratando da ação de repressão à conduta antissindical na Itália, Antonio Vallebona⁵²⁸ aduz que neste tipo de procedimento o legislador dispensa a parte de provar o perigo de dano necessário na tutela cautelar, bem como impede o juiz de conceder a medida postulada sem a oitiva da parte contrária, diferentemente do que se dá com as cautelares.

Um outro aspecto que diferencia a tutela cautelar da inibitória decorre, segundo os adeptos da vertente dominante⁵²⁹, do fato de esta não ser dependente de um outro processo dito principal. A tutela inibitória é autônoma e independe de outro processo, ao tempo em que a tutela cautelar é dependente e instrumental a um processo principal, não existindo sem este.

Em termos de tutela coletiva, a Lei n. 7.347/85 parece deixar clara a diferença entre tutela cautelar e tutela inibitória, abordando tais medidas em dispositivos distintos. O artigo

⁵²⁵SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 12-13.

⁵²⁶Pontes de Miranda afirma que “a urgência só por si não caracteriza as medidas cautelares (...)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 12, p. 26.

⁵²⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 12, p. 46.

⁵²⁸VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale*, cit., v. 1, p. 323.

⁵²⁹POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*, cit., p. 44; SARTORIO, Elvio Ferreira. op. cit., p. 68; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 86.

4º.⁵³⁰ trata das ações cautelares, enunciando que “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Por seu turno, o artigo 11 consigna que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Registra-se que na Itália não há distinção entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares, estando todos estes compreendidos como medidas urgentes, nos moldes da doutrina preconizada por Calamandrei. Não é por outro motivo, os doutrinadores⁵³¹ que defendem a necessidade da existência de uma tutela inibitória atípica, aduzem que esta pode ser prestada com fulcro no art. 700 do Código de Processo Civil Italiano que versa sobre tutela cautelar, embora não identifiquem a tutela inibitória com a tutela cautelar.

6.2. A tutela inibitória e a ação declaratória

Como se sabe, a ação declaratória visa solucionar a incerteza que paira em face de uma determinada relação jurídica. O artigo 4º, *caput* do Código de Processo Civil é explícito ao estabelecer que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, bem como da autenticidade ou falsidade de documento. Por meio de uma sentença com conteúdo declaratório, dirime-se a controvérsia até então existente.

Costuma-se afirmar a natureza preventiva da ação declaratória quando manejada antes da violação de um determinado direito⁵³². A incerteza eliminada através da ação declaratória estabelece os limites dos direitos das partes, haja vista que o autor busca, através da ação declaratória, a eliminação de uma dúvida para afastar o risco de no futuro ser acionado pelo suposto credor ou ter reconhecido em seu favor um direito em face de

⁵³⁰Em sentido contrário anota Hugo Mazilli ser possível o ajuizamento de cautelares satisfativas. MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 210-211.

⁵³¹RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 113.

⁵³²CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 261.

um direito contestado pela contraparte⁵³³. O componente de preventividade pode ser identificado com o fato de na ação declaratória pura, serem delimitados os contornos de direitos que terão influência em atos futuros. Com a decisão judicial fixadora dos direitos que eram controvertidos, poder-se-ia evitar algumas demandas e a consecução de atos ilegítimos.

José Carlos Barbosa Moreira⁵³⁴ assevera que a ação declaratória desempenha realmente a função preventiva se a parte vencida estiver convencida de que deve atuar de determinada forma, cumprindo a obrigação. Ciente de que a adoção de determinados comportamentos seria contrária ao direito, a parte poderia deixar de exercê-los. Mas consoante adverte o autor, a ação declaratória pura como remédio que almeje à coerção, a ação declaratória não é dotada de força suficiente. A prevenção de uma conduta antijurídica não é decorrência da decisão judicial e sim de uma conduta da parte vencida.

Sem embargo de a tutela inibitória e a ação declaratória possuírem caráter de preventividade, a função a que se destinam é diferente. Enquanto a ação declaratória busca a supressão de uma incerteza, através de uma declaração que delimita os contornos de direitos controvertidos, a tutela inibitória tem por finalidade evitar a ocorrência de um ilícito futuro.

Acrescente-se a isso que a inibitória não se restringe à mera declaração como ocorre na ação declaratória, indo mais além, abrindo a via da aplicação de medidas coercitivas, conforme será abordado no capítulo seguinte. Com efeito, a ação declaratória não tem a aptidão necessária para prevenir a ocorrência de atos ilícitos⁵³⁵.

6.3. Tutela inibitória e condenação para o futuro

É relevante, ainda, diferenciar a tutela inibitória da condenação para o futuro, uma vez que tais medidas não se confundem.

⁵³³POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 51.

⁵³⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva, cit., p. 27. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica: a suspensão da segurança, cit., p. 27.

⁵³⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 205.

A condenação para o futuro, prevista no direito brasileiro no artigo 290⁵³⁶ do CPC e no art. 892 da CLT⁵³⁷, trata de hipótese de constituição de um título executivo, no qual está previsto pagamento de prestações de trato sucessivo, sem que ainda se tenha verificado o inadimplemento da obrigação. Com base neste dispositivo legal, abre-se a possibilidade de criação de um título executivo, antes mesmo de a violação ser concretizada⁵³⁸.

Pontes de Miranda⁵³⁹ leciona que é pressuposto para incidência do artigo 290 do Código de Processo Civil que haja uma obrigação instituindo prestações periódicas, pois a condenação com trato sucessivo agasalha, além das prestações vencidas, as que vencerão até o início da execução. É desnecessário o aforamento de uma ação condenatória quanto às prestações vincendas, sendo possível a execução das prestações que venceram após a prolação da sentença.

Há autores, como Chiovenda⁵⁴⁰, que sustentam que a condenação para o futuro teria função preventiva, haja vista que seriam contempladas, em um título executivo, as prestações vencidas e vincendas. Nesta senda, no caso de inadimplemento, a parte não necessitaria ajuizar uma nova ação judicial para ver contemplada a condenação ao pagamento das prestações que venceram após a constituição do título executivo. A preventividade estaria relacionada à antecipação ao possível dano decorrente da falta de um título executivo, bem como na conveniência de evitar-se processos repetitivos que se diferenciariam apenas em face da época devida de cada prestação. De outra banda, há doutrinadores que criticam este ponto de vista ao fundamento de que a condenação para o futuro retrata a sanção para os casos de inadimplemento, tendo por fito não o impedimento de concretização da violação, mas sim o encurtamento do período decorrido entre este fato e o ajuizamento de uma demanda judicial⁵⁴¹.

Com efeito, a condenação para o futuro e a inibitória distingue-se pelo fato de esta ter por finalidade precípua evitar o cometimento de um ilícito, sua continuação ou repetição. Já aquela tem por objetivo estabelecer uma sanção prévia para os casos de

⁵³⁶CPC: Art. 290: “Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”.

⁵³⁷CLT: Art. 892: “Tratando-se de prestações sucessivas por tempo indeterminado, a execução compreenderá inicialmente as prestações devidas até a data do ingresso na execução”.

⁵³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 221.

⁵³⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 4, p. 61-62.

⁵⁴⁰CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit., v. 1, p. 237-238.

⁵⁴¹SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 88.

inadimplemento de obrigação de trato sucessivo. Trata-se de medida de cunho repressivo, retratada em uma sanção. Acrescente-se a isso que enquanto a inibitória dirige-se contra o ilícito, a condenação para o futuro volta-se contra o dano.

CAPÍTULO III. DELINEAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL TRABALHISTA

1. As condições da ação na tutela inibitória coletiva

Em virtude do caráter inovador da tutela inibitória metaindividual trabalhista julga-se conveniente tecer algumas considerações acerca de como operam as condições da ação - legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir -, neste tipo de tutela jurisdicional. Cumpre esclarecer que não se pretende realizar um exame aprofundado e minucioso sobre esta temática, mas apenas fazer uma abordagem a seu respeito relacionando-a com o objeto central deste trabalho.

1.1. Legitimidade para a causa

1.1.1. Legitimidade ativa

Inicia-se com a legitimidade ativa. Conforme já asseverado anteriormente⁵⁴², consentâneo com a teoria dos interesses transindividuais, construiu-se um novo enfoque acerca da legitimidade ativa para a causa, desvinculando-a diretamente dos titulares dos direitos subjetivos e realçando a relevância social desses interesses, cuja afetação não é passível de ser atribuída a um único e determinado indivíduo⁵⁴³. Com o fito de superar-se o modelo individualista, o eixo sobre o qual se embasava a legitimidade ativa foi sendo deslocado do titular do direito para a relevância social do interesse.

⁵⁴²Vide capítulo I.

⁵⁴³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A lei da ação civil pública no âmbito das relações de trabalho. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

Sendo assim, a legislação⁵⁴⁴ elegeu alguns entes como responsáveis por promoverem a tutela dos interesses metaindividuais, quais sejam: Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público vinculadas à Administração direta – União, Estados, Distrito Federal e Municípios - e indireta – autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, associações civis, constituídas há pelo menos um ano e com objetivos institucionais relacionados aos direitos transindividuais que pretenderá defender em juízo.

A legitimidade ativa em sede de tutela inibitória metaindividual trabalhista deve seguir os delineamentos traçados no microssistema de tutela coletiva. Significa que estão legitimados a ajuizarem ações coletivas com pedido de tutela inibitória, todos os entes relacionados no microssistema de tutela coletiva como aptos para defenderem os direitos supraindividuais.

O instituto da legitimação para a causa, em face de fatores de índole cultural e ideológica, constituiu-se, como já foi dito alhures, em verdadeiro óbice à efetividade da tutela coletiva na esfera trabalhista, principalmente no concernente aos direitos individuais homogêneos. Inúmeras ações civis públicas foram extintas sem julgamentos de mérito com base na ausência de legitimidade ativa para a causa.

Este contexto, que perdurou por um significativo período de tempo, vem paulatinamente alterando-se, tendo sido registrado um grande progresso em termos de legitimidade ativa para as demandas coletivas trabalhistas que acabará se refletindo no manejo da tutela inibitória.

Pode-se atribuir esta modificação, no cenário até então estabelecido, a dois fatores: à consolidação da interpretação segundo a qual o Ministério Público detém legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos e à evolução interpretativa do art. 8º, III da CF/88, conferindo aos entes sindicais, ampla legitimidade para a defesa dos direitos metaindividuais da categoria.

⁵⁴⁴O rol de legitimados está estampado no art. 5º, da Lei nº. 7.347/85; art. 82, da Lei nº. 8.078/90; art.3º., da Lei nº. 7.853/89; arts. 1º. e 3º, da Lei nº. 7.913/89; art. 29, da Lei nº. 8.884/94; e 210, da Lei nº. 8.069/90.

Insta registrar que o Tribunal Superior do Trabalho⁵⁴⁵, há poucos anos, após a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁶ no sentido de reconhecer de forma iterativa a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, alterou a orientação de sua jurisprudência. Assim, atualmente no âmbito da Corte Superior Trabalhista é uníssono o entendimento segundo o qual o Ministério Público detém legitimidade para a tutela dos direitos individuais homogêneos da coletividade de trabalhadores.

No que tange à interpretação conferida ao disposto no art.8º, III da CF/88⁵⁴⁷, o entendimento predominante na seara das relações de trabalho era o de que os entes sindicais possuíam legitimidade para agir somente nas hipóteses previstas em lei, nos moldes prescritos pelos art. 6º do CPC.

Esta visão restritiva e pautada em um viés individualista sedimentou-se em um determinado período, em razão de controvérsias interpretativas surgidas em torno do

⁵⁴⁵RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. A jurisprudência desta Corte e a do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de o Ministério Público do Trabalho deter legitimidade para ajuizar ação civil pública, não apenas para a defesa de interesses difusos, mas também para tutelar direito coletivo e individual homogêneo, desde “que demonstrada a relevância social, como acontece no presente caso, em que se pretende averiguar a licitude da contratação dos profissionais de saúde. A discussão afeta à alteração dos contratos de trabalho dos docentes contratados pela ré legítima o interesse de agir e a legitimidade de parte do Ministério Público. Na demanda, consoante noticiado pelo “Parquet”, há alegação de prejuízos salariais sofridos pelos docentes da ré, que de forma unilateral e arbitrária alterou os contratos de trabalho. Portanto, há, de forma incontestável, interesse de agir do “Parquet”, cujo intuito é a proteção de tais trabalhadores. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma, Recurso de Revista nº. 302400-27.2009.5.12.0037, julgado em 30.10.2012, publicado no DEJT em 09.11.2012, Rel. Min. Pedro Paulo Manus. Neste sentido, ver a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I. Embargos em Recurso de Revista nº. 108/1999-002-23-00.0, publicado no DEJT em 06.03.2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I de Dissídios Individuais. Recurso de Embargos nº.205300-81.2001.5.01.0062, julgado em 03.05.2012, publicado no DEJT em 18.05.2012, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 105800-24.2006.5.20.0002, julgado em 07.03.2012, publicado no DEJT em 16.03.2012, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado;

⁵⁴⁶RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA ESFERA TRABALHISTA. 1. Assentada a premissa de que a lide em apreço versa sobre direitos individuais homogêneos. Para dela divergir é necessário o reexame das circunstâncias fáticas que envolvem o ato impugnado por meio da presente ação civil pública; providência vedada em sede de recurso extraordinário pela Súmula STF n.º 279. 2. Os precedentes mencionados na decisão agravada (RREE 213.015 e 163.231) revelam-se perfeitamente aplicáveis ao caso, pois neles, independentemente da questão de fato apreciada, fixou-se tese jurídica no sentido da legitimidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos na esfera trabalhista, contrária à orientação adotada pelo TST acerca da matéria em debate. 3. Agravo regimental improvido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário. Agravo regimental nº. 394180/CE, julgado em 23.11.2004, publicado no DJ em 10.12.2004, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁵⁴⁷CF/88: Art. 8º, III: “ ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”

disposto no art. 8º, III da Constituição Federal de 1988 - o qual proclama que aos sindicatos incumbe a defesa dos interesses da categoria -, bem como do veto imposto aos artigos 1º e 3º, da Lei nº. 8.073/90, que dispunham sobre a substituição processual dos sindicatos⁵⁴⁸. Além disso, em muito contribuiu para este quadro, a edição da Súmula nº. 310⁵⁴⁹ do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a qual para além de contemplar uma interpretação restritiva do instituto em comento, continha disposições que iam de encontro às normas fixadas no microssistema de tutela coletiva.

A cena começou a modificar-se a partir de um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário que versava sobre o alcance da legitimidade dos entes sindicais. Com efeito, no ano de 2006, o Pleno da Corte Suprema brasileira julgou o recurso extraordinário nº. 210.029-3⁵⁵⁰, no qual se debatia a extensão da legitimidade dos sindicatos para defenderem os direitos transindividuais. Nesta oportunidade, decidiu-se que a norma contemplava hipótese ampla de substituição processual pelos sindicatos em favor da categoria⁵⁵¹. Assinala-se que ao longo do tempo em que durou o julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula 310.

Desde então, suplantou-se o antigo entendimento sobre a substituição processual, passando a jurisprudência⁵⁵² a orientar-se, de sorte a adotar uma visão coletiva do instituto,

⁵⁴⁸SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, n. 6, p. 671-673, jun. 2012.

⁵⁴⁹Súmula n. 310 do Tribunal Superior do Trabalho: “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – SINDICATO Cancelada – Res. 119/2003, DJ 01.10.2003 I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitadas aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788. III – A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV – A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem a satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos de cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador como poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.” (Res. 1/1993, DJ 06.05.1993).

⁵⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº. 210.029-3, julgado em publicado no DJ em 17.08.2007, Relator Min. Joaquim Barbosa.

⁵⁵¹SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica, cit., p. 672.

⁵⁵²Conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios

incorporando as disposições, sobre o tema da legitimidade ativa, constantes no microsistema de tutela coletiva. Por conseguinte, ampliaram-se as situações em que o sindicato pode atuar em prol dos interesses da categoria. Importante pontuar que este entendimento atual está em consonância com o princípio da presunção da legitimidade ativa pela afirmação do direito que vigora em termos de processos coletivos⁵⁵³.

Some-se a isso que houve mudança na orientação da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁵⁴, no que concerne à legitimidade das associações para defesa de direitos metaindividuais dos trabalhadores, desde o julgamento do Recurso de Revista nº. 42400-1998-0036-02.00⁵⁵⁵.

Apesar de serem inegáveis os avanços verificados, as entidades sindicais fazem pouco uso dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva, sendo o Ministério Público do Trabalho o protagonista na promoção dos direitos supraindividuais dos trabalhadores. Registra-se, outrossim, que do universo de ações coletivas aforadas pelas entidades sindicais em defesa dos direitos transindividuais dos trabalhadores com pedido de tutela inibitória coletiva, a grande maioria versa sobre abstenção de realização de trabalho em domingos e feriados⁵⁵⁶. Este quadro desvela que, na prática, os sindicatos preocupam-se mais com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, do que enveredar em busca de uma tutela inibitória realmente efetiva.

Individuais. Embargos em Recurso de Revista nº. 44840-70.2004.5.03.0059, julgado em 02.08. 2012, publicado no DEJT em 10.08.2012, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargos em Recurso de Revista nº. 101800-68.2004.5.04.0851, Data de Julgamento: 01.03.2012, publicado no DEJT em 09. 03. 2012. Rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 1020-43.2010.5.09.0020, 4ª Turma, julgado em 07.11.2012, publicado em 09.11.2012, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 64200-09.2008.5.17.0011, julgado em 24.10.2012, publicado no DEJT em 31.10.2012, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

⁵⁵³ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 574.

⁵⁵⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª. Turma, Recurso de Revista nº. 42400/1998-0036-02.00, julgado em 25.06.2008, publicado no DEJT em 15.08.2008, Rel. Min. Vantuil Abdala.

⁵⁵⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação das associações para a propositura de ação civil pública trabalhista, cit., p. 206-211; SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 244.

⁵⁵⁶A título de exemplo, ver a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 169100-30.2008.5.15.0001, julgado em 19.09.2012, publicado no DEJT em 21.09.2012, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. 8ª. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 159300-87.2008.5.15.0094. julgado em 13.06.2012, publicado no DEJT em 15.06.2012, Rel. Min. Dora Maria da Costa; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª. Turma. Recurso de Revista nº. 39240-24.2008.5.03.0093, julgado em 21.09.2011, publicado no DEJT em 30.09.2011, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa.

1.1.2. Legitimidade passiva

1.1.2.1. Pessoa física ou jurídica

Em relação à legitimidade passiva para a causa em ação civil pública com pedido de tutela inibitória, podem figurar pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, assim como os entes relacionados no artigo 12⁵⁵⁷, do Código de Processo Civil, responsáveis por atos que denotem ameaça de prática de conduta ilícita, sua continuação ou repetição.

Deve-se atentar para as hipóteses em que a pessoa que efetivamente está cometendo o ato ameaçador não tem poderes suficientes para impedi-lo, ainda que por ordem judicial⁵⁵⁸. Não há, nestes casos, coincidência entre quem materializa os atos ameaçadores de ilicitude e o efetivo responsável por estas condutas. Tal fato é corriqueiramente constatado quando empregados ou outros subordinados, a despeito de exteriorizarem a conduta antijurídica ou os atos tendentes a esta, fazem-no a mando de outrem, isto é, materializam atos em cumprimento de ordens de seus superiores. Um exemplo disto, na esfera dos direitos transindividuais dos trabalhadores, dá-se quando um empregado ocupante de cargo de gerência, sem poderes efetivos de mando, pratica assédio moral coletivo por determinações dos responsáveis que tomam as decisões na empresa. Embora o empregado seja o assediador, atua em cumprimento a determinações de seus superiores hierárquicos.

Nestas situações, estaria legitimado a integrar o pólo passivo da ação civil pública com pedido de tutela inibitória, não a pessoa que manifesta os atos tendentes a contrariar o direito, mas o responsável por determiná-los e, por conseguinte, detentor de poderes para impedi-los ou sustá-los.

⁵⁵⁷CPC: “Art. 12: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I-a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II-o Município, por seu Prefeito ou procurador; III- a massa falida, pelo síndico; IV-a herança jacente ou vacante, por seu curador; V-o espólio, pelo inventariante; VI- as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII-as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII-a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX- o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico”.

⁵⁵⁸SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva* prevista no art. 461 do CPC, cit., p. 97-98.

Pode ocorrer também de a empresa, embora não ter sido a responsável direta pelas ordens de cometimento de condutas antijurídicas por parte de seus subordinados, ter sido conivente com atitudes desta natureza. O Tribunal Superior do Trabalho⁵⁵⁹ manteve condenação imposta pela Corte Regional, decorrente de atos de assédio sexual cometidos por superiores hierárquicos de uma empresa, cujos atos foram praticados sem que houvesse determinação de ordens neste sentido. Ficou constatado que mesmo diante da notícia de assédio sexual em face de algumas empregadas que laboravam na empresa, esta não deu a devida atenção ao fato e omitiu-se em adotar as providências para fazer cessar a conduta contrária ao direito. Neste caso, apenas a empresa figurou no pólo passivo da ação civil pública com pedido de tutela inibitória.

Há, ainda, casos em que a despeito de o autor de determinado ato ilícito ser subordinado à empresa, não o comete a mando exclusivo da empresa, mas de forma concorrente com esta, uma vez que em sua esfera de atribuições tem a possibilidade de atuar com independência. Nesta hipótese, ambas as partes - empregado e empregador - constituem-se em partes legítimas para compor o pólo passivo da ação civil pública com pleito de tutela inibitória.

Tal fato se dá, por exemplo, quando médicos do trabalho, os quais são detentores de independência no âmbito de suas tarefas e estão submetidos a regras dispostas pelo Código de Ética médica e pelo Conselho Regional de Medicina, atuam de sorte a praticarem atos em desconformidade com o direito, ameaçando de lesão os direitos metaindividuais dos trabalhadores.

Para ilustrar⁵⁶⁰ pode-se mencionar uma ação civil pública ajuizada em face de um

⁵⁵⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 49740-47.2005.5.15.0053, julgado em 26.04.2011, publicado no DJET em 03.06.2011, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

⁵⁶⁰À guisa de exemplo, cita-se um outro caso envolvendo médicos do trabalho, as provas encartadas ao inquérito civil evidenciaram que a empresa responsável por elaborar os Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e os Programas de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) para várias empresas, implementava programas que não observavam as peculiaridades de cada empreendimento. Na verdade, o médico implementava um programa padrão, genérico e sem atualização para as mais variadas atividades, nas quais os objetivos e metas de atuação eram idênticos para todas as atividades. Adotando esta prática, o médico do trabalho contribuía ativamente para a ampliação dos riscos existentes nos ambientes laborais, violando reiteradamente o disposto no art. 7º, XXX. Acrescente-se que como médico, autor e coordenador do PCMSO e do PPRA, deveria observar determinadas condutas prescritas em lei e, como tal, não estava subordinado às ordens da empresa. Neste caso, a efetividade da medida não seria alcançada se fosse incluída no pólo passivo da ação civil pública apenas a empresa, já que o médico do trabalho persistiria com sua prática nefasta, colocando em risco à saúde e a vida de um sem número de trabalhadores. Em razão disso, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública em face do médico do trabalho, postulando que: a) o médico fosse condenado na obrigação de efetuar a adequação de

médico do trabalho e de uma empresa⁵⁶¹. As provas coligidas ao inquérito evidenciaram que o médico do trabalho, com a conivência e concordância da empresa, praticava costumeiramente assédio moral e discriminação aos trabalhadores que se dirigiam ao setor médico, com queixas de lesão por esforço repetitivo. O médico desqualificava os empregados que se apresentavam com tais sintomas e, conquanto tivesse independência para atuar de outra forma, fazia-o de modo articulado com a empresa. O médico, neste caso, atuava de modo ativo na ameaça de lesão a direitos metaindividuais da coletividade. A ação continha pedido de tutela inibitória para que fosse determinado ao médico que se abstivesse de praticar atos lesivos aos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores.

1.1.2.2. Classe, grupo ou categoria de pessoas - ação coletiva passiva (*defendat class action*)

Um outro assunto que tem atraído a atenção dos estudiosos, em termos de legitimidade para a causa na esfera dos direitos supraindividuais, diz respeito à possibilidade de uma coletividade, grupo ou classe de pessoas figurar no pólo passivo de uma ação coletiva.

Trata-se da denominada ação coletiva passiva (*defendat class action*)⁵⁶², na qual uma ação é ajuizada em face de um determinado ente representativo de uma coletividade, grupo ou classe de pessoas. Aqui se está diante de situação em que direitos são defendidos contra a coletividade. Assinala-se que no pólo ativo pode estar também um grupo de pessoas, de sorte que nesta hipótese haverá dois grupos litigando.

Os objetos das ações coletivas passivas também são os direitos metaindividuais que podem ser inobservados por uma determinada coletividade, emergindo a necessidade de

todos os PPRAs e PCMSOs elaborados e implementados sob sua coordenação ou responsabilidade, ajustando-os às exigências contidas nas Normas Regulamentadoras nº 07 e 09 do MTE; b) à obrigação de apenas emitir atestados de saúde ocupacional a partir do exame pessoal e criterioso do trabalhador, bem como da documentação médica por este apresentada, levando em consideração, também, as condições em que o trabalho é prestado, registrando de forma veraz no atestado a realidade observada, incluindo as restrições porventura existentes à capacidade laborativa do trabalhador.

⁵⁶¹Processo nº. 153600-70.2008.5.15.0114, em trâmite perante a 9ª Vara do Trabalho de Campinas (TRT da 15ª Região).

⁵⁶²DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 157; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 202; ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

regulamentação dos limites da atuação do grupo, evitando desvirtuamentos e abusos. Nestes casos, o problema que surge refere-se à vinculação dos integrantes do grupo à decisão tomada em sede de ação civil pública aforada em face do representante do grupo.

Malgrado não se possa afirmar que as ações coletivas passivas sejam um tema novo, a maioria dos trabalhos doutrinários existentes versa sobre a legitimidade ativa nas demandas de caráter transindividual. Esta circunstância pode ser explicada pelo fato de as ações coletivas passivas serem um tipo de demanda mais rara, bem como em razão de o sistema pátrio ter sido estruturado sob a perspectiva da legitimidade ativa e da proteção dos direitos metaindividuais⁵⁶³. O foco da criação do sistema de tutela jurisdicional coletiva estava voltado para a proteção dos direitos transindividuais e, dessa forma, para a legitimidade ativa, não se travando grandes discussões sobre a legitimidade passiva.

De todo o modo, certo é que os debates em torno deste tema vêm crescendo na doutrina brasileira, sobretudo ante o fenômeno da coletivização cada vez mais presente na sociedade contemporânea e que exige a regulamentação de limites a serem impostos às ações dos grupos. Agregue-se a isso que o momento doutrinário atual é propício para desencadear este tipo de questão.

A questão é complexa e enseja uma série de problemas que não cabem ser tratados neste trabalho, em virtude do corte metodológico⁵⁶⁴. As controvérsias estabelecidas em torno da ação coletiva passiva vão desde a sua admissibilidade até a vinculação do grupo à decisão judicial.

Nem todos os autores nacionais admitem as ações coletivas passivas no direito brasileiro. Este ponto de vista embasa-se, basicamente, no fato de a legislação processual coletiva tratar somente da legitimidade ativa, o que, segundo esta vertente interpretativa, acabaria por excluir a possibilidade de a classe figurar no pólo passivo de uma demanda⁵⁶⁵.

⁵⁶³Note-se que os arts. 5º, da Lei nº. 7.347/85, 3º, da Lei nº. 7.853/89, 1º, da Lei nº. 7.813/89, 91, da Lei 8.078/90, 29 da Lei nº. 8.884/94 referem-se explicitamente à possibilidade de ingresso em juízo. O regime da coisa julgada também é expresso no sentido de sua aplicação caber aos autores coletivos.

⁵⁶⁴Serão abordados apenas os aspectos gerais necessários à compreensão do tema em sua conexão com a tutela inibitória metaindividual trabalhista – objeto central deste trabalho.

⁵⁶⁵Admitem as ações coletivas passivas no direito brasileiro: SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendat class actions” - o grupo como legitimado no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 10, p. 146, jan./mar. 2004; FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 140; ZUFELATO, Camilo. op. cit., p. 92; MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 32; LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 207; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 209; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 185. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class*

Mas a corrente que admite as ações coletivas passivas vem ganhando cada vez mais força, o que pode ser retratado pelo fato de o Anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América trazerem uma regulamentação geral sobre a matéria⁵⁶⁶.

Impende assinalar que entre os doutrinadores que admitem a ação coletiva passiva no sistema pátrio, é ponto pacífico a impossibilidade de o Ministério Público figurar como demandado nas ações coletivas, haja vista o perfil institucional traçado pela Constituição Federal de defensor da sociedade em situações de ameaça ou lesão a seus direitos⁵⁶⁷.

A problemática envolvendo a inserção da classe no pólo passivo da demanda não é novidade, uma vez que há muito o sistema brasileiro conhece e trabalha com uma ação coletiva passiva, cujo estuário reside no campo das relações coletivas de trabalho: o dissídio coletivo⁵⁶⁸. Registra-se, por oportuno, que o dissídio coletivo é uma ação coletiva, cujo objeto versa sobre um conflito coletivo de trabalho que pode exprimir-se na criação de novas condições de trabalho, na resolução de controvérsia estabelecida em torno da interpretação e aplicação de determinada norma jurídica ou acerca das repercussões advindas de movimento paredista.

No dissídio coletivo, a coletividade de trabalhadores pode compor o pólo passivo da ação e é representada através de sua entidade de classe. Na ausência de sindicato da categoria profissional poderá integrar o pólo passivo da ação, a federação e, na sua falta, a confederação⁵⁶⁹. Cuidando-se de dissídio coletivo de greve, poderá figurar no pólo passivo

action brasileira: limites propostos para o “Código de processos coletivos”, cit., p. 318; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 239. No direito italiano, admite as ações coletivas passivas: VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi i processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 99-100.

Não reconhecem a possibilidade de ação coletiva passiva no direito brasileiro: DINAMARCO, Pedro da Silva. op. cit., p. 268-273; MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 319; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 184-185.

⁵⁶⁶Ada Pellegrini Grinover esclarece que a despeito de a previsão da ação coletiva passiva ter tido um grande avanço nos países da *civil law*, não se pode afirmar que se cuide de uma tendência generalizada, haja vista que em muitos países a tutela jurisdicional coletiva ainda não se consolidou. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, cit., p. 30 e 240.

⁵⁶⁷VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o “Código de processos coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 315.

⁵⁶⁸SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendat class actions” - o grupo como legitimado no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 148; MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 321.

⁵⁶⁹CLT: Art. 857, parágrafo único: “Quando não houver sindicato representativo da categoria econômica ou profissional, poderá a representação ser instaurada pelas federações correspondentes e, na falta destas, pelas confederações respectivas, no âmbito de sua representação”.

a comissão de trabalhadores, nos termos do prescrito pelo art. 5º. Lei nº. 7.783/89⁵⁷⁰. Já, em se tratando de dissídio coletivo de greve instaurado pelo Ministério Público do Trabalho, nos casos de movimento paretista em atividades reputadas como essenciais, integrarão o pólo passivo da demanda, o sindicato profissional e a empresa.

Em termos de legitimidade passiva no âmbito da tutela inibitória metaindividual trabalhista, vislumbram-se algumas possibilidades. Nos casos de greve em atividades essenciais em que se constatar ameaça de lesão a interesses difusos, coletivo ou individual homogêneo da sociedade como um todo, decorrente de condutas contrárias ao direito ou diante da iminência de cometimento de atos ilícitos que inobservem as prescrições contidas na Lei nº. 7.783/89, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio de greve, postulando tutela inibitória para que sejam garantidos os percentuais mínimos de execução dos serviços. Pode ocorrer de ter sido decretado estado de greve em atividade essencial sem que houvesse deliberação da assembleia e de prévia comunicação da paralisação aos empregadores e à população usuária.

Nestas circunstâncias, o Ministério Público terá a possibilidade de ingressar com dissídio coletivo de greve ou com ação civil pública, buscando o deferimento de tutela inibitória, com vista a assegurar a prestação de serviços em atividades essenciais à população⁵⁷¹. A casuística é vasta neste tipo de demanda coletiva, contendo a classe no pólo passivo e pedido de cunho inibitório para garantia mínima de prestação de serviços essenciais à população⁵⁷².

Para além desta situação, cumpre sublinhar que na praxe forense brasileira, tem-se verificado uma outra situação, em que a classe ou categoria de trabalhadores tem sido colocada no pólo passivo.

Na prática trabalhista, o que se tem visto em muitas oportunidades, são empregadores manuseando o interdito proibitório – tutela inibitória típica – em face da entidade sindical da categoria que deflagrou movimento paretista ou está em vias de fazê-lo. O escopo desta ação ajuizada por empregadores é obter uma ordem para que os

⁵⁷⁰Lei nº. 7.783/89: Art. 5º: “A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representar os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho”.

⁵⁷¹SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 332-333 e Id. “Defendat class actions” - o grupo como legitimado no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 150.

⁵⁷²Conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Dissídio coletivo nº. 51341-94.2010.5.00.0000, julgado em 14.03.2011, publicado no DEJT em 25.03.2011, Rel. Min. Dora Maria da Costa.

grevistas se abstenham de turbar a posse da empresa. Em sede de interdito proibitório os empregadores argumentam que há justo receio de que a posse seja turbada pelos grevistas, os quais realizam assembleias em frente às empresas, montam piquetes e, assim, impedem o ingresso de outros trabalhadores não grevistas no estabelecimento. A possibilidade de realização de greve ou de atos a esta vinculados são reputados como atos ameaçadores da posse do empregador, embora não guardem quaisquer relações com o direito de posse, cuja tutela é almejada pelo interdito proibitório.

Sobreleva consignar que na hipótese de o juiz considerar que os interditos proibitórios não são cabíveis na Justiça do Trabalho, há autores⁵⁷³ que sustentam a possibilidade de ser manejada a tutela inibitória genérica por parte dos empregadores para buscarem a proteção de sua posse.

Ronaldo Lima dos Santos⁵⁷⁴ rechaça o emprego dos interditos proibitórios para conter atos ligados ao exercício do direito de greve – como assembleias, piquetes, obstaculização de entrada de clientes e de outros empregados no estabelecimento empresarial, distribuição de panfletos, utilização de carro de som etc -, asseverando que esta medida não se afigura a mais adequada para tanto, uma vez que a legislação laboral prevê o dissídio de greve para situações deste feitio. O autor acrescenta que o direito de greve por sua própria natureza, para além de conduzir à inexorável paralisação das atividades dos empregados, promove o acirramento de ânimos entre as partes, o que é subjacente a um conflito coletivo de trabalho, devendo ser vislumbrado dentro deste contexto. Assim, o jurista chama atenção para o fato de não se poder confundir turbacão da posse com turbacão da atividade econômica, já que não é da essência do direito de greve dirigir-se contra a posse do empregador.

Nesta linha de raciocínio, os atos sindicais, tomados no exercício do direito de greve, não podem ser considerados ameaçadores à posse do empregador. Sendo assim, afirma o jurista que, em verdade, em uma gama de situações os interditos proibitórios são empregados de forma desvirtuada, uma vez que trazem ínsito o objetivo de retomar as atividades da empresa paralisadas em função do movimento paredista, frustrando ou impedindo o exercício do direito de greve. Ora, constituindo-se a greve em um direito

⁵⁷³FREDIANI, Yone. Interdito proibitório e ação inibitória na justiça do trabalho, cit., p. 152.

⁵⁷⁴SANTOS, Ronaldo Lima dos. Interditos proibitórios e direito fundamental de greve. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 546-548, maio 2011.

fundamental dos trabalhadores⁵⁷⁵, não podem pretender os empregadores restringi-lo por meio de ações preventivas, ao fundamento de que sua posse estaria sendo ameaçada.

O aforamento de interditos proibitórios deste tipo evidenciam a adoção de uma postura patrimonialista e individualista, desvelando-se como autênticos atos antissindicais. O deferimento de liminares contra atos relacionados ao exercício do direito de greve ou contra a ameaça de deflagração do movimento paredista, viola o direito fundamental à greve e os direitos sindicais dos trabalhadores consagrados constitucionalmente e em normativa internacional – Convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho⁵⁷⁶. Interessante notar que os abusos cometidos pelos grevistas não ficarão impunes, haja vista que, além de a Constituição Federal, expressamente, prescrever⁵⁷⁷ que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, a Lei nº. 7783/89 fixa os limites do exercício do direito de greve.

Verifica-se no Brasil, outrossim, o mau uso da tutela inibitória típica – interditos proibitórios – manejada contra a coletividade de trabalhadores, desprestigiando as atividades sindicais e ofendendo os direitos trabalhistas de cunho metaindividual⁵⁷⁸. Este quadro é muito diferente do que tem na Itália, em que há a previsão da ação de cessação e repressão à conduta antissindical que se constitui em um fortíssimo instrumento para coibir atos atentadores dos direitos sindicais.

1.2. Interesse de agir

O interesse de agir, segundo Cândido Rangel Dinamarco⁵⁷⁹, identifica-se com o binômio necessidade-utilidade da intervenção judicial para alcançar-se um bem da vida. É preciso que se esteja diante de um processo, cujo provimento jurisdicional buscado tenha a aptidão de representar uma utilidade ao autor.

⁵⁷⁵CF/88: Art. 9º: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

⁵⁷⁶Convenção 87 da OIT - **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização; Convenção 98 da OIT - Convenção Relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva**

⁵⁷⁷CF/88: Art. 9º, § 2º: “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

⁵⁷⁸Em sentido contrário: MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 340.

⁵⁷⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 305.

Classicamente, o conceito de interesse de agir forjou-se a partir da ideia da transgressão aos preceitos contidos em uma norma jurídica⁵⁸⁰. Portanto, para considerar-se como presente o interesse de agir fazia-se necessária a violação de um direito. Nesta esteira, Moacir Amaral dos Santos⁵⁸¹ assevera que o interesse de agir será reputado como existente, acaso seja verificada uma lide, contendo uma pretensão resistida. Sem lide, aduz o autor, não há razão para invocar-se a tutela do Estado, uma vez que o interesse de fazer atuar a jurisdição deriva de um conflito de interesses. As lições do doutrinador deixam nítido o viés repressivo desde o qual tradicionalmente se vislumbra o interesse de agir.

Esta noção de interesse de agir adotada sob o prisma repressivo não é, todavia, compatível com as ações de caráter preventivo, dentre as quais se inclui a inibitória. Nas ações preventivas, especialmente na ação inibitória, ainda não se está diante de lide ou pretensão resistida, porquanto o que se objetiva é antecipar-se à realização de uma determinada conduta.

Em virtude de a tutela inibitória encontrar sua razão de ser na prevenção de ilícitos futuros, não se pode pretender aferir a existência do interesse de agir a partir da ótica da violação do direito ou de um prejuízo causado a este. O dano, como abordado no capítulo anterior, não integra os pressupostos de atuação da tutela inibitória, sendo-lhe estranho, razão pela qual não faz sentido perquirir-se a seu respeito. Importa dizer, com isso, que o interesse de agir nas ações inibitórias coletivas deve ser analisado a partir de um ângulo diverso do manejado em termos de tutela repressiva.

Sendo assim, em se tratando de tutela inibitória coletiva, o interesse de agir deve ser examinado levando-se em consideração a necessidade do autor em relação ao provimento jurisdicional pleiteado, encarado como o único mecanismo por meio do qual é possível evitar-se a ameaça de cometimento de um ato ilícito ou a sua repetição. A utilidade do provimento, por sua vez, há que ser analisada sob a ótica do efetivo benefício ao autor da ação, ou seja, há que se perguntar se haverá proveito no deferimento da tutela inibitória pleiteada para evitar a lesão a direito ou a sua repetição.

Destarte, nas ações preventivas, o interesse de agir deve ser aferido a partir da ameaça de cometimento de ato contrário a direito e não sob a perspectiva do dano causado

⁵⁸⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 37 e 231.

⁵⁸¹SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 170-171.

a um direito. A ser de outro modo, restaria esvaziada a eficácia da medida preventiva. A ameaça assume, assim, uma conotação especial em sede de tutela inibitória. Não por outro motivo, tem-se que a ameaça de prática de ato ilícito é o núcleo central em torno do qual gravita a tutela inibitória, destacando que ora este requisito é focado sob o prisma das condições da ação, ora sob o aspecto probatório⁵⁸².

Importa consignar que há uma vertente interpretativa que sustenta ser presumido o interesse de agir do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas, inclusive nas que contenham pedido de tutela inibitória, haja vista que esta é uma de suas atribuições constitucionalmente previstas. O interesse de agir estaria pressuposto, segundo esta corrente, a partir da outorga da legitimação para agir ao Ministério Público do Trabalho⁵⁸³. Há decisões da Corte Superior Trabalhista⁵⁸⁴, adotando o entendimento acima explicitado, de que se deve presumir o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho em ações civis públicas aforadas para defesa de direitos metaindividuais dos trabalhadores. Entretanto, tais decisões não se apresentam como majoritárias.

Na realidade, observa-se que as particularidades, envolvendo o interesse de agir nas ações inibitórias, ainda não foram totalmente assimiladas pela jurisprudência, especialmente quando no curso da ação, a empresa regulariza a conduta antijurídica ensejadora da demanda. Não raras vezes, depara-se com decisões que extinguem sem julgamento de mérito, ações civis públicas com pedido de tutela inibitória, ao fundamento de que inexistente o interesse de agir, visto que sem embargo de o ilícito já ter sido cometido,

⁵⁸²Ada Pellegrini Grinover aduz que a ameaça nas ações preventivas deve ser percebida como condição da ação e não como parte do mérito. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela preventiva das liberdades: "habeas corpus" e mandado de segurança*, cit., p. 26-27. Sob outro prisma, Sérgio Cruz Arenhart assevera que, dependendo da forma como for colocada a questão, a ameaça poderá integrar as condições da ação ou o mérito. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 233-234.

⁵⁸³FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, cit., p. 35; MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 333.

⁵⁸⁴A título de exemplo, cita-se a seguinte decisão: "RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE TUTELA COM MULTA ADMINISTRATIVA. O interesse de agir do Ministério Público em propor ação civil pública é presumido e decorre de sua legitimidade para intervir no feito como uma das funções institucionais do órgão (arts. 129, III, da CF e 6.º, VII, da LC n.º 75/83). Constatado tal interesse, impõe-se a análise da possibilidade da cumulação da tutela inibitória com a multa de cunho administrativo, prevista no art. 477 da CLT. No caso, não há *bis in idem*, uma vez que a tutela inibitória é voltada para o futuro, busca evitar que o ilícito se concretize, por outro lado, a multa prevista no art. 477 da CLT somente se impõe quando já violado o direito do trabalhador. De mais a mais, nada obsta o exercício da tutela inibitória para salvaguarda de direitos, em especial porque se é responsabilidade do Poder Judiciário apreciar "qualquer lesão ou ameaça a direito", é direito da parte ser assegurada de tutela capaz de impedir a violação do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª. Turma. Recurso de Revista nº. 200-20.2006.5.08.0011, julgado em 15.12.2010, publicado no DJET em 04.02.2011, Rel. Min. Maria de Assis Calsing.

a empresa regularizou a conduta antijurídica durante o trâmite processual. Nestes casos, com base na ocorrência de uma causa superveniente, os julgadores entendem que está ausente o interesse de agir, razão pela qual com fulcro no art. 462, do CPC⁵⁸⁵, extinguem o feito sem apreciação do mérito.

Mas é importante assentar que se verifica uma tendência da Corte Superior Trabalhista em rechaçar a tese de que está ausente o interesse de agir nos casos em que há a regularização da conduta da ré no trâmite da demanda. À guisa de exemplo, cita-se decisão prolatada pela 1ª Turma da Corte Superior Trabalhista⁵⁸⁶ em processo no qual se debatia sobre a pertinência de serem mantidas as *astreintes* impostas para cumprimento de

⁵⁸⁵CPC: Art. 462: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

⁵⁸⁶“RECURSO DE REVISTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDENAÇÃO DA RÉ EM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - CONDUTA REGULARIZADA NO CURSO DO PROCESSO - MULTA COMINATÓRIA - CABIMENTO. A priorização da tutela específica na ação civil pública, que é consectário das previsões contidas nos artigos 3º e 11 da Lei nº 7.437/85, mais do que assegurar às partes o acesso ao bem da vida efetivamente perseguido através do processo, traz consigo valiosa possibilidade por buscar-se tanto a tutela reparatória - aquela que se volta à remoção do ilícito já efetivado - quanto à tutela inibitória, consistente na qualidade da prestação jurisdicional que busca evitar a consumação do ilícito e que, portanto, prescinde do dano. Independentemente da modalidade de tutela específica perseguida, tem-se que a efetividade, e mesmo a autoridade da decisão jurisdicional que a determina, fica condicionada à utilização de meios de coerção que efetivamente constriam o demandado a cumprir a prestação específica que lhe foi imposta. A multa cominatória já prevista no artigo 11 da Lei nº 7.437/85, e que também encontrava respaldo no § 4º do artigo 84 do CDC, foi generalizada no processo civil pelo § 4º do art. 461 do CPC e revela-se como instrumento pilar da ação civil pública, que hoje se constitui num dos mais efetivos meios de judicialização dos valores consagrados pela ordem constitucional. No caso, a pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho compõe-se de pedidos com naturezas jurídicas distintas: foi postulada condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, como forma de reparar a coletividade pela violação da ordem jurídica já consumada, como também foi postulada a imposição, à ré, de obrigação de não fazer consistente na abstenção da exigência de horas extraordinárias de seus empregados fora dos limites legais, mediante tutela específica. Como forma de assegurar a efetividade do comando jurisdicional, constou do pedido da presente ação civil pública a imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador envolvido. Nesse contexto, a constatação de que a reclamada efetivamente violava as regras atinentes à jornada dos trabalhadores foi suficiente à imposição da obrigação, condenação esta que o juízo de primeiro grau acertadamente subsidiou com a imposição de multa pelo eventual descumprimento. Assim é que a superveniente adequação da ré à conduta imposta na sentença, a uma, não a isenta de responder pelo descumprimento de decisão judicial já verificado, porque aqui já se perfaz a inadequação processual da conduta da empresa, que em nada se confunde com o acerto ou desacerto de suas práticas econômicas; a duas, não afasta a penalidade abstratamente imposta, uma vez que a adequação atual da conduta da empresa ao comando legal - que, aliás, não foi espontânea, mas resultado da coerção promovida pelo Poder Judiciário, após atuação incisiva do Estado por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho - não pode representar a isenção dos mecanismos de coação estatal a que esta situação regular perdure. Em última análise, a tutela que, num primeiro momento, caracterizava-se como reparatória, a partir da adequação da conduta empresarial converte-se em inibitória, ou seja, preventiva da lesão, que, por isso mesmo, prescinde da demonstração do dano. Impor à ré obrigação de não fazer sem imputar-lhe a multa cabível por eventual descumprimento desse mandamento significa subtrair força à autoridade das decisões dessa Justiça Especializada e, por consequência, também à atuação do Ministério Público do Trabalho no cumprimento de seu *mister* constitucional. Recurso de Revista conhecido e provido.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Turma. Recurso de Revista nº. 107500-26.2007.5.09.0513, julgado em 14.09.2011, publicado no DEJT em 23.09.2011, Rel. Min. Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho.

obrigação de fazer. Mesmo após ter sido regularizada a conduta denunciada, o Tribunal registrou que a manutenção da multa mostrava-se necessária para manter o respeito à ordem jurídica, bem como para conferir força à atuação do Ministério Público do Trabalho e às decisões do Poder Judiciário.

Para além desta situação, uma outra hipótese de extinção sem julgamento de mérito de ações civis públicas com pedido de tutela inibitória, por ausência de interesse de agir, vem chamando atenção. Trata-se de ações, cujos pleitos dirigem-se ao cumprimento de um dever legal, de sorte a evitar a ocorrência de um ilícito futuro, extintas sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir. O fundamento das decisões deste teor é de que haveria dupla penalidade com o objetivo de evitar a inobservância da norma. Em virtude de a legislação já haver contemplado uma certa sanção, não caberia outra imposta pelo Poder Judiciário.

O Tribunal Superior do Trabalho⁵⁸⁷ já se manifestou sobre este debate, afirmando que não há *bis in idem* quando a lei prevê multa administrativa em relação a um dado preceito e também é ajuizada ação civil pública com pedido de cumprimento desta mesma disposição legal. Primeiro porque a Constituição Federal garante que qualquer lesão ou ameaça de lesão seja levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Segundo, porque enquanto a multa administrativa é aplicada após a violação de um preceito legal, a tutela inibitória tem por intuito antecipar-se a este descumprimento.

⁵⁸⁷“RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE TUTELA COM MULTA ADMINISTRATIVA. O interesse de agir do Ministério Público em propor ação civil pública é presumido e decorre de sua legitimidade para intervir no feito como uma das funções institucionais do órgão (arts. 129, III, da CF e 6.º, VII, da LC n.º 75/83). Constatado tal interesse, impõe-se a análise da possibilidade da cumulação da tutela inibitória com a multa de cunho administrativo, prevista no art. 477 da CLT. No caso, não há *bis in idem*, uma vez que a tutela inibitória é voltada para o futuro, busca evitar que o ilícito se concretize, por outro lado, a multa prevista no art. 477 da CLT somente se impõe quando já violado o direito do trabalhador. De mais a mais, nada obsta o exercício da tutela inibitória para salvaguarda de direitos, em especial porque se é responsabilidade do Poder Judiciário apreciar “qualquer lesão ou ameaça a direito”, é direito da parte ser assegurada de tutela capaz de impedir a violação do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Recurso de Revista nº. 200-20.2006.5.08.0011, julgado em 15.12.2010, publicado no DEJT em 04.02.2011, Rel. Min. Maria de Assis Calssing. Neste sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 9100-27.2007.5.17.0004. julgado em 27.06.2012, publicado no DEJT em 06.07.2012, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. Recurso de Revista nº. 209000-21.2004.5.08.0012, julgado em 01/12/2010, publicado no DEJT em 04.02.2011, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª. Turma. Recurso de Revista nº. 95700-09.2008.5.08.0120, julgado em 15.09.2010, publicado no DEJT em 24.09.2010, Rel. Min. Alberto Brasciani de Fontan Pereira.

1.3. Possibilidade jurídica do pedido

Como se sabe, os pedidos compreendem o bem para o qual se busca a tutela jurisdicional (pedido mediato), assim como o provimento jurisdicional postulado em juízo (pedido imediato). A par disso, a possibilidade jurídica do pedido pode ser vislumbrada sob duas perspectivas: uma positiva e outra negativa. No viés positivo significa a necessidade de o pedido deduzido em juízo estar previsto expressamente na legislação. Já, sob a ótica negativa, basta verificar se o pedido formulado pelo autor não encontra vedação no ordenamento jurídico⁵⁸⁸.

Nas ações coletivas, a possibilidade jurídica do pedido deve ser visualizada a partir do aspecto negativo⁵⁸⁹. Não se mostra razoável e adequado, especialmente em sede de tutela inibitória metaindividual, o exame desta condição da ação, sob o prisma positivo. Quando se trata de possibilidade jurídica do pedido, é preciso ter em mente a diferença essencial que há entre o processo individual e o coletivo. O perfil das ações coletivas destoa em muito do das ações individuais, cujo objetivo é solucionar conflitos intersubjetivos estabelecidos entre as partes, perpassando por uma aplicação da lei de forma mais simples.

A complexidade envolvida nos processos coletivos, aliada às dimensões políticas e sociais dos direitos transindividuais, suscita uma série de questões e problemas que não se conformam com um procedimento rígido e formalista, reclamando uma maior abertura e flexibilidade procedimental para que o magistrado possa solucioná-las com eficiência⁵⁹⁰. Assim, pretender que as mais diversas providências postuladas em uma determinada demanda coletiva, encontrem amparo explícito no ordenamento jurídico, significa criar um obstáculo ao efetivo acesso à justiça.

Some-se a isso que a análise da possibilidade jurídica do pedido sob o aspecto positivo vai de encontro às atuais tendências legislativas de estabelecerem cláusulas gerais que viabilizem uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Ao contrário do que se

⁵⁸⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 256; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 301.

⁵⁸⁹ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 215; Neste sentido: FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. op. cit., p. 10-11.

⁵⁹⁰FISS, Owen. As formas de justiça. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 58-59.

constatava no período oitocentista, em que se supunha que os códigos contemplavam todas as hipóteses que poderiam ser verificadas na realidade da vida, cabendo ao juiz a aplicação mecânica da lei, na contemporaneidade consolidou-se a inviabilidade de tal situação. Em relação àquela época, o que se tem no tempo presente é um deslocamento de poder do legislador para os magistrados, a quem incumbe fazer a conformação dos pedidos deduzidos em juízo com as vedações constantes na ordem jurídica.

Owen Fiss⁵⁹¹ preleciona que nas demandas coletivas, as medidas judiciais tradicionais – ações reparatórias - não são as mais adequadas. As *injunctions* – medidas consistentes em ordens judiciais que determinam ao réu um fazer ou não fazer, sob pena de incidência de multa ou prisão, as quais podem ter cunho preventivo e serem voltadas para o futuro – são as mais apropriadas⁵⁹². Assevera o mesmo autor que a adequação das *injunctions* para as demandas coletivas deve-se a uma característica essencial de tais medidas, a qual se mostra indispensável para atender com efetividade às novas demandas envolvendo os direitos difusos e coletivos: a flexibilidade procedimental.

As *injunctions* assemelham-se às ações inibitórias contempladas no direito brasileiro. Para operá-las com eficiência, há que se ter um procedimento mais aberto e flexível e uma nova atitude dos operadores do Direito e do Poder Judiciário, rompendo-se com o perfil formalista e direcionado ao passado. A justificativa desta assertiva reside no fato de no mais das vezes, as ações coletivas trazerem em seu bojo pleitos inovadores, os quais se apresentam como necessários para implementar efetivamente os direitos supraindividuais. Estes pedidos, com alta dose de inovação, estão situados no campo das obrigações de fazer e não fazer e requerem, para serem efetivos, a concessão de um provimento inibitório adaptado às particularidades do caso concreto.

Destarte, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer não pode ser prevista de antemão pelo legislador em tipos fechados, cabendo ao magistrado amoldar o procedimento e as providências mais adequadas para aquele caso concreto. Por estas razões, na seara da tutela coletiva, o procedimento formalista não se mostra o mais adequado, devendo-se ampliar os poderes dos magistrados para que, valendo-se de uma interpretação construtiva e de um procedimento mais flexível, seja possível concretizar os

⁵⁹¹FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação, cit., p. 105-106, 109.

⁵⁹²Carlos Alberto de Salles chama atenção para o fato de alguns autores sustentarem que as *injunctions* possuem sempre caráter preventivo, haja vista que mesmo quando manejadas para reparar um ato passado estão prevenindo atos antijurídicos futuros. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 207.

interesses coletivos postos em causa.

No terreno das ações coletivas, as providências jurisdicionais devem ser construídas pelo magistrado, juntamente com as partes, em um diálogo mais amplo e direcionado em vários sentidos⁵⁹³. Tal peculiaridade do processo coletivo exige o abandono da visão formalista e rígida para migrar em direção a novos padrões de análise, flexíveis e abertos, mais condizentes com a natureza e características dos direitos metaindividuais veiculados nas demandas coletivas.

A invocação pura e simples do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal⁵⁹⁴ para embasar a impossibilidade jurídica dos pedidos de caráter inovador formulados na petição inicial de uma demanda coletiva não resiste a uma interpretação sistemática das normas integrantes do microsistema de tutela coletiva, cujo tronco possui assento constitucional.

O inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº. 7.347/85 confere proteção a “qualquer outro interesse difuso e coletivo” e o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor estipula que “serão admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Registra-se que com o fito de alargar a flexibilidade já contemplada na legislação vigente, não apenas o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, como também o projeto da nova lei de ação civil pública, contêm vários dispositivos que aparelham o magistrado com poderes mais amplos para adequar o procedimento⁵⁹⁵.

Não é possível supor, portanto, que em sede de tutela inibitória metaindividual trabalhista só teriam cabimento os pedidos e providências expressamente previstas em lei⁵⁹⁶, sob pena de comprometer-se a efetividade do processo coletivo. Assim, a

⁵⁹³FISS, Owen. As formas de justiça, cit., p. 58-59.

⁵⁹⁴CF/88: Art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁵⁹⁵“No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos o tema em questão recebeu relevante atenção, em diversos dispositivos. O gerenciamento da demanda pelo juiz, em busca da efetividade da tutela jurisdicional, revela-se no trato do objeto da tutela coletiva (sob o viés hermenêutico – interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir), na relação entre demandas, na condução da fase probatória, no controle da legitimação (representatividade adequada) da pessoa física, certificação da ação como coletiva, fixação dos pontos controvertidos, em audiência preliminar, dentre outras hipóteses previstas de forma esparsa no anteprojeto”. GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 79.

⁵⁹⁶LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 214; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 251; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 406-407.

possibilidade jurídica do pedido deve ser vislumbrada na órbita coletiva nas questões atinentes ao cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer, levando-se em consideração as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados estampados na legislação pátria, as quais sinalizam para a necessidade de açambarcar os mais variados tipos de direito coletivo e de providências.

Insta destacar que há uma corrente de pensamento que argumenta não ser franqueada ao juiz uma atividade criativa, ainda que na órbita do processo coletivo, sob pena de ferir-se o princípio da separação de poderes⁵⁹⁷. Nesta esteira, são tidos como impossíveis os pleitos inovadores e que requerem do Poder Judiciário uma atividade de criação para regulamentar o caso submetido à sua análise. Registre-se que tais pedidos são formulados, sobretudo, nos casos de ações civis públicas com pedido de tutela inibitória para implementação de políticas públicas.

Divergindo deste ponto de vista, Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁹⁸ adverte que a aplicação do princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da CF/88, entendida como fonte geral de obrigações, deve ser realizada com temperamento no campo da jurisdição coletiva e compatibilizado com os demais valores postos em causa. Assim, é possível ao magistrado em sede de tutela coletiva determinar a implementação de políticas públicas, sem que tal implicasse ofensa à ordem vigente e ao princípio da separação de poderes⁵⁹⁹.

Compartilhando deste mesmo entendimento, Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich⁶⁰⁰ aduz que é dever de todos os poderes atuarem na consecução dos direitos consagrados pela ordem jurídica, não sendo possível negar ao Poder Judiciário a criação de direitos através de decisões prolatas em processos coletivos, com base na alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes. Na verdade, diz o autor, o juiz tem a obrigação de prover o mínimo essencial à efetivação dos direitos, sob pena de negar eficácia às normas constitucionais que determinam a efetividade do processo e, aí sim, violar o princípio da legalidade. O que deve reger e balizar a atuação do magistrado são os demais princípios constitucionais, haja vista que desta forma não ocorrerá arbítrio.

⁵⁹⁷Defendendo este ponto de vista: DINAMARCO, Pedro da Silva. op. cit., p. 189.

⁵⁹⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 405.

⁵⁹⁹FAVA, Marcos Neves. op. cit., p. 108.

⁶⁰⁰ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 222.

Acrescente-se que os artigos 461, do CPC e 84, do CDC - consoante será abordado com mais vagar ao tratar-se da sentença inibitória - contemplam expressamente a possibilidade de o magistrado adotar as medidas que julgar necessárias para obter-se o adimplemento da obrigação deduzida em juízo. Isso significa que o juiz pode desconsiderar o pedido formulado pelo autor, determinando a adoção de outra providência, acaso entenda que esta é mais adequada a propiciar a tutela efetiva do direito material posto em causa, bem como que se apresenta menos gravosa ao réu. Igualmente, pode o magistrado valer-se desta autorização para superar eventual pedido impossível⁶⁰¹.

Com efeito, os delineamentos traçados pela legislação deixam antever que, no âmbito da jurisdição coletiva, a interpretação dos pedidos formulados deve receber uma interpretação ampliativa e não restritiva⁶⁰². Esta é a diretriz que deve permear o processo coletivo como um todo, incluindo-se a tutela inibitória coletiva, não sendo pertinente a aplicação subsidiária da norma explicitada no art. 293, do CPC/2003, segundo a qual “os pedidos serão interpretados restritivamente”. Pontue-se, por oportuno, que esta diretriz atinente à interpretação extensiva dos pedidos em ações civis públicas com pedido de tutela inibitória não está sedimentada⁶⁰⁴ no âmbito jurisprudencial trabalhista, malgrado encontrem-se decisões da Corte Superior do Trabalho⁶⁰⁵ neste sentido. Interpretações restritivas reduzem a eficácia da tutela inibitória, gerando como agravante o ajuizamento de outras ações coletivas que já poderiam ter sido solucionadas na anterior.

⁶⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 117.

⁶⁰²GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 188-189.

⁶⁰³CPC: Art. 293: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juro legais”.

⁶⁰⁴Como exemplo de decisão adotando interpretação restrita do pedido em ação civil pública com pedido de tutela inibitória, cita-se o julgamento de um recurso de revista, interposto no bojo de ação civil pública em que se postulava a tutela inibitória de direitos metaindividuais, face a ilícitos atinentes às normas de saúde e segurança do trabalho constatados em obra da demandada, interpretou-se restritivamente a causa de pedir e acabou por indeferir o pedido de tutela inibitória. Assentou o Tribunal que, a despeito de ser possível a tutela inibitória para proteção dos direitos versados no feito, as condutas contrárias ao direito haviam sido verificadas em uma obra da empresa, o que impedia a concessão de tutela inibitória consistente em uma série de obrigações de fazer a serem válidas para todos os empreendimentos da empresa ré. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª. Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 171100-63.2008.5.04.0662, julgado em 14.09.2011, publicado no DEJT em 23.09.2011, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

⁶⁰⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª. Turma. Recurso de Revista nº. 107300-81.2009.5.04.0741, julgado em 20.06.2012, publicado no DEJT em 29.06.2012, Rel. Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza.

Portanto, ainda que o autor da demanda coletiva formule pedido inadequado ou juridicamente impossível, será facultado ao magistrado superar tal falha através do emprego da interpretação extensiva e do princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva, viabilizando à coletividade a proteção do direito coletivo versado no processo. Nesta operação deve o juiz atentar para a observância dos princípios constitucionais do processo, especialmente para os princípios da ampla defesa e do contraditório⁶⁰⁶.

Dessa forma, a impossibilidade jurídica do pedido em sede de ação coletiva com pedido de tutela inibitória somente deve ocorrer nos casos em que há vedação legal explícita e que seja absolutamente inviável ao magistrado contorná-la com a imposição de medidas distintas daquelas postuladas na petição inicial. Ressalta-se que a abertura conferida pelo microssistema de tutela coletiva ao magistrado para providenciar a adequação do pedido, justifica-se pela relevância do bem coletivo que exige a mais ampla proteção possível, bem como retrata o preconizado pelos princípios da efetividade e da instrumentalidade.

1.3.1. Possibilidade jurídica do pedido e tutela inibitória de direitos individuais homogêneos

Uma questão que pode surgir sobre a temática em espeque, diz respeito à possibilidade jurídica do pedido de tutela inibitória em ação coletiva, aforada para tutelar direitos individuais homogêneos.

A demanda coletiva para a promoção da tutela dos direitos individuais homogêneos está regulamentada, de forma específica, pelos artigos 91⁶⁰⁷ e 95⁶⁰⁸, do CDC. O primeiro dispositivo legal faz menção à ação de responsabilidade por danos causados, enquanto que o segundo o complementa aludindo à condenação genérica. Uma interpretação literal destes artigos conduz à equivocada conclusão de que em sede de direitos individuais homogêneos não é cabível a tutela inibitória, mas somente a tutela ressarcitória pelo

⁶⁰⁶GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. op. cit., p. 189.

⁶⁰⁷CDC: Art. 91: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”

⁶⁰⁸CDC: Art. 95: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

equivalente monetário oriunda de danos já implementados.

Com fulcro em uma interpretação sistemática dos dispositivos legais consagradores da tutela inibitória e do preconizado pelo art. 83, do CDC, a doutrina⁶⁰⁹ vem se manifestando no sentido da larga aplicabilidade da tutela inibitória em sede de direitos individuais homogêneos. De fato, atentariam contra o princípio constitucional de acesso à justiça, a vedação de manejo da tutela inibitória para proteger os direitos individuais homogêneos e a adoção de um entendimento restritivo. A tutela preventiva mostra-se pertinente a todo e qualquer direito de caráter não patrimonial, sendo garantida pela Constituição Federal ao enunciar que ante qualquer lesão ou ameaça de lesão emerge o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Os artigos 91 e 95, do CDC apenas compõem o sistema de tutela coletiva aplicável aos direitos individuais homogêneos não esgotando a temática. Portanto, deve-se admitir a tutela inibitória em sede de ação coletiva para a proteção dos direitos individuais homogêneos. Registra-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁶¹⁰ também se inclina no sentido da ampla admissibilidade da tutela inibitória para a proteção de

⁶⁰⁹ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 165; MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no “Anteproyecto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica”. (Art.7º). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 140; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 868; VENTURI, Elton. op. cit., p. 257-258.

⁶¹⁰Cita-se como exemplo a seguinte decisão: “RECURSO DE REVISTA. 1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA. ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA EM CONVENÇÃO COLETIVA PREVENDO CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL A NÃO ASSOCIADOS. O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para pleitear, em ação civil pública, tutela inibitória na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, especialmente quando relacionados à livre associação e sindicalização (CF, arts. 5º, II, e 8º, -caput-, e V), nos exatos limites dos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição Federal, 6º, VII, alíneas -a- e -d- e 84 da Lei Complementar nº 75/93, 1º, IV, e 3º da Lei nº 7.347/85. Recurso de revista conhecido e provido. 2. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados (Precedente Normativo nº 119 e O.J. 17, ambos da SDC/TST e Súmula 666/STF). Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de Revista nº. 624-04.2010.5.09.0655, julgado em 14.12.2011, publicado no DEJT em 19.12.2011, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. No mesmo sentido, conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 811-34.2010.5.09.0195, julgado em 28.11.2012, publicado no DEJT em 30.11.2012, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº. 734212-30.2001.5.23.5555, julgado em 10.06.2010, publicado no DEJT em 18.06.2010, Rel. Min. Maria de Assis Calssing.

direitos individuais homogêneos.

1.3.2. Tutela inibitória metaindividual trabalhista e a cumulação de pedidos

Como se sabe, os pedidos formulados no bojo de uma ação civil pública podem ter por fito inibir a prática de um ilícito (tutela inibitória), reparar um prejuízo sofrido (tutela ressarcitória pelo equivalente monetário) ou reparar um dano havido através do cumprimento de obrigação de fazer ou de dar (tutela ressarcitória na forma específica). Apesar de a tutela inibitória ser autônoma e poder ser postulada individualmente, questiona-se acerca da viabilidade da cumulação de pleitos inibitórios com outros de natureza distinta em sede de ações coletivas na esfera trabalhista.

Cumprе lembrar, que a tutela ressarcitória é aquela que opera após a ocorrência do dano, tendo por escopo a recomposição do patrimônio lesado, exigindo além do dano, no mais das vezes a presença da culpa⁶¹¹. A tutela ressarcitória volta-se para o passado, pois sua finalidade é reparatória. Sublinha-se que este tipo de tutela, muito embora atue posteriormente à verificação da lesão, constituindo-se, em virtude disso, em tutela repressiva dirigida contra o dano, pode efetivar-se tanto pelo equivalente monetário como na forma específica - *in natura*.

O objetivo da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário é conceder ao lesado o valor correspondente ao dano sofrido ou a quantia equivalente para a reparação do dano, ou oferecer uma compensação àquele que sofreu dano não patrimonial. Ao passo que a tutela ressarcitória na forma específica, tem por intuito reparar a lesão havida através da prestação de obrigações, via de regra, de fazer. Sua finalidade precípua é recompor o patrimônio lesado de sorte a aproximar-se o máximo possível da situação que existiria se não tivesse se verificado a lesão. Note-se que a despeito de o sistema admitir ambas as formas de tutela ressarcitória, a tutela pelo equivalente é a mais desenvolvida e aplicada na prática judiciária, o que pode ser explicado pelo paradigma patrimonialista que vigorou durante largo período de tempo no cenário jurídico.

Sem embargo de a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário ser o tipo de tutela mais estudado e desenvolvido, não se constitui na fórmula ideal de tutela de direitos,

⁶¹¹PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento, cit., p. 12.

principalmente dos de cunho não patrimonial como os direitos transindividuais trabalhistas. Por esta razão, o sistema pátrio, ao garantir a tutela jurisdicional adequada, erigiu a tutela específica como a forma precípua de tutela. Assim, nos moldes delineados pelo artigo.84, do CDC, somente na impossibilidade de ressarcir-se o dano na forma específica, deve ser aplicada a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

A doutrina⁶¹², de uma forma geral, aceita a cumulação de pedidos em sede de ação civil pública, desde que sejam eles compatíveis entre si, calcando seu entendimento no disposto no art. 3º, da Lei nº. 7.347/85, o qual enuncia que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Com base em uma interpretação sistemática, entendem os juristas pátrios que a locução “ou” constante no aludido dispositivo legal, tem a conotação de incluir e não de excluir a cumulação de pedidos. Nesta linha, a maioria dos doutrinadores brasileiros, do mesmo modo como se dá na Itália⁶¹³, admitem a cumulação de pedidos de caráter ressarcitório e inibitório.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁶¹⁴ perfilha este mesmo entendimento doutrinário, admitindo, uniformemente, a cumulação de pedidos de naturezas inibitória e ressarcitória, tanto pelo equivalente monetário como na forma específica. Assinla-se que a realidade forense evidencia, que geralmente, a cumulação de pedidos em ações coletivas trabalhistas opera-se em um contexto no qual já se verificou a ocorrência de um ilícito ou de um dano, havendo temor que o ilícito já perpetrado se repita ou continue⁶¹⁵. Nesta toada, cumulam-se pedidos de cunho inibitório e ressarcitório pelo

⁶¹²MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*, cit., p. 176; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 324; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 147; MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 126; PAPP, Leonardo. *Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material*, cit., p. 121.

⁶¹³DIANA, Antonio Gerardo. *Procedimenti cautelari e possessori*. Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 770.

⁶¹⁴À guisa de exemplo, citam-se as seguintes decisões: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª. Turma. Recurso de Revista nº. 90600-86.2009.5.03.0020, julgado em 24.10.2012, publicado em 31.10.2012, Rel. Min. João Batista Brito Pereira; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Recurso de Revista nº. 620100-67.2007.5.09.0013, julgado em 26.09.2012, publicado no DEJT em 05.10.2012 26/09/2012, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 162840-20.2006.5.03.0104, julgado em 08.02.2012, publicado no DEJT em 24.02.2012, Rel. Min. Pedro Paulo Manus.

⁶¹⁵Para ilustrar esta hipótese, cita-se o julgamento prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em recurso de revista aviado no bojo de ação civil pública, na qual foram veiculados os seguintes pedidos: a) declaração de nulidade dos atos que alteraram o tempo de trabalho dos docentes da universidade - como exposto na fundamentação - e a consequente condenação ao restabelecimento dos salários dos empregados prejudicados pela alteração e o pagamento das diferenças salariais, desde a data da alteração, até a restauração das condições contratuais primitivas (à exceção dos substituídos no processo nº 1447- 2007-

equivalente monetário, uma vez que a despeito de se ter concretizado um ato ilícito, remanescem os interesses em ver-se inibida uma conduta antijurídica futura e em ter reparados os danos já concretizados.

Importante registrar que a regra de ampla admissibilidade de cumulação de pedidos de tutela inibitória com pleitos de outras naturezas em ações coletivas trabalhistas, tem sofrido temperamentos por parte dos Tribunais quando se está diante de ação anulatória de cláusula de instrumento coletivo. Nestes casos, a ação anulatória veicula juntamente com o pedido de anulação da cláusula estabelecida em contrariedade às normas trabalhistas cogentes, pedido de abstenção de inclusão das aludidas cláusulas em instrumento futuro. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho⁶¹⁶ consolidou entendimento no sentido de ser impossível a cumulação de pedidos destas naturezas, argumentando que os mesmos mostram-se incompatíveis entre si, haja vista que são provimentos jurisdicionais distintos.

Não obstante ser amplamente aceita a cumulação de pedidos de caráter inibitório e ressarcitório, como regra geral, pensa-se que esta não se afigura a melhor solução. As premissas distintas, nas quais se calcam as tutelas inibitória e ressarcitória, implicam campos probatórios e de cognição judicial igualmente diferentes. À medida em que a tutela inibitória prescinde da verificação do dano e da culpa, a área de cognição é infinitamente menor do que a da tutela ressarcitória, a qual está assentada sobre a existência de um dano

006-12-00-3; b) A declaração de nulidade do ato da ré que reduziu e depois suprimiu a diária para ressarcimento de traslado (ida e volta), e a condenação ao restabelecimento dessa vantagem aos empregados prejudicados, assim como o pagamento das diferenças decorrentes da redução ocorrida a partir de agosto de 2006 e o pagamento integral dessa parcela a partir de janeiro de 2007, até a restauração efetiva do seu pagamento; c) A imposição à ré da obrigação de abster-se de proceder alterações unilaterais, nos contratos individuais de trabalho, bem como de proceder alterações unilaterais contratuais por mútuo consentimento que resultem direta ou indiretamente prejuízos aos seus empregados, sob pena de nulidade do(s) ato(s) e de *astreintes* no valor de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) por trabalhador atingido pela alteração, sujeitas à atualização monetária, reversíveis ao Fundo de Direitos Difusos. Neste caso, verifica-se que foram cumulados em uma mesma ação civil pública pedidos de tutela inibitória - a imposição à ré da obrigação de abster-se de proceder alterações unilaterais ou que resultem em prejuízos; tutela ressarcitória pelo equivalente monetário - pagamento das diferenças salariais decorrentes da alteração lesiva; tutela ressarcitória na forma específica - restabelecimento dos salários dos empregados prejudicados pela alteração e da vantagem suprimida indevidamente. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª. Turma. Recurso de Revista nº. 302400-27.2009.5.12.0037, julgado em 30.10.2012, publicado no DEJT em 09.11.2012, Rel. Min. Pedro Paulo Manus.

⁶¹⁶Cita-se como exemplo: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso ordinário nº. 3400-14.2009.5.17.0000, julgado em 14.02.2011, publicado no DEJT em 25.02.2011, Rel. Min. Fernando Eizo Ono; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso ordinário n.º. 33500-49.2009.5.17.0000, julgado em 12.09.2011, publicado no DEJT em 23.09.2011, Rel. Min. Dora Maria da Costa; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso ordinário nº.46600-08.2008.5.17.0000 julgado em 11.06.2012, publicado no DEJT em 22.06.2012, Rel. Min. Fernando Eizo Ono.

e, via de regra, exige a culpa para atuar. As questões debatidas em uma demanda de conteúdo ressarcitório são mais complexas que as ventiladas em sede inibitória⁶¹⁷.

Desta feita, a cumulação de pedidos em sede de tutela inibitória coletiva evidencia a tensão existente entre os princípios da celeridade e efetividade, de um lado, e da economia e segurança processuais, de outro. Sem embargo de na maioria dos casos celeridade e economia processuais alinharem-se e complementarem-se, tal fato não se dá invariavelmente⁶¹⁸. Há situações, como a da cumulação de pedidos de tutela inibitória metaindividual trabalhista com outros de natureza diversa, em que a adoção do princípio da economia processual resultará em uma perda de efetividade. Isto porque nestes casos, os princípios da celeridade e economia não se alinham, pois se de um lado há economia com a cumulação de pedidos, por outro lado, acaba-se perdendo em celeridade, uma vez que a solução da lide é retardada em decorrência do aumento do espectro da demanda.

Note-se que o princípio da economia processual preconiza que se alcance o máximo resultado possível com um menor número de atos processuais, não tendo por norte primordial o interesse das partes individualmente consideradas⁶¹⁹. O principal interesse veiculado por meio deste princípio é o do Estado, pois este tem como objetivo resolver mais de uma lide com o mesmo número de atos processuais, independentemente do tempo decorrido para tanto, bem como o da segurança jurídica. Inequivocamente a ampliação do espectro do conflito aumenta o número de atos processuais a serem realizados e, por conseguinte, o tempo de resolução da demanda. Já o princípio da celeridade processual privilegia a efetividade do processo e o interesse das partes que almejam uma solução do litígio em um menor tempo. Aqui o que se tem é a priorização do interesse da parte que tem o seu direito ameaçado de sofrer lesão, seja pela demora na entrega da prestação jurisdicional, seja por uma determinada situação estranha ao próprio processo.

Salienta-se que este antagonismo já foi enfrentado pelo processo individual trabalhista, em hipótese envolvendo intervenção de terceiros. A equalização da tensão foi solucionada privilegiando-se o princípio da celeridade, visto que se sedimentou ser inaplicável na Justiça do Trabalho a denúncia à lide, diante dos complicadores que esta

⁶¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 261; PAPP, Leonardo. op. cit., p. 125.

⁶¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 334.

⁶¹⁹COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1980. v. 1. p. 9 e 20.

figura trazia ao litígio⁶²⁰.

Em se tratando de tutela inibitória metaindividual trabalhista, para solucionar este antagonismo, deve-se cotejar a relevância jurídica de cada um dos princípios com os anseios sociais e os valores primordiais para a sociedade contemporânea, bem como a importância circunstancial dos institutos que se polarizam.

Inegavelmente, os valores da celeridade e da prevenção são os que prevalecem na sociedade atual. Nesta perspectiva, pensa-se que deveriam ser rechaçadas as cumulações de pedidos quando se está diante de ação inibitória metaindividual trabalhista, devendo ser feita a opção por privilegiar o princípio da efetividade. Este ponto de vista é justificado em virtude da necessidade de o sistema proteger os direitos que enuncia, sobretudo os de caráter não patrimonial, como os supraindividuais dos trabalhadores. A ampliação da área de cognição por decorrência da cumulação de pedidos gera, como consequência imediata, o aumento do tempo de resposta do procedimento. Ora, uma tutela que pretende antecipar-se à ocorrência de ilícitos, não é compatível com um amplo campo probatório e de cognição, sob pena de não se alcançar a finalidade a que se propõe o instituto.

A tutela inibitória coletiva, em virtude de ser voltada contra a prática de um ilícito futuro e destinada a proteger direitos não patrimoniais insuscetíveis de lesão, necessita ser veiculada por meio de um procedimento diferenciado que a dote da máxima celeridade possível. Se assim não for, a tutela inibitória nada mais será que uma tutela prestada, como a grande maioria, através de um procedimento ordinário em que são cabíveis todas as defesas e todas as provas admissíveis no direito, dotada de uma medida antecipatória para os casos de urgência. Disso decorrerá uma tutela inefetiva, uma vez que a inibitória não terá aptidão para acompanhar a velocidade com que os fatos da vida moderna desenrolam-se e somente responderá aos casos em que já se praticaram ilícitos.

⁶²⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 238.

2. A cognição judicial na tutela inibitória coletiva

A cognição compreende a área da controvérsia que é facultada ao juiz conhecer⁶²¹. Existem várias técnicas que operam com a cognição judicial, de modo a compor os mais diversos tipos de procedimentos. A incumbência de manejar tais técnicas é tarefa do legislador, a quem caberá elaborar procedimentos diferenciados e adequados aos direitos que se busca tutelar⁶²².

Como cediço, a cognição judicial poderá sofrer gradações quanto à amplitude e profundidade, sendo dever do legislador de processo escolher entre uma ou outra fórmula, levando em consideração a conveniência, bem como os valores que devem ser privilegiados em um determinado momento histórico. Invariavelmente o legislador terá que optar, ao elaborar os procedimentos judiciais, em conferir maior proeminência à efetividade ou à segurança.

Nas hipóteses em que o valor efetividade for privilegiado, o legislador lança mão de técnicas de sumarização das demandas, para reduzir a cognição judicial e, por conseguinte, a duração do tempo do processo. Tal situação é a que se verifica nos procedimentos ditos diferenciados. Ao contrário, quando o legislador faz a opção por priorizar a segurança, não há limitação na cognição judicial. Por conseguinte, quanto mais ampla for a cognição, mais demorado será o procedimento, ao passo que quanto mais reduzida for a cognição, mais expedito será o procedimento

Importante ressaltar que o sistema brasileiro, ao erigir o procedimento ordinário como padrão, no qual a cognição é a mais ampla possível, não havendo qualquer limitação na área e na extensão a ser conhecida pelo magistrado, fez clara opção por privilegiar o valor segurança⁶²³. Dessa forma é possível afirmar que no caso do direito nacional, o padrão de cognição adotado pelo legislador é o da maior amplitude sob todos os prismas, donde se infere que os procedimentos que contemplarem formas mais restritas de cognição, poderão ser qualificados como procedimentos diferenciados. Isto se dá tanto na esfera individual, como na coletiva.

⁶²¹Segundo Chiovenda “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita. Essas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz”. CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit., v. 1, p. 217.

⁶²²WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120 e 124.

⁶²³FAIRÉN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 53.

Ocorre, todavia, que as tutelas preventivas não se coadunam com trâmites lentos e assim, são incompatíveis com os procedimentos nos quais a cognição é ampla e aprofundada. É a própria razão de ser das tutelas preventivas que exige do ordenamento jurídico a disponibilização de procedimentos e o manejo de técnicas expeditas que lhes sejam compatíveis⁶²⁴.

Por conseguinte, o procedimento mais apropriado aos vários tipos de tutela preventiva, dentre as quais se inclui a tutela inibitória é aquele em que, de alguma maneira, processa-se uma redução da cognição do magistrado. Não por outro motivo, as tutelas inibitórias típicas estampadas na legislação brasileira estão submetidas a ritos diferenciados, nos quais há redução da cognição judicial, tornando o procedimento mais célere e efetivo. Nestes procedimentos, há a proeminência do valor celeridade.

No mandado de segurança⁶²⁵, o legislador valeu-se da restrição do tipo de prova para torná-lo uma medida mais efetiva. Neste tipo de ação não é possível a produção de provas que não as documentais. Não há espaço para a dilação probatória e produção de outros tipos de prova, cabendo ao interessado fazê-lo na esfera adequada, ou seja, em outra demanda. A técnica empregada pelo legislador nesta ação foi a da sumarização da demanda pela restrição da prova a ser produzida, daí dizer-se que se trata de processo sumário documental⁶²⁶.

Na hipótese de o interessado não estar de posse de documento para provar seu alegado direito líquido e certo, deverá ingressar com outra demanda que seguirá o procedimento comum, e na qual são permitidas as mais amplas discussões e produção de todos os tipos de prova. Há, destarte, no mandado de segurança a redução do campo de cognição do magistrado pela impossibilidade de produção de certas provas. O contraditório pleno, com ampla produção de provas e discussões no mandado de segurança, passa a ser exercido em outra ação, aí sim, plenária, cujo ajuizamento deve ficar a cargo do interessado. Assinala-se, ademais, que na ação de mandado de segurança há ainda a

⁶²⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva, cit., p. 25.

⁶²⁵CF/88: Art. 5º, LXIX do art. 5º: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”

⁶²⁶SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 115. Em sentido contrário, entendendo que o mandado de segurança não é ação sumária, mas ação de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* Luiz Guilherme Marinoni. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva, cit., 5. ed., p. 258; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, cit., p. 125.

possibilidade de o contraditório ser diferido, com a concessão de liminar antes da oitiva da autoridade dita coatora.

No interdito proibitório, a despeito de a controvérsia estabelecida entre as partes, não se restringir às questões possessórias, o legislador veda quaisquer discussões que envolvam o direito de propriedade. Outrossim, não é dado às partes debater questões de tal ordem e, tampouco, ao juiz examiná-las. Fica relegada para discussão em outra demanda o atinente ao direito de propriedade⁶²⁷.

No campo que é permitido ao juiz conhecer, pode este aprofundar-se na cognição, não havendo, ademais, limitação quanto ao tipo de prova a ser produzida. A técnica de sumarização aqui empregada é pela restrição da análise da controvérsia trazida a juízo. Malgrado seja facultado ao magistrado aprofundar-se no conhecimento das questões trazidas a seu conhecimento, não pode extrapolar os limites fixados pelo legislador. A defesa da propriedade passa a ser feita em outra ação, na qual será possível lançar mão de todas as alegações pertinentes à propriedade.

Nesta mesma demanda especial, há outra técnica de sumarização. Tem-se a previsão de concessão de uma liminar, tomada com base em cognição superficial que decide de forma provisória a controvérsia⁶²⁸. Nesta fase, havendo a concessão de liminar com base em cognição superficial sobre os fatos e provas trazidas pelo autor, o contraditório será garantido em momento posterior.

O mesmo se dá na Itália, na ação de cessação da conduta antissindical prevista no art. 28, do Estatuto do Trabalhador Italiano e na tutela inibitória coletiva contra a discriminação de gênero no trabalho, cujos ritos processuais são semelhantes⁶²⁹ (art. 37, da Lei nº. 198/2006 e art. 15, da Lei nº. 903/1977) – tutelas inibitórias metaindividuais trabalhistas típicas. Em ambas as ações os ritos são diferenciados com restrição de cognição, consoante será visto com mais vagar no Capítulo IV.

A tutela inibitória genérica, na esteira das tutelas inibitórias típicas, reclama, portanto, um procedimento mais célere possível, observadas as garantias processuais. Destarte, do mesmo modo como se dá com as outras formas de tutelas inibitórias típicas,

⁶²⁷SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 114.

⁶²⁸Idem, p. 114

⁶²⁹MASTINU, Enrico Maria. *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*. Padova: CEDAM, 2010. p. 114.

na tutela inibitória genérica há necessidade de estabelecer-se um rito diferenciado, no qual a cognição judicial seja reduzida.

Tendo em vista que a tutela inibitória é ação destinada contra o ilícito e que não contempla dentre seus pressupostos a culpa e o dano, a cognição do magistrado deve-se limitar a examinar tais aspectos, sendo vedado às partes trazer à baila temas e provas a estes estranhos. Portanto, o cerne da controvérsia nas tutelas inibitórias coletivas gira em torno da possibilidade de ocorrência de um ilícito futuro e da ameaça de sua realização a um direito extrapatrimonial. Não há espaço para se debater acerca de dano ou de culpa.

Como se observa, há uma limitação no campo de cognição do magistrado, porque nem todo o espectro do conflito poderá ser trazido ao seu conhecimento, sendo excluída a discussão sobre dano e culpa. Em se tratando de tutela tipicamente preventiva, a cognição a ser franqueada ao magistrado não pode ser aprofundada e exauriente⁶³⁰. Com efeito, o procedimento da inibitória coletiva precisa ser mais simples que o padrão, pois assim será mais célere. Luiz Guilherme Marinoni⁶³¹ anota, neste sentido, que “a compreensão dos pressupostos da tutela inibitória faz com que o próprio procedimento inibitório torne-se um procedimento “sumarizado”.

Como consequência, o juízo que deve presidir a demanda inibitória é o juízo de probabilidade e não o de certeza⁶³². Os juízos prolatados em sede de tutelas preventivas e de demandas materialmente sumárias são juízos que se baseiam em aparências e em probabilidades, porquanto a natureza da tutela não se compatibiliza com uma produção de prova mais complexa e demorada. Interessa ressaltar que a cognição aprofundada e ampla é típica dos juízos de certeza e, por conseguinte, própria às tutelas ressarcitórias que se ligam a fatos passados. Nestes casos o juiz analisa as questões que lhe são submetidas à apreciação em profundidade e com amplo debate entre as partes, envolvendo todos os aspectos do conflito. Considerando que os fatos já se verificaram, a produção da prova

⁶³⁰Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., 2012. p. 34 e ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 112.

⁶³¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 259. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 227.

⁶³²A propósito escreveu Sérgio Cruz Arenhart: “O juízo que determinará essa providência preventiva sempre (ou quase sempre) estará calcado em mera aparência, simplesmente porque a tutela se volta para o futuro, e em relação àquilo que ainda não aconteceu a dimensão da prova (que é, reconhecidamente, um elemento que se liga ao passado, como dados que apontam para resquícios do que já ocorreu) adquire roupagem completamente distinta. (...) É, pois, característica das tutelas que se voltam para o futuro a inafastável restrição da cognição judicial, permitindo, em regra, a emanção de decisão fundada, tão só, em *fumus boni iuris*”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 130 e 252.

torna-se mais fácil e, por isso, diz-se que a cognição plenária e exauriente é própria às demandas de caráter ressarcitório, as quais exigem a produção de provas mais complexas e, por conseguinte, que demandam um maior dispêndio de tempo.

Assim, as demandas preventivas pressupõem o julgamento com base em probabilidade e não em certeza, uma vez que em virtude da limitação das provas a serem produzidas ou da área de debate autorizada às partes, ao juiz não será dado conhecer de toda a controvérsia por meio daquela demanda. O julgamento será prolatado, portanto, calcado em verossimilhança⁶³³. No caso da tutela inibitória metaindividual, a convicção do juiz será pautada por um juízo de probabilidade, de aparência.

3. A prova nas tutelas inibitórias metaindividuais

A temática da prova na tutela inibitória coletiva é assunto que gera uma série de questionamentos e dificuldades. As características da tutela inibitória, seus pressupostos de atuação e sua finalidade, aliadas ao perfil coletivo do processo exigem que se adotem novos padrões de análise acerca da prova, para que seja possível extrair deste tipo de tutela sua máxima efetividade.

Considerando que a tutela inibitória destina-se a evitar a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito, o objeto de prova neste tipo de demanda reside na evidenciação da probabilidade de ocorrência da conduta antijurídica. O fato de a tutela inibitória destinar-se ao futuro a torna incompatível com os patamares clássicos do direito probatório, calcados em juízos de certeza, típicos das tutelas repressivas voltadas ao passado.

Constituindo-se a inibitória uma demanda de prevenção, as diretrizes que devem nortear a produção da prova e o convencimento do magistrado são as atinentes às medidas desta natureza e não àquelas pertinentes à tutela repressiva. Deve-se, outrossim, excluir qualquer pretensão no sentido de que a prova da ameaça da conduta antijurídica deva ser feita de forma semelhante àquela típica dos juízos repressivos, pautados pela busca da verdade possível. A prova de um fato que ainda não ocorreu não é possível, razão pela qual o enfoque da prova na tutela inibitória deve ser diferente daquele manejado para as tutelas repressivas.

⁶³³ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 124.

Nas tutelas preventivas, a antecipação a fatos que ainda não se processaram, acaba tornando mais difícil a apresentação de certas provas, sobretudo porque no mais das vezes inexistem vestígios desveladores da prática de certo ato ilícito. Este é o caso típico das tutelas inibitórias puras. Nestas não só a dificuldade para a produção da prova da ameaça apresenta-se de grande monta, como também a avaliação que deve ser feita pelo juiz acerca da idoneidade dos atos preparatórios para a consecução do ilícito⁶³⁴.

Portanto, o que deve presidir a avaliação da prova nas tutelas preventivas é a noção de probabilidade de ocorrência de determinado ato ilícito e não de certeza da verificação desta conduta⁶³⁵.

Aldo Frignani⁶³⁶ preleciona que no direito anglo-americano nas *injunctions*, a probabilidade a que chega o juiz está calcada, sobremaneira, na noção de razoabilidade. Deve haver razoáveis evidências que sinalizem no sentido de que o fato objetivamente apontado como ameaçador de violação de um determinado direito irá ocorrer. Para além de uma suposta possibilidade, exige-se que sejam apresentados pelo autor, indícios, a partir dos quais o magistrado convencer-se-á ou não de que há probabilidade razoável da verificação de cometimento de conduta antijurídica. A determinação do que seja razoavelmente provável ficará a cargo do juiz.

Ugo Mattei⁶³⁷ assinala que a ponderação dos interesses postos em jogo adquire fundamental importância para determinar-se a intensidade da prova que deverá ser produzida para retratar a ameaça nas tutelas inibitórias. Nesta senda, prossegue o mesmo autor, haverá de ser estabelecida uma proporção entre a prova a ser apresentada e o interesse em questão, de modo que quanto maior relevância tiver o interesse mais flexível há de ser a exigência no tocante à prova. Quanto mais relevante for um determinado direito, menor deve ser a exigência quanto à prova a ser apresentada.

O juízo de balanceamento é importante para o sucesso da inibitória, pois somente a partir do exame dos elementos fáticos constantes nos autos poderá emergir a convicção judicial de que se está ou não diante de uma probabilidade de ocorrência de violação ilícita

⁶³⁴FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 430.

⁶³⁵COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. p. 46.

⁶³⁶FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 205.

⁶³⁷MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, cit., p. 237-238.

de direito. O juiz também pode ser chamado a efetuar ponderações acerca da probabilidade, incumbindo-lhe averiguar qual das probabilidades alegadas é mais verossímil⁶³⁸.

De todo modo, ao efetuar o juízo de ponderação o magistrado precisa estar atento à natureza preventiva da medida e das incontestáveis dificuldades que marcam o terreno probatório neste tipo de demanda. Acrescente-se a isso que dificilmente aquele que ameaça praticar um ato ilícito deixa vestígios neste sentido, ampliando os obstáculos para a produção da prova.

Na maioria dos casos em que se postula tutela inibitória, principalmente nas inibitórias puras, exigir do autor que apresente prova inconteste de que está sofrendo ameaça de violação a direito, significa criar sério obstáculo à concessão da medida e, por conseguinte, ao acesso à justiça. Não por outro motivo, no campo da tutela preventiva, em que vigoram os juízos de probabilidade, a prova indireta assume papel de proeminência, visto que dificilmente será possível ao autor apresentar prova direta da ameaça de cometimento de um ilícito futuro⁶³⁹. Desta feita, os indícios são extremamente importantes para demonstrar a ameaça de lesão necessária à concessão da tutela inibitória.

Cumprir lembrar que indícios, segundo James Goldschmidt⁶⁴⁰, são fatos provados a desde os quais se chega ao conhecimento de outros que com aqueles se relacionam. Os indícios constituem a premissa lógica para que o magistrado chegue, por meio de presunção, à conclusão de que se está ou não diante de ameaça de violação de um determinado direito.

Com base nas máximas de experiência e no senso comum, o magistrado, analisando o indício, deduz logicamente que determinada situação pode ter ocorrido, já que isso é o que, normalmente, se constata na realidade da vida. A partir deste indício – fato conhecido e provado -, o magistrado realiza uma atividade intelectual que o leva a presumir que outro fato – fato não provado - ocorreu. O resultado deste raciocínio feito pelo juiz com base em um fato provado – indício-, configura a presunção judicial⁶⁴¹. Outrossim, a presunção judicial não é meio de prova.

⁶³⁸ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfil da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 257.

⁶³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 50-53.

⁶⁴⁰GOLDSCMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 257.

⁶⁴¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 57.

Por isso Carnelutti⁶⁴² denomina os indícios de fontes de presunções, uma vez que segundo suas lições, “um fato não é indício em si, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe com o fato a provar em uma relação lógica, que permita deduzir a existência ou não existência deste”, mas apenas um novo conhecimento adquirido através de um raciocínio lógico.

Importante observar que, em termos de tutela inibitória, um forte indício de que há justo receio de haver violação a um direito pode ser extraído, nos casos de tutelas inibitórias secundárias, decorre de um ilícito pretérito já cometido⁶⁴³. Isto significa que o ilícito já praticado constitui-se em forte indício da probabilidade de que outra lesão seja perpetrada, sendo suficiente para justificar a proteção do direito. Com base no ilícito já cometido, o juiz pode presumir a ameaça de que uma conduta antijurídica, semelhante a já praticada, pode ser repetida pelo réu, formando o juízo de probabilidade justificador da concessão da tutela inibitória.

Na tutela inibitória pura, conforme já asseverado, a dificuldade na produção de indícios apresenta-se ainda maior. Assim, buscando encontrar mecanismos que auxiliem o juiz a decidir, sobretudo em situações excepcionais, nas quais há escassas provas, Sérgio Cruz Arenhart⁶⁴⁴ propõe alguns critérios para serem considerados pelo magistrado ao efetuar o juízo de ponderação em sede de tutela inibitória, ante a extrema complexidade para a produção de provas neste tipo de ação. Abaixo elencam-se os seguintes critérios:

a) a vida pretérita do autor e do réu da demanda: a conduta pretérita das partes constitui-se, segundo o aludido autor, em importante indício, especialmente nas tutelas inibitórias puras. Isso porque se corriqueiramente o réu conduz-se de determinada forma, que diante da situação narrada nos autos poderia representar ameaça de cometimento de ato ilícito, não há como excluir o justo receio do autor. Em demandas repressivas, este tipo de indício seria irrelevante, mas para a tutela preventiva assume um importante significado. Na esfera trabalhista, pode-se exemplificar com a hipótese de pedido de tutela inibitória pura, em face de certa empresa, para que esta adote as medidas atinentes à proteção de suas máquinas antes do início de sua atividade no Brasil. O fato de esta empresa ser uma

⁶⁴²CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 227.

⁶⁴³ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 260; VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. *Efetivação das decisões judiciais antecipatórias, cautelares e inibitórias no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 64.

⁶⁴⁴Id. Ibid., p. 273-279.

multinacional com estabelecimentos em outros países, nos quais há histórico de não adoção de medidas de proteção à saúde e segurança de seus trabalhadores e de exposição a sérios e graves riscos no exercício de suas funções, tendo inclusive gerado inúmeros acidentes, constitui importante indício para a concessão da medida postulada.

b) as circunstâncias específicas da alegação das partes: as circunstâncias de fato que envolvem a situação principal descrita no processo podem apresentar-se como um indício relevante na tutela inibitória. Dados estatísticos em relação a uma certa atividade, por exemplo, auxiliarão o magistrado a decidir. Some-se a isso que fatos que, normalmente acontecem podem evidenciar, juntamente com os dados externos, a necessidade de proteção a um dado direito. À guisa de exemplo, pode-se mencionar dados estatísticos reveladores de acidentes envolvendo motoristas de cargas perigosas que laboram em jornadas exaustivas. O perigo desvelado por esta circunstância notória pode conduzir à concessão de uma tutela inibitória coletiva, ainda que não sejam trazidos aos autos de sorte a proteger todos os trabalhadores.

c) as circunstâncias impostas pelo direito especificamente protegido: deve o magistrado atentar se está diante de um direito evidente ou não. Luiz Fux⁶⁴⁵ denomina como direitos evidentes, aqueles sobre os quais, a partir das provas carreadas aos autos, não pairam dúvidas sérias no que atine à sua existência. Há direitos que se apresentam como evidentes e, assim, merecem tutela imediata, muito embora devam ser objeto de ponderação pelo juiz da causa.

d) as presunções eventualmente incidentes sobre o caso: nas hipóteses em que o direito material ou processual estabelece determinada presunção a partir de uma dada situação, verificada esta, há que se levar em conta tal presunção. No âmbito dos direitos metaindividuais trabalhistas, importante citar a presunção *juris tantum* que incide sobre as provas encartadas ao inquérito civil sob condução do Ministério Público do Trabalho⁶⁴⁶. Tendo em vista que o inquérito civil é um procedimento administrativo, as informações nele constantes revestem-se de presunção de veracidade e legitimidade, assim como ocorre com os demais atos administrativos. Dessa forma, em casos de ações civis públicas, contendo pedido de tutela inibitória coletiva, o magistrado deverá levar em consideração a

⁶⁴⁵FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

⁶⁴⁶As ideias acerca do valor probatório do inquérito civil foram desenvolvidas no artigo denominado A eficácia probatória dos elementos informativos do inquérito civil na perspectiva do processo justo e equânime, cit., p. 599-617.

presunção que incide sobre os elementos coligidos ao inquérito civil. Esta solução viabiliza a tutela adequada aos direitos metaindividuais, concretizando o direito ao processo justo e equânime⁶⁴⁷.

Estes critérios desvelam que a tutela inibitória protege a aparência do direito, devendo, por isso, ser considerada uma tutela jurisdicional da aparência. É a verossimilhança extraída a partir do contexto delineado nos autos que embasa o juízo de probabilidade. Desta feita, o que parecer ao juiz verossímil, após ter efetuado o juízo de balanceamento, merece ser protegido. Salienta-se que a tutela da aparência revela-se uma tendência derivada das novas contingências da massificação social e das intensas e velozes mudanças que se perfazem em todos os aspectos da vida, bem como dos novos direitos.

Portanto, ao se deparar com um pedido de tutela inibitória coletiva, o juiz deve avaliar e ponderar todos estes aspectos, bem como considerar as consequências que poderão advir da concessão ou não da medida pretendida, na esfera jurídica de cada um dos litigantes. Mas ao assim proceder, não pode perder de vista a natureza preventiva da medida almejada e a sua finalidade de impedir a violação de um direito tido pelo ordenamento jurídico como inviolável.

Inequivocamente os poderes do juiz amplificam-se nas tutelas preventivas,

⁶⁴⁷Neste sentido já se pronunciou o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região “(...) Ocorre que os atos administrativos que compõe o inquérito civil gozam de presunção de legitimidade e veracidade. Isso porque se trata de investigação de natureza pública e de caráter oficial, presidida por agente público, no exercício de verdadeiro munus público, sendo, portanto, os seus atos realizados em observância aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, “caput”, da CF), com destaque para o fato de que o Ministério Público foi alçado constitucionalmente a instituição permanente, essencial à função jurisdicional, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127). (...) Diante disso, é forçoso reconhecer que, no presente caso, restou comprovada a conduta ilícita praticada pela ré e a continuidade dessa conduta, apesar das penalidades administrativas recebidas e, até mesmo, após ordem judicial prolatada em dissídio coletivo para que procedesse à contratação de trabalhadores mantidos em alojamentos em condições precárias, circunstâncias essas que tornam a tutela inibitória plenamente justificável a fim de coibir a continuidade ou a repetição do ilícito. Nos termos da Lei nº 7.347/85, a ação civil pública é destinada a conferir tutela efetiva aos direitos difusos e coletivos, tendo por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, essa modalidade de ação admite a tutela inibitória como também a ressarcitória. (...) Nessa esteira, pode-se afirmar que a tutela inibitória, na hipótese retratada, é medida que se impõe. Por consequência, deve ser acolhido o inconformismo recursal para condenar a reclamada a abster-se de aliciar ou de aceitar trabalhadores oriundos de localidades longínquas do território nacional (acima de 200 km) para participação de processo seletivo para preenchimento de vagas, sem que lhe sejam assegurados transporte, alimentação e alojamento gratuitos e em condições condignas e com a garantia de que o processo seletivo não poderá perdurar por mais de cinco dias, além da garantia de concessão, aos não-aprovados na seleção, de imediato transporte gratuito de retorno à cidade de origem em condições adequadas. Também é condenada a ré a dar ciência aos sindicatos profissionais da cidade de origem e da cidade do destino dos trabalhadores recrutados, fornecendo a sua identificação. (...) “BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 5ª Turma – Recurso Ordinário nº. 0054200-92.2009.5.15.0132 - julgado em 15.02.2011, publicado no DEJT em 25.02.2011, Rel. Des. Lorival Ferreira dos Santos.

especialmente nas coletivas, em que o papel do magistrado deve ser mais ativo ante os valores sociais que estão envolvidos no processo. A medida e o limite para este aumento de poderes do magistrado devem estar balizados pelo princípio da proporcionalidade.

Destaca-se que as peculiaridades da prova em ação civil pública com pedido de tutela inibitória, ainda não foram assimiladas por completo pela jurisprudência⁶⁴⁸. Em inúmeros casos⁶⁴⁹ tem sido aplicado o patamar probatório exigido para as hipóteses de tutela repressiva, na qual, no mais das vezes, o dano já se concretizou. Mas é importante registrar que há algumas decisões judiciais manifestando-se em sentido contrário à corrente majoritária, fazendo menção expressa à presunção judicial de que há receio de ameaça de lesão a direito transindividual dos trabalhadores, com base em vários indícios constantes nos autos, desvelando não só a dificuldade na produção da prova, como também o juízo de probabilidade que deve embasar a decisão.

Nesta mesma ordem de ideias cita-se decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região⁶⁵⁰ no bojo de ação civil pública com pedido de tutela inibitória. As

⁶⁴⁸Cita-se como exemplo acórdão prolatado em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de empresa que, no curso da demanda regularizou a conduta. A questão da ameaça foi vislumbrada sob o aspecto do direito probatório para concluir que conquanto já houvessem sido praticados ilícitos pretéritos, estes não se constituíam em indícios suficientes para manter-se a determinação de cumprimento de obrigações de fazer impostas na sentença. Constou na fundamentação do acórdão: “(...) No caso vertente, a sentença reconheceu que, dentre os itens indicados na inicial, aqueles relativos ao fornecimento de abrigos contra intempéries, de recipientes térmicos para água potável e de equipamentos de proteção para a guarda das ferramentas de corte e a disponibilização de local para guarda e conservação das refeições foram devidamente atendidos pela empresa. Com isso, não há fundamento prático para se coagir a requerida ao cumprimento de tais itens e, por decorrência, para a imposição de multa pecuniária em igual sentido. Por outro lado, e diversamente do que alega o *parquet*, nos autos não foram produzidos quaisquer elementos de convicção que atestem, ainda que por indícios, que a empresa tenciona suprimir ou de alguma forma desnaturar as benesses cujo cumprimento restou reconhecido em sentença. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região. 1ªTurma. Recurso Ordinário nº. 0947-2007-146-15-00-9, julgado em 16.12.2008, publicado no DEJT em 23.01.2009, Rel. Juíza Eliane Costa Carvalho Ribeiro.

⁶⁴⁹Neste sentido: “(...) RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA. Dos elementos fáticos consignados no acórdão recorrido, tem-se que a empresa, a partir de agosto de 2003, deixou de usar os formulários da APAE para a seleção de candidatos, os quais contemplavam campos de preenchimento solicitando a opção por preferência de deficiência, sexo e faixa etária. Diante dessa premissa, entendeu a Corte “a quo” que não se justificaria a tutela inibitória postulada pelo Ministério Público, já que a ré não mais se utiliza de critérios discriminatórios. A tutela inibitória exige elementos que demonstrem, com alguma segurança, que o ilícito está prestes a se repetir/continuar, e, na hipótese, não foram colhidos elementos de tal tipo, que permitam vislumbrar a necessidade da condenação almejada. Violação dos arts. 5º, XXXV, da Constituição Federal; 461 do CPC; 84 do CDC e 11 da Lei nº 7.347/85 não configurada. Recurso de revista do Ministério Público do Trabalho de que não se conhece”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª. Turma. Recurso de Revista nº. 9890600-28.2005.5.09.0001, julgado em 07.12.2001, publicado no DEJT em 16.12.2011, Rel. Min. Pedro Paulo Manus.

⁶⁵⁰“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA INIBITÓRIA – POSSIBILIDADE. A forte resistência da reclamada em implementar as medidas de segurança indicadas pelo termo de Ajuste de Conduta proposto pelo Ministério Público do Trabalho – objeto do pedido formulado nesta ação -, bem como a caracterização de ação ilícita continuada, justificam o receio do autor de que ela continue a agir ilicitamente, repetindo as irregularidades que violam os direitos indisponíveis dos seus empregados a um ambiente de trabalho

irregularidades que haviam sido apontadas inicialmente foram sanadas no curso do processo, mas mesmo assim o Tribunal manteve a determinação da tutela inibitória consistente na obrigação de providenciar a adequação de seu meio ambiente de trabalho. Os indícios utilizados para formarem a presunção judicial de que havia justo receio de violação de direito, foram a forte resistência da reclamada em implementar as medidas de segurança indicadas pelo Termo de Ajuste de Conduta proposto pelo Ministério Público do Trabalho, bem como a caracterização de ação ilícita continuada.

Além dos critérios acima referidos, tem-se que a distribuição equitativa dos encargos probatórios pode também auxiliar na formação do juízo de probabilidade que deverá orientar as decisões em sede de tutela inibitória coletiva, consoante será abordado no item seguinte.

3.1. A distribuição dos ônus probatórios e a tutela inibitória coletiva trabalhista

Afirmou-se alhures que a prova da ameaça de cometimento do ato ilícito reveste-se de grande complexidade em sede de tutela inibitória coletiva, devendo o juiz pautar-se por diversos critérios para formar o juízo de probabilidade. Além dos critérios já elencados, a distribuição equânime dos encargos probatórios pode auxiliar o magistrado na formação do juízo de probabilidade nas ações que postulam a concessão de uma tutela inibitória⁶⁵¹.

Em se tratando de processo coletivo, a magnitude dos interesses transindividuais discutidos e de suas dimensões política e social, bem como a inviolabilidade que os marcam reclamam uma distribuição equânime dos encargos probatórios, a qual deve ser levada a efeito pelo magistrado. Assim, o juiz ao deparar-se com uma demanda coletiva em que há pedido de tutela inibitória, não deve valer-se de critérios típicos do direito individual, rígidos e estáticos, previstos de antemão pelo legislador para abarcar as mais diversas hipóteses que se apresentam. A aplicação pura e simples das regras estáticas sobre

saudável e seguro. Tais direitos, frise-se, excluem a ocorrência do ato ilícito, de modo que basta a probabilidade de sua repetição para que ocorra, com caráter pedagógico e preventivo, a tutela jurisdicional inibitória. Recurso a que se dá provimento”. BRASIL. Tribunal. Regional do Trabalho da 3ª. Região. 1ª. Turma. Recurso Ordinário nº. 984-2005.098.03.00-1, julgado em 04.07.2007, publicado no DEJT em 01.08.2007, Rel. Juiz José Marlon de Freitas.

⁶⁵¹As ideais desenvolvidas, de forma aprofundada e específica neste tópico, exprimem considerações já tecidas no seguinte artigo: SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOME, Candy Florencio (Orgs.). Direito processual do trabalho: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 249-264.

o ônus da prova pode revelar-se desastrosa quando se está tratando da tutela inibitória metaindividual trabalhista.

Não por outro motivo deverá o juiz aproximar-se do caso concreto e avaliar se as alegações deduzidas pela parte autora são verossímeis, assim como a sua capacidade para produção de certas provas. Na hipótese de a alegação da parte autora ser dotada de verossimilhança e de haver dificuldade na produção da prova, o juiz poderá inverter o ônus probatório. Uma vez delineado o contexto de verossimilhança e de hipossuficiência, deve o magistrado manejar as regras de distribuição dos encargos probatórios estabelecidos no microsistema de tutela coletiva. Como cediço, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu no inciso VIII, do seu art. 6º, como um dos direitos básicos do consumidor “*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor*”, quando houver verossimilhança na alegação ou hipossuficiência.

Salienta-se, por oportuno, que o art. 6º, VIII do CDC deve ser aplicado não somente às demandas envolvendo consumidores, mas a todas aquelas que discutem a tutela de direitos supraindividuais, inclusive as demandas coletivas trabalhistas. Conquanto o Código de Defesa do Consumidor seja expresso o sentido de que se deve aplicar ao microsistema de tutela coletiva, as regras processuais constantes no seu Título III e que o art. 6º, VIII situa-se no Título I. A interpretação ampliativa desta norma é a que atende melhor aos objetivos que justificam a idealização da tutela coletiva e permite que se concretizem os direitos fundamentais de acesso à justiça e à adequada tutela jurisdicional⁶⁵². Inequivocamente esta regra é de direito processual e, dessa forma, deve ser aplicada a todo o subsistema de tutela coletiva⁶⁵³.

O juiz, ao empregar a aludida regra, para além de conferir primazia à tutela da aparência, privilegiando as situações que se apresentam como verossímeis, considera as particularidades que caracterizam os conflitos coletivos, os quais não se conformam com a fixação rígida e estática da repartição do ônus probatório⁶⁵⁴. O objetivo de proceder deste

⁶⁵²A questão atinente ao ônus da prova deve ser analisada sob o viés constitucional. Canotilho propõe “deslocar o direito à prova do estrito campo jusprocessualístico para localizar no terreno constitucional”, como premissa para que se atinja o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa. CANOTILHO, José Joaquim Gomes.. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 170.

⁶⁵³LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 368.

⁶⁵⁴CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 127. p. 101-102, set. 2005, n. 127; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos

modo é viabilizar o equilíbrio entre as partes, de sorte que se promova a adequada tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, de acordo com as possibilidades concretas de produção da prova por cada uma das partes. Note-se que a inversão autorizada pela referida norma dá-se em favor somente da parte autora, isto é, do legitimado ativo que se mostra hipossuficiente para produzir determinada prova.

Nesta senda, a disposição legal integrante do microssistema de tutela coletiva é de grande importância em sede de tutela inibitória metaindividual trabalhista, em que, em razão da assimetria existente nas relações de trabalho, em um sem número de casos o empregador possui melhores condições de produzir determinadas provas que o legitimado ativo⁶⁵⁵.

A distribuição equitativa dos encargos probatórios sob o prisma de sua inversão também pode ocorrer em sede de tutela inibitória metaindividual, por decorrência do emprego do princípio da precaução. O princípio da precaução tem nítido viés preventivo, já que preconiza uma atuação preventiva diante da existência de um perigo em situações em que há incerteza científica quanto à extensão dos efeitos de uma dada atividade. Quando o princípio da precaução for invocado em demandas ambientais trabalhistas, pode ensejar a inversão do ônus probatório, imputando-se ao empreendedor o encargo de provar que a atividade que desempenha não é potencialmente lesiva⁶⁵⁶.

Acrescente-se a isso que o juiz poderá, não apenas inverter o ônus probatório em favor do autor que pretende a tutela inibitória, mas também dinamizar os encargos probatórios segundo as circunstâncias do caso concreto em benefício de ambas as partes, desde que constata a dificuldade na produção de certa prova por parte de uma delas e facilidade por parte de outra. Em outros termos, o juiz está autorizado a distribuir equitativamente entre as partes os encargos probatórios e não somente inverter o ônus da prova, em favor exclusivamente da parte autora.

Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 250.

⁶⁵⁵MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A fase probatória na ação coletiva trabalhista. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio et al. Org. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 289. Neste sentido: FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: críticas e casuística. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.34, n. 131, p. 55, jul./set. 2008.

⁶⁵⁶SARAIVA NETO, Pery Saraiva. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010. p. 121-123.

Outrossim, está o magistrado autorizado a aplicar o preconizado pela denominada teoria da carga dinâmica da prova⁶⁵⁷, cujo amparo normativo pode ser encontrado a partir da interpretação conjugada dos incisos XXXV, LIV, LV e LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988⁶⁵⁸ que contemplam o direito fundamental à tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva. Tais disposições constitucionais embasam a adoção da teoria da carga dinâmica da prova pelo microsistema de tutela coletiva, autorizando o magistrado a distribuir de forma dinâmica os ônus probatórios em favor de quaisquer das partes⁶⁵⁹.

Como se observa, a distribuição dinâmica dos ônus probatórios concretiza os valores constitucionais da igualdade substancial e do direito à previsão de procedimentos judiciais compatíveis com o direito que se busca tutelar.

Há ações civis públicas em que a prova de determinado fato é extremamente difícil para o legitimado ativo. Na hipótese de não serem distribuídos equitativamente os ônus probatórios, pode-se inviabilizar o direito fundamental à prova e o acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a efetividade da tutela inibitória restará comprometida. Destarte, em várias situações de tutela inibitória coletiva, a distribuição dinâmica e equitativa dos encargos probatórios será a única possibilidade de conceder tutela a um determinado interesse e de realizar a proteção preventiva dos direitos insculpidos na Constituição Federal.

⁶⁵⁷A teoria da carga dinâmica da prova em linhas gerais, propugna a teoria da carga dinâmica da prova que na repartição dos encargos probatórios sejam levadas em consideração as particularidades do caso concreto, especialmente as possibilidades de produção da prova por parte de cada uma das partes, não se atendo à prévia, rígida e abstratamente pelo legislador. Dessa forma, o ônus de probatórios deve pesar sobre a parte que naquele caso concreto possui melhores condições de produzir certa prova, viabilizando, assim, o acesso à ordem jurídica justa através da concretização do direito à prova. A teoria da carga dinâmica da prova consagra a possibilidade de a repartição dos encargos probatórios ocorrerem também *ope iudicis*, conquanto não desconsidere ou afaste as regras de distribuição do ônus da prova previamente estabelecidas pela legislação. O objetivo da teoria em espeque é viabilizar a distribuição equitativa dos encargos probatórios, sobretudo, nos casos em que a exigência de apresentação de provas por uma das partes representasse, em face da dificuldade, um atentado contra o direito fundamental à prova. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 788, p. 97-99, jun. 2001.

⁶⁵⁸CF/88: Art. 5º: XXIV- “XXXV - a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁶⁵⁹Registra-se que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no parágrafo 1º, do art.10, contempla expressamente a adoção da teoria da carga dinâmica da prova com a seguinte redação: “Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

Nos casos em que a produção de uma dada prova afigura-se extremamente difícil para uma das partes, mas possível para outra, a repartição dinâmica dos encargos probatórios será uma alternativa para disciplinar a questão da prova da ameaça nas tutelas inibitórias coletivas. Sobretudo quando os demais critérios já mencionados no item anterior não forem suficientes para formarem o juízo de probabilidade, a distribuição dinâmica dos encargos probatórios, segundo a capacidade de produção da prova de cada uma das partes, poderá ser a única medida capaz de resolver o feito⁶⁶⁰.

Tal posição está alinhada com o atual momento vivenciado pelo direito probatório de transição do modelo rígido e estático, regras de distribuição dos encargos probatórios para um modelo mais flexível⁶⁶¹. Este novo modelo preleciona a necessidade de serem revistas as finalidades do instituto do ônus da prova, de sorte a equilibrar e compatibilizar as garantias oriundas do devido processo legal. Por isso, as regras de distribuição dos encargos probatórios para além de serem invocadas para darem solução às hipóteses de insuficiência do material probatório, devem ser chamadas a atuar em casos como os da tutela inibitória coletiva, na qual a produção da prova poderá mostrar-se extremamente difícil para uma das partes e mais facilitada para outra.

4. A jurisdição de urgência na esfera da tutela inibitória metaindividual trabalhista

Sem embargo de o procedimento que veicula a tutela inibitória dever ser mais encurtado que o procedimento padrão, haja vista a finalidade da medida e a redução da cognição, não é incomum que se apresentem determinadas situações que exijam a sua regulamentação urgente. Pode ocorrer de a ameaça da concretização da conduta antijurídica ser constatada quando o ato já está na iminência de ser praticado ou, em outros casos, embora o autor já esteja atento para tal prática, a cientificação do réu de que está em curso, um pleito de tutela inibitória pode reclamar uma medida provisória, de modo a garantir o resultado final buscado por meio deste tipo de demanda.

Outrossim, faz-se necessário para a proteção integral dos direitos, que o sistema processual seja dotado de alguma medida urgente capaz de evitar uma possível lesão. Para

⁶⁶⁰ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 289.

⁶⁶¹SALLES, Carlos Alberto de. Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 157.

estas hipóteses o sistema brasileiro prevê a possibilidade de ser concedida antecipação de tutela, regulamentando de forma provisória a situação levada a juízo.

Impende assentar que a antecipação de tutela é uma medida urgente, cujo fito é antecipar os efeitos da futura sentença de procedência em determinadas situações, de forma provisória, impedindo que a demora na prestação jurisdicional impeça a sua concretização em momento futuro⁶⁶².

O microsistema de tutela coletiva preconiza no parágrafo 3º, do art. 84, do CDC⁶⁶³, a possibilidade de o juiz determinar a antecipação da tutela específica postulada quando for relevante o fundamento da demanda e risco de ineficácia do provimento final.

Uma questão interessante que surge quando se analisa os pressupostos embasados da antecipação da tutela inibitória é se estes são idênticos aos relacionados pelo art. 273⁶⁶⁴, do Código de Processo Civil. A doutrina diverge sobre este tema. Uma vertente interpretativa sustenta que os requisitos explicitados pelo art. 84, do CDC são distintos dos elencados no art. 273, do CPC⁶⁶⁵. Assim, na órbita coletiva, segundo esta visão, não cabe a aplicação do disposto no art. 273, do CPC, uma vez que há regulamentação expressa sobre o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, a qual em função da existência de uma parte hipossuficiente na relação contém requisitos mais flexíveis que o do direito individual. De outra banda, há autores que perfilham o entendimento segundo o qual os referidos dispositivos devem ser vislumbrados de forma complementar e conjugada, uma vez que cuidam da mesma temática⁶⁶⁶.

⁶⁶²FUX, Luiz. op. cit., p. 337.

⁶⁶³CDC: Art. 84, § 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”.

⁶⁶⁴CPC: 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 (...)”.

⁶⁶⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Tutela antecipada na ação civil pública. In: _____. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 185; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 356; MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*, cit., p. 187; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 763; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, cit., p. 139; SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*, cit., p. 283.

⁶⁶⁶POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*, cit., p. 141; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 296-297; THEODORO JR., Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20, p. 8, 2001.

Tendo em vista o escopo da inibitória metaindividual, bem como que o microsistema de tutela coletiva regula a matéria, entende-se que não há razões que justifiquem a aplicação subsidiária da norma que contempla a antecipação de tutela para as hipóteses de direito individual, sobretudo porque a aplicação dos requisitos insculpidos em tal regra, acabaria por criar mais empecilhos à concessão da tutela antecipada em casos em que estão em jogo direitos de caráter supraindividual dos trabalhadores. Acrescente-se, ainda, que a norma insculpia no art. 84, do CDC uma norma especial que cuida da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, devendo sobrepor-se às regras de cunho geral como ocorre com a prescrita pelo art. 273, do CPC que se aplica ao processo do trabalho por subsidiariedade.

Desta feita, como a tutela inibitória metaindividual encontra seu estuário normativo no art. 84, do CDC, tem-se que são os requisitos explicitados nestes dispositivo legal – relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final – que devem ser perfectibilizados para ser deferida a antecipação da tutela inibitória visando evitar a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição.

Entende-se como relevante fundamento da demanda, a evidenciação da probabilidade de êxito do pedido formulado pelo autor. Na ação inibitória deverá o autor demonstrar a probabilidade de cometimento de um ilícito futuro. Cuida-se de um juízo de aparência, de probabilidade com base em prova precária e cognição sumária. Já o receio de ineficácia do provimento final, diz respeito ao risco de que a demora na resolução do procedimento possa destituir de utilidade o provimento quando concedido. Este requisito é retratado em termos de ação inibitória pela plausibilidade de cometimento do ato ilícito no curso da demanda. Tendo a inibitória como fito evitá-lo, o provimento final restaria destituído de eficácia, acaso a conduta antijurídica fosse concretizada.

Aldo Frignani⁶⁶⁷ assevera que o tempo de duração do procedimento deve ser analisado quando o magistrado está apreciando o pedido de tutela inibitória provisória, pois a demora no trâmite processual justifica a concessão da medida para evitar a prática, continuação ou repetição de ato ilícito.

Cumprido destacar que a aplicação subsidiária da norma explicitada no art. 273, do CPC tem cabimento apenas no que tange às situações não regulamentadas pelo art. 84, do

⁶⁶⁷FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 434.

CDC e que sejam com este compatível. Dentre estas, encontra-se a possibilidade de concessão de tutela inibitória antecipada em razão do abuso do direito de defesa do réu. Ressalta-se que se trata de requisito de caráter punitivo e não preventivo, porquanto o que autoriza a concessão da tutela antecipada nesta hipótese é o emprego pelo réu de artifícios processuais infundados, com a intenção de retardar a solução do feito. Trata-se de um requisito negativo, visto que obsta a concessão da medida.

Note-se que o dispositivo em comento não contempla como requisito a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, tal como exige o art. 273, do CPC. Importa sublinhar que a irreversibilidade do provimento antecipado é vislumbrada por alguns doutrinadores como estando relacionada aos efeitos fáticos, retratando a impossibilidade de retorno à situação existente anteriormente à concessão da medida antecipatória. Outros juristas compreendem este requisito como representando a impossibilidade jurídica de reversão da medida antecipada, o que significa que poderia ser concedida a antecipação de tutela toda a vez que o que se antecipou pudesse ser reparado mediante perdas e danos⁶⁶⁸.

No caso da antecipação da tutela inibitória, mesmo para aqueles que sustentam ser a inexistência de perigo de irreversibilidade um requisito para a sua concessão, argumentam que este pressuposto deve ser avaliado com muita cautela pelo magistrado, sob pena de esvaziar o sentido da inibitória. Nestes casos, deve o magistrado, em juízo de probabilidade, manejar o princípio da proporcionalidade, sopesando os interesses em conflito, da mesma forma como procede com a tutela inibitória final, consoante já explicitado anteriormente. Será digno de tutela o direito que apresentar mais provavelmente que o outro, maior relevância para a ordem jurídica.

Quanto ao momento da concessão do provimento inibitório antecipado, a legislação autoriza que o mesmo seja deferido antes da oitiva do réu ou após audiência de justificação prévia. Em sendo a tutela inibitória voltada a evitar o cometimento de um ato ilícito, inequivocamente há situações que requerem a concessão da antecipação de tutela anteriormente à oitiva do réu, seja porque a cientificação deste poderia frustrar a eficácia da medida, seja em virtude da demora que acarretaria, acaso fosse ouvido o demandado antes da concessão da medida antecipada. Sublinha-se que nestas hipóteses o contraditório será exercido posteriormente, em nome de uma outra garantia oriunda igualmente do

⁶⁶⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 79.

princípio do devido processo legal que é a prevenção dos direitos contemplados pela ordem jurídica. Assim, durante todo o curso da demanda pode ser concedida antecipação da tutela inibitória, desde que sejam perfectibilizados os requisitos previstos legalmente. Interessa sublinhar que a ação de cessação e repressão à conduta antissindical não prevê a possibilidade de o juiz conceder medida provisória, sem a oitiva da parte contrária.

5. O conteúdo da sentença inibitória nas ações coletivas trabalhistas

A tutela inibitória para que seja capaz de evitar a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito necessita de um provimento que tenha aptidão para determinar o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer. Diante das particularidades da tutela preventiva específica, alguns segmentos da doutrina passaram a tecer severas críticas às sentenças contempladas no procedimento comum para imporem ao obrigado um fazer ou não fazer.

O cerne da crítica residia na insuficiência dos efeitos das tradicionais sentenças da classificação trinária – declaratória, constitutiva e condenatória - para providenciar a tutela específica das obrigações, de forma preventiva. José Carlos Barbosa Moreira⁶⁶⁹ foi um dos autores que, já na década de oitenta, sustentava a incapacidade das sentenças da classificação trinária realizar a tutela preventiva de obrigações de fazer e não fazer, uma vez que estas não se faziam acompanhar de medidas de caráter executivo e coercitivo, operando apenas no plano jurídico. Asseverou o autor que a correlação entre condenação e execução forçada não se mostrava adequada à tutela preventiva específica. A massificação social e a crescente centralização das atividades no setor de serviços reclamavam novos contornos para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

De fato, as sentenças que integram a classificação trinária separam radicalmente o mundo dos fatos e o mundo jurídico, não contendo em seu interior qualquer atividade executiva. Os efeitos que gerados por meio das sentenças da classificação trinária não são adequados para viabilizar a tutela inibitória que exige impositividade.

Atendendo às formulações doutrinárias de que era preciso a consagração de provimentos aptos a instrumentalizar a tutela específica dos direitos transindividuais, o

⁶⁶⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva, cit., p. 23.

Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 83 e 84, contemplou a possibilidade de o juiz conceder um provimento, antecipado ou final, ligado aos meios de coerção indireta ou de sub-rogação para forçar o cumprimento de um fazer ou um não-fazer. Cuida-se dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* que não apenas exortam o demandado a cumprir as obrigações de fazer e não fazer, mas o obrigam a fazê-lo.

Kazuo Watanabe⁶⁷⁰, ao comentar o prescrito no art. 83, do CDC, aduz que esta norma, ao explicitar que são “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, abriu espaço para a aceitação das ações mandamentais e executivas *lato sensu*, como cláusula geral, no âmbito do processo coletivo. O doutrinador arremata seu pensamento asseverando que o art. 84, do CDC complementa o art. 83, evidenciando que o direito brasileiro concebe a possibilidade de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* como fórmula geral a ser aplicada às demandas que versem sobre todo e qualquer tipo de direito transindividual, na forma antecipada ou final.

Desde então, o microsistema de tutela coletiva passou a ser dotado de sentenças, cujas eficácias combinam simultaneamente as atividades cognitivas e executivas e possuem a força necessária para impor o cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer⁶⁷¹. Estas sentenças estão alinhadas com o princípio que erigiu a prioridade da tutela específica e que pretende garantir a autoridade das decisões judiciais, sobretudo diante dos novos conflitos de massa que se apresentam à análise do Poder Judiciário.

Importa sublinhar que no direito nacional a alusão às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* deve-se, pioneiramente, à doutrina de Pontes de Miranda⁶⁷². Este jurista classificou as sentenças de procedência segundo seu conteúdo eficazial preponderante, admitindo cinco classes: a declaratória, a constitutiva, a condenatória, a mandamental e a executiva *lato sensu*.

⁶⁷⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 839. Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 161; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 381.

⁶⁷¹Não se olvida que a admissão das sentenças mandamental e executiva *lato sensu* como categorias autônomas ainda encontra forte resistência no âmbito doutrinário, inclusive em sede de tutela inibitória. Neste sentido SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva* (inibitória), cit., p. 109-111.

⁶⁷²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 161-162.

Pontes de Miranda⁶⁷³ elaborou a sua teoria sobre ações mandamentais partindo dos estudos efetuados na Alemanha por James Goldschmidt e George Kuttner, mas não se manteve a estes, atrelado em sua inteireza. Goldschmidt⁶⁷⁴ propugnava que a sentença mandamental tinha por fito encaminhar uma ordem a uma autoridade estatal, ou seja, a um outro órgão do Estado. Pontes de Miranda, todavia, para além disso alargou o conceito de ação mandamental para compreendê-la como aquela sentença que contém ordem a ser dirigida, não apenas a outros órgãos estatais, mas também aos particulares.

De acordo com o pensamento deste autor⁶⁷⁵, a ação mandamental tem por escopo a emissão de uma ordem judicial no sentido de que o réu cumpra uma determinada obrigação. Na sentença mandamental o juiz ordena, manda e, esta ordem necessária à expedição de um mandado está contida na sentença mandamental. Por isso, diz-se que o elemento eficaz da sentença mandamental consiste em uma ordem que se executa na mesma relação processual e não em processo subsequente.

A sentença executiva *lato sensu*, por seu turno, é de acordo com Pontes de Miranda “aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*)”⁶⁷⁶. Há uma discussão em torno da legitimidade ou ilegitimidade da relação dominial existente entre o réu e determinado bem, sendo a própria sentença encarregada de realizar a alteração na linha discriminativa entre as duas esferas. Ao fixar a ilegitimidade da relação, a sentença executiva *lato sensu* já determina a retirada de valor do patrimônio do demandado e transferência para o patrimônio do autor. Assinala-se que o autor empregou a designação executiva *lato sensu* para diferenciá-la da execução por créditos.

Sem embargo de as ações mandamentais e executivas *lato sensu* conterem misturadas as atividades de cognição e execução na mesma relação jurídica, distinguem-se porque na sentença executiva *lato sensu* não há veiculação de ordem ao demandado, tal

⁶⁷³Id. Ibid., p. 21, 163 e 211.

⁶⁷⁴GOLDSCHMIDT, James. op. cit., p. 113-115.

⁶⁷⁵Diz Pontes de Miranda: “o elemento mandamental é o que pode causar mandamento do juiz, isto é, execução simultânea à sentença, fôrça – em vez de efeito, como se daria com o mandado para a execução de sentença. (...) o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. (...) Na sentença mandamental, o juiz não constitui: “manda”. (...) Na ação mandamental pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo não se pode pedir que dispense o mandado. (...) No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 163 e 211.

⁶⁷⁶Id. Ibid., p. 122.

como ocorre na mandamental, sendo cumprida com a imposição dos meios de subrogação, na mesma relação processual. Os auxiliares do juiz realizam os atos necessários para o cumprimento da decisão judicial e não o demandado.

A partir das lições de Pontes de Miranda, alguns doutrinadores⁶⁷⁷ buscaram identificar os traços característicos dos provimentos mandamentais, chegando à ilação de que o que caracteriza a sentença mandamental é o fato de estar ligada a meios de coerção indireta, bem como de haver veiculação de ordem ao demandado para que cumpra uma prestação de fazer ou se abstenha de praticar determinada conduta. Havendo descumprimento da ordem emanada pelo juiz, incidirá sobre o réu alguma medida coercitiva, além de estar perfectibilizado o crime de desobediência. Os meios de pressão psicológica têm por objetivo fazer com que o réu cumpra, por si, a determinada obrigação de fazer ou não fazer, não havendo substituição de sua atuação pelo emprego de outros meios.

O ponto diferencial entre as sentenças mandamental e a condenatória é que esta apenas conclama o réu a cumprir a obrigação contemplada no título, não havendo, por definição, qualquer ligação com os meios de coerção indireta ou aos poderes de império, porquanto está correlacionada à execução forçada. A sentença condenatória permanece, dessa forma, ligada ao princípio da incoercibilidade das obrigações e, por isso, não tem a aptidão para invadir de pronto a esfera do demandado, sendo necessário conclamá-lo para cumprir a obrigação. Já a sentença mandamental manda, ordena que se cumpra, sob pena de incidirem medidas coercitivas sobre o seu patrimônio ou sobre sua pessoa. Além disso, o descumprimento de uma decisão condenatória abre o caminho para a execução forçada, em processo ou fase subsequente desvinculada da demanda antecedente, enquanto que o descumprimento de uma mandamental acarreta a incidência das medidas coercitivas e a configuração do crime de desobediência. A condenatória não executa, apenas viabiliza a execução.

Recentemente, uma parcela da doutrina⁶⁷⁸ propôs que se alargue o conceito de sentença executiva *lato sensu* para além daquelas ações que discutam transferência de valor do patrimônio do demandado para o autor. Desse modo, dever-se-ia compreender como

⁶⁷⁷SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença mandamental. Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1988. p. 37-89; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.

⁶⁷⁸SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 112; TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 142; MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (arts. 83 e 84 do CDC), cit., p. 133.

executivas *lato sensu*, em sede de tutela inibitória, as decisões que se fizerem valer através de mecanismos de subrogação. Assim, haveria ordem, seguida de mecanismos de subrogação.

Com efeito, os dispositivos legais que viabilizam a concessão da tutela inibitória metaindividual estabelecem a possibilidade de o juiz ordenar um fazer ou não fazer, bem como de fixar medidas coercitivas e de subrogação para conferir efetividade à medida. Por tais motivos, a doutrina⁶⁷⁹, de forma majoritária, perfilha o entendimento segundo o qual o provimento judicial normalmente exarado para providenciar a tutela inibitória será, face às suas características, mandamental e, em alguns casos, executivo *lato sensu*.

Tal circunstância pode ser explicada pelo fato de que nas inibitórias negativas o que se pretende é uma abstenção, a qual é infungível, devendo ser realizada pelo demandado. Nestas, o conteúdo eficaz da sentença será mandamental. Já nas tutelas inibitórias positivas, em que se almeja a prática de um ato para evitar a ocorrência, a continuação ou a repetição de um ilícito, a sentença poderá ser mandamental ou executiva *lato sensu*, salvo quando a prestação for infungível⁶⁸⁰.

5.1. A sentença inibitória e o princípio da congruência

Como cediço, vige, como regra geral, no direito processual civil e do trabalho brasileiro, o princípio da congruência - também denominado da adstrição, da vinculação ou da correlação - entre o pedido deduzido na petição inicial e a sentença. Ensina Cândido Rangel Dinamarco⁶⁸¹ que a sentença prolatada pelo magistrado deve guardar correspondência com o pedido formulado pelo autor, não sendo facultado ao magistrado decidir de forma diversa, aquém ou além da pleiteada, sob pena de infringir o disposto nos artigos 128 e 460, do CPC⁶⁸².

⁶⁷⁹ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 381; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 110; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 185; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 345; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 332; SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 113; MARANHÃO, Clayton. op. cit., p. 126.

⁶⁸⁰ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 396.

⁶⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 138-139.

⁶⁸²CPC: Art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

CPC: Art. 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Outrossim, deve o juiz decidir de forma adstrita e em toda a extensão, o que foi pleiteado pelo autor, havendo congruência entre o pedido e o outorgado por meio da sentença. Ocorre, entretanto, que este princípio não vigora de forma absoluta no sistema pátrio, comportando algumas exceções. Uma destas exceções está expressa nos arts. 84, do CDC e 461, do CPC que autorizam o magistrado a adotar todas as medidas necessárias para obter o resultado prático equivalente ao do pedido pelo autor na exordial, ainda que diverso deste⁶⁸³.

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich⁶⁸⁴ preleciona que a rígida correlação entre pedido e causa de pedir não vigora quando se trata de ação civil pública de natureza inibitória, podendo o magistrado trabalhista, com fulcro nos arts. 84, do CDC e 461, do CPC, adaptar a tutela a ser prestada às necessidades do caso concreto. Dessa forma, afirma o autor, que o juiz, para dar efetividade à tutela inibitória, pode impor multa ou até determinar atos que representem intervenção na administração da empresa.

Inequivocamente, os poderes dos magistrados foram ampliados através das referidas normas, para autorizar-lhes a promover a adaptação do provimento jurisdicional às particularidades do caso concreto, visto que o resultado prático protegido pelo Direito é o que mais importa quando se trata de tutela específica de obrigações de fazer e de não fazer⁶⁸⁵. Evidencia-se, assim, o propósito do legislador de conferir ao processo a máxima efetividade à tutela das obrigações de fazer e não fazer, protegendo, sobremaneira, os direitos de caráter não patrimonial. O que norteia esta atenuação do princípio da congruência são os princípios da efetividade e instrumentalidade.

Deste modo, o juiz, diante do caso concreto, poderá empregar medidas distintas daquelas postuladas pelo autor para que seja possível outorgar a tutela específica das obrigações de fazer ou de não fazer ou o resultado prático equivalente. Há, na verdade, uma atenuação do princípio da congruência em nome do princípio da efetividade do

⁶⁸³ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 387; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 119; FABRE, Luiz Carlos Michele; LAVEZO, Taís. Tutela inibitória na ação civil pública trabalhista, cit., p. 5944; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 136; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 337. Em sentido contrário, sustentando não haver exceção ao princípio da congruência: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 156.

⁶⁸⁴ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*, cit., p. 387.

⁶⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 842-843.

processo, uma vez que o juiz pode adaptar ao caso concreto, outras providências distintas daquelas formuladas pelo autor para alcançar a tutela específica da obrigação pleiteada ou o resultado prático equivalente. Por conseguinte, a conversão de uma obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos deve ocorrer somente nos casos em que a tutela específica apresenta-se impossível, ante a prioridade da tutela específica.

Não por outro motivo, diz-se que a tutela inibitória, coletiva ou individual, prestada a partir do disposto no art. 84, do CDC ou 461, do CPC afigura-se fungível, porquanto as medidas pretendidas pelo autor para viabilizar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer são passíveis de adaptação às necessidades reveladas no processo. Basta que o autor individualize o pedido – obstar a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição- para que se tenha como certa a sua formulação. A forma como se fará para atingir-se este fim ficará sob o controle do magistrado a quem incumbe adotar todas as medidas possíveis para viabilizar a tutela específica pretendida pelo autor. A autorização legal para que o juiz converta uma obrigação em outra é feita para proporcionar ao autor uma tutela jurisdicional adequada às peculiaridades do caso concreto.

Note-se que a legislação faculta ao magistrado adequar tanto o pedido deduzido pelo autor, como as medidas executivas necessárias para obtenção da tutela específica requerida ou do resultado prático equivalente. Significa, portanto, que o juiz pode desconsiderar o pedido deduzido na petição inicial e converter uma obrigação em outra para propiciar a tutela mais adequada para o direito, cuja tutela se busca.

Sob outro prisma, a adoção de provimento ou de medidas diversas da postulada pode ser devida aos excessos colocados na peça de ingresso. Cumpre lembrar que o limite para conter a atuação do juiz em sede de tutela inibitória reside no princípio da necessidade, o qual encontra no princípio do meio idôneo e no da menor restrição possível os seus desdobramentos⁶⁸⁶. Ao mesmo tempo em que há o direito do autor em lograr a tutela mais adequada ao direito cuja tutela se busca, há o direito do réu de sofrer a menor restrição possível.

Owen Fiss⁶⁸⁷, ao abordar a temática das *injunctions*, afirma que juntamente com a impositividade, a plasticidade são as características mais marcantes deste tipo de medida.

⁶⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 134.

⁶⁸⁷FISS, Owen. As formas de justiça, cit., p. 92-93. No mesmo sentido: FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 210. BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 74; SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*, cit., p. 192; GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 18.

Na realidade, a flexibilidade das *injunctio*ns e o mecanismo de imposição de medidas de coerção garantem o sucesso e a efetividade das providências por elas impostas no que concerne à temática dos direitos difusos e coletivos, visto que faculta ao juiz adaptar as providências judiciais às particularidades do caso concreto. É importante que as *injunctio*ns sejam mais específicas possível, descrevendo a obrigação a ser cumprida pelo réu com o maior número de detalhes possível⁶⁸⁸.

O Tribunal Superior do Trabalho⁶⁸⁹ já chancelou a possibilidade de o Judiciário adotar providências diversas das postuladas, no bojo de ação civil pública com pedido de tutela inibitória, afastando a alegação de que se tratava de sentença *extra-petita*. Debatia-se no recurso de revista submetido à apreciação da Corte Superior Trabalhista, a extensão dos poderes do magistrado para determinar providências que não estavam incluídas dentre os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho. Adotando o mesmo entendimento das instâncias inferiores, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho consignou que “em se tratando de ação civil pública, mitiga-se o rigor das regras processuais concernentes à restrição imposta pelos pedidos formulados na petição inicial, que não se amoldam ao caráter peculiar da tutela jurisdicional quanto aos interesses metaindividuais”, para garantir a efetividade da sanção e da reparação da lesão a bens e direitos difusos e da coletividade. Deste modo, o Tribunal afastou a alegação de julgamento *extra petita* e de ofensa ao prescrito nos arts. 128 e 460, do CPC.

6. As medidas coercitivas e de apoio para efetivação da tutela inibitória metaindividual trabalhista

Os provimentos judiciais exarados em sede de tutela inibitória coletiva necessitam ser acompanhados de mecanismos capazes de garantir o seu cumprimento. Dessa forma, para a efetivação da tutela inibitória metaindividual trabalhista faz-se imprescindível o emprego de medidas coativas ou de subrogação.

As medidas coercitivas, de coação ou de pressão psicológica visam persuadir o obrigado para que este cumpra a obrigação determinada pelo provimento jurisdicional de forma espontânea. Seu papel é intimidativo. Tais medidas têm por objetivo pressionar o

⁶⁸⁸SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*, cit., p. 207.

⁶⁸⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª. Turma. Recurso de Revista nº 86800-62.2006.5.15.0039, julgado em 15.12.2010, publicado no DEJT em 04.02.2011, Rel. Des. Maria Doralice Novais.

demandado, inculcando-lhe o receio de ser sancionado para então fazê-lo adimplir espontaneamente a obrigação de fazer ou não fazer, de modo a impedir a consecução de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Os meios de subrogação, também denominados de medidas necessárias ou de apoio⁶⁹⁰, podem ser manejados para obter o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, independentemente da vontade do réu, visto que os atos que conduzem à tutela específica podem ser realizados por meio de terceiros, substituindo-se a ação do réu.

João Calvão da Silva diferencia os meios coercitivos e de subrogação, asseverando que enquanto aqueles atuam em nível de adimplemento, exercendo pressão psicológica sobre o demandado na busca de estimulá-lo a cooperar com o cumprimento da obrigação, estes, por sua vez, agem em nível de execução, prescindido da vontade e colaboração do réu para alcançar-se o resultado prático equivalente ao do adimplemento. As medidas coercitivas geralmente são aplicáveis aos casos de obrigações de fazer ou não fazer infungíveis, uma vez que as medidas de subrogação não são apropriadas a estes tipos de obrigações por serem efetivadas por meio de atividade de terceiro e não pelo próprio réu.

Destarte, ao conceder a tutela inibitória metaindividual, o magistrado empregará a força estatal para expedir uma ordem, acompanhada de medidas coercitivas, dirigida ao demandado para que cumpra uma obrigação de fazer ou não fazer e, assim, seja impedida a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição. Poderá o juiz, ainda, valer-se de medidas subrogatórias, as quais independem da vontade do demandado, sobretudo se os mecanismos coercitivos não forem suficientes para alcançar o adimplemento.

Com o emprego das medidas de coerção ou de subrogação almeja-se impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito. Demais disso, por via transversa, o manejo de medidas coercitivas ou de subrogação acaba concretizando o direito fundamental à duração razoável do processo⁶⁹¹, porquanto há a agilização do cumprimento das decisões judiciais.

O amparo legal para aplicação das medidas coercitivas e de apoio no direito brasileiro reside na esfera da tutela coletiva inibitória, no disposto do art. 11, da Lei

⁶⁹⁰A expressão medidas de apoio é utilizada por Cândido DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 160.

⁶⁹¹CF/88: Art. 5º. LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

7.347/85⁶⁹² e nos parágrafos 4º. e 5º. do art. 84, do CDC⁶⁹³. Estas disposições legais aparelham o magistrado de uma gama de medidas que pode ser manejada para viabilizar a tutela inibitória. Sem a utilização de tais medidas, a tutela inibitória coletiva restaria frustrada, uma vez que não haveria como garantir a imperatividade da decisão judicial e seu cumprimento.

Acrescente-se a isso que o parágrafo 5º, do art. 84, do CDC⁶⁹⁴ ainda prevê, de forma exemplificativa, que o juiz poderá 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.

Registra-se, por fim, que na eleição dos meios a serem empregados como forma de coagir o demandado a cumprir a tutela inibitória, o magistrado deverá guiar-se pelo princípio da proporcionalidade. A seguir serão analisadas as principais medidas coercitivas e de apoio elencadas pela legislação pátria.

6.1. Meios de coerção indireta

6.1.1. Sanção pecuniária (*astreintes*)

Uma das medidas coercitivas mais utilizadas para buscar conferir efetividade à tutela inibitória coletiva é a sanção pecuniária⁶⁹⁵. Esta sanção pecuniária, também

⁶⁹²Lei n°. 7.247/85: Art. 11: "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

⁶⁹³CDC: Art. 84: (...) "§ 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.

⁶⁹⁴CDC: Art. 84: § 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".

⁶⁹⁵Neste sentido já decidiu o Colendo TST: "(...) Independentemente da modalidade de tutela específica perseguida, tem-se que a efetividade, e mesmo a autoridade da decisão jurisdicional que a determina, fica condicionada à utilização de meios de coerção que efetivamente constringam o demandado a cumprir a prestação específica que lhe foi imposta. A multa cominatória já prevista no art. 11 da LACP, e que também encontrava respaldo no § 4º do artigo 84 do CDC, foi generalizada no processo civil pelo § 4º do

denominada multa coercitiva ou *astreintes*, tem por objetivo pressionar o demandado para que cumpra a obrigação de fazer ou não fazer, fixada na antecipação de tutela ou na sentença, impedindo a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição. Por isso, diz-se que se cuida de meio de coerção indireta para induzir o réu ao cumprimento da obrigação, não tendo por finalidade a estipulação prévia de valor destinado a reparar eventuais prejuízos sofridos pela parte autora⁶⁹⁶.

A sanção pecuniária imposta em decisão que concede a tutela inibitória metaindividual possui natureza processual, não se confundindo com a cláusula penal⁶⁹⁷. Em virtude de as *astreintes* não se confundirem com o instituto da cláusula penal, seu valor pode superar o da obrigação principal. A multa coercitiva é fixada pelo magistrado ao proferir a antecipação da tutela inibitória ou na sentença, de ofício ou a requerimento da parte, com base em algum critério de tempo ou, de forma fixa, para cada violação sucessiva⁶⁹⁸. Assinala-se que a multa diária não é a medida coercitiva mais adequada quando se pretende impedir a ocorrência de violações que se processam instantaneamente⁶⁹⁹.

Para que realmente exerça a função a que se destina e forçar o cumprimento espontâneo da obrigação, a multa deve ser arbitrada em valor capaz de intimidar o demandado. Deve o magistrado, outrossim, atentar para a capacidade econômica do réu para que a medida não seja frustrada⁷⁰⁰.

art. 461 do CPC e revela-se como instrumento pilar da ação civil pública, que hoje se constitui num dos mais efetivos meios de judicialização das violações de valores consagrados pela ordem constitucional (...)”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª. Turma. Recurso de Revista nº. 17200-94.2002.5.01.0002, julgado em 22. 08. 2012, publicado no DEJT em 11.10.2012, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello.

⁶⁹⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 842; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 159 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*, cit., p. 76; VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. *Efetivação das decisões judiciais antecipatórias, cautelares e inibitórias no processo do trabalho*, cit., p. 117.

⁶⁹⁷MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*, cit., p. 165; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. op.cit., p. 75. Importante consignar, nessa esteira, que a jurisprudência iterativa do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que a multa fixada em sede de tutela inibitória coletiva tem natureza processual e, por isso, não está limitada ao valor da obrigação principal. Neste sentido, conferir a respeito: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª. Turma. Recurso de Revista 9890100-15.2006.5.09.0069, julgado em 13.04.2011, publicado no DEJT em 29.04.2011, Rel. Min. Maria de Assis Calsing;

⁶⁹⁸FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 562.

⁶⁹⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84 CDC. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 107; VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. *Efetivação das decisões judiciais antecipatórias, cautelares e inibitórias no processo do trabalho*, cit., p. 117.

⁷⁰⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva, cit., 5. ed., p. 184; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 165; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 356.

No caso de descumprimento da obrigação contida na sentença inibitória metaindividual ou na antecipação de tutela e, por conseguinte, de incidência efetiva da multa, algumas questões interessantes apresentam-se.

A primeira refere-se à possibilidade ou não de o magistrado aumentar o valor da multa imposta inicialmente, bem como modificar o critério estabelecido. De acordo com o prescrito pelo § 6º, do art. 84, do CDC, o magistrado possui uma margem de discricionariedade para ampliar o montante, acaso não esteja surtindo o efeito buscado que é o do cumprimento da obrigação. Frisa-se que o juiz também poderá reduzir a quantia fixada a título de multa com base em decisão fundamentada, na qual sejam justificados os motivos de tal alteração. Na Itália, este posicionamento também é defendido por Aldo Frignani⁷⁰¹.

A segunda trata do momento a partir do qual a multa é devida. O juiz fixará, na medida antecipatória da tutela inibitória metaindividual ou na sentença, o termo inicial a partir do qual será exigida a multa. Assinala-se que o § 2º, do artigo 12, da Lei nº. 7.347/85 é explícito no sentido de que “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Importa dizer que sem embargo de a multa ser exigível desde a data em que se constatar o descumprimento da obrigação, a sua cobrança ocorrerá apenas em momento posterior ao trânsito em julgado.

Este dispositivo legal deixa claro que a incidência da multa se dá desde o momento fixado pelo magistrado, seja na antecipação de tutela ou na sentença, e ainda, que somente será devida na hipótese de ter sido o feito julgado procedente. Tratando-se de obrigação de fazer que necessite de tempo para ser concretizada, o juiz deverá considerar esta circunstância e assinar prazo razoável para o seu cumprimento, findo o qual, se não ocorrer o adimplemento, incidirá a multa. Esta é a prescrição constante no parágrafo 4º, do art. 84, do CDC.

O posicionamento adotado legalmente merece críticas, uma vez que a imposição da multa tem por objetivo garantir a autoridade das decisões judiciais e, assim, sua exigibilidade não deveria estar vinculada ao resultado final do processo. Ora, se em um momento havia uma decisão que impunha uma multa ao réu, com o fito de fazê-lo cumprir

⁷⁰¹FRIGNANI, Aldo. op. cit., p.563.

uma certa obrigação de fazer ou não fazer, permanece o interesse do Estado em resguardar a autoridade das decisões do Poder Judiciário, ainda que o resultado final seja diverso daquele constante na decisão que determinou a incidência da multa.

A terceira diz respeito ao destinatário da multa aplicada em ação civil pública que concedeu tutela inibitória. Nos moldes do preconizado pelo art. 13 da Lei nº. 7.347/85, “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Portanto, o destinatário da multa eventualmente aplicada, não será o legitimado ativo, mas reverterá em benefício da sociedade, através do envio dos valores ao fundo de direitos difusos e coletivos⁷⁰² que, no caso trabalhista, é o Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Na Itália, o direito do trabalho consagra disposição de vanguarda ao permitir, explicitamente, a imposição de *astreintes* para garantir o cumprimento de tutela inibitória concedida para inibir a prática discriminatória entre homens e mulheres no trabalho, consoante previsão dos arts. 15 e 16, da Lei nº. 300/1970⁷⁰³.

6.1.2. A prisão

Debate-se acerca da viabilidade da utilização da prisão como medida coercitiva para obter-se o cumprimento dos provimentos que concederem a tutela inibitória metaindividual, sobretudo diante do preconizado pelo art. 5º, LXVII, da CF/88, o qual prescreve que “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável e obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A questão é complexa e divide a doutrina. Há quem sustente a inviabilidade da prisão como meio de coerção indireta, ao fundamento que o citado dispositivo constitucional veda a prisão por dívida⁷⁰⁴. Esta corrente doutrinária fortaleceu-se na esteira de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário nº. 436343/SP, bem como a partir da edição da Súmula vinculante nº. 25 que estabelece ser

⁷⁰²MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 469.

⁷⁰³MASTINU, Enrico Maria. *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, cit., p. 74.

⁷⁰⁴Não admitem a prisão como medida coercitiva: THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 16.

“ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

De outra banda, encontram-se autores que argumentam ser possível o emprego da prisão como medida coercitiva indireta, ao fundamento de que o referido artigo constitucional impede a prisão civil por dívida e, no caso de descumprimento de ordem inibitória, o que se tem é prisão decorrente da desobediência da ordem e não oriunda de dívida⁷⁰⁵. Não se tratando de prisão por dívida, aduzem os adeptos desta vertente interpretativa, estaria autorizada a prisão por desobediência por força do disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88 e do parágrafo 5º, do art. 84, do CDC que autoriza o juiz a adotar todas as medidas necessárias para alcançar-se o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Salientam estes doutrinadores, todavia, que a prisão deve ser empregada como última medida para alcançar-se o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Importante notar que esta prisão é diversa da propugnada em caso de dívidas, haja vista que tem por fito salvaguardar a autoridade das decisões do Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe⁷⁰⁶ é um dos autores que defendem a viabilidade da imposição da prisão como medida coercitiva a ser manejada em virtude de “ato de desprezo à dignidade da justiça ou atos que embarassem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito”.

Neste rumo, releva registrar que a tendência da legislação pátria em admitir a imposição de prisão em decorrência do descumprimento de ordem judicial, podendo-se citar como exemplo o disposto no art. 26, da Lei do Mandado de Segurança⁷⁰⁷ - ação que quando preventiva pode exercer as funções de tutela inibitória - que preceitua constituir crime de desobediência, o não cumprimento de ordens judiciais que determinam o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

⁷⁰⁵PIMENTA, José Roberto Freire. Admitindo a prisão civil decorrente de crime de desobediência. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região*, Belo Horizonte, v. 27, n. 57, p. 149, jul./dez. 1997; VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. *Efetivação das decisões judiciais antecipatórias, cautelares e inibitórias no processo do trabalho*, cit., p. 133; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, cit., 5. ed., p. 199; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 213 e Id. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 394; POZZOLO, Paulo Ricardo. op. cit., p. 185; BAUERMANN, Desirê. op. cit., p. 134; TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 163-164; FUX, Luiz. op. cit., p. 359, nota 415.

⁷⁰⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 847.

⁷⁰⁷Lei nº. 12.016/2009: Art. 26: “Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis”.

Na Itália, em termos de tutela inibitória metaindividual trabalhista típica, a ação de cessação da conduta antissindical prevê expressamente a configuração do crime de desobediência para a hipótese de descumprimento pelo empregador da ordem consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer⁷⁰⁸. O parágrafo 4º, do art. 28 do Estatuto do Trabalhador italiano faz alusão expressa ao crime prescrito no art. 650, do Código Penal. Incorre neste crime o empregador que “não observa uma decisão judicial legalmente pronunciada pela autoridade por motivo de justiça ou de segurança pública, ou de ordem pública ou de higiene”. Antonio Vallebona⁷⁰⁹ salienta que a efetividade da medida não reside na pena em si, que é de no máximo três meses de prisão ou multa, mas advém da certeza da instauração de processo penal e do fato de a conduta do empregador estar, desde então, sob a atenção de todos.

Nesta esteira, há idêntica previsão de sanção penal para a hipótese de descumprimento da tutela inibitória coletiva concedida com a finalidade de impedir a continuação ou repetição de conduta discriminatória entre homens e mulheres no exercício do trabalho, com dimensão coletiva (art. 37, parágrafos 4 e 5, da Lei nº. 198/2006)⁷¹⁰.

Insta destacar, ademais, que em termos de tutela inibitória atípica, alguns autores⁷¹¹ que a defendem vêm sustentando a necessidade de construção de um sistema coercitivo para o adimplemento da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, no qual teria cabimento o emprego da prisão como medida de pressão para impor o cumprimento da tutela inibitória.

7. A coisa julgada na tutela inibitória metaindividual trabalhista

A temática da coisa julgada nas ações inibitórias trabalhistas é deveras difícil e gera uma série de discussões, as quais, em virtude dos propósitos deste estudo, não serão tratadas. Cumpre apenas assinalar alguns aspectos relevantes que permeiam o assunto.

⁷⁰⁸PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavoratori*, cit., p. 185; DIANA, Antonio Gerardo. *Procedimenti cautelari e possessori*, cit., p. 693 e 934; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 244.

⁷⁰⁹VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale*, cit., v. 1, p. 325.

⁷¹⁰MASTINU, Enrico Maria. op. cit., p. 114-115; DIANA, Antonio Gerardo. op. cit., p. 938; RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 244.

⁷¹¹FRIGNANI, Aldo. op. cit., p. 592; MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, cit., p. 269; PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*, cit., p. 151-152; RAPISARDA, Cristina. op. cit., p. 244.

Em termos de limites subjetivos da coisa julgada, a tutela inibitória segue os lineamentos traçados pelo microsistema de tutela coletiva, no art. 103, do CDC⁷¹², não havendo celeuma doutrinária. Dessa forma, a coisa julgada será *erga omnes* no caso de direitos difusos e, tratando-se de direitos individuais homogêneos mas apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores ; *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe de pessoas na hipótese de direitos coletivos.

Relacionada aos limites subjetivos da coisa julgada, há que se mencionar também a possibilidade de a sentença inibitória atingir terceiros. Cuida-se dos casos nos quais os efeitos da sentença operam-se em relação a terceiros que não estão congregados na coletividade que se busca tutelar na ação. No direito metaindividual do trabalho, esta situação é comum nas hipóteses em que há fraude e em que nem todos aqueles que dela se beneficiam figuram na ação. À guisa de exemplo pode-se citar uma ação civil pública com pedido de tutela inibitória aviada contra uma falsa cooperativa, que possui um sem número de tomadores que não foram incluídos como partes no feito e na qual se postula que esta se abstenha de fornecer mão-de-obra a terceiros ou de manter a contratação. A concessão da tutela inibitória implicará que todas as empresas terceiras que não figuraram no processo sejam atingidas pelos efeitos da sentença, uma vez que estarão impedidas de seguir contratando com aquela determinada cooperativa. Para as empresas que não possuem contratos também recairá o impedimento de contratá-la.

No concernente aos limites objetivos da coisa julgada é que se situam as maiores dificuldades. Uma questão interessante que pode surgir quando se trata de limites objetivos da coisa julgada na tutela inibitória coletiva, atina à improcedência por insuficiência de provas. Como já se afirmou alhures, a prova na ação inibitória coletiva é extremamente complexa e difícil, podendo levar o juiz a entender que o autor não logrou provar o justo receio da prática, continuação ou repetição de ato ilícito e, assim, julgar improcedente a ação coletiva. Assim, pode ocorrer de uma nova ação, com idênticos pedidos e causa de pedir, mas com distinto material probatório ser intentada pelo mesmo legitimado coletivo

⁷¹²CDC: Art. 103: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

ou pelos demais, fazendo emergir a indagação acerca da sua viabilidade ante a existência ou não de coisa julgada.

Impende salientar que a doutrina controverte-se a respeito da caracterização do julgamento de improcedência por insuficiência de provas. Há autores que afirmam a necessidade de o juiz pronunciar-se explicitamente ou implicitamente, na motivação ou no dispositivo, no sentido de que a razão do julgamento de improcedência decorre da insuficiência ou deficiência de provas⁷¹³. Esta posição parte da premissa segundo a qual as sentenças em ações coletivas, via de regra, fazem coisa julgada. Uma outra vertente interpretativa adota como ponto de partida pressuposto diametralmente oposto, de modo que entendem que como regra geral haverá julgamento de improcedência por insuficiência de provas, já que no mais das vezes o juiz necessita decidir com base na regra de repartição dos encargos probatórios. Acrescentam os adeptos desta corrente, que o objetivo da regra é impedir processos fraudulentos que comprometam os direitos transindividuais. Desse modo, apenas nas hipóteses em que o juiz expressamente aduzir que seu convencimento está assentado nas provas produzidas pelo réu, haveria coisa julgada. Há, ainda, um terceiro posicionamento segundo o qual o critério para analisar se se está diante de um julgamento por insuficiência de provas substanciais e não formais⁷¹⁴. Portanto, em todas as oportunidades em que for proposta nova ação com provas distintas das apresentadas na ação anterior, o cotejo das duas evidenciará que o primeiro julgamento foi baseado em insuficiência de provas. Entende-se que esta posição está mais alinhada com os propósitos e fins que norteiam a ação coletiva e é, em sede de tutela inibitória, a que mais atende aos interesses da sociedade.

Sobre o mesmo tema, uma outra divergência instaurou-se acerca do que se deve entender como nova prova. De um lado, formou-se uma corrente mais restritiva, sustentando que nova prova somente pode ser aquela que inexistia ao tempo da propositura da primeira ação⁷¹⁵. De outra banda, uma vertente mais liberal aduz que nova prova é aquela que não foi apresentada na primeira demanda, independentemente de existir ou não

⁷¹³GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 927.

⁷¹⁴GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 134.

⁷¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., cit., p. 927.

àquela época⁷¹⁶.

Os casos de improcedência por insuficiência de provas possuem regramento específico nos moldes traçados pelo art. 103, do CDC (coisa julgada *secundum eventum probationis*). Com efeito, a improcedência por insuficiência de provas de ação civil pública, com pedido de tutela inibitória de direitos difusos e coletivos, não faz coisa julgada material. Por conseguinte, diante de nova prova, o mesmo autor coletivo ou qualquer um dos demais legitimados poderá ingressar com outra ação, cujos pedidos e fundamentos sejam idênticos ao da ação anterior.

Ao tratar-se da temática da coisa julgada da sentença inibitória, o limite temporal apresenta-se como uma questão de grande relevância. O cerne do problema atina à possibilidade ou não de haver a vinculação do réu ao cumprimento de uma tutela inibitória coletiva sem que se fixem limites temporais para tanto.

O comando da sentença inibitória – mandamental ou executivo *lato sensu* - opera para o futuro, uma vez que é escopo desta ação proibir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito. Tratando-se de tutela eminentemente preventiva, a sentença inibitória terá eficácia pelo período de tempo necessário para garantir a incolumidade do direito para o qual se buscou proteção. Destarte, estando-se perante relação jurídica continuativa, a eficácia da sentença inibitória deve perdurar, visto que a tutela inibitória fora concedida não apenas em face de um ato do réu, mas de um comportamento repudiado pela ordem jurídica e que pode tornar-se continuativo e repetitivo. Protraindo-se no tempo a relação jurídica, a eficácia da sentença igualmente manter-se-á. Pode ocorrer, então, de a tutela inibitória tornar-se ilimitada no tempo.

Joaquim Felipe Spadoni⁷¹⁷ aduz no que tange à eficácia mandamental ou executiva *lato sensu* da sentença inibitória que “permanecem vigorantes pelo período em que se mostrarem necessárias para a adequada tutela do direito declarado na decisão. Se o direito e a correlata obrigação forem de caráter duradouro, assim será a eficácia da sentença. Enquanto ela tiver aptidão para inibir o ato antijurídico outrora ameaçado, a sua eficácia se mantém”.

⁷¹⁶GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 134.

⁷¹⁷SPADONI, Joaquim Felipe. op. cit., p. 129.

CAPÍTULO IV. A TUTELA INIBITÓRIA METAINDIVIDUAL TRABALHISTA E A TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA MODERNIDADE

1. A crise de efetividade do processo

Muito embora tenha sido contemplada no texto constitucional uma série de direitos fundamentais, há uma enorme dificuldade de concretizá-los no mundo da vida, notadamente os direitos sociais, econômicos e culturais⁷¹⁸. Esta constatação é facilmente extraída de uma simples análise da realidade brasileira que evidencia, de forma paradoxal ao incremento da tecnologia, um aumento extraordinário da exploração da força de trabalho e das novas formas de precarização do trabalho humano⁷¹⁹. Como consequência deste cenário de desrespeito aos direitos insculpidos pela ordem jurídica, uma crescente exclusão social vai ganhando força.

Essa conjuntura, marcada por entraves para a concretização dos direitos, lança luzes sobre o problema da efetividade do processo trabalhista que inquestionavelmente não tem sido capaz de fazer frente às novas exigências sociais. De fato, a jurisdição trabalhista, em seus aspectos individual e coletivo, não vem funcionando como um mecanismo viabilizador dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ao contrário, a inefetividade que assola o processo trabalhista tem contribuído para ampliar o abuso do poder econômico e

⁷¹⁸De acordo com Ari Possidonio Beltran “os direitos sociais, na atualidade, dividem-se em quatro círculos concêntricos: a) o primeiro círculo é o dos direitos sociais “universais”, garantidos a todos independentemente de qualquer trabalho. Essa cobertura “universal” tem um perímetro variável de acordo com os países europeus. Ela se realiza mais ou menos em matéria de seguro saúde; fica em estado de formulação de princípio para que o concerne o direito à formação profissional; b) o segundo círculo é o dos direitos fundados no trabalho não profissional (cuidar do outro, autoformação, trabalho beneficente, etc.). Pois o Direito do Trabalho não desconhece esse tipo de trabalho. Numerosos textos vinculam direitos ou vantagens sociais ao exercício de uma atividade socialmente útil (isto é, de um trabalho não profissional: ex. Vantagens da aposentadoria vinculadas à educação de crianças; cobertura para acidentes do trabalho para certas atividades beneficentes, etc.); c) o terceiro círculo é o do direito comum da atividade profissional, do qual certos fundamentos já fazem parte do direito comunitário (por exemplo, higiene e segurança); d) o quarto círculo é o do direito próprio do trabalho assalariado (o emprego), que deveria conter somente disposições ligadas diretamente à subordinação e dar lugar a uma gradação dos direitos em função da intensidade dessa subordinação”. BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*, cit., p. 201.

⁷¹⁹FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Prefácio. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, Constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008. p. 10.

legitimar, pelo decurso do tempo, situações que aviltam a dignidade do homem trabalhador.

Isso posto, é incontestável que a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores depende, em grande medida, de um processo que esteja apto a responder com efetividade aos anseios da sociedade pós-moderna e consiga operar em um contexto de intensas e velozes mudanças. Para tanto, faz-se necessário que os principais institutos da teoria processual – jurisdição, ação e processo – evoluam em sincronia com as mutações sociais⁷²⁰. A comunicação havida entre o Direito, a sociedade, a política e a economia reclama uma evolução dinâmica e contínua do Direito e de seus institutos, sob pena de entrar em colapso e não mais servir à sociedade como método de concretização dos valores e objetivos plasmados na ordem constitucional⁷²¹.

No entanto, o que se verifica é que, apesar de a sociedade ter-se modificado radicalmente,⁷²² a ideologia do processo permaneceu inalterada, ocasionando o seu anacronismo e a incapacidade de tutelar os direitos fundamentais, bem como servir como instrumento de realização de direitos. Em virtude de o processo não ter evoluído com dinamicidade e em compasso com as transformações vivenciadas pela sociedade, ele está servindo para consolidar interesses outros que não os eleitos pela ordem constitucional. Não somente o direito processual, mas o Direito como um todo deixou de ser encarado como uma ciência humana que deve evoluir em compasso com a sociedade a que serve.

A inefetividade do processo deixa claro que a tentativa de isolamento do Direito como um todo em relação aos demais setores sociais – econômico, político e cultural- é factível apenas no campo teórico, dada a constante interação havida entre eles. Na verdade, a ideologia racionalista ainda prevalente impede que se constituam novas fórmulas realmente efetivas para bem tutelar o direito material, relegando ao esquecimento a dinâmica que reveste o fenômeno processual.

É certo que, para compatibilizar o processo com as novas situações e relações jurídicas da contemporaneidade, algumas mudanças substanciais já foram concretizadas no direito brasileiro. A estruturação do microssistema de tutela coletiva, bem como a

⁷²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 21

⁷²¹CAPPELLETTI, Mauro. As ideologias no direito processual. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. v. 1, p. 54.

⁷²²BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós Ibérica Ediciones, 2008. p. 23.

consagração da tutela inibitória foram as mais relevantes inovações do tempo presente. Entretanto, não foram suficientes para demover o quadro de inefetividade que envolve a jurisdição no Brasil, fato este que se deve, em grande medida, a fatores culturais e ideológicos consolidados na esfera jurídica.

Dessa forma, a crise de efetividade em que está imersa a jurisdição brasileira como um todo e não apenas a trabalhista, bem como a dificuldade de trabalhar-se com uma autêntica tutela preventiva como a inibitória pura, principalmente no campo dos direitos transindividuais, impõe uma reflexão acerca dos postulados sobre os quais está assentado o sistema processual pátrio. Tal análise passa necessariamente pela ideologia do processo e pela formação jurídico-cultural dos operadores do direito brasileiro que ainda permanecem vinculados a princípios e valores de um sistema já ultrapassado e insustentável na atualidade.

Uma abordagem desta ordem justifica-se na medida em que os pressupostos dogmáticos que compõem o paradigma de processo determinam modos de pensar e atuar que têm incidência não somente sobre o processo individual como também sobre o coletivo e comprometem o desenvolvimento de novos institutos, como o da tutela inibitória metaindividual.

2. O paradigma informador do Direito na modernidade

Importa consignar que se compreendem como pressupostos de um paradigma, segundo preleciona Thomas Kuhn⁷²³, as ideias, crenças, valores, hipóteses e concepções reputadas como verdades indiscutíveis por uma comunidade científica e sobre as quais se alicerçam e constroem as ciências. Estas premissas que estão na base de qualquer ciência não são questionadas pelas pessoas que integram uma comunidade jurídica, constituindo-se em modelos a partir dos quais se processam os ensinamentos e nasce qualquer estudo.

Sendo assim, vão se consolidando as verdades científicas que passam a ser os pontos de partida desde os quais são enfocados e resolvidos os problemas. Com apoio

⁷²³KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1992, especialmente p. 80-89; 149, 269 e 272. Sobre a ideia de paradigma na Ciência do Direito, conferir a respeito: FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito em uma sociedade em mudança*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988. p. 13-30.

nestas verdades científicas, são construídas as compreensões sobre certa ciência. Um paradigma implica uma teoria básica detentora de consenso entre os membros de uma comunidade científica. Qualquer ciência está comprometida com um paradigma.

De tempos em tempos, quando não se consegue mais obter soluções satisfatórias utilizando as premissas sobre as quais se assenta o paradigma, este entra em crise. O paradigma passa, ele mesmo, a ser o responsável por engendrar uma série de problemas. Em vez de se obterem soluções através das aplicações das regras em vigor, passa-se a aceitar outras, pertinentes a teorias diferentes. Neste contexto, o paradigma entra em crise e novos paradigmas se apresentam dando respostas aos problemas, passando a ser parcialmente aceitas pela comunidade científica. A partir daí, a ciência progride e acontecem as revoluções científicas que justificam a substituição de um paradigma por outro.

Dessa forma, a compreensão autêntica das possibilidades de superação do paradigma informador do Direito na modernidade, exige que se investigue, ainda que em linhas gerais, dados os limites deste trabalho, como o direito processual foi concebido e consolidou-se como ciência até chegar aos dias de hoje.

2.1. Premissas teóricas do paradigma informador do Direito na modernidade

2.1.1. O cientificismo do Direito e o culto ao valor segurança

O direito foi concebido como ciência em um momento da história que se convencionou denominar de modernidade, tendo sofrido os influxos dos valores dominantes nesta época. A modernidade caracterizou-se por um processo de racionalização da sociedade e da cultura que emergiu na Europa no século XVI⁷²⁴ e espalhou-se posteriormente para outras partes do mundo. Com o advento da época moderna, houve um rompimento com os costumes e com a história precedentes, gerando mudanças profundas nos padrões culturais, sociais e econômicos até então vigentes.

⁷²⁴WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha.. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1967. p. 227-229. Vale registrar que Anthony Giddens entende que a modernidade surgiu no final do século XVII. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991. p. 11.

Segundo Boaventura de Sousa Santos⁷²⁵, o projeto sócio-cultural da modernidade estava assentado em dois pilares fundamentais: o da emancipação e o da regulação. O pilar da emancipação estruturou-se pela racionalidade da cultura e da ciência e o da regulação, basicamente pela figura do Estado.

Os pensadores que defendiam esse novo projeto afirmavam que, através da racionalização e do conhecimento crítico, a sociedade alcançaria o progresso e a libertação. Em face disso, a moral foi desvinculada da religião preconizando-se que ela era oriunda de princípios gerais, cujo caráter era universal⁷²⁶. Com a universalização, as normas tinham a aspiração de valerem para todos independentemente de outras circunstâncias, porquanto os homens deveriam ser considerados iguais pelo simples fato de fazerem uso da razão⁷²⁷. Assim, a autonomia da razão foi compreendida como o meio de emancipação do homem e de seu desenvolvimento material e moral.

Pregavam os estudiosos da época que o método científico era a única fonte válida de conhecimento. Surgiu, portanto, uma concepção diferenciada de método e de ciência, calcada na razão humana e no raciocínio⁷²⁸. René Descartes (1596-1650), que foi o grande expoente deste novo método, valeu-se do método aplicado à matemática para estendê-lo às demais áreas do conhecimento, com exceção daquelas relacionadas à vida prática⁷²⁹. Importa dizer com isso que em seu pensamento havia a distinção entre os métodos a serem aplicados às ciências teóricas e às ciências práticas, tidas como aquelas relacionadas com as ações de nossa vida, dentre as quais se imagina deveria enquadrar-se o Direito⁷³⁰.

Através do raciocínio dedutivo – próprio da matemática - aplicado aos vários ramos do conhecimento, teve origem a lógica moderna⁷³¹. Portanto, o modelo da matemática forneceu à ciência moderna o método de investigação e de representação. Foi a consagração da noção de evidência como característica da razão, haja vista que, segundo Descartes, apenas o que era evidente – aquilo que é claramente perceptível e comprovável - poderia ser reputado como verdadeiro. Os objetos de investigação da ciência deveriam ser

⁷²⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.77.

⁷²⁶ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 232.

⁷²⁷Id. *Ibid.*, p. 246.

⁷²⁸SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 2010. p. 22.

⁷²⁹PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 2-3.

⁷³⁰*Ibidem*

⁷³¹VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, cit., p. 247.

passíveis de representação, assim como ocorre com a matemática.

A propósito, Chaïm Perelman⁷³² anota que “o raciocínio *more geometrico* era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência. De fato, uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, mas deve elaborar um sistema de proposições necessárias, que se impõe a todos os seres racionais e sobre o qual o acordo é inevitável”.

Uma das premissas do método cartesiano era reduzir a complexidade dos objetos ao máximo, pois, de acordo com a teoria de Descartes, somente assim seria possível conhecê-los. Descartes separou a teoria da prática, devendo o pensamento estar de um lado e a natureza e os fatos, de outro. Segundo seu pensamento, era necessário haver uma pureza e uma fragmentação das coisas para poder dominá-las. Desse modo, a razão e a ciência poderiam conferir respostas certas e seguras a todas as indagações⁷³³. As proposições seriam certas ou erradas, verdadeiras ou falsas.

A ciência deveria buscar, outrossim, a certeza e a verdade das coisas através do pensamento e do raciocínio. A verdade e a certeza constituíram-se, portanto, em objetivos da ciência. Por este motivo, a visão de mundo calcada na experiência e na superstição foi totalmente repudiada. O cientista haveria de ser neutro, bastando estar capacitado para descobrir a verdade das coisas através da razão. As experiências e as aparências que se tinha das coisas teriam de ser abandonadas, uma vez que não eram tidas como aptas a conferir a certeza e a verdade, as quais somente poderiam ser atingidas por meio da razão. Descartes⁷³⁴ reputava como “bem perto do falso tudo que fosse só provável”, mas isso, de acordo com sua teoria, era aplicável às ciências teóricas e não às práticas como explica Chaïm Perelman⁷³⁵.

A técnica deveria predominar em detrimento daquilo que simplesmente era fruto de observação. Caberia, então, ao cientista analisar o objeto de estudo, extraíndo-se dele a sua essência e representá-la. Em consequência, somente poderia ser considerado científico aquilo que fosse passível de comprovação experimental e de quantificação e representação,

⁷³²PERELMAN, Chaïm. op. cit., p. 2.

⁷³³VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 605.

⁷³⁴DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 18.

⁷³⁵PERELMAN, Chaïm. op. cit., p. 2-3.

o que se alcança através do intelecto humano⁷³⁶.

Nesta época, havia uma necessidade de suplantar-se os valores e as inseguranças – especialmente aquelas oriundas das decisões judiciais⁷³⁷ - atinentes ao Estado Absoluto. O Estado liberal precisava consolidar-se como centro de poder e viabilizar o convívio entre as diferentes vertentes religiosas e culturais. O Estado tinha a incumbência de proporcionar a estabilidade das relações e a segurança necessárias para que fosse possível aos homens de negócio construir o mundo industrial⁷³⁸.

À filosofia coube o papel de elaborar discursos legitimadores do Direito como ciência teórica, obra da razão humana e não como ciência prática, relacionada às ações da vida. Com este escopo, as correntes filosóficas do positivismo – fruto do racionalismo da modernidade - imaginaram que a criação de um Estado supostamente neutro quanto a valores seria a solução capaz de promover a almejada harmonia. O mecanismo encontrado para alcançar tal desiderato foi o Direito.

Portanto, para encontrar a paz, tais vertentes filosóficas valeram-se do Direito⁷³⁹. Desde então, iniciou-se uma luta para conceber o Direito como ciência teórica, capaz de ser dominada pela razão humana e despida de quaisquer valores. Sendo o Direito uma ciência teórica, não seria contaminada pelos antagonismos e contradições próprios das relações sociais. O Direito, como meio puramente técnico neutro a valores, poderia proporcionar a almejada convivência entre as diferenças e contradições existentes na sociedade. Nesta perspectiva, ao Estado caberia a função de fazer valer um mínimo ético válido para todos os indivíduos, razão pela qual lhe foi conferido o monopólio da produção das normas, da distribuição do direito e do uso da violência⁷⁴⁰.

A filosofia Kantiana⁷⁴¹ sustentava uma diferenciação estanque entre os mundos do “ser” (matéria) e do “dever ser” (forma), com o objetivo de construir-se um Direito apenas conceitual sem qualquer vinculação com o plano dos fatos. O Direito, como produto da razão humana, pertenceria ao mundo do ser, não tendo relação com os fatos. A razão

⁷³⁶LOYD, Dennis. *A idéia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 125.

⁷³⁷FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 72.

⁷³⁸SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 11.

⁷³⁹FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 49.

⁷⁴⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, cit., p. 77.

⁷⁴¹SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, cit., p. 22.

formadora do sistema jurídico seria aquela atinente às ciências da natureza⁷⁴².

Foi neste momento que começou a ocorrer a separação entre Direito, Justiça e política. O Direito deixou de ser visualizado como um fenômeno cultural, relacionado ao mundo prático, concreto para ser concebido como pura técnica, devendo guardar distância da realidade dos fatos. O elo com a Justiça foi perdido, e o Direito passou a ser percebido de modo abstrato e composto exclusivamente por uma série de conceitos que aspiram à eternidade e, a partir dos quais, é possível extrair-se juízos lógicos⁷⁴³. O Direito, para ser uma verdadeira ciência, não deveria manter qualquer relação com o mundo dos fatos e com tudo que nele se passa.

Distanciando-se o Direito da justiça e da política estaria garantida a almejada segurança, reputada como indispensável para o Estado moderno, bem como estaria engendrado o alicerce para que o Direito fosse considerado uma ciência. O Direito, agora, poderia ser estudado como objeto autônomo e a partir daí seria viabilizada a construção da teoria jurídica sobre bases científicas⁷⁴⁴.

Percebe-se, com isso, que o valor segurança se sobrepôs ao valor justiça e o estudo do Direito começou a ser feito somente no plano normativo, dispensando-se a consideração sobre os fatos envolvidos no caso concreto a ser investigado pelo jurista. Destarte, a consequência mais direta da separação entre Direito e política foi o distanciamento do jurista em relação à realidade concreta e a cientificação do Direito que, a partir de então, passou a ser considerada uma ciência explicativa, teórica e não uma ciência prática, da compreensão, construída culturalmente⁷⁴⁵.

Em face disso, o Direito, em suas linhas estruturais, deveria ser compreendido a partir de conceitos jurídicos abstratos que teriam vocação para serem imutáveis e eternos, da mesma forma como ocorre com a matemática, cujas verdades são incontestáveis. Deveria o Direito conferir um mínimo de previsibilidade. Como diz Franz Wieacker⁷⁴⁶ “a pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis

⁷⁴²VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, cit., p. 249.

⁷⁴³SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*, cit., p. 9 e 50.

⁷⁴⁴LOYD, Dennis. op. cit., p. 124.

⁷⁴⁵SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*, cit., p. 7 e 43.

⁷⁴⁶WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 288.

com a imutabilidade das deduções matemáticas”.

Essa transferência do Direito para o campo das ciências exatas não se deve a Descartes, mas aos filósofos matemáticos – especialmente Spinoza e Leibniz-, posteriores a Descartes⁷⁴⁷. Para estes filósofos, apenas o método da matemática seria apto a revelar a verdade e, em virtude disso, deveria ser utilizado pelas outras áreas do conhecimento, incluindo-se aí o Direito. Sustentavam os aludidos filósofos que o Direito é semelhante à matemática na medida em que a aplicação da lei pelo jurista é deduzida de um texto legal preexistente, bem como é realizada levando em conta premissas, cujas bases são inquestionáveis⁷⁴⁸.

Assim, o culto à segurança e à ideia de que era necessária a obtenção de verdades claras através do Direito acarretou o rompimento com a realidade da vida e com o mundo dos fatos. O Direito, entendido como pura lógica e desconectado da realidade social, foi afastando-se do seu verdadeiro sentido e do papel que ele deveria desempenhar. Michel Villey⁷⁴⁹ assevera neste sentido que “a maior parte das “lógicas do direito” não pretende tratar de raciocínios próprios aos juristas. Trata-se antes da lógica comum das ciências. É uma ambição contemporânea buscar a unidade da ciência, estendendo às ciências humanas os métodos das ciências físicas”.

Como se observa, as filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII foram extremamente importantes para a consolidação de um direito positivo assentado nos ideais de segurança e certeza que se sedimentou, posteriormente no século XIX, por meio das grandes codificações. Através da crescente identificação do Direito com a lei escrita, alcançava-se a almejada segurança. A lei constituiu-se, sem dúvida, no elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito⁷⁵⁰.

O distanciamento da ordem jurídica em relação ao mundo da vida e das demais áreas do conhecimento, especialmente da História, conduziu à dogmatização⁷⁵¹ do Direito e

⁷⁴⁷WIEACKER, Franz. op. cit., p. 51.

⁷⁴⁸VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, cit., p. 246.

⁷⁴⁹Id. Ibid., p. 246.

⁷⁵⁰ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 185.

⁷⁵¹“(…) a dogmática jurídica se apresenta como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal. (...) Portanto, se apresenta como uma construção teórico-objetiva e rigorosa, uma elaboração conceitual do direito vigente sem nenhuma indagação acerca de sua instância ideológica e política; uma mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. O texto legal é o dado imediato do qual parte o jurista em seu trabalho científico.” WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 16.

alçou o normativismo à matriz teórica identificadora do Direito na modernidade, encontrando em Hans Kelsen⁷⁵² a sua maior expressão.

Nesse sentido, preleciona Leonel Severo Rocha⁷⁵³: ”a teoria jurídica dominante (...) é uma teoria que se fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade. É uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de um período, de uma fase em que há uma grande crença numa certa ideia de racionalidade, e essa racionalidade, no Direito, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo”, o qual identifica o Direito com a norma e despreza os fatos, interessando para o jurista apenas o conhecimento da norma e de seus fundamentos⁷⁵⁴.

A realidade prática na qual o Direito se realiza não seria relevante. Os normativistas advogam que o Direito constitui-se num sistema de normas, a partir do qual se alcança a segurança, sobretudo porque os conceitos jurídicos, assim como se dá com a matemática, têm a pretensão à imutabilidade⁷⁵⁵.

Através do raciocínio lógico, o jurista desvendaria a verdade oculta na norma, atingindo-se a segurança. Assinala-se que, segundo esta concepção, o ato de revelar o sentido da norma seria um processo simples e puramente lógico, uma vez que se partia do pressuposto de que a lei é clara e contém um único sentido.

Tendo em vista que o mundo dos fatos, do real, é repleto de incertezas que impediam que o Direito fosse tido como verdadeira ciência, nos moldes preconizados pelo racionalismo científico, os normativistas operaram a separação entre norma e fato. Essa desconexão da norma, em face do que realmente ocorria no mundo da vida, permitiu que o Direito estivesse em consonância com a racionalidade da modernidade, a qual, repisa-se, somente aceitava como científico o que estivesse calcado em um método seguro e em verdades incontestáveis e perenes.

Portanto, separando-se as normas dos fatos, eliminou-se a dialética e a retórica forense, alijando-se as incertezas pertinentes ao mundo prático, de modo que se imaginava

⁷⁵²Sobre a teoria pura do direito, conferir a respeito: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁷⁵³ROCHA, Leonel Severo. op. cit., p. 185.

⁷⁵⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 72.

⁷⁵⁵VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, cit., p. 247.

alcançar a segurança por meio da interpretação abstrata da lei. Nessa perspectiva, passou-se a identificar a satisfação dos direitos sob o viés exclusivamente normativo, sendo irrelevante como se processava a concretização do Direito no plano dos fatos.

Na realidade, o normativismo procurou justificar teoricamente a existência de um ordenamento jurídico perfeito, claro, fechado em si mesmo tal como ocorria com as demais ciências experimentais. Em consequência dele, consagrou-se a tese de que as normas são universais, claras e imutáveis e que não necessitavam serem revistas, pois calcadas em conceitos abstratamente desenvolvidos e depurados de contaminações ideológicas⁷⁵⁶.

O resultado disso foi a supressão do espaço e mesmo a afirmação de que era desnecessária a argumentação jurídica e a retórica forense. O normativismo, em virtude de desconsiderar os fatos, pretendendo compreender a norma a partir dela mesma, confinou o Direito ao plano meramente conceitual. Engendrou-se, assim, a concepção de que o Direito pode ser teorizado no plano normativo sem necessidade de relacionar-se com os fatos, pois estes seriam irrelevantes para a ciência do Direito.

Com efeito, o racionalismo científico da modernidade assentado na busca da verdade e da certeza e os valores do nascente Estado Liberal influenciaram decisivamente na formação do pensamento jurídico moderno e, de fato, ele foi determinante para a consolidação do normativismo e da ideia de que o Direito está contido na norma não devendo manter relações com os fatos que acontecem na realidade da vida.

Fulcrado nessas noções, forjou-se o paradigma cientificista do Direito, segundo o qual nas leis encontram-se todas as respostas necessárias para os problemas que se apresentam no mundo da vida. Tal como se dá no campo das ciências experimentais, no Direito não haveria margem para incertezas, uma vez que as codificações contêm leis, cujas verdades estariam aptas a proporcionarem a segurança. Caberia ao intérprete apenas descobrir a verdade através de uma operação simples.

Diante disso, chega-se à ilação de que, na base do paradigma informador do pensamento jurídico moderno, encontra-se a ideia de que o Direito deve conferir segurança e certeza através da descoberta da verdade contida na lei. José Eduardo Faria⁷⁵⁷ explica que tal discurso tinha um objetivo ideológico bem definido: “despertar nos indivíduo a

⁷⁵⁶FARIA, José Eduardo. op. cit.

⁷⁵⁷Id. Ibid., p. 16.

confiança nas leis e nos códigos como um sistema legítimo de institucionalização e resolução dos conflitos”.

A aplicação da lei passou a ser concebida como o resultado de um raciocínio lógico e simples obtido pelo juiz por meio da revelação da verdade contida na norma jurídica. Esta assertiva deixa antever uma outra ideia, qual seja: a de que a lei possui apenas um sentido⁷⁵⁸. Assim, o juízo de certeza poderia ser facilmente alcançado, já que a lei contém verdades claras e um único sentido a ser revelado pelo magistrado.

O racionalismo fez crer que era indispensável e possível criar um aparato legislativo coerente, pleno e sistemático, de modo que coubesse aos juízes selecionar a disposição do código que fosse aplicável ao caso⁷⁵⁹. A partir da existência de um Direito previsível e certo, alcançar-se-ia a segurança para a sociedade e, assim, restariam esvaziados os poderes dos juízes, impedindo a prática de abusos e arbitrariedades. Os racionalistas pregavam, outrossim, que através dos códigos e da sistematização racional da legislação conseguir-se-ia obter um maior controle sobre a aplicação das leis.

Na esteira deste pensamento, que equiparou o Direito às ciências lógicas, os juízos de probabilidade foram rechaçados, haja vista que uma autêntica ciência não poderia considerá-los, pois não possuíam aptidão para conferir segurança e certeza.

Cumprido lembrar que os juízos de verossimilhança contemplam possibilidades diante de um determinado fato, evidenciando que pode haver mais de uma solução legítima a ser adotada para a mesma situação. Os juízos de probabilidade diferem dos juízos de certeza calcados exclusivamente na prescrição abstrata da lei e distanciados dos fatos. Agregue-se a isso que admitir a possibilidade de juízos de probabilidade importa igualmente em aceitar que os juízes possuem uma margem de discricionariedade para decidir, o que ia de encontro aos valores predominantes nesta época.

Portanto, é possível afirmar que os pensamentos - racionalista e normativista-constituíram-se em verdadeiros obstáculos à aceitação de uma autêntica tutela preventiva, pois exigem juízos de certeza típicos de uma verdadeira ciência, o que é incompatível com uma tutela preventiva que tem como premissa antecipar-se aos acontecimentos de certos

⁷⁵⁸ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traduzido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 19.

⁷⁵⁹Id. *Ibid.*, p. 60.

fatos⁷⁶⁰. A tutela preventiva, em sendo voltada para o futuro, necessariamente precisa apoiar-se em um juízo de probabilidade – considerado por Descartes como próximo ao falso para as ciências teóricas para o qual o Direito acabou sendo transferido. A probabilidade do juízo deriva da circunstância de não ser possível ao magistrado saber com certeza o que acontecerá no futuro.

Ademais, importa sublinhar que, além do racionalismo e do normativismo, o pensamento jurídico moderno sofreu a influência da doutrina da separação de poderes, a qual se constitui em outra importante premissa sobre o qual se assentou o paradigma informador do direito moderno, conforme se verá no próximo item.

2.1.2. A neutralidade do juiz e o sentido unívoco da lei

A formação do pensamento jurídico moderno sofreu influências não apenas do Racionalismo do século XVII e XVIII, como se procurou demonstrar no item anterior. Outro pressuposto teórico importante para a fixação das diretrizes que estão na base da ideia moderna de jurisdição e do paradigma informador do processo, encontra-se na doutrina política da separação de poderes, a qual foi elaborada na época em que o Estado Liberal se estabeleceu⁷⁶¹.

Para compreender como se construiu a noção de jurisdição como atividade declarativa – a qual ainda hoje está arraigada na cultura jurídica -, é imprescindível verificar qual o papel que fora atribuído ao poder judicial dentro da teoria da separação dos poderes.

No período que antecedeu a Revolução Francesa (1789), a magistratura na Europa tinha uma tendência a identificar-se com a aristocracia da terra, apoiando-a contra os camponeses e trabalhadores e atuando contra a centralização do poder⁷⁶². Em virtude de a seleção dos juízes ser feita pelos detentores do poder político, os magistrados não distinguiam entre as funções de aplicar e elaborar as leis, servindo aos interesses daqueles governantes que os haviam escolhido⁷⁶³.

⁷⁶⁰SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*, cit., p. 49.

⁷⁶¹PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Ediciones Akal, 1990. p. 9.

⁷⁶²MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 38.

⁷⁶³DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

John Merryman⁷⁶⁴ explica que os tribunais recusavam-se a aplicar as novas leis ou as interpretavam de forma diversa daquela que justificou a sua criação. Esta situação acabava impedindo não só os objetivos da Coroa no sentido da unificação do Reino, como também de colocar em prática reformas legislativas progressistas.

Os magistrados em prol de seus próprios interesses e daqueles dos políticos que os haviam nomeado acabaram cometendo uma série de abusos e arbitrariedades, visto que, com o apoio destes, agiam sem limites e sem controle⁷⁶⁵. A magistratura compunha, outrossim, parte do poder dos aristocratas e passou a ser visualizada de forma negativa. A desconfiança nutrida em face dos juízes converteu a magistratura em um dos alvos da Revolução, que tinha por finalidade combater os arbítrios dos governos. Note-se que os abusos cometidos pelos tribunais estavam inseridos na noção de governo arbitrário. Em face das posturas adotadas pelos juízes, a atividade forense foi marcada nos séculos XVI e XVII por intensa desorganização e insegurança⁷⁶⁶.

A partir da ascensão da burguesia ao poder e da necessidade de ter-se segurança para que o mundo dos negócios pudesse progredir, floresceram novas ideias sobre o homem, a economia e o Estado. Para que se garantissem os objetivos e anseios dessa nova classe, foi necessário criar um aparato estatal capaz de conferir segurança e proteger a liberdade individual. Para que se alcançasse tal escopo, afigurava-se indispensável conter os abusos dos juízes e dos governantes, bem como derrubar definitivamente os valores do Estado Absolutista.

A fim de se evitar os arbítrios do governo e da magistratura e com a finalidade de neutralizar a insegurança advinda das decisões judiciais, Montesquieu elaborou a teoria da divisão dos poderes. Sustentava ele que, como forma de impedir que um governo tivesse poderes ilimitados e se tornasse arbitrário violando a liberdade dos cidadãos, fazia-se necessária a contenção do poder pelo poder. Para tanto, era imprescindível que não se reunissem, nas mãos de uma mesma pessoa ou de um corpo de pessoas, os três poderes do Estado, quais sejam: o poder de fazer as leis – poder legislativo-, o poder de executar as resoluções públicas – poder executivo- e o poder de julgar- poder judicial⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 38.

⁷⁶⁵Id. Ibid., p. 13.

⁷⁶⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p. 12.

⁷⁶⁷MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 169.

A ideia predominante da teoria de Montesquieu era a de que apenas através da repartição dos poderes seria alcançada a estabilidade do Estado e os cidadãos estariam em segurança, podendo gozar de sua liberdade individual. A separação entre os poderes legislativo, executivo e judicial traria a segurança de que os governos não seriam arbitrários, de que os juízes, através das decisões judiciais, não cometeriam abusos e não mais teriam a possibilidade de criar leis⁷⁶⁸. De acordo com tal doutrina, os poderes estatais deveriam ser independentes entre si e atuarem de forma harmônica⁷⁶⁹.

Essa teoria constituiu-se em um dos pilares do então nascente Estado Liberal e foi elevada à condição de dogma⁷⁷⁰. A importância da teoria da separação dos poderes era de tal ordem que o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem consignava que: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

Idealizou-se, assim, a teoria da tripartição dos poderes, segundo a qual os poderes - legislativo, executivo e judicial - seriam responsáveis pela realização de cada uma das funções do Estado. Segundo Montesquieu, a partir da moderação dos poderes seriam atingidas a estabilidade do Estado e a segurança social. Nesta esteira, ao poder legislativo incumbiria a função de criar as leis, ao poder judicial a incumbência de aplicá-las, fazendo valer a vontade concreta da lei e, ao poder executivo, a missão de aplicar a lei em prol dos interesses da administração pública.

O poder de elaborar as leis foi transferido exclusivamente ao parlamento que se tornou o detentor do monopólio da produção do direito. A burguesia valeu-se do princípio da legalidade e “elevou a lei a um ato supremo”⁷⁷¹, difundindo a ideia de que nela estava expressa a vontade geral e o bem comum. Esta ideologia propagada pela burguesia tinha o fito de ultrapassar as tradições do Absolutismo e impedir atos arbitrários dos governantes e dos juízes, visando à proteção dos cidadãos em face do Estado.

Contemplando estas noções, dispunha o art. 6º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos têm direito de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, para a sua formação.

⁷⁶⁸BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 45.

⁷⁶⁹BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

⁷⁷⁰Id. *Ibid.*, p. 63.

⁷⁷¹Id. *Ibid.*, p. 14.

Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger que a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todos a dignidade, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

Montesquieu preconizava, ademais, que somente por meio da tripartição do poder estaria garantida a liberdade⁷⁷². Cumpre assentar que a liberdade significava o direito de fazer o que era permitido pela lei, não o que os juízes diziam que era a liberdade. Retratando a concepção acerca da liberdade, releva citar o disposto no art. 4º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual previa o seguinte: “a liberdade consiste em fazer tudo o que não seja nocivo a outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites do que aqueles que garantam aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”.

A teoria de Montesquieu pautava-se na noção de que era factível separar criação e aplicação do direito, alinhando-se aos pressupostos e aos ideais do racionalismo⁷⁷³. A premissa que sustentava a possibilidade de suprimir do exercício do ofício judicial a criação de normas por intermédio da interpretação, era a de que as leis eram claras, coerentes e perfeitas. Nessa linha, a ideia de que a lei escrita é clara e, por isso, passível de ser compreendida por qualquer cidadão sem o auxílio dos doutores constituiu-se em uma tese defensável para conter os poderes dos magistrados. Esvaziaram-se, dessa forma, os poderes anteriormente concedidos aos magistrados, consolidando-se a noção de submissão do poder judicial às leis.

Importante notar que, na elaboração da teoria da separação de poderes, foi considerado o pressuposto determinado pelo normativismo de que o Direito estaria contido na norma, a qual, por sua vez, para ser reputada como válida, bastaria ter sido produzida por uma autoridade competente, não estando condicionada à sua vinculação com a ideia de justiça. Assim, assentada na noção de que o Direito é similar à matemática, nele também se encontrariam verdades incontestáveis.

Como o ordenamento jurídico era composto por um conjunto coerente, perfeito e claro de normas, aos magistrados restaria a missão de revelar a verdade contida na lei. A

⁷⁷²BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 44.

⁷⁷³MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 59.

norma já trazia uma verdade clara, o que tornava desnecessária a atividade de interpretação da lei pelos juízes. Portanto, a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, restringiu a atividade do Poder Judiciário à mera revelação da verdade contida na norma, rendendo tributo ao paradigma cientificista de Descartes⁷⁷⁴.

Nesse rumo, caberia ao juiz a atividade de revelar o sentido da norma que fora estabelecido *a priori* pelo legislador, pressupondo-se que esta atividade realizada pelo magistrado desenvolvia-se de forma abstrata, não havendo qualquer relação entre os fatos postos à sua análise e à norma aplicável. Disso decorre que não caberia ao magistrado interpretar a lei, mas tão somente desvendar a vontade do legislador que a elaborou, uma vez que o sentido da norma já havia sido por este determinado.

Montesquieu concebeu o poder de julgar como sendo nulo e invisível, sob o argumento de que não estava ligado a nenhuma profissão e, tampouco, a um estado⁷⁷⁵. O único poder que era reservado aos juízes era o de ser a “boca da lei”. Nas palavras de Montesquieu⁷⁷⁶: “pode acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”.

Os ideais de certeza e segurança foram erigidos a verdadeiros dogmas e acabaram fazendo com que ao Poder Judiciário no Estado moderno fosse reservada uma atividade extremamente burocrática. Em homenagem ao valor supremo da certeza jurídica, os poderes dos magistrados estariam conscritos à descoberta da verdade contida na norma. Interpretar a lei conferindo a ela sentido diverso daquele que se imaginava ter sido estabelecido pelo legislador significaria invasão aos poderes atribuídos ao legislativo.

Conseqüentemente, dentre as atribuições destinadas aos magistrados não se inseria o poder de contribuir hermeneuticamente com a criação do direito⁷⁷⁷. Se assim não fosse, a segurança do sistema jurídico estaria em risco e ficaria dependente das diferentes interpretações conferidas à lei por cada juiz. Nesta linha de raciocínio, caso fosse

⁷⁷⁴SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86.

⁷⁷⁵MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. op. cit., p. 172.

⁷⁷⁶Id. Ibid., p. 175.

⁷⁷⁷NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 1, p. 15.

viabilizado ao juiz o poder de interpretar uma disposição ambígua e obscura, ter-se-ia que reconhecer que o poder judicial estaria legislando e, por conseguinte, invadindo a esfera reservada ao poder legislativo.

Estavam, portanto, os juízes submissos aos desígnios da lei editada pelo Parlamento, restando-lhes somente a função declarativa que, por sua vez, deveria ser cumprida de forma automática e simples⁷⁷⁸. Como se percebe, a partir da teoria da tripartição dos poderes, verifica-se a supremacia a que foi alçado o poder legislativo, glorificando-se os legisladores e reduzindo-se a importância do poder judicial, apesar de, em tese, pregar-se a igualdade e equivalência entre os poderes⁷⁷⁹. Infere-se de tais ponderações que Montesquieu era um racionalista adepto do método cartesiano⁷⁸⁰.

Analisando o trecho a seguir transcrito, o qual foi extraído de uma das obras de Calamandrei⁷⁸¹ pode-se ter uma clara dimensão da relevância que foi conferida ao Poder Legislativo e do confinamento das atividades do poder judicial à mera revelação da vontade compreendida na lei. “*No sistema da legalidade existe, então, entre o legislador e o juiz, uma divisão de trabalho: todos os fatores políticos devem ser levados à valorização dos órgãos competentes para criar as leis, não dos órgãos tais como no primeiro lugar os juízes, aos que lhes corresponde somente aplicá-las tal como são. Neste sentido, está em vigor o sistema da legalidade (e não no sistema da equidade) a separação entre justiça e política: ao juiz (e com maior generalidade o jurista), não corresponde discutir a bondade política das leis; corresponde somente, enquanto juiz e enquanto jurista, observá-las e fazê-las observar*”.

Uma consequência advinda da atribuição dos magistrados de revelar a vontade da lei, é a de que deveriam eles ser neutros quanto aos valores que estavam colocados no processo. Assim, o mito⁷⁸² da neutralidade da ciência, estendeu-se aos juízes e à aplicação da lei, haja vista que deveriam os magistrados abster-se de quaisquer conteúdos éticos e culturais ao proferirem os julgamentos. Deste modo, os juízes deveriam, ao julgarem os feitos postos à sua análise, despir-se de sua formação cultural e moral, bem como de seus

⁷⁷⁸NEVES, Antonio Castanheira. op. cit., 29

⁷⁷⁹BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 44.

⁷⁸⁰PEDRAZ PENALVA, Ernesto. op. cit., p. 15.

⁷⁸¹CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 99.

⁷⁸²De acordo com Luiz Alberto Warat "o mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso". WARAT, Luis Alberto. op. cit., p. 103.

valores. Pretendia-se que os magistrados se mantivessem alheios a controvérsia.

Assim, a ideia de neutralidade difundiu-se amparada na tese incontestável de que o juiz deve ser um terceiro imparcial ao litígio. Vale salientar que neutralidade e imparcialidade não são conceitos idênticos. Neutralidade significa indiferença em relação ao que se passa no processo, enquanto que imparcialidade quer dizer que não deve o juiz favorecer uma das partes⁷⁸³.

Na base desta concepção de neutralidade do juiz está a ideia-chave de que o Estado deve ser neutro em relação aos valores, de modo a comportar as mais diversas correntes de pensamento e ideologias. Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷⁸⁴ assevera que, na realidade, a tese da neutralidade do juiz tinha por escopo garantir, dentro da ideologia do Estado Liberal, “uma progressiva separação entre Política e Direito, regulando a legitimidade da influência política na administração, que se torna totalmente aceitável no legislativo, parcialmente aceita no executivo e é formalmente neutralizada no judiciário”.

O pressuposto da neutralidade do juiz é, como se observa, uma decorrência da neutralidade que pretendia abrigar o Estado Liberal. Não se pode olvidar, consoante já mencionado no capítulo I deste trabalho, que uma das características fundamentais do Estado Liberal era a de que a função estatal deveria restringir-se a garantir as condições para o funcionamento espontâneo da sociedade, devendo assegurar a liberdade sem, no entanto, interferir na realidade social e nas relações privadas. Em virtude da neutralidade de que estava revestido o Estado, a lei deveria ser considerada igual para todos, independentemente de qualquer outra circunstância, porquanto todos os indivíduos possuem as mesmas necessidades e devem receber do Estado idêntico tratamento.

Em prol de um Direito seguro e certo, a função jurisdicional entregue a um juiz neutro ficou limitada à aplicação burocrática e automática da norma elaborada pelo Legislativo. Obviamente, se ao Estado não era dado o poder de imiscuir-se na vida privada, de forma alguma isso seria permitido aos juízes. Era inconcebível autorizar os magistrados a adentrar nas relações privadas, no mundo dos negócios dando ordens e determinando o que deveria ser feito pelas pessoas.

⁷⁸³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

⁷⁸⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, cit., p. 67.

O ofício jurisdicional passou a ser, nesta perspectiva, visualizado abstratamente como uma atividade meramente intelectual e mecânica, pois ao magistrado cabia apenas indicar o direito aplicável a uma situação. A jurisdição estava, de acordo com a teoria da separação dos poderes, restrita à atividade de aplicar a lei claramente prevista e cujo único sentido já havia sido fixado pelo legislador. Segundo esta concepção, não era necessário que os juízes, no ato de aplicar a lei, procedessem também à interpretação da mesma.

Certo é que esse contexto histórico determinou que o juiz nos países de tradição romano-canônica fosse um servidor público qualificado ocupante de uma função importante, embora extremamente burocrática, mecânica e destituída de criatividade⁷⁸⁵. Na realidade, a doutrina da separação de poderes teve por intuito criar um direito à prova de juízes⁷⁸⁶.

Franz Wieacker⁷⁸⁷ adverte que: “esta restrição de poder significou necessariamente uma recusa de poder ao juiz: *pouvoir neutre, pouvoir nulle*. Ao vincular o juiz a princípios científicos estabelecidos, comprováveis e aprovados pela opinião pública, o Estado de direito desviava também do domínio da jurisprudência os interesses sociais e econômicos contraditórios da sociedade liberal, sociedade cujo princípio de funcionamento é a contraposição regulada de interesses”.

Como não poderia deixar de ser, diante dos limites estabelecidos para o exercício do poder de julgar, a retórica forense e a argumentação jurídica foram desconsideradas. Ora, supondo-se que a lei era clara e, portanto, detentora de um único sentido já estabelecido de antemão pelo legislador, infere-se que para cada situação apresentada corresponderia somente uma resposta correta, cuja revelação estava inserida dentre as atribuições dos juízes.

Teria a lei um único sentido que bastava ser desvelado pelo magistrado. Pugnava-se, em nome do valor segurança, que era possível trabalhar na esfera processual com certezas e verdades incontestáveis do mesmo modo como ocorria no campo da matemática. Repudiava-se a ideia de que a lei pudesse comportar mais de um sentido⁷⁸⁸. O pensamento dominante identificava, assim, a atividade jurisdicional com a declaração de direitos, devendo o magistrado, calcado em um juízo de certeza, tal como ocorre no campo da

⁷⁸⁵MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 72.

⁷⁸⁶Id. Ibid., p. 89.

⁷⁸⁷WIEACKER, Franz. op. cit., p. 502.

⁷⁸⁸NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, cit., t. 1, p. 29-30.

matemática, afirmar o texto contido na lei com a finalidade de tutelar os direitos violados. Nesta toada, houve a proscrição dos juízos de verossimilhança essenciais para a tutela preventiva⁷⁸⁹.

Dessa forma, para conservar o magistrado como “boca da lei” era imprescindível deixar assentado que a lei possui um sentido unívoco, bem como que a jurisdição deveria ser acionada somente após a prática de um ato que causou um dano a outrem, cabendo-lhe somente o dever de revelar a resposta correta contida na lei.

Seguindo esta ordem de ideias, a interpretação do texto legal levada a efeito pelo magistrado teria por finalidade precípua a assimilação do sentido único estabelecido pelo legislador, deixando-se antever a cisão operada entre os atos de interpretar e aplicar o direito⁷⁹⁰. Importa dizer, com isso, que caberia ao juiz primeiramente e de forma abstrata desvelar o sentido da norma para, após, aplicar aquele sentido ao caso concreto que lhe fora submetido à análise. As peculiaridades próprias do caso concreto não deveriam ser consideradas pelo magistrado, pois a este não era facultado criar a norma para aquele caso. Outrossim, o juiz não teria uma margem de discricionariedade para decidir, funcionando somente como um burocrático aplicador da lei, elaborada pelo legislador.

Nesse contexto, suprimia-se, juntamente com a retórica argumentativa, a possibilidade de compreensão hermenêutica do fenômeno jurídico e a atividade criativa do juiz para a realização prática do Direito⁷⁹¹. Não mais havia espaço para os juízos de verossimilhança típicos das tutelas preventivas que estão calcados em probabilidades.

Some-se a isso que a tarefa de prevenir a ocorrência de um ato ilícito estava inserida no âmbito de atribuições da Administração Pública, a quem competia agir diante de uma ameaça ao não cumprimento da lei⁷⁹². Tal função não era vislumbrada como sendo de cunho judicial, mas administrativa.

De todo modo, ainda que esta tarefa fosse confiada ao Poder Judiciário, em virtude de os juízes serem integrantes de um “poder nulo”, autênticos “seres inanimados”, não seria possível reconhecer-lhes a faculdade de atuar preventivamente, visto que isso

⁷⁸⁹SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*, cit., p. 7.

⁷⁹⁰NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, cit., t. 1, p. 45-46.

⁷⁹¹Id. *Ibid.*

⁷⁹²RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 103, jan./mar. 1980.

significaria admitir que estavam dotados de uma parcela de discricionariedade e que, em muitas situações, acabariam por proteger um “litigante a quem a ordem jurídica não reconheça direito algum”⁷⁹³. Caso viesse a lume em um momento posterior que aquele litigante a quem havia sido concedida tutela não fizesse jus a ela, ter-se-ia de reconhecer que tal fato somente ocorreu por vontade própria do magistrado e não da lei.

Além disso, permitir que o juiz tutelasse situações futuras implicaria aceitar como válidos os juízos de probabilidade sobre os quais se apoiavam todas as tutelas preventivas e que eram veementemente repudiados pelo racionalismo. Nestas hipóteses, a certeza matemática tão buscada pelas ciências e também pelo Direito – como se viu no item anterior - cederia espaço à aparência e à verossimilhança, o que era inconcebível para os pensamentos racionalista e normativista⁷⁹⁴. Em razão de as tutelas preventivas destinarem-se ao futuro e visarem à antecipação de um determinado fato, não havia, no momento em que era proferida a decisão, como ter certeza se o fato efetivamente ocorreria. Com isso, estavam postos os obstáculos à aceitação de uma verdadeira tutela preventiva.

Destarte, a compreensão da atividade jurisdicional como mecanismo para obtenção da verdade contida na norma, encontrou na doutrina política da separação dos poderes um importante complemento para a contenção dos poderes dos magistrados.

Tal teoria jurídica construída na modernidade manteve-se presente sem questionamentos até recentemente. Acentua José Eduardo Faria⁷⁹⁵ que no Brasil até a década de oitenta, o pensamento jurídico ainda estava atrelado, de maneira geral, aos postulados que pugnavam por um Direito formal e desvinculado dos problemas reais. As abordagens, diz o mesmo autor, eram feitas de modo lógico-dedutiva, com valorização das normas contidas nas leis, as quais, ainda se acreditava, dotavam o sistema de plenitude.

Em virtude de o direito como um todo ser um fenômeno cultural, o processo também acabou sendo influenciado pelos ideais racionalistas que vigoravam no momento em que se envidavam esforços para torná-lo independente do direito material. Portanto, tais influências determinaram a construção do modelo básico de processo e de jurisdição que se assentaram sobre as premissas teóricas do cientificismo do direito e da univocidade de

⁷⁹³SILVA, Ovídio Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 191.

⁷⁹⁴Id. *Ibid.*, p. 99.

⁷⁹⁵FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*, cit.

sentido da lei e estão na base do paradigma informador do Direito na modernidade, consoante será analisado nos itens seguintes.

3. Os elementos estruturantes do modelo básico de processo e de jurisdição segundo o paradigma da modernidade

3.1. O distanciamento entre direito material e processo

Os compromissos do direito processual com a cultura e valores vigentes na época em que ocorreu a sua estruturação como ramo autônomo do Direito determinaram a eleição do procedimento ordinário como fórmula geral de tutela. Dessa forma, há uma estreita relação entre o surgimento da ciência processual como disciplina especializada, o distanciamento ocorrido entre o direito material e o processo e a universalização do procedimento ordinário como fórmula geral de tutela. As raízes desta relação precisam ser reveladas, porque são determinantes para a compreensão do atual quadro de inefetividade em que estão imersos o processo e a jurisdição no Brasil.

O advento do direito processual como ramo autônomo do Direito ocorreu no século XIX a partir da obra de Oscar Von Bülow intitulada “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, publicada em 1868. Neste trabalho, Bülow identificou na relação jurídica processual características próprias – sujeitos, objeto e pressupostos - que a distinguiam da relação de direito material. A relação processual foi caracterizada como de natureza pública, pois estabelecia-se entre o autor e o Estado no momento do ajuizamento da demanda⁷⁹⁶. Antes deste trabalho não havia demarcação entre direito material e processo, e este costumava ser compreendido como uma sucessão de atos e explicado através de uma mera exegese dos conteúdos dos códigos. Esta fase inicial do direito processual fora denominada de procedimentalista ou exegética.

Com a obra de Bülow, foram fixados os alicerces para o desenvolvimento da ciência processual com princípios, objeto, institutos e metodologia próprios. Desde então, a relação processual passou a ser a base de investigação da nova ciência, ocupando-se os

⁷⁹⁶GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Madrid: Editorial Labor, 1936. p. 14.

estudiosos especialmente com o desenvolvimento do conceito de ação. Fato facilmente explicável porque o manejo da ação por parte daquele que reclama a tutela estatal é pressuposto de formação da relação processual.

Com o intuito de fazer com que o direito processual se tornasse um ramo autônomo da ciência jurídica e sob o influxo do racionalismo - que preconizava a necessidade de compartimentação e abstração de cada ramo do conhecimento como premissas para reconhecê-lo como ciência -, os juristas dedicavam-se incessantemente a promover a depuração conceitual da ciência do processo e construir a sua epistemologia própria. Os teóricos do processo aprofundaram-se no estudo da técnica e passaram a cultuá-la como valor em si, sem qualquer preocupação com a substância. O fascínio pelas construções teóricas com requinte conceitual e metodológico deixou os processualistas aprisionados “na teia das abstrações, perdendo contato com a realidade cotidiana”⁷⁹⁷.

Influenciados pelos valores da época, os juristas acreditavam que era preciso dissociar o processo do direito material, sob pena de o direito processual não alcançar a sua almejada independência e poder ser alçado à condição de verdadeira ciência. Sustentavam eles que, se não houvesse este alijamento, o processo estaria subordinado ao direito material.

Sem questionarem a razão de ser do processo, os estudiosos passaram a vislumbrá-lo como um aparato teórico, extremamente conceitual e burocrático desvinculado do mundo dos fatos e da realidade do direito material que pretende tutelar. A racionalidade científica da modernidade influenciou os processualistas de tal modo que estes passaram a acreditar que era imprescindível haver uma autonomia dogmática entre os planos do direito material e processual sem que houvesse pontos concretos de contato entre eles.

O propósito de constituir uma disciplina específica levou os juristas a conceberem o processo como mecanismo independente do direito material e do mundo prático, com os quais não deveria manter qualquer relação⁷⁹⁸. Foi necessário, em nome desta autonomia, realizar uma cisão entre o direito material e o direito processual, atingindo-se a categoria que justamente permite tal vinculação, qual seja a ação de direito material⁷⁹⁹. A abstração,

⁷⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.

⁷⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 9.

⁷⁹⁹ MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 91.

típica da racionalismo, projetou-se sobre a relação entre processo e direito material, aniquilando o vínculo concreto que os unia: a ação de direito material. A partir daí, o direito processual, como disciplina autônoma e sem qualquer relação concreta com o direito material, poderia instituir-se teoricamente sem qualquer amarra.

Estabeleceu-se, assim, uma relação essencialmente abstrata e normativa entre direito material e processo. Quer-se dizer com isso que não seria o direito material que reclamaria a reação mais adequada para sua tutela, mas sim o processo⁸⁰⁰. O processo é que passaria a ditar, abstratamente, como deveriam ser tutelados os direitos materiais já que a ação passava a ser reivindicada pelos estudiosos do processo como categoria exclusivamente processual.

Em observância à pureza própria de qualquer ciência, deveria a ação integrar apenas um dos ramos do direito e, neste caso, o mais apropriado seria o direito processual. O direito material não poderia imiscuir-se no processo, sob pena de contaminá-lo. A ação que para a doutrina antiga sempre pertencera ao direito material foi deslocada para o direito processual que surgia como novo ramo do direito, implicando a supressão da ação de direito material como categoria jurídica⁸⁰¹.

Operou-se paulatinamente o distanciamento entre direito e processo e foi difundida a ideia de que o processo não deveria observar as peculiaridades do direito material que pretendia tutelar⁸⁰². O corte efetivado entre os direitos - material e processual -, e mais especificamente entre a ação material – que confere dinamicidade e facticidade ao direito material - e a ação processual abstrata, acabaram comprometendo os rumos do processo. Insta salientar que, conquanto seja a autonomia dogmática entre os dois ramos necessária para o desenvolvimento da técnica, não pode ela significar isolamento, sob pena de comprometer a efetividade do processo como instrumento de realização de direitos.

Tendo em vista que o conceito de ação material fora suprimido pela doutrina processualista predominante, entende-se relevante tecer algumas breves considerações sobre o seu conceito e significado. Para tanto se vale da doutrina de Pontes de Miranda.

⁸⁰⁰SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, cit., v. 1, p. 64-65.

⁸⁰¹MACHADO, Fábio Cardoso. op. cit., p. 91.

⁸⁰²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 10.

Na doutrina de Pontes de Miranda⁸⁰³, “rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis”. O direito subjetivo é uma categoria estática; é poder que a lei atribui ao titular de um direito para torná-lo efetivo. A pretensão, por sua vez, consiste na possibilidade do titular de um dado direito subjetivo, lesado ou ameaçado de ser violado, exigir do sujeito passivo da relação de direito material o cumprimento do dever assumido ou a observância de uma determinada conduta. A pretensão somente surge quando é possível ao titular do direito exigir a sua satisfação.

Todavia, cabe ao titular do direito subjetivo decidir se exercerá ou não a pretensão, devendo-se diferenciar duas situações: a de possível exigibilidade e a de efetiva exigibilidade⁸⁰⁴. Quando se está a exigir um determinado direito, ainda não se está agindo, porquanto a realização do direito depende de uma conduta voluntária do obrigado. Quem exerce pretensão confia num ato voluntário do obrigado, para que cumpra a obrigação ou observe uma conduta.

Na hipótese de haver o exercício da pretensão e o não cumprimento voluntário da obrigação, surge para o titular do direito a ação de direito material. A ação material é, dessa forma, a possibilidade do titular do direito, lesado ou ameaçado de ser lesado, exigir o cumprimento da obrigação ou a observância de uma determinada conduta, independentemente da sua vontade. É um agir suficiente para realizar a pretensão e satisfazer o direito; é a potencialidade de fazer valer à força um direito. É a ação de direito material que confere dinamicidade aos direitos⁸⁰⁵.

Todos os direitos conferidos pela ordem jurídica pretendem o seu gozo no plano da vida e, por isso, estão acompanhados de ação material. Pontes de Miranda⁸⁰⁶ aduz, outrossim, que “*onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva*”. Portanto, toda vez que se estiver diante de um direito exigível, haverá, via de regra, uma ou mais ações de direito material a ele correspondentes. Não é por outra razão que o Código Civil de 1916 assim dispunha em seu art. 75⁸⁰⁷. Frisa-se que não existe apenas uma ação material, mas várias ações concretas, adequadas e diversas, segundo o conteúdo do direito material que visa à tutela. Então, quando se fala em cargas eficaciais da sentença, em verdade está-se

⁸⁰³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 68.

⁸⁰⁴Id. *Ibid.*, p. 93.

⁸⁰⁵Id. *Ibid.*, p. 88.

⁸⁰⁶Id. *Ibid.*, p. 109.

⁸⁰⁷Código Civil de 1916 - Art. 75: “A todo direito corresponde um ação, que o assegura”.

tratando das potencialidades de determinada ação material⁸⁰⁸.

No entanto, em face da proibição da autotutela como regra, a ação de direito material que era exercida pelo próprio titular do direito passou a ser veiculada por meio da ação processual, como regra geral⁸⁰⁹. Surge, portanto, uma nova relação, que terá por finalidade a realização da ação material, haja vista a vedação da justiça privada.

Mas é importante que se diga que ação processual e ação de direito material não se confundem e tampouco se aniquilam. Ao contrário, coexistem e são categorias conexas⁸¹⁰. O fato de a ação de direito material ser exercida por meio da ação processual não implica a sua inexistência ou mesmo a sua supressão e, também, que ela não possa ser exercida fora do processo nos casos autorizados pelo sistema jurídico⁸¹¹. O mesmo ocorre quando se está a tratar das pretensões. O titular da pretensão pode exercê-la fora do processo.

Na relação de direito processual também se constata a existência destas três categorias: direito subjetivo, pretensão e ação processual. O direito subjetivo processual é o direito subjetivo público de provocar a tutela jurisdicional, reconhecida pelo Estado a todos os cidadãos, estando contemplado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição em virtude da proibição da autotutela como regra geral. A pretensão no plano do processo constitui-se na pretensão à tutela jurídica processual. O exercício da pretensão processual, por si só, é, entretanto, insuficiente para que o cidadão obtenha a tutela do Estado, sendo necessário que formule a sua exigência por meio de um pleito, cujo destinatário é o juiz. Chega-se, neste rumo, à ação de direito processual. Escreveu Pontes de Miranda⁸¹²: “propor “ação” é pedir a tutela do Estado, deduzindo-se o que se pede (pretensão, ação)”.

A ação processual, então, compreende o agir do cidadão e os atos por ele desenvolvidos no processo no sentido de que o Estado examine as postulações, verificando se há, ou não, ação de direito material⁸¹³. A ação de direito processual se estabelece em face do Estado e não do sujeito passivo da relação de direito material. Todas as pessoas têm direito à ação processual, mas nem todas têm ação material, pois esta é própria de quem é titular de um direito.

⁸⁰⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 110.

⁸⁰⁹Id. *Ibid.*

⁸¹⁰Id. *Ibid.*, p. 111.

⁸¹¹Id. *Ibid.*

⁸¹²Id. *Ibid.*, p. 86.

⁸¹³Id. *Ibid.*, p. 116.

Esta ação processual é abstrata e constitui o instrumento pelo qual deve ser, como regra geral no atual estágio da sociedade, exercida a ação de direito material. Dessa forma, a existência anterior da ação de direito material e a proibição da autotutela acabaram justificando a existência da ação de direito processual. Trata-se, em verdade, de uma nova relação que não substitui a relação de direito material⁸¹⁴.

Embora a ação de direito material e a ação de direito processual não se confundam, aquela é o elo que permite a ligação entre o direito material e o processo. A ação de direito material é a ação do titular de um determinado direito que tenha sido violado, ou se encontra na ameaça de ser lesado, e que é veiculado por meio da ação de direito processual. James Goldschmidt⁸¹⁵ ensina neste sentido que: “separamos, pois, hoje a ação ou pretensão que se dirige contra o Estado, da ação ou pretensão de direito privado que atua em face do indivíduo obrigado, enquanto que em Direito Romano a <<actio>> designava ambas as classes de ações”.

Vale fazer uma advertência no que concerne às ações coletivas ajuizadas pelos legitimados ativos que não defendem direito próprio, mas da coletividade. Nestes casos, a pretensão (possibilidade de exigir) e a conseqüente ação material nascem não para o titular do direito, mas para quem o sistema legitima como defensor deste direito. Os legitimados exercem pretensão e ação material embora não sejam titulares do direito defendido.

A respeito dessa situação, ensina Pontes de Miranda⁸¹⁶: “As ações populares, ainda quando não concebidas como remédio jurídico processual, podem ser explicadas, em alguns casos, como ações a que não correspondem direitos subjetivos, salvo no que impliquem, quanto ao remédio jurídico processual, a existência de pretensão ou de direito público subjetivo”.

Por conseguinte, o procedimento não pode ser engendrado de forma abstrata, mas deve permitir a conexão com o direito material posto em causa, permitindo a sua adequação pelo magistrado. Não há como se conferir uma tutela jurisdicional adequada sem considerar os direitos concretamente positivados.

⁸¹⁴THEODORO JR., Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, cit., p. 5.

⁸¹⁵Texto original: “separamos, pues, hoy la acción o pretensión que se dirige contra el Estado, de la acción o pretensión de derecho privado que se actúa frente al individuo obligado, mientras que em Derecho romano la <<actio>> designaba ambas clases de acciones”. GOLDSCMIDT, James. *Derecho procesal civil*, cit., p. 97.

⁸¹⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 94.

A tutela jurisdicional necessariamente depende das características próprias do direito material para, de fato, ser adequada como enunciado pela Constituição Federal. Em outros termos: a concretização do direito material através do processo é determinada pelo seu modo de ser, pelo seu conteúdo, ou melhor, pelas eficácias que lhe são próprias, implicando diferentes formas de realização, porque assim se expressa na realidade. A ação material, portanto, possibilita que vínculo entre processo e direito material não seja apenas conceitual, mas real e concreto⁸¹⁷.

Isso significa que a força impositiva própria do direito material precisa ser considerada quando da elaboração da técnica processual. Esta não pode ser idealizada abstratamente, como se tem feito até os dias de hoje, sob pena de impedir a realização do direito material e não ser efetiva. O que determina como vai ser realizado o direito material através da via processual é o próprio modo de ser daquele direito, trazido pela ação material e não a técnica processual, de forma abstrata. O processo não tem aptidão para enquadrar ou modificar o modo de ser do direito material.

Por meio da ação de direito material é que são irradiados para o processo os efeitos necessários para que o direito material se realize no plano dos fatos. Na verdade, “os direitos subjetivos e as pretensões de direito material são dados prévios que o direito processual recebe e tem de tratá-los segundo a sua configuração e as eficácias que lhe são dadas pelo direito material”⁸¹⁸.

É por esta razão e por defender a existência da ação de direito material como categoria jurídica que Pontes de Miranda sustenta que é a partir do plano material que se podem determinar os conteúdos eficaciais das sentenças. Na verdade, são as ações de direito material que são objetos de classificação e não a “ação” processual até mesmo porque esta tem como característica o fato de ser abstrata⁸¹⁹. Disse Pontes de Miranda que: “todo direito, toda pretensão, toda ação e toda exceção tem o seu conteúdo. (...) O conteúdo de cada um deles é determinante da sua extensão; conforme a natureza deles, o conteúdo varia”.

Por isso, quando se diz que uma ação é procedente, o que se está a falar é da ação de direito material, haja vista que a ação processual sempre haverá, seja ela procedente ou

⁸¹⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 116.

⁸¹⁸SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 180.

⁸¹⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 1, p. 59.

improcedente. As sentenças de procedência e seus respectivos efeitos encontram no plano material as pretensões e ações materiais correspondentes. São dados que existem independentemente do processo e da atividade jurisdicional.

No entanto, os processualistas, reclamando a exclusividade da ação como categoria jurídica, chegam à conclusão de que havendo apenas uma ação uma e abstrata, a classificação das sentenças deve ser definida a partir de um critério de processualidade. Pertence, segundo esta vertente, ao domínio exclusivo do processo a classificação das sentenças de procedência. Seria pertinente ao processo conceber o conteúdo do ato jurisdicional.

Pressupõem os doutrinadores adeptos desta corrente de interpretação que não há realização do direito material fora do processo, bem como que sua concretização não se dá por meio de uma atuação espontânea dos indivíduos, já que as pretensões seriam fruto do processo. Se não há processo, conseqüentemente não haveria pretensões no plano material. Para esta doutrina a aplicação do direito fica dependente exclusivamente da atividade jurisdicional. Destarte, segundo esta concepção a classificação das sentenças de procedência deveria ser feita abstratamente e a partir do plano processual.

A supressão dos conceitos de pretensão e de ação de direito material deve-se a equívocos cometidos por August Thon – um dos maiores juristas do século XIX - em sua obra “Norma jurídica e direito subjetivo” e a Windscheid. Thon, na mencionada obra, teria confundido direito subjetivo público com a faculdade de agir conferida pelo ordenamento jurídico ao titular do direito, asseverando que a norma confere deveres e não direitos, em caso de sua violação⁸²⁰. Portanto, para ele, o direito subjetivo apenas surgiria para o seu titular após a transgressão da norma, ou seja, a premissa para o nascimento do direito subjetivo era a violação da norma jurídica.

Windscheid - jurista alemão grandemente influenciado pelo direito romano-, ao definir a pretensão de direito material, utilizou-se do conceito de *actio* e preconizou que esta era exercida quando se pretendia a tutela jurisdicional. Houve uma identificação errônea, porquanto a *actio* era considerada pelos romanos como categoria de direito material e exercitada em relação ao sujeito passivo da relação obrigacional e não contra o Estado, como ocorre com a ação processual. Portanto, quando os autores se referem à *actio*

⁸²⁰MACHADO, Fábio Cardoso. op. cit., p. 93.

como se fosse a ação de direito processual estão, na verdade, tratando de coisas distintas, já que aquela pertencia ao plano do direito material e esta é categoria pertencente ao plano processual⁸²¹.

A partir daí, aniquilaram-se, juntamente com as noções de pretensão e ação material, as formas de tutela preventiva, pois o direito apenas surgiria para o seu titular quando a norma fosse violada. Ocorrendo apenas ameaça não haveria ainda direito subjetivo e, por conseguinte, não havia legitimidade para atuar antes da prática de um ato ilícito, haja vista que a pretensão apenas nasceria quando houvesse a violação de um direito.

Note-se, como demonstração da força do paradigma que apesar de a Constituição Federal prever em seu art. 5^a, XXXV, que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão. O atual Código Civil em seu art. 189 prescreve que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. Além de suprimir a ação de direito material, asseverando que uma vez violado o direito surge para o seu titular pretensão e não a ação de direito material, o Código Civil mantém-se fiel à ideia de tutela repressiva, pois trata tão só da lesão e não da ameaça de lesão.

Como se afirmou alhures, o que nasce para o titular de um direito lesado ou ameaçado de lesão é a ação de direito material, porquanto a pretensão (exigibilidade) fora insatisfeita. Na verdade, são as ações de direito material que realizam os direitos e não as pretensões. Por conseguinte, são as pretensões que são violadas e não o direito como enuncia o art.189 do Código Civil.

Assim, não havendo mais ações de direito material, mas somente “ação” processual não haveria razão para falar-se em tutelas diferenciadas. A ideologia da neutralidade do processo e do juiz fez crer que era factível a existência de uma fórmula genérica apta a tutelar toda e qualquer espécie de direito material, através da qual o juiz mantém-se neutro e passivo⁸²². A dissociação entre processo e direito material foi um aliado do racionalismo na luta pela supressão dos juízos sumários e pela universalização do procedimento ordinário como procedimento padrão de tutela e, por conseguinte, para a consolidação dos valores do liberais.

⁸²¹MACHADO, Fábio Cardoso. op. cit., p. 93-96.

⁸²²MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 34.

Diante da existência de apenas uma “ação” estava aberto o caminho para que o procedimento ordinário se consolidasse como fórmula geral de tutela⁸²³, sendo indiferente ao direito material posto em causa. É cediço que este alijamento do processo em relação ao direito material atendia aos objetivos não só do movimento doutrinário que pretendia fazer do direito processual uma disciplina autônoma, mas também aos valores do racionalismo e aos interesses da nova classe burguesa.

A uniformidade procedimental observava os postulados do racionalismo na medida em que contemplava uma generalidade, desprezando-se as individualidades do direito material e do próprio caso concreto e contemplava “pureza”. O formalismo e a generalidade evidenciavam os aspectos de cientificidade a que aspirava o direito processual, nos moldes preconizados por Descartes⁸²⁴.

Sob outro vértice, ao suprimirem-se as ações de direito material, permitia-se que o direito material permanecesse estático, rendendo-se homenagens ao normativismo, porquanto são as ações materiais que conferem dinamicidade aos direitos, sendo o mecanismo pelo qual o titular de um direito consegue concretizá-lo. Ora, retirando do plano material a categoria que permite o agir concretamente estava viabilizada a obediência ao normativismo. As ações de direito material não são puras, revestindo-se de mais de um conteúdo eficaz o que repugnava aos conceitos de ciência em vigor naquela época. As ações de direito material são classificadas segundo o seu conteúdo e não pela forma que se revestem.

Some-se a isso que, concebendo-se o processo como instrumento neutro desconectado do direito material e da realidade da vida, conseguia-se manter o juiz inerte e passivo e, portanto, estaria resguardada a sua neutralidade. De acordo com este pensamento, as tutelas diferenciadas tornavam-se desnecessárias e consagrava-se a uniformidade procedimental, observando-se um outro postulado do liberalismo que era a igualdade entre as pessoas.

Luiz Guilherme Marinoni⁸²⁵ chama a atenção para o fato de as elites dominantes terem procedimentos diferenciados que tinham por escopo atender de forma mais célere os seus anseios. Mesmo adotando e defendendo a ideologia liberal/racionalista, os detentores de poder sempre puderam usufruir de procedimentos especiais que negavam esses

⁸²³CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 120.

⁸²⁴WIEACKER, Franz. op. cit., p. 458.

⁸²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. rev. e ampl., cit., p. 260-262.

pressupostos teóricos, evidenciando a falácia da tese de que os institutos processuais são neutros.

Vê-se, destarte, que a supressão da categoria das ações materiais mostrou-se uma aliada para concretizar o distanciamento do direito material e do processo.

3.2. A jurisdição como atividade essencialmente declaratória e repressiva

De acordo com a ideologia racionalista, ao magistrado caberia no exercício da função jurisdicional aplicar o direito elaborado pelo legislador, o qual se pressupunha pleno. Em face disso, deveria o juiz permanecer inerte e passivo ao longo do processo, conservando-se neutro quanto aos valores em jogo. Dentro dessa lógica, necessariamente não poderia o julgador atuar no processo através de atos que realmente causassem transformações na realidade social, sob pena de ter a sua imparcialidade comprometida e de restringir indevidamente a liberdade dos cidadãos.

A única forma de destituir os poderes do magistrado e resguardar a sua neutralidade era por meio de uma atividade jurisdicional que operasse somente no plano jurídico e que não contemplasse qualquer ato de execução. A jurisdição deveria restringir-se, outrossim, a uma atividade exclusivamente declaratória destinada a atuar exclusivamente no plano normativo e de forma definitiva, independentemente de qualquer outra circunstância.

Adverte Cristina Rapisarda⁸²⁶ que a concepção acerca da jurisdição adotada pela doutrina processual do século XIX nos países de tradição civilista foi determinante para que se privilegiasse a tutela repressiva em detrimento da tutela preventiva. Segundo a autora, o conceito de jurisdição empregado pelos doutrinadores tradicionais estava alicerçado na ideia de que era preciso respeitar ao máximo os espaços reservados à liberdade individual, bem como na premissa de que a jurisdição apenas deveria atuar após a violação de um direito.

A situação retratada pela doutrinadora italiana está presente na concepção de Carnelutti acerca da jurisdição e que fora amplamente difundida no Brasil. Segundo Carnelutti a jurisdição caracteriza-se pela justa composição da lide que deve ser realizada

⁸²⁶RAPISARDA, Cristina. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, cit., p.103.

por uma sentença de cunho declaratório através da qual o juiz diz o direito. A premissa de Carnelutti para que a jurisdição atue é a existência de um conflito de interesses que se caracteriza pela resistência em face de uma pretensão.

Portanto, a jurisdição encontraria a sua razão de ser na necessidade de resolver os conflitos que se estabelecem entre os indivíduos. Claro está em sua doutrina que tem que haver a violação prévia a justificar a atuação jurisdicional, excluindo de antemão a possibilidade de uma tutela preventiva em que sequer há conflito.

Os valores do Estado liberal também influenciaram Giuseppe Chiovenda, cujo pensamento foi determinante na construção da doutrina processual brasileira⁸²⁷. Para Chiovenda, a função jurisdicional caracteriza-se pela substituição da atividade privada pela atividade pública, a qual pode verificar-se em dois estágios do processo: na cognição e na execução⁸²⁸. Segundo a doutrina de Chiovenda conhecimento e execução deveriam ocorrer em momentos diversos e não simultaneamente. Compreende o processualista a jurisdição como atividade exclusivamente declaratória - evidenciando-se o seu compromisso com o valor segurança.

O próprio conceito de jurisdição de Chiovenda faz pressupor que tenha ocorrido uma violação a embasar a atividade substitutiva do juiz na aplicação da vontade concreta da lei. Nesta esteira, a vontade concreta da lei apenas surgiria após a prática de um comportamento em desconformidade com as prescrições legais. Antes disso, não há como imaginar a substitutividade da jurisdição em relação a um ato primário de outrem e, tampouco, qual seria a vontade da lei.

Frisa-se: uma vontade concreta da lei e não duas que poderiam verificar-se nos julgamentos de probabilidade em que se assenta a tutela preventiva. Chiovenda⁸²⁹ destaca que “dizendo-se que a função jurisdicional consiste na atuação da vontade da lei, exclui-se que possamos fazer consistir na determinação ou criação dessa vontade, como sustentaram muitos escritores”.

Nesta linha, é o conceito de jurisdição apresentado por Celso Neves. Ao tratar da atividade jurisdicional, enfatiza a natureza declaratória. Escreve o doutrinador acerca das

⁸²⁷Adotando o conceito de jurisdição proposto por Chiovenda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., 6. ed., v. 1, p. 315.

⁸²⁸CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit., v. 1, p. 60.

⁸²⁹Id. Ibid.

características da jurisdição⁸³⁰ : “o que caracteriza é a declaração a que o juiz se vincula, em face do pedido inicial de solução da lide de pretensão resistida. Declaração porque se volta para um conflito de interesses anterior ao processo e que, ou voluntariamente, ou involuntariamente não pôde ser solucionado sem a intervenção do órgão estatal; porque concerne ao pretérito, ao pré-processual e se limita a reconhecer, ou não, a ocorrência dos fatos constitutivos da pretensão ajuizada e a pré-composição para eles estabelecida pelo direito positivo, escrito ou não escrito”.

Para este autor, a atividade jurisdicional é substitutiva dos atos que deveriam ser tomados pelos envolvidos no conflito e que são vedados pelo ordenamento jurídico. Pressupõe o mesmo jurista a existência de um conflito prévio, de uma relação jurídica estabelecida entre as partes enaltecendo a função declaratória da jurisdição e o seu caráter repressivo.

Com efeito, as referidas concepções formuladas sobre o fenômeno jurisdicional partem da premissa segundo a qual a verdadeira jurisdição é aquela que resolve um conflito de forma definitiva através da declaração do direito. Estes entendimentos conduzem à ilação de que a tutela repressiva é suficiente para todas as situações que se apresentam, ignorando-se a possibilidade de haver casos em que é indispensável a tutela preventiva, sob pena de ineficiência de provimento posterior.

Ainda quando o direito material reclame uma reação que não seja apenas de cunho declaratório, não poderia a jurisdição oferecer tal espécie de tutela. Assim, sendo a jurisdição estritamente declaratória apenas poderia referir-se a circunstâncias que ocorreram no passado e jamais a situações em que ainda não há sequer conflito e não se sabe se efetivamente se estabelecerão no futuro. Esta forma de compreender o fenômeno jurisdicional – atividade declaratória e repressiva-, consolidou-se na doutrina processual sobre a qual se assenta o sistema processual pátrio constituindo-se, outrossim, em um óbice ao desenvolvimento de uma verdadeira tutela preventiva.

Em consonância com a ideia de jurisdição como atividade meramente declaratória e repressiva, foi introduzido no direito processual brasileiro – civil e trabalhista - o processo de conhecimento, de caráter nitidamente individual e amplamente utilizado na Europa. A inclusão do processo de conhecimento no sistema processual nacional reforçou o

⁸³⁰NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 33.

pensamento já arraigado na cultura jurídica de que a jurisdição não deve atuar preventivamente, devendo-se preservar ao máximo a esfera de liberdade dos cidadãos.

Este instituto idealizado nos moldes da *actio* romana, cujas características as tornam um instrumento conservador foi, como se afirmou alhures, universalizado como forma geral de tutela atendendo aos anseios de segurança e certeza buscados pelo racionalismo⁸³¹. Na base de sua construção teórica ,encontra-se o compromisso com a *ordinariedade* - no sentido de que o procedimento deve seguir a mesma ordem, qual seja, a cognição deve anteceder a execução -, bem como com os ideais liberais que propugnavam a preservação máxima do *status quo* e dos espaços de liberdade reservados aos cidadãos.

O processo de conhecimento, tal como o procedimento da *actio* romana - juízo privado romano -, tem como pressuposto mais elementar a ausência de qualquer forma de execução, sendo puramente declaratório por definição. Seu objetivo primordial é a busca da verdade com a eliminação da incerteza através de uma declaração, o que afasta a concepção de uma tutela preventiva.

3.3. A necessidade de cognição plena e contraditório prévio na mesma relação processual

Nos moldes delineados para o cumprimento do ofício jurisdicional de revelação da vontade contida na lei, bem como para preservar a neutralidade do julgador viabilizando o pronunciamento de um juízo de certeza, afigurava-se indispensável que lhe fosse oportunizado o conhecimento de todas as questões que envolvem o objeto litigioso.

Desta feita, seguindo os pressupostos do sistema, consagrou-se a ideia de que, para se obterem juízos de certeza, resolvendo a lide definitivamente, o procedimento padrão necessariamente deve permitir ao juiz conhecer de todos os meandros do conflito. O objetivo é, portanto, resolver o conflito em toda sua amplitude e definitivamente, por mais tempo que isto exija.

Assim, tendo por diretrizes os valores de segurança e certeza, o procedimento foi engendrado de tal forma que todo o espectro do litígio pudesse ser trazido pelas partes ao

⁸³¹SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 95.

conhecimento do magistrado, antes de ser prolatado o julgamento. Nesta linha, atendendo a estas premissas o procedimento padrão foi concebido de modo plenário com contraditório prévio. Diz-se plenário porque todas as defesas e matérias atinentes à controvérsia estarão autorizadas a serem ventiladas no processo, estimulando-se as intervenções de terceiros⁸³² e cumulações objetivas⁸³³.

Ademais, caracteriza-se o processo de conhecimento por permitir que o juiz revele a “vontade” da lei somente após terem sido ouvidas ambas as partes - a quem, aliás, deve ser oportunizada a apresentação de todos os meios de prova admitidos. O exercício da plenitude de defesa é pressuposto para que o juiz profira uma decisão descortinando a verdade. Apenas após um longo *iter* procedimental com uma exaustiva produção probatória é que o juiz estará apto a desvendar a “vontade” contida na lei, através de uma sentença que operará apenas no plano jurídico.

A prova produzida no âmbito do processo ordinário é plena, não se dando importância às provas *prima facie*. Mesmo nas hipóteses em que o julgador já tenha formado o seu convencimento, somente após a ampla produção probatória é que poderá decidir, calcado em um juízo de certeza. O contraditório se opera, dessa forma, sempre previamente e em toda a sua extensão, desconsiderando-se o tempo que isto demandará.

Em homenagem à busca da verdade que deve informar o processo – conforme preconizado pela doutrina majoritária - a cognição plena com contraditório prévio ignoram que a distribuição do ônus do tempo no processo deve ser feita de maneira equilibrada entre autor e réu, tendo nítido escopo de conservação do *status quo*. Privilegia-se a certeza em detrimento da celeridade e efetividade do processo, além de desconsiderar totalmente a necessidade de realização de uma justiça concreta. Com a ordinariedade e a uniformidade de procedimentos, privilegia-se a certeza e não se corre o risco de existirem magistrados arbitrários.

Ao não permitir que a cognição e a execução se desenvolvam no mesmo momento, o processo de conhecimento impõe uma separação estanque entre essas duas atividades, devendo aquela sempre preceder a esta. Da dicotomia estabelecida entre conhecimento e

⁸³²Vale esclarecer que embora o processo do trabalho não admita como regra geral a intervenção de terceiros, esta circunstância não tem o condão de transmutar a sua natureza de procedimento ordinário, evidenciando apenas que em algumas escolhas privilegiou-se a celeridade processual.

⁸³³SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 84-85.

execução, infere-se que somente após ter sido declarado o direito é que podem ter início os atos executivos.

Por isso, as ações que contemplem cognição e execução até recentemente eram consideradas especiais, sendo expurgadas do âmbito do processo de conhecimento. As medidas cautelares, porque também subvertem a ordinariade são apartadas para um processo todo próprio que em nada se identifica com o processo de conhecimento. As cautelares são tipicamente sumárias e não permitem a dedução de todas as defesas pretendidas pelo demandado, além de não serem meramente declaratórias.

A declaração do direito apoiada em um juízo de certeza era considerada pela doutrina clássica como um pressuposto para a prática de atos executivos, estando expressa no princípio da *nulla executio sine titulo*, como se não existissem exceções⁸³⁴. A premissa básica era a de que somente poderiam ser viabilizados os atos executivos após ter sido eliminada a situação de incerteza que está posta no processo.

Como decorrência da dicotomia entre cognição e execução tem-se que para promover-se qualquer alteração na realidade fática fazia-se necessária a execução forçada, haja vista ser o processo de conhecimento puramente declaratório⁸³⁵. Não sendo possível conjugar-se conhecimento e execução, esta era relegada para um momento subsequente. Assim, em virtude de a cognição não poder ser exercitada no mesmo instante que a execução, as ações e as consequentes sentenças de procedência deveriam incidir estritamente no plano jurídico.

Evidencia-se, portanto, a razão de ser da classificação tradicional das três espécies de ações do processo de conhecimento— constitutiva, declaratória e condenatória - que não possuem aptidão para operarem modificações na realidade prática⁸³⁶.

Reafirmando o que se mencionou alhures, as sentenças declaratória e constitutiva prescindem de uma atividade posterior, esgotando-se quando prolatas, visto que se destinam a atuar apenas no plano jurídico. A sentença declaratória tem por fito eliminar qualquer incerteza sobre uma dada relação jurídica, enquanto a constitutiva tem a finalidade de constituir um novo estado para uma relação jurídica seja pela constituição, extinção ou modificação. A sentença de condenação, por sua vez, tem por fito abrir ensejo

⁸³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., 3. ed., p. 45.

⁸³⁵NEVES, Celso. op. cit., p. 33.

⁸³⁶Id. Ibid., p. 34.

para a execução forçada, em uma nova ação ou fase, na qual serão desenvolvidos os atos executivos.

Neste modelo, não há espaço para a tutela de prevenção, porquanto é visível a inadequação dessas três espécies de sentença para proteger direitos que não “podem ser violados, seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja, porque tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória”⁸³⁷.

Até mesmo porque não se pode olvidar que o compromisso com a ordinariedade acarreta necessariamente a rejeição às medidas liminares⁸³⁸ - decisões a respeito do mérito da causa⁸³⁹, cujo objetivo é realizar o direito provisoriamente-, as quais são imprescindíveis quando se trata de tutela preventiva. Esta repugnância do processo de conhecimento em relação às medidas liminares explica-se por alguns motivos.

O primeiro deles está relacionado ao modo como se opera a cognição judicial. Consoante já se afirmou em outro momento, a cognição judicial pode acontecer de várias formas, distinguindo-se em razão do grau e da amplitude em face do objeto cognoscível⁸⁴⁰.

No caso das liminares, a cognição judicial é limitada quanto à profundidade ocorrendo de maneira superficial. Isso quer dizer que, apesar de ser facultado ao magistrado o conhecimento de todas as questões objeto da lide, a cognição faz-se superficialmente com base em juízo de verossimilhança e não de forma exauriente, fulcrada em juízo de certeza. Tutela-se a aparência.

Os julgamentos com base em verossimilhança – utilizados nos casos de tutela preventiva - vão de encontro aos propósitos do procedimento ordinário, já que estão apoiados em juízos hipotéticos – incompatíveis com o ideal de segurança tão almejado

⁸³⁷SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2005. p. 344.

⁸³⁸Há que se mencionar, por oportuno, que não há consenso na doutrina brasileira acerca do que sejam exatamente as decisões liminares. Alguns autores sustentam que para a caracterização das liminares não se deve levar em consideração a natureza, o conteúdo ou a função do provimento, mas tão somente o momento processual em que é proferida. Compartilha deste entendimento por exemplo Adroaldo Furtado Fabrício. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre os provimentos antecipatórios. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Coord.). *Inovações do Código de Processo Civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 18.

⁸³⁹ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 162.

⁸⁴⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do CPC*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 42-52 e SILVA, Ovídio Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 253-286; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, cit., 4. ed. rev. e atual., p. 120-124.

pelo racionalismo. Some-se a isso que a previsão de liminares amplia consideravelmente os poderes dos magistrados, na medida em que o sistema passa a legitimar a invasão na esfera jurídica do réu, mesmo sem se ter a certeza de que o autor é titular de um direito que necessita de proteção⁸⁴¹.

Outro motivo que justifica a rejeição do processo de conhecimento às liminares decorre do fato de estas alterarem a ordem natural dos atos processuais - especialmente o momento do exercício do contraditório e a precedência da cognição em face à execução. Isso porque as liminares são técnicas utilizadas pelo legislador para promover a sumarização das demandas, com inversão de fases procedimentais e da ordem entre cognição e execução⁸⁴².

Nos casos em que o procedimento fixa a possibilidade de concessão de medidas liminares, o contraditório⁸⁴³ deixa de ser exercitado previamente e em toda sua extensão como é típico do procedimento ordinário, para ser realizado de forma diferida ou eventual.

Importante notar que as liminares, quando concedidas, antecipam efeitos que seriam alcançados na decisão final. Sendo assim, para que realmente tenham utilidade no plano da realidade é preciso que as liminares antecipem execução, pois este é o único efeito que pode provocar alteração no mundo dos fatos⁸⁴⁴. Os efeitos declaratório, constitutivo e condenatório não têm aptidão para gerarem alterações no plano da realidade. Aliás os efeitos declaratório e constitutivo não se harmonizam com as liminares, porquanto exigem um juízo de certeza. O efeito condenatório apesar de não ser incompatível com um juízo provisório serviria somente para antecipar o efeito executivo, haja vista que a condenação em si não passa de uma declaração⁸⁴⁵.

A possibilidade de concessão de liminar acaba por subverter a precedência entre cognição e execução estabelecida pelo procedimento ordinário, permitindo que ambas as atividades se desenvolvam no mesmo momento. Com efeito, a previsão de liminares

⁸⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., 3. ed., p. 44.

⁸⁴²SILVA, Ovídio Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 11.

⁸⁴³De acordo com Cândido Rangel Dinamarco “contraditório é participação e participar do processo significa, para as partes, empregar as armas lícitas disponíveis com o objetivo de convencer o juiz a dar julgamento favorável”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., 6. ed., v. 1, p. 315.

⁸⁴⁴Em sentido contrário, admitindo a antecipação dos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório RICCI, Eduardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Genesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 6, p. 697, set./dez. 1997.

⁸⁴⁵SILVA, Ovídio Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, cit., p. 42.

permite que o julgador calcado em cognição superficial decida o mérito da causa de forma provisória, interferindo na realidade dos fatos mesmo antes de ter sido oportunizada a produção de todas as provas admissíveis. Esta faculdade amplia consideravelmente os poderes do juiz que deixa de ser passivo e neutro para tornar-se ativo e comprometido com a versão apresentada pelo autor.

Além disso, por meio da técnica das liminares dá-se prevalência aos juízos de verossimilhança e à tutela da aparência, os quais não têm o condão de viabilizar a segurança e certeza alcançadas através do procedimento ordinário. Frisa-se que se a liminar não for confirmada, ter-se-á que admitir que a lei não possuía apenas uma vontade, mas duas, o que colide frontalmente com as premissas do procedimento comum.

Evidentemente que a previsão de liminares subverte os pressupostos sobre os quais está estruturado o processo de conhecimento, não podendo aceitá-las, sob pena de contaminar-se ao ponto de perder a sua identidade.

A ausência de previsão de uma cláusula geral prevendo a possibilidade de liminares, conduziu ao desvirtuamento do uso das medidas cautelares. Nas inúmeras situações que reclamava uma tutela célere e imediata, em virtude da ausência de previsão de medidas liminares, utilizavam-se as medidas cautelares, desvirtuando-se a sua finalidade para ter-se um processo mais efetivo, revelando a incapacidade do procedimento ordinário para conferir aos jurisdicionados uma tutela adequada, justa e tempestiva.

Outrossim, consolidou-se a noção de que os procedimentos necessariamente devem ser estruturados de modo a viabilizar a cognição plena e o contraditório prévio.

3.4. A incoercibilidade das obrigações e a conversão dos direitos em pecúnia

A adoção do procedimento comum como fórmula geral de tutela juntamente com o dogma da incoercibilidade das obrigações foram determinantes para que se considerasse a sentença condenatória como tutela suficiente para os mais variados tipos de direitos. É cediço que a construção teórica do instituto da condenação vai ao encontro dos ideais racionalistas, pois mantém a neutralidade e passividade do julgador através da dicotomia entre as atividades de conhecimento e execução. Todavia, cumpre registrar que suas raízes

estão localizadas no direito romano, mais precisamente no procedimento da *actio*⁸⁴⁶.

Neste tipo de procedimento, a violação de uma norma gerava uma obrigação que, por seu turno, acabava dando origem a uma sentença condenatória e, por fim, a uma execução. Insta registrar, ainda que brevemente, que uma circunstância foi decisiva no direito romano para a ampliação do campo de incidência da condenação e para o paulatino abandono das formas de tutela interdital.

A partir de leituras equivocadas de alguns textos, difundiu-se a ideia de que todas as relações de direito material, quando ingressam no processo, tornam-se obrigacionais⁸⁴⁷. Isso significa que, como obrigação, deveriam ser tutelados quaisquer tipos de direitos materiais. Não havendo no plano processual diferença entre as espécies de direito material e tratando-se indistintamente de relações de caráter obrigacional, o procedimento apropriado deveria ser aquele utilizado para a tutela das obrigações, qual seja, o procedimento comum – da *actio*. Todas as obrigações estavam submetidas ao mesmo regime⁸⁴⁸.

Dessa forma, na esteira do alargamento do conceito de obrigação, expandiu-se o campo de atuação reservado ao procedimento comum e, por conseguinte, à condenação. No direito moderno, deve-se a Chiovenda⁸⁴⁹ a propagação da tese de que, quando ingressam na seara do processo as relações, tornam-se obrigacionais. Consignou Chiovenda que *“ação e obrigação (e falando de obrigação entende-se todo direito a uma prestação, porquanto, como vimos, todo direito, absoluto ou relativo, se apresenta como obrigação no momento do processo) são, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente juntos e unidos preenchem plenamente a vontade concreta da lei”*.

Em virtude dos valores consagrados pela Revolução Francesa, esta noção foi incorporada em diversos ordenamentos jurídicos modernos, enaltecendo-se a figura do procedimento comum que tinha por base uma obrigação e a sentença condenatória⁸⁵⁰. Neste contexto, alinhado com os ideais liberais, o procedimento comum mantém a separação estanque entre conhecimento e execução, cabendo à sentença condenatória

⁸⁴⁶Registra-se que não serão abordadas as raízes romanas da condenação em face dos limites deste estudo.

⁸⁴⁷SILVA, Ovídio Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 248.

⁸⁴⁸SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 215.

⁸⁴⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 43.

⁸⁵⁰SILVA Ovídio Baptista da. *Execução obrigacional e mandamentalidade*, cit., p. 2.

vincular as duas atividades. O juízo condenatório pressupõe a existência de uma obrigação. Sem obrigação não haverá condenação e, tampouco, execução.

Como o processo de conhecimento produz a condenação, o âmbito de aplicação da tutela condenatória ampliou-se sensivelmente. Nesta perspectiva, a tutela condenatória passou a ser compreendida como suficiente para a proteção de todos os tipos de direitos. Admitia-se, outrossim, ações condenatórias para pagamento de quantia certa, para entrega de coisa certa ou incerta e para o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer. Em outros termos: a universalização do processo de conhecimento determinou a universalização da sentença condenatória, enfatizando a feição repressiva da jurisdição.

Em face disso, é relevante mencionar como a doutrina brasileira tratou a sentença condenatória. Liebman⁸⁵¹, cuja doutrina teve grande aceitação no Brasil, ensinava que a sentença condenatória determina a aplicação de uma sanção que será efetivada em um processo posterior. Ponderava o aludido autor, ademais, que na sentença de condenação “*não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente*”.

Por sua vez, Pontes de Miranda⁸⁵² afirmava que “*nas ações de condenação, a sentença tem como efeito normal – pois que não houve adiantamento de execução ou de mandamento – o efeito executivo, pela formação do título executivo; mas a sentença não é executiva, menos ainda a ação. Uma coisa é ser executiva, ter força executiva; outra, ter simples efeito. (...) A sentença de condenação não executa – permite a execução; tampouco, manda que se cumpra a prestação – abre portas a que se peça a execução e o juiz executor execute*”.

José Carlos Barbosa Moreira⁸⁵³, ao abordar a temática, afirma que a característica primordial da sentença condenatória é viabilizar, a quem se sagrou vencedor no processo de conhecimento, a ação executória. Acrescenta o mesmo jurista que o traço que define a condenação encontra-se no fato de ela conceder uma oportunidade para que o condenado cumpra espontaneamente o determinado na sentença, em um certo prazo.

⁸⁵¹LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 15.

⁸⁵²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. t. 5, p. 5.

⁸⁵³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: _____. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72.

A partir das lições acima transcritas, extrai-se que a sentença condenatória é o elo de ligação entre conhecimento e execução, seja esta efetivada por meio de uma ação autônoma ou como uma fase subsequente à execução como sempre ocorreu no processo trabalhista brasileiro. Após a declaração do direito e com uma sentença de condenação, exorta-se o condenado para que ele cumpra espontaneamente a obrigação. No caso de o demandado não adimplir voluntariamente o assentado na sentença, aí sim têm início os atos de execução.

A condenação pressupõe, destarte, a violação a um direito e um dano, pois somente têm cabimento os atos executivos após o obrigado não ter cumprido a obrigação espontaneamente⁸⁵⁴. Até haver o inadimplemento da prestação devida, a sentença de condenação não produz efeitos no mundo prático, estando em consonância com a ideia de jurisdição como atividade caracterizada por uma reação à uma transgressão. A sentença condenatória é intrinsecamente repressiva, visto que sua premissa de atuação é a ocorrência de lesão a um direito e de um dano⁸⁵⁵, deixando transparecer a sua incapacidade para tutelar direitos não suscetíveis de conversão em pecúnia, como os direitos da personalidade, à vida, à saúde, à honra, à intimidade. Estes direitos são, em essência, destinados à inviolabilidade, porquanto uma vez lesados é impossível restaurar a sua integridade⁸⁵⁶.

Com efeito, não tem a sentença condenatória a força necessária para transformar a realidade, postergando, no caso de inadimplemento da obrigação objeto da condenação, para um momento subsequente à realização de atos executivos. A condenação opera no plano estritamente jurídico de modo a não interferir no mundo da vida, estando destituída de qualquer coercibilidade⁸⁵⁷. Em virtude de a sentença condenatória estar ligada aos meios executivos por sub-rogação, os quais não interferem na vontade do obrigado, conduzem à recomposição patrimonial sem a sua participação em face do preconizado pelo princípio da tipicidade dos meios executivos. O inadimplemento da obrigação é garantido sem o concurso da vontade do réu em face de a execução processar-se através da expropriação dos seus bens, transformando-os em pecúnia que será alcançada ao credor

⁸⁵⁴RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 188.

⁸⁵⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, cit., t. 5, p. 4.

⁸⁵⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer. *Revista LTr*, São Paulo, ano 59, n. 8, p. 1027, ago. 1995.

⁸⁵⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., 3. ed., p. 34.

como forma de indenização⁸⁵⁸. Não está a condenação relacionada, outrossim, aos meios de coerção indireta para cumprimento de obrigações, mas apenas aos meios de execução previstos legalmente⁸⁵⁹.

Por conseguinte, a sentença de condenação não é capaz de conferir a tutela específica de direitos nos casos em que esta dependa de uma atuação do réu, como ocorre nas obrigações de fazer infungíveis ou nas obrigações de não fazer⁸⁶⁰. Isso porque se visa, com a tutela específica, alcançar exatamente aquilo que o credor teria direito de receber se o direito não tivesse sido violado⁸⁶¹.

O objetivo não é a substituição daquilo que foi violado, mas, ao contrário, a intenção é colocar as coisas no mesmo estado em que elas estavam antes de o contrato ou a lei terem sido descumpridos. Nestes casos, havendo a recusa do condenado em providenciar o adimplemento voluntário do determinado no julgado, tratando-se de sentença condenatória destituída de qualquer medida coercitiva, não há outra alternativa senão a sua conversão em perdas e danos⁸⁶².

Nesta toada, a sentença de condenação se universalizou como instrumento de reparação dos danos e reconstituição do patrimônio lesado, evidenciando a opção do sistema pela segurança jurídica em detrimento da efetividade⁸⁶³. A conservação da sentença condenatória como forma predominante de tutela enalteceu o princípio da liberdade individual, estando intimamente vinculada ao princípio da incoercibilidade das obrigações. Este princípio foi consagrado no Código de Napoleão no seu art. 1142, preconizando que em caso de inadimplemento do devedor toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos. A finalidade da norma que contemplava o princípio da incoercibilidade das obrigações no Código Civil francês era evitar qualquer situação que pudesse denotar um atentado à liberdade individual⁸⁶⁴.

Prescrevia o aludido dispositivo legal a impossibilidade de utilização de instrumentos que pudessem caracterizar coação sobre a pessoa, com o escopo de fazê-la

⁸⁵⁸THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 6.

⁸⁵⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84 CDC, cit., p. 37.

⁸⁶⁰Id. *Ibid.*, p. 34.

⁸⁶¹GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer, cit., p. 1026.

⁸⁶²SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 219.

⁸⁶³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva, cit., p. 22.

⁸⁶⁴SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 225.

cumprir uma determinada prestação que necessitasse de sua participação pessoal⁸⁶⁵. Ninguém poderia ser coagido a realizar um ato contra a sua vontade, sob pena de caracterizar ofensa à dignidade humana.

Assim, nos casos de obrigação de fazer infungíveis e não fazer em que o devedor não realizasse a prestação a que estava obrigado, estas deveriam se resolver em perdas e danos, evidenciando a inexistência de uma tutela específica para as obrigações de fazer infungíveis e para as obrigações de não fazer⁸⁶⁶. Dessa forma, de acordo com o disposto no art. 2.092 do Código Civil francês, havendo o inadimplemento da prestação devida o patrimônio do obrigado é que deveria suportar a sanção legal daí advinda⁸⁶⁷. Assinala Ada Pellegrini Grinover⁸⁶⁸ “*durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma (...)*”.

Nesta linha, a atuação do magistrado, sem que houvesse ocorrido a lesão a um direito, representaria um abuso e um verdadeiro atentado à liberdade individual. Não só porque a função preventiva estava vinculada ao feixe de atribuições da Administração Pública, mas também porque era expressão do poder de polícia do Estado⁸⁶⁹. Para conservar os juízes como a “boca da lei,” era preciso que não tivessem ao seu alcance quaisquer poderes de mando ou de império – os quais integravam o feixe de poderes do pretor romano⁸⁷⁰. Essas ordens expedidas pelos pretores romanos eram dadas por meio dos interditos e destinavam-se, como adverte Gandolfi⁸⁷¹, a obter um dever de obediência em relação a uma das partes. O fito era coagi-las a realizar uma determinada conduta que poderia ser positiva ou negativa⁸⁷².

A expedição de ordem por parte do magistrado era inconcebível no Estado Liberal. Possibilitar ao juiz obrigar um indivíduo em suas condutas privadas através da imposição de ordens, representaria a concessão de um poder elevado aos magistrados e ao Estado

⁸⁶⁵SILVA, João Calvão da. op. cit., p. 224.

⁸⁶⁶Id. Ibid., p. 219.

⁸⁶⁷THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 2.

⁸⁶⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer, cit., p. 1027.

⁸⁶⁹RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva, cit., p. 103.

⁸⁷⁰GANDOLFI, Giuseppe. *Contributto allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 22.

⁸⁷¹Id. Ibid., p. 90.

⁸⁷²BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: CEDAM, 1938. p. 54.

atentando contra a liberdade dos indivíduos⁸⁷³. Aos magistrados destituídos do poder de *imperium* estava vedada a possibilidade de interferirem na vontade do réu, pois tal ato violaria a sua liberdade individual e o preconizado pelo princípio da incoercibilidade das obrigações.

Frisa-se que a liberdade individual e a autonomia da vontade eram consideradas como intangíveis pela autoridade estatal, salvo naquilo que concernia ao funcionamento indispensável da sociedade. Não se pode olvidar que o princípio vigente nesta época era o de que o Estado deveria intervir o mínimo na esfera individual dos cidadãos, para que fosse garantida a liberdade. Paulo Bonavides⁸⁷⁴ assevera que “*na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. (...) O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva*”. Com efeito, *a autonomia da vontade deveria ser preservada das ingerências estatais*”.

Em respeito ao princípio do mínimo sacrifício da liberdade individual, não era permitido atuar preventivamente⁸⁷⁵. A previsão de mecanismos processuais que viabilizassem uma tutela preventiva era, portanto, incompatível com os matizes ideológicos do Estado Liberal, visto que concederia aos magistrados amplos poderes e atentaria contra a liberdade individual.

Outra razão que justificava a inexistência de uma tutela específica e a conversão dos direitos violados em perdas e danos era o princípio da igualdade formal de todos perante a lei. Não havia distinção entre as pessoas e bens e, tampouco, em relação aos direitos lesados, devendo todos eles serem reparados por meio de indenizações por perdas e danos, inexistindo motivos para preverem-se mecanismos de tutela diferenciados.

Assim, uma vez consolidado o dano, devia-se converter em pecúnia o valor equivalente ao direito violado, até mesmo porque em sendo o direito como um todo eminentemente patrimonial, supunha-se que todos os direitos eram passíveis de ressarcimento pelo equivalente monetário. Some-se a isso que ao Estado não cabia interferir nas relações jurídicas para garantir a tutela específica, porquanto os indivíduos gozavam de ampla liberdade e capacidade de autodeterminação⁸⁷⁶.

⁸⁷³MERRYMAN, John Henry. op. cit., p. 99.

⁸⁷⁴BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 40.

⁸⁷⁵MACHADO, Fábio Cardoso. op. cit., p. 45.

⁸⁷⁶THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 2.

A conjugação de todos esses fatores acabou dificultando enormemente o desenvolvimento de uma autêntica tutela preventiva, conferindo-se proeminência às formas repressivas de tutela, nos moldes preconizados pelo racionalismo e pelo liberalismo. Evidentemente que a sentença condenatória, juntamente com as sentenças declaratória e constitutiva, não tem aptidão para atuar preventivamente, visto que suas eficácias estão restritas ao plano normativo. a repetição de ato ilícito.

Não há espaço nesta classificação para uma sentença que se ligue à multa. A previsão exclusiva destas três espécies de sentença conduz à conclusão de que os direitos previstos no ordenamento jurídico, especialmente os de cunho não patrimonial, podem ser expropriados, desde que posteriormente pague-se por eles⁸⁷⁷.

Cuida-se da mercantilização do direito processual, visto que as mais graves ofensas poderiam ser convertidas em seu equivalente monetário. Estas três espécies tradicionais de sentença são insuficientes para providenciar a tutela preventiva dos direitos, principalmente os de conteúdo não patrimonial que não podem ser tutelados pela via ressarcitória. É o caso dos direito difusos e coletivos, notadamente os dos trabalhadores. que necessitam, para serem tutelados adequadamente, de uma sentença que possua um conteúdo eficaz capaz de prevenir a ocorrência, a continuação ou repetição do ilícito e assegurar a tutela específica dos direitos.

4. A tutela inibitória metaindividual trabalhista e o rompimento com os elementos estruturantes do sistema processual

4.1. A reaproximação entre direito material e processo e a adoção de novos referenciais

Partindo do pressuposto segundo o qual o processo existe para realizar os direitos insculpidos pela ordem jurídica, bem como que uma adequada tutela jurisdicional depende da consagração de procedimentos ajustados às necessidades dos direitos materiais, fez-se imprescindível promover a reaproximação entre direito e processo.

⁸⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84 CDC, cit., p. 39.

Uma das formas de promover esta reaproximação deu-se, seguindo a tendência da processualística contemporânea, a partir da possibilidade de ser veiculada uma tutela inibitória genérica dirigida contra o ilícito, na seara coletiva. O acolhimento deste novo instituto representou para o sistema processual brasileiro a retomada do sentido da relação existente entre direito e processo.

Os dispositivos legais que permitem a prestação da tutela inibitória coletiva, deixam nítida a preocupação com a efetividade do processo e com a tutela dos direitos, assim como com a busca por novos referenciais mais consentâneos com exigências sociais da contemporaneidade. Em nome da efetividade do processo e da necessidade de serem concedidas aos jurisdicionados respostas mais adequadas, a orientação traçada pelo legislador foi a de que se deve prestigiar o mais amplo acesso à justiça⁸⁷⁸. Uma afirmação deste teor implica dizer que a relevância e o interesse sociais passam a constituírem-se nos novos referenciais a informar a condução do processo coletivo que contemple pedido de tutela inibitória.

A legislação consagrou um procedimento mais flexível, autorizando-se o magistrado a fazer as adaptações processuais que se afigurem pertinentes às necessidades do direito material. Em prol da aproximação entre direito material e processo, dotou-se o procedimento de uma plasticidade, ampliando-se sensivelmente os poderes dos magistrados para determinar as providências que se fizerem necessárias para alcançar-se a tutela específica.

Note-se que até mesmo em termos de condições da ação, o juiz está autorizado a lançar mão de expedientes que permitam a superação de eventuais deficiências existentes à petição inicial da ação coletiva. Uma nova atitude é exigida dos intérpretes, quando se está diante da análise das condições de uma ação coletiva, com pedido de tutela inibitória. O interesse público que orientava uma postura obstativa do prosseguimento de processos que continham algumas deficiências e justificava a sua extinção sem julgamento de mérito, adquire uma nova roupagem no processo coletivo de caráter inibitório.

O interesse do Estado na resolução do mérito dos processos coletivos determina uma postura inclusiva, de modo que se proceda ao julgamento de mérito do maior número possível de feitos. Dessa forma, para que o mérito seja apreciado o art. 84 do CDC permite

⁸⁷⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer, cit., p. 1026.

ao magistrado uma adaptação processual, autorizando-o a fazer uso do princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva para que eventuais deficiências técnicas sejam sanadas oportunamente.

A consagração de um procedimento diferenciado e mais flexível para propiciar a tutela das obrigações de fazer, dentre as quais se inclui a tutela inibitória coletiva, deixa claro a incapacidade de uma fórmula genérica de procedimento para tutelar as mais variadas espécies de direito material, dotar o processo de efetividade⁸⁷⁹. Opera-se, dessa forma, um rompimento com a ideia de autonomia do processo em face do direito material.

O sistema, ao contemplar uma fórmula atípica e flexível de tutela para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, deixa antever que está em curso um deslocamento de poder do legislativo para o Judiciário, bem como que a celeridade processual começa a sobrepor-se em relação à segurança jurídica. Importa reconhecer, com isso, que teve início um processo de mudança, haja vista que a proeminência do valor celeridade poderá representar, muitas vezes, a redução da segurança nos moldes tradicionalmente preconizados.

Releva sublinhar que o fato de estas mudanças legislativas atinentes ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, especialmente na forma preventiva, ter ingressado no direito pátrio, primeiramente, por meio do microsistema de tutela coletiva é de extrema significância. A alteração é significativa, pois as obrigações de fazer e não fazer para além de constituírem o tipo mais corriqueiro de obrigação em uma sociedade de massas, também se revelam na modalidade de obrigação mais adequada para providenciar a promoção dos direitos fundamentais.

Some-se a isso que as inovações trazidas pelo art. 84 do CDC, em virtude de estarem inseridas no campo dos direitos metaindividuais, permitem não somente aos grupos privilegiados um acesso a uma justiça mais célere e efetiva, mas também a amplas camadas da população. Na órbita dos direitos transindividuais dos trabalhadores, estas inovações adquirem uma importância ainda maior. Como já se afirmou anteriormente, a Justiça do Trabalho é na maioria das vezes acessada somente após o desligamento dos trabalhadores do empregado, o que acaba permitindo o vilipêndio de seus direitos fundamentais e um desrespeito às normas trabalhistas em vigor.

⁸⁷⁹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização), cit., p. 13.

Infere-se, portanto que na esteira da reorientação axiológica promovida pela Constituição Federal de 1988 teve início, no campo do direito processual, um progressivo redimensionamento no quadro de valores até então vigentes. Até este período as escolhas políticas em termos processuais privilegiavam sobremaneira os valores individuais e a segurança e certeza. Desde então, passa a ser conferida posição de destaque aos valores coletivos e à celeridade e efetividade processuais.

A segurança, antes pressuposta na lei, terá de ser buscada através da argumentação jurídica expressa na fundamentação das decisões judiciais, descortinando a dinamicidade que sempre marcou o fenômeno processual, mas que procurou ser obscurecida em prol de uma suposta cientificidade do Direito. James Goldschmidt⁸⁸⁰ há muito já destacava a dinâmica de que se reveste o fenômeno processual, impede que se saiba de antemão qual será a resposta concedida pelo Poder Judiciário, já que este ramo do Direito é permeado por incertezas e expectativa.

O reconhecimento da dinamicidade processual abre espaço para uma maior aplicação dos juízos de probabilidade típicos das tutelas preventivas, dentre as quais se inclui a tutela inibitória, viabilizando a construção de uma autêntica tutela preventiva de que tanto carecem os direitos metaindividuais. Isso porque, admitindo-se que através do processo não é possível alcançar-se a verdade, mas apenas a verossimilhança das situações que estão postas à análise do magistrado, não há motivos para repudiar-se os juízos de probabilidade e, por conseguinte, uma tutela puramente preventiva.

Impõe-se admitir, com isso, um novo patamar em termos de direito probatório, contentando-se o processo com provas indiciárias e, por decorrência, dos juízos de balanceamento a serem feitos pelo julgador. Com base nos juízos de balanceamentos realizados pelos magistrados, serão prolatados juízos de probabilidade de forma final e não apenas provisória para serem posteriormente confirmados na mesma relação processual.

Nesta perspectiva, a partir da aceitação de que é possível veicular uma tutela inibitória metaindividual fica clara a tentativa de superação da cultura da neutralidade dos institutos processuais. O sistema passa a permitir que sejam utilizados mecanismos

⁸⁸⁰Texto original: “El modo de ver o considerar o direito, que convierte todas las relaciones jurídicas en expectativas o perspectivas de un fallo judicial de contenido determinado, puede llamarse una consideración dinámica del derecho em contraste com la consideración corriente, que es estática (...) la incertidumbre es consustancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede reverse com seguridad”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*, cit., p. 57 e 59.

diferenciados, com o objetivo de se tutelar adequadamente determinados tipos de direitos que não podem aguardar o longo trâmite do processo ordinário para serem realizados, porquanto não são passíveis de reconstituição posterior, como é o caso dos direitos transindividuais dos trabalhadores.

Fica clara a tentativa de conferir aos direitos materiais proteção adequada antes de serem violados, garantindo-lhes uma satisfação específica através, inclusive, da possibilidade de uma tutela específica antecipada.

Assim, a veiculação de uma tutela inibitória genérica com o escopo de evitar a prática, a repetição ou a continuação de condutas antijurídicas que atingem direitos da coletividade, mais adequada às situações materiais, traduz a atual tendência da doutrina processual de reconstituição da relação entre o processo e o direito material⁸⁸¹.

Logo, as inovações introduzidas no sistema através dos art. 83 e 84 do CDC permitem manejar adequadamente a tutela inibitória e acabam rompendo com o paradigma da neutralidade processual em vários aspectos, bem como ampliam consideravelmente os poderes dos magistrados na condução dos feitos – tema a ser abordado no próximo item.

4.2. A jurisdição aparelhada com poderes de império para prover a tutela específica preventiva dos direitos metaindividuais

Conquanto existissem no sistema processual dispositivos prevendo a tutela específica, estes se restringiam às obrigações de fazer fungíveis, não sendo extensíveis a todos os direitos como aqueles que dependem de um agir do demandado como ocorre nas obrigações de fazer infungíveis e nas obrigações de não-fazer⁸⁸². Assim, para além de terem sido ampliadas as hipóteses de tutela específica das obrigações de fazer infungíveis e das obrigações de não-fazer, conferindo à tutela específica uma posição de proeminência em relação à tutela ressarcitória, a possibilidade de fazê-lo na forma preventiva representa uma importante conquista.

⁸⁸¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993. p. 13.

⁸⁸²THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 7.

Possibilitando-se ao titular do direito a sua realização na forma preventiva como se ele estivesse sendo adimplido independentemente do processo, dota-se o magistrado de todos os poderes necessários para influir na vontade do demandado, estimulando o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, antes mesmo da prática da conduta antijurídica. Com a explicitação de uma cláusula geral que autoriza o juiz aplicar medidas de coerção, buscando o cumprimento da obrigação pelo demandado antes que tenha incorrido na ilicitude, desvela-se a superação do dogma da incoercibilidade das obrigações, desvelando o rompimento da tutela inibitória com mais um dos elementos estruturantes do sistema processual.

A conversão dos direitos em pecúnia constitui-se na última alternativa a ser adotada pelo magistrado. Esta inovação alinha-se com as peculiaridades que marcam os direitos difusos e coletivos⁸⁸³, os quais, consoante já se afirmou alhures, não possuem conteúdo patrimonial e reclamam, em função disso, para serem adequadamente tutelados que a ordem jurídica contemple, ao lado da tutela sancionatória, instrumentos aptos a evitar a ocorrência de lesões.

Como se sabe, os direitos fundamentais e os direitos que vieram à tona a partir do consumo e da produção em massa, dado o seu caráter não patrimonial, somente serão tutelados apropriadamente se for preservada a sua essência. Nesta esteira, a tutela por meio da compensação pelo equivalente pecuniário, conquanto seja de grande relevância, não é a mais adequada para realizar os direitos transindividuais. Acrescente-se a isso que, em virtude de as lesões que atingem os direitos metaindividuais serem geralmente continuativas e repetitivas e, no mais das vezes, irreversíveis, elas não se coadunam com o modelo repressivo, exigindo uma tutela de caráter preventivo.

Muito embora possa haver uma estimativa monetária para efeitos de indenização, uma vez lesados, os direitos destinados à inviolabilidade não podem ser reconstituídos ao estado anterior. No caso do Direito do Trabalho, em que geralmente são versados direitos como à saúde, à vida, à intimidade e à dignidade de uma determinada coletividade de trabalhadores, a tutela preventiva é de extrema importância para evitar o aviltamento do ser humano e impedir a legitimação dos abusos do poder econômico. Indiscutivelmente a resposta efetiva e célere da jurisdição auxiliará no combate à precarização das relações trabalhistas e realiza os direitos fundamentais do homem trabalhador consoante

⁸⁸³LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 103-104.

preconizado pelo direito material⁸⁸⁴.

A legislação, ao municiar o magistrado com poderes de império viabilizando a prolação de uma sentença ligada à multa, ensejou o reconhecimento de que, para além das três classes de sentenças classicamente aceitas, o sistema admite mais duas: as mandamentais e executivas *lato sensu*.

Pode-se afirmar, assim, com fulcro na doutrina e jurisprudência dominantes que o Brasil passou a adotar a classificação quinária das sentenças preconizada por Pontes de Miranda⁸⁸⁵. Admite-se, desde então, que existem no âmbito do procedimento comum coletivos ações mandamentais e executivas *lato sensu* e não somente na seara dos procedimentos especiais⁸⁸⁶.

Através das sentenças preponderantemente mandamentais e executivas *lato sensu* aparelha-se o sistema de tal maneira que este torna-se apto a conceder a tutela preventiva das obrigações de fazer infungíveis e não-fazer, antes de ter ocorrido a violação à ordem jurídica. Ressalta-se que a ausência de uma sentença que se ligasse às medidas coercitivas e de sub-rogação representou um óbice ao desenvolvimento de uma verdadeira tutela preventiva. Importa sublinhar que este é um dos grandes obstáculos enfrentados para o desenvolvimento da tutela inibitória genérica no direito italiano⁸⁸⁷.

Consigne-se ainda que tais sentenças, por contemplarem de forma conjunta as atividades de cognição e execução no âmbito do processo comum, representaram a modificação da própria ideologia do sistema que antes propugnava a separação radical entre conhecimento e execução, cedendo espaço às chamadas ações sincréticas.

Nesta perspectiva, o reconhecimento das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, para viabilização da tutela específica dos direitos transindividuais permitem a superação da ideia de condenação como tutela suficiente, do dogma da incoercibilidade das obrigações., bem como da visão do juiz como mero burocrata e revelador da vontade contida na lei.

⁸⁸⁴CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2008. v. 1, p. 363.

⁸⁸⁵Id. *Ibid.*, p.277.

⁸⁸⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer, cit., p. 1030.

⁸⁸⁷RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 244.

5. Possibilidades em termos de tutela inibitória metaindividual trabalhista

Diante do que se expôs nos itens anteriores, pode-se dizer que os primeiros passos rumo à superação do paradigma informador do processo moderno já ocorreu, tendo sido feitas escolhas em prol de um processo mais célere e efetivo e atento às novas exigências da sociedade contemporânea. Algumas possibilidades para o aprimoramento da tutela inibitória metaindividual ainda podem ser adotadas, de sorte a alçar este instituto à condição de verdadeiro alicerce do novo sistema que se busca estruturar, com parcimônia e razoabilidade.

Nesta linha, vislumbra-se, no emprego das técnicas de sumarização de demandas, uma importante medida que pode ser utilizada pelo legislador para municiar a tutela inibitória de maior amplitude, dotando-se a de um procedimento mais célere e efetivo. Ressalta-se que o Direito do Trabalho italiano valeu-se de tais técnicas para construir os procedimentos das tutelas inibitórias trabalhistas típicas, retratadas por meio da ação de cessação e repressão da conduta antissindical e da ação para paridade de sexos no ambiente laboral. Este modelo constitui-se uma relevante fonte de análise que pode inspirar a adoção pelo direito brasileiro de algumas medidas capazes de municiar o processo de efetividade.

Considerando as peculiaridades das técnicas de sumarização de demandas, para a compreensão exata da sugestão que ora se faz, torna-se imprescindível abordar esta temática em tópico apartado, muito embora ante os limites e propósitos deste estudo, não se empreenderá um exame aprofundado. Ademais, para se ter uma visão mais clara das possibilidades em termos de tutela inibitória metaindividual, é mister indicar alguns aspectos relevantes componentes dos ritos específicos das ações de cessação ou de repressão da conduta antissindical e de paridade de sexos na relação de trabalho.

5.1. O emprego das técnicas de sumarização das demandas

As técnicas de sumarização de demandas são manejadas para conferirem maior celeridade e efetividade aos procedimentos judiciais. O uso de tais técnicas é feito pelo legislador, trabalhando de maneiras distintas a forma com que se dará a cognição judicial em um determinado procedimento. Para compreender a temática da sumarização das

demandas importa analisar como pode operar a cognição judicial em um determinado procedimento para, então, fazer as escolhas mais adequadas de acordo com o tipo de direito que se pretende tutelar, bem como com a finalidade daquele.

No Brasil, Kazuo Watanabe⁸⁸⁸ e Ovídio Baptista da Silva⁸⁸⁹ debruçaram-se sobre o tema da cognição judicial, embora adotando pontos de vista distintos acerca de vários aspectos. Releva anotar que as linhas traçadas no estudo daquele autor foram adotadas por Luiz Guilherme Marinoni⁸⁹⁰.

Kazuo Watanabe vislumbra a cognição judicial elegendo como critério de análise dois planos distintos: o vertical e o horizontal. A partir do plano vertical, o autor enfoca a extensão e amplitude da cognição, ao passo que, na perspectiva do plano horizontal, o foco é a profundidade em que esta se opera. Nesta linha, assevera o mesmo jurista que a cognição no plano vertical pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta) e, no plano horizontal, plena ou limitada. O ponto de partida para a investigação sobre a cognição parece residir na obra deste autor no plano processual. Significa, com isso, que a cognição é examinada a partir da demanda já construída pelo sistema processual, muito embora possam se verificar procedimentos em que o legislador limita a investigação judicial, de modo que não alcançam várias questões atinentes à realidade do direito material.

Ao tratar do plano horizontal, Watanabe sustenta que se deve entender como cognição ampla e plena, a que se estabelece sobre todas as questões da área sobre a qual é franqueada ao juiz conhecer. O procedimento plenário é aquele no qual há ampla extensão de debate entre as partes. Por sua vez, tem-se a cognição limitada quando há restrição quanto à amplitude do debate facultado às partes.

Já no plano vertical, a cognição pode ser exauriente se, em relação ao objeto cognoscível, não houver sido imposto algum limite ao conhecimento do magistrado. Acaso haja restrição quanto ao aprofundamento da cognição judicial, sendo superficial, esta será reputada como sumária. Destarte, segundo sua concepção a cognição sumária é identificada com a cognição superficial, calcada em juízo de verossimilhança.

⁸⁸⁸WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, cit., 4. ed. rev e atual., especialmente p. 118-151.

⁸⁸⁹SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 46-47. Neste sentido: SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, cit., p. 84-101.

⁸⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do CPC*, cit., p. 24-34.

Infere-se de seu pensamento que, ainda que em processos nos quais nem toda a controvérsia tenha sido trazida à apreciação do juiz em razão de uma limitação das matérias que podem ser objeto de debates, mas for facultado ao magistrado conhecer do litígio profundamente, ter-se-á cognição exauriente, embora parcial. Não por outro motivo, aduz este processualista que a cognição levada a efeito em sede de mandado de segurança, em que inquestionavelmente há restrição quanto ao tipo de prova a ser produzida, é exauriente, conquanto seja parcial.

Com efeito, o doutrinador não concebe a possibilidade de haver uma lide materialmente sumária – com redução do objeto de conhecimento do magistrado, por meio de vedação de defesas -, com cognição exauriente. A cognição sumária seria própria apenas das decisões provisórias, como o são todas as liminares, as quais devem ser posteriormente confirmadas ou não por meio de sentença final, embasada em cognição exauriente. Por conseguinte, segundo seu pensamento a cognição sumária não pode gerar coisa julgada material.

Ovídio Baptista, por sua vez, elabora seu estudo sobre a cognição judicial levando em consideração os conceitos de lide total e parcial preconizados por Carnelutti, os quais são, a seu juízo, conceitos extraprocessuais. Diz-se lide ou processo total quando todo o espectro da controvérsia é trazido ao processo e, por conseguinte, ao conhecimento do julgador. Lide ou processo parcial, nos casos em que a lei opera uma limitação no que pode ser trazido ao processo.

Desta feita, segundo este autor, as demandas podem ser plenárias ou sumárias. As demandas plenárias são aquelas formadoras dos processos totais, em que as partes podem suscitar todas as questões que julgarem pertinentes, bem como produzirem todos os tipos de prova admissíveis pela legislação, visto que o escopo do procedimento é trazer ao conhecimento do juiz todo o espectro do conflito para, assim, decidir, com a máxima certeza possível, definitivamente o litígio. Os processos plenários são compatíveis com a cumulação de ações, o litisconsórcio até onde for possível, a intervenção de terceiros, a reconvenção, de modo que o magistrado tenha a oportunidade de conhecer de toda a controvérsia. A cognição neste tipo de demanda é exaustiva.

As demandas sumárias, por seu turno, são aquelas em que a controvérsia total não vem ao processo em razão de alguma redução determinada pelo legislador em prol da agilização do procedimento. Outrossim a cognição será sumária em todas as oportunidades em que o legislador, valendo-se de técnicas de sumarização de demandas, determine a redução da cognição judicial impedindo, dessa forma, a formação de processos totais.

Portanto, este autor compreende como cognição sumária a restrição, limitação ou corte na área a ser conhecida pelo juiz. Consequentemente em todas as oportunidades em que o legislador contemplar uma forma de redução da cognição judicial, seja por meio de cortes horizontais ou verticais, estar-se-á diante de uma demanda materialmente sumária, na qual a cognição judicial é também sumária. Em outros termos, quer-se dizer que todas as vezes em que o magistrado tiver sua cognição reduzida, seja em virtude da exclusão de uma parte da controvérsia - processo parcial-, seja em face da profundidade em que examina a demanda que lhe é submetida à apreciação, estar-se-á diante de cognição sumária. Isso porque o juiz não terá condições de apreciar toda a extensão do conflito. A cognição será sumária em todas aquelas situações nas quais é vedado ao juiz conhecer de uma fração do conflito. Havendo redução do campo de cognição do juiz, estar-se-á diante de uma demanda sumarizada. Ademais, o mesmo doutrinador sustenta que não há incompatibilidade entre as lides sumárias e a coisa julgada material.

Para este jurista somente haverá cognição exauriente quando toda a dimensão do conflito for trazida a conhecimento do julgador e, além disso, for autorizado às partes apresentarem todos os tipos de provas legalmente admitidas. A cognição dita exauriente é, segundo seu pensamento, típica das demandas plenárias formadoras dos processos totais.

O referido processualista trabalha com cortes que podem ser realizados na área litigiosa, para vislumbrar o espectro de cognição autorizada pela lei ao juiz, fazendo menção a cortes nos sentidos vertical e horizontal. Os cortes verticais são vislumbrados sob o prisma do direito material e das questões que poderiam ser suscitadas em determinada demanda. Importa com isso dizer que a limitação da cognição imposta pelo legislador em face da natureza da causa impede que sejam ventiladas determinadas defesas que poderiam ser trazidas à baila, muito embora seja autorizado ao juiz conhecê-las de modo aprofundado.

Nesta perspectiva, a sumarização da demanda, segundo Ovídio Baptista, verifica-se nas seguintes hipóteses: i) quando ao magistrado é vedado conhecer de parte de algumas questões que são excluídas previamente da área litigiosa, através da lei (ex. Decreto-lei n.º 3.365/1941 em que são permitidas somente as discussões sobre vício do processo judicial e preço); ii) nas hipóteses em que a lei determina as provas que são admissíveis, como ocorre nos processos documentais (ex. Mandado de segurança que admite apenas prova documental); iii) quando o juiz decide com base em cognição superficial sobre todas as questões da lide - situação verificada na apreciação de medidas liminares; iv) nas situações em que são vedadas as discussões a respeito de algumas matérias em uma certa demanda, sendo esta controvérsia reservada para uma outra relação processual.

Tanto Kazuo Watanabe como Ovídio Baptista entendem que pode haver um procedimento formalmente sumário, com encurtamento de atos processuais, sem que haja redução na cognição e, seja também materialmente sumário.

Como se observa, manejando quaisquer das técnicas de sumarização de demandas haverá implicações no desenvolvimento do contraditório. Desse modo, em uma demanda sumária, o contraditório poderá ser diferido, também chamado de posticipado, ou eventual.

O contraditório é diferido - também denominado postergado ou posticipado -, é aquele que se verifica quando o magistrado sem a oitiva do demandado e levando-se em consideração somente as alegações do autor e as provas *prima facie* defere a medida liminar para, somente após a prática deste ato, viabilizar o exercício do contraditório⁸⁹¹. Em vez de ser oportunizado ao réu influir na decisão do magistrado antes de sua efetivação, a técnica das liminares inverte este momento para permitir-lhe que o faça após a decisão liminar e antes da sentença final, mas sempre na mesma relação processual.

Já o chamado contraditório eventual poderá ou não efetivar-se, restando dependente do ajuizamento de uma nova ação. Não é por outro motivo que se denomina eventual. Este tipo de contraditório não é exercitado na mesma relação processual em que fora deferida a medida liminar, mas em outra relação na qual será oportunizado ao réu oferecer as defesas que entender pertinentes.

⁸⁹¹RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 4.

Salienta-se, ademais, que o contraditório eventual pode manifestar-se de duas formas: uma, quando o interesse do autor é tutelado numa fase inicial da demanda facultando-se ao réu, se assim desejar, que ingresse com uma nova demanda incidental àquela primeira para aí sim discutir as questões que entender cabíveis. A outra modalidade de contraditório eventual verifica-se nos casos em que o demandado para poder exercer o contraditório precisa ajuizar uma ação autônoma, não incidental àquela primeira⁸⁹².

Abordadas as técnicas de sumarização das demanda, passa-se a analisar o modelo adotado pelo direito italiano em sede de tutela inibitória metaindividual trabalhista.

5.2. O modelo italiano das inibitórias coletivas trabalhistas típicas

Consoante já se afirmou em várias oportunidades ao longo deste estudo, o ordenamento italiano está dotado de duas ações coletivas inibitórias típicas: uma destinada à cessação e repressão da conduta antissindical e, outra direcionada a inibir práticas discriminatórias em razão de gênero nas relações de trabalho. A doutrina italiana⁸⁹³, de modo geral, afirma que esta ação adotou como parâmetro o rito daquela. Desse modo, ante a semelhança de ritos, com diferenças apenas pontuais que não se afiguram relevantes para efeitos deste estudo, serão tecidas algumas considerações apenas a respeito do procedimento adotado para a ação de cessação e repressão da conduta antissindical na Itália⁸⁹⁴.

⁸⁹²SILVA, Ovídio Baptista da. O contraditório nas ações sumárias, cit., p. 275-276.

⁸⁹³DIANA, Antonio Gerardo. *Procedimenti cautelari e possessori*, cit., p. 935; MASTINU, Enrico Maria. *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, cit., p. 114.

⁸⁹⁴Statuto del lavoratori: Art. 28: “**Repressione della condotta antisindacale**. Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore (¹) del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore (¹) in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo.

Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti opposizione davanti al pretore (¹) in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile.

Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.

L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale.

Após a entrada em vigor do art. 28 do Estatuto do Trabalhador italiano que contempla a ação de cessação e repressão da conduta antissindical, uma divergência doutrinária e jurisprudencial instaurou-se em torno da natureza do procedimento especial. Alguns autores argumentavam que o procedimento é material e formalmente sumário. Dessa forma, entendiam tais juristas que o procedimento previsto pelo artigo 28 do Estatuto do Trabalhador da Itália, desenvolve-se e encerra-se rapidamente em primeiro grau de jurisdição, tendo como característica primordial as limitações da cognição judicial e do contraditório. Uma vez coletadas as informações sumárias deveria, segundo esta vertente interpretativa, proferida a decisão, a qual não seria provisória, mas passível de ser atacada por meio de recurso⁸⁹⁵.

Esta vertente não foi acolhida pela doutrina e jurisprudência majoritárias, as quais perfilharam o entendimento segundo o qual a referida ação congrega, na primeira instância, duas fases distintas: uma em que a cognição é sumária e, outra, na qual a cognição é plena. A primeira fase reputa-se como de urgência, sendo dotada de cognição sumária. Esta fase tem início com o ajuizamento da ação pelo sindicato legitimado, perante o juiz do trabalho do local do fato contestado. O juiz deve ouvir a parte contrária, porém de forma sumária, coletando informações igualmente sumárias para, após dois dias, proferir decisão a respeito da controvérsia. Muito embora a lei fixe o prazo de dois dias para a prolação da decisão, a doutrina o considera como modalidade de prazo impróprio⁸⁹⁶.

Tradução sugerida: “Disposições gerais - Art. 28. Repressão da conduta anti-sindical. Se o empregador adotar condutas destinadas a impedir ou limitar o exercício da liberdade e da atividade sindical e do direito de greve, após recurso apresentado pelos órgãos locais das associações sindicais nacionais que tenham interesse, o juiz ⁽¹⁾ competente pelo território onde aconteceu a conduta denunciada, nos dois dias seguintes, após ter convocado as partes e ter assumido informações sumárias, quando considerar existente a violação referida no presente parágrafo, ordenará ao empregador, por meio de decreto fundamentado e imediatamente executivo, a cessação do comportamento ilegítimo e a anulação dos seus efeitos.

A eficácia executiva do decreto não poderá ser revogada até o julgamento através do qual o magistrado ⁽¹⁾, com função de juiz do trabalho, definirá o processo instituído nos termos do parágrafo seguinte.

Contra o decreto que decide sobre o recurso será permitido, dentro de 15 dias da comunicação do decreto às partes, oposição perante o magistrado ⁽¹⁾, em função de juiz do trabalho, que decidirá com uma sentença imediatamente executiva. Deverão ser observadas as disposições dos artigos 413 e seguintes do Código de Processo Civil.

O empregador que não cumprir com o decreto referido no primeiro parágrafo, ou ao acórdão pronunciado no julgamento de oposição será punido nos termos do artigo 650 do Código Penal.

As autoridades judiciais ordenam a publicação da sentença penal condenatória, de acordo com o artigo 36 do Código Penal”.

⁸⁹⁵COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. *Il comportamento antisindicale* (aspetti sostanziali e processuali), cit., p. 224.

⁸⁹⁶PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavoratori*, cit., p. 183; VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale*, cit., v. 1, p. 322- 323; COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. op. cit., p. 208-227.

De maneira uníssona a doutrina compreende que a fase inicial é sumária, vez que há limitação da cognição judicial e uma mitigação do contraditório. A redução da cognição judicial atende à ideia de conferir proteção célere e imediata aos direitos sindicais. Some-se a isso que a sumariedade advém também da forma bastante restrita com que se processa a fase probatória, visto que o empregador deve apresentar apenas informações sumárias, não lhe sendo facultado produzir outras provas mais complexas que demandariam mais tempo⁸⁹⁷.

Note-se que nessa primeira fase, a cognição é sumária, já que não é desenvolvida uma ampla e aprofundada fase probatória e de debates, cabendo ao autor demonstrar a ocorrência somente do *fumus boni iuris*, de forma diversa dos procedimentos cautelares em que a prova deve recair também sobre o perigo de dano irreparável⁸⁹⁸. Sem embargo de a fase ser sumária, a lei não autoriza o magistrado a decidir sem a oitiva da parte contrária, devendo ser instaurado o contraditório prévio apesar de limitado ao fornecimento de informações sumárias.

Uma vez acolhido o pedido do autor, o juiz decide e emite uma ordem dotada de força executiva para que o empregador cumpra de imediato a decisão judicial, determinando que cesse a prática antijurídica. Com isso, tem-se por finalizada a primeira fase do procedimento. A ordem executiva é acompanhada de uma sanção penal que incidirá em caso de descumprimento. Insta salientar, no que atine aos efeitos desta ordem que determina a cessação da conduta antissindical, que os doutrinadores italianos que tratam da temática da ação em espeque vislumbram uma natureza inibitória. Já no que concerne aos eventuais efeitos da conduta antijurídica entendem haver, em realidade, uma tutela ripristinatória.

Após a prolação da decisão da primeira fase do procedimento, a parte vencida poderá oferecer oposição, em 15 dias, a qual deverá ser dirigida ao mesmo juiz da fase sumária. Em sendo apresentada oposição, tem início a segunda fase do procedimento que é eventual, pois somente ocorrerá se for ajuizada oposição⁸⁹⁹. Registra-se que há controvérsias quanto à natureza desta oposição. Para os que entendem que o procedimento tem duas fases, a oposição abriria a possibilidade para a concretização do contraditório

⁸⁹⁷VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*: il diritto sindacale, cit., v. 1, p. 320

⁸⁹⁸PORTO, Lorena Vasconcelos. A conduta anti-sindical: o direito italiano e o anteprojeto de lei de reforma sindical no Brasil, cit., p. 24.

⁸⁹⁹COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. op. cit., p.171

pleno, muito embora na forma diferida, já que na segunda fase a cognição será plena e exauriente. Para os que sustentam haver um procedimento sumário, a oposição representa o recurso contra a decisão prolatada em primeiro grau.

Não sendo apresentada a oposição, a decisão tomada com fulcro em cognição sumária na primeira fase do procedimento, transita em julgado. Esta decisão, como se percebe, é dotada de certa autonomia procedimental, uma vez que não é provisória, funcionando como um marco divisório entre a primeira fase – sumária- e a segunda – de cognição plena e exauriente. Ressalta-se que, mesmo após ter sido apresentada a oposição, o magistrado não pode alterar, de plano, a decisão de tomada na fase vez inicial.

Os ritos estabelecidos para nas tutelas inibitórias típicas trabalhistas do direito italiano, adotam as seguintes técnicas de sumarização da demanda: a) o juiz decide a lide com base em cognição superficial, haja vista que sua análise está pautada sobre as informações sumárias trazidas por autor e réu; b) há limitação do tipo de prova a ser produzida, porquanto a legislação é clara que se trata de informações sumárias, reservando-se para uma fase ou procedimento seguinte o amplo debate e a produção de provas mais complexas; c) concede-se autonomia procedimental a uma decisão tomada com base em cognição sumária, reservando-se para uma fase ou processo subsequente, eventual o debate mais amplo. Esta fase é eventual, porquanto não se sabe se ela ocorrerá.

5.3. Sugestões para aprimoramento da tutela inibitória metaindividual trabalhista

Diante do modelo italiano e das técnicas de sumarização das demandas passíveis de serem manejadas pelo legislador brasileiro, na linha do que já fora feito em sede de mandado de segurança e interditos proibitórios, pensa-se que a tutela inibitória metaindividual do direito brasileiro poderia ser aperfeiçoada adotando-se um rito que em muito se assemelha aos das tutelas inibitórias típicas, de modo a torná-la uma demanda materialmente sumária.

Quer-se com isso dizer que se acredita que a restrição de prova a ser produzida na tutela inibitória coletiva autorizando, tal como se dá na Itália, apenas a prestação de informações sumárias é uma importante técnica a ser adotada. Da mesma forma, a adoção do contraditório eventual, conferindo-se de autonomia procedimental à decisão calcada em

cognição sumária, de modo que se grave a parte sucumbente com o ônus de iniciar uma nova demanda para, aí sim, discutir as questões relacionadas à lide anterior e que não puderam ser debatidas em face da limitação da cognição. O contraditório aqui seria exercido em outra relação processual e não na mesma, pois senão, estar-se-ia diante de contraditório diferido e não eventual. Tais medidas poderiam contribuir para o aprimoramento da tutela inibitória, sendo de extrema importância para conferir maior efetividade ao procedimento. Nesta toada, a ação que congregasse um pedido de tutela inibitória coletiva seria sumária e não de cognição exauriente como preconizada pela vertente doutrinária dominante.

Este novo modelo de procedimento por meio do qual seria veiculada a tutela inibitória coletiva vai ao encontro dos anseios da sociedade contemporânea, massificada e com pressa..

6. A transição paradigmática

Inequivocamente a possibilidade de prestar-se a tutela inibitória coletiva com fulcro nos art. 11 da LACP e 83 e 84, ambos do CDC representa, para o direito brasileiro, uma tentativa de superação do modelo clássico de processo e de jurisdição. Não somente em virtude de ter sido viabilizada no sistema pátrio inicialmente por meio da legislação destinada à tutela de direitos transindividuais, mas, sobretudo, por seus delineamentos. A tutela inibitória rompe com uma série de categorias que compõem o paradigma sobre o qual se estruturou o sistema processual e lança grandes desafios à comunidade jurídica.

Entretanto, a devida sedimentação deste instituto e a estruturação de um novo paradigma ainda não ocorreram. Na realidade, vivencia-se nos dias que correm um momento de transição paradigmática, pois, sem embargo das significativas alterações já operadas na seara processual em termos de tutela metaindividual preventiva, ainda não foi possível suplantar o antigo paradigma e estruturar um novo. A cultura individualista, patrimonialista e repressiva ainda arraigada na mente daqueles que lidam com o direito tenta, de todo modo, subsistir aos novos tempos, impondo uma grande resistência à adoção de novos padrões de análise.

Conquanto no processo trabalhista individual haja a previsão de concessão de liminares para as hipóteses de reintegração ao emprego do trabalhador detentor de estabilidade decenal, suspensão de transferência e interdição de atividade que cause iminente risco, não houve a preocupação com o estabelecimento de uma cláusula geral para o manejo de tutelas de urgência - o que é indispensável quando se visa tutelar direitos sociais como os de cunho trabalhista diante dos quais o decurso do tempo é implacável⁹⁰⁰.

Estas isoladas disposições legais não foram suficientes para determinar o desenvolvimento das tutelas preventivas e da cultura da prevenção na esfera do direito o trabalho, mantendo-se fiel o processo do trabalho à ideia de jurisdição como atividade sancionadora. A incipiente cultura da prevenção no âmbito do direito processual trabalhista talvez possa ser explicada pelo fato de esta ter ficado reduzida às hipóteses de cabimento da tutela cautelar - sabidamente insuficiente para proteger as inúmeras situações que requeriam providências jurisdicionais antes de efetivada a lesão.

Além disso, uma circunstância contribuiu para o não desenvolvimento da tutela preventiva na órbita laboral. Sem embargo de o processo trabalhista ter sido idealizado com base em valores diversos dos do processo civil, cujo intuito é tutelar e fazer valer os direitos dos trabalhadores – parte reconhecidamente vulnerável -, foi elaborado em período de forte autoritarismo e em época na qual ainda se tinha receio das posições a serem adotadas pelos magistrados⁹⁰¹.

Esta cultura repressiva também foi transportada para seara dos direitos transindividuais dos trabalhadores. Apesar de as filosofias das ações coletivas⁹⁰² e da tutela preventiva serem totalmente distintas daquela que orientou a estruturação do modelo básico de jurisdição, os modos de atuar e pensar o processo profundamente incorporado na cultura jurídica acaba funcionando como medidas de contenção à consolidação deste novo instituto dotado de feição social.

Tal assertiva pode ser retratada pela escassez de demandas coletivas trabalhistas envolvendo uma tutela puramente inibitória. No mais das vezes, a tutela inibitória é postulada para inibir a repetição ou a continuação de um ilícito praticado. E, ainda assim, uma grande quantidade de ações civis públicas trabalhistas com pleitos inibitórios são

⁹⁰⁰ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa: idéias para o caso brasileiro, cit., p. 16.

⁹⁰¹Id. Ibid., p. 16.

⁹⁰²FISS, Owen. Teoria política das ações coletivas, cit., p. 249.

extintas sem apreciação do mérito, ao fundamento de que não estão presentes uma das condições da ação, muito embora o sistema esteja aparelhado para superar estas deficiências técnicas, em prol do interesse público deduzido na demanda.

Gregório Robles afirma que esta transição paradigmática vivenciada pela sociedade atual fez emergir uma crise de valores, pois ao mesmo tempo em que não mais se aceitam os antigos, também não se consegue substituí-los. Não é por outra razão que o direito como um todo e não somente o direito processual entrou em crise nesta sociedade em permanente mutação, visto que seus pressupostos estão atrelados a outras concepções insustentáveis no presente.

Há, de acordo com Castanheira Neves⁹⁰³, uma exaustão institucional que torna o direito extremamente problemático no tempo presente, requerendo a adoção de novas posturas e referenciais e o abandono de valores que não dizem respeito aos tempos atuais. Tal situação torna o Direito como um todo extremamente problemático na atualidade.

Conquanto tenha havido progressos com a estruturação de um microsistema de tutela de direitos coletivos e difusos, fatores de índole cultural e ideológica tem-se constituído em verdadeiros óbices para a efetividade da tutela coletiva inibitória. O sistema pátrio, devido às raízes que estruturaram o sistema, tem dificuldades de lidar com valores coletivos e com a tutela preventiva.

Sabe-se que para se superar um paradigma não basta apenas uma legislação avançada. Ela é importante, mas incapaz de por si só, para operar mudanças concretas. É preciso que o estudo do direito nas universidades, a doutrina e a jurisprudência passem a adotar novos parâmetros de compreensão alinhados com os valores da prevenção e da efetividade. Somente a partir da incorporação de novas posturas será possível estruturar um novo tipo de processo que encontre na tutela inibitória metaindividual trabalhista um dos principais instrumentos de realização dos direitos na sociedade contemporânea, ante o seu caráter prospectivo e preventivo.

Não há dúvidas de que a transformação da realidade social e a promoção dos direitos fundamentais dos trabalhadores passam necessariamente por um novo modelo de processo, menos burocrático, mais consentâneo com o que ocorre no mundo dos fatos e

⁹⁰³NEVES, Antonio Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito, cit., p. 10.

voltado à prestação de uma tutela puramente preventiva. A crise da jurisdição assumiu patamares tais que impõe à sociedade o desafio de abandonar toda a concepção individualista, patrimonialista, fragmentária e meramente dogmática do Direito.

As mudanças em direção à concretização deste novo modelo de processo coletivo já se iniciaram. Os rumos já estão delineados e indicam novos objetivos e obrigações a todos os operadores do Direito e, principalmente ao Poder Judiciário, que deverá funcionar como um agente ativo na consecução dos valores plasmados na Constituição Federal. Mas a efetiva superação do paradigma informador do direito na modernidade dependerá das escolhas que serão feitas no futuro e dos esforços a serem empreendidos por todos os que lidam com o Direito.

CONCLUSÃO

As modificações sofridas pela sociedade atual, regida por novos comandos, vêm exigindo o abandono de modelos culturais afetos a uma coletividade, cujas características eram totalmente distintas das vivenciadas no presente. Os direitos difusos e coletivos colocados em face das profundas transformações sociais reclamam a construção de um novo perfil de processo.

Nos dias atuais, o risco e as incertezas compõem o cotidiano dos indivíduos reunidos em coletividades. A noção de incerteza quanto ao elemento futuro é, na verdade, inerente à ideia de risco, constituindo-se ambos em fatores que não se podem prever integralmente e, tampouco, ignorar.

Assiste-se, desde o início do século XXI, ao nascimento da sociedade de risco mundial que envolve todos os países e indivíduos indistintamente e os obriga a tomar decisões pautadas na consciência de que não é possível controlar os riscos e todas as suas consequências futuras, bem como de que a certeza e a segurança não passam de imagens projetadas. Os perigos, riscos e incertezas estão disseminados e se apresentam das mais variadas formas, povoando o mundo sem qualquer distinção. Os riscos atingem invariavelmente a todos, independentemente da posição ocupada e do lugar onde se situam, transcendendo todas as fronteiras.

A dinâmica imposta pela sociedade de risco revela que conviver com perigos até então desconhecidos é uma contingência inevitável e que não pode ser afastada por uma escolha, uma vez que é fruto do desenvolvimento do próprio corpo social. Mais que isso, esta nova formatação social deixa evidente que o homem para além de não poder mais ser visualizado de forma isolada e dissociada do coletivo, não pode controlar todas as ordens de riscos originados e produzidos na contemporaneidade.

Muito embora os perigos tenham sempre se feito presentes ao longo da história, nos tempos atuais a sociedade se depara com um novo perfil de ameaças que não são passíveis de controle e previsão. Os sistemas de previsão não têm mais condições de avaliar as repercussões futuras em um contexto de mutação permanente, visto que o mundo se mostra inseguro. O envolvimento em situações de risco e incertezas acarreta a perda da segurança

e da confiança propugnadas pela modernidade, trazendo consigo o medo e a insegurança.

A este contexto de risco estão estreitamente ligadas as intensas e velozes alterações impostas pelas inovações tecnológicas de nosso tempo, por meio das quais a vida se desenrola em uma velocidade inimaginável. Paradoxalmente, a inconstância da vida derivada de toda a sorte de inovações e de riscos faz com que as pessoas anseiem por segurança. Presencia-se uma insegurança estrutural, o que impõe a reflexão sobre os riscos e perigos que circundam a todos, visto que mesmo aqueles que os produzem serão cedo ou tarde igualmente atingidos.

Esta conjuntura de risco e de modificações sociais, políticas e econômicas constantes revelaram a incapacidade do sistema processual para dar respostas adequadas às recentes demandas sociais e puseram em evidência o déficit de efetividade de que se ressente o direito processual na atualidade. Em razão disso, vêm exigindo do Direito adaptações, de sorte a conformar-se com as novas situações que se apresentam cotidianamente.

Não há como negar que as incertezas e riscos imprevisíveis que marcam o momento presente determinam a substituição de uma visão de mundo até hoje dominante, deixando nítido que se está diante de uma mudança de época. Nesta toada, a prevenção se torna um dever inexorável e dele não pode se furtar o direito processual coletivo que almeja ser efetivo.

A proliferação de riscos, a disseminação de danos multifacetados e os novos padrões de relações sociais que a sociedade contemporânea aporta, evidenciam que uma ampla e integral proteção dos direitos difusos e coletivos trabalhistas não pode prescindir de uma autêntica tutela de caráter preventivo. Os danos graves e irreparáveis que podem ser causados aos direitos transindividuais, notadamente, aos dos trabalhadores que envolvem, no mais das vezes, a sua dignidade fazendo com que a tutela de prevenção desponte como indispensável para que o direito processual coletivo seja capaz de responder com efetividade às novas demandas sociais.

Somente será possível gerenciar os riscos e responder com efetividade às exigências da contemporaneidade se forem elaboradas novas formas de tutelas jurisdicionais que sejam capazes de equacionar o tempo do processo e, simultaneamente, garantir e promover os direitos fundamentais dos trabalhadores.

A grande novidade da afirmação que pugna pela adoção de tutelas preventivas na esfera das relações de trabalho, provavelmente reside na constatação de que não será mais possível dispensar esse tipo de tutela no âmbito de uma sociedade massificada e complexa como a atual, em que os riscos se apresentam em toda a parte e alcançam a todos. Uma percepção de tal ordem impõe necessariamente conceder à tutela inibitória metaindividual trabalhista um papel de proeminência, o que acarreta a revisão de uma série de conceitos e fundamentos que alicerçaram o pensamento jurídico construído na modernidade.

Com efeito, a teoria jurídica oriunda da modernidade é insuficiente e inadequada para lidar com os problemas dos novos tempos. O modelo básico de jurisdição, eminentemente repressivo e direcionado à tutela dos direitos individuais e patrimoniais não se afigura adequado para funcionar no atual contexto social. Desse modo, os modelos culturais dentre os quais são estabelecidas as premissas básicas para a compreensão e equacionamento das novas exigências de tutela do século XXI, devem estar relacionados às peculiaridades da época presente marcada por questões coletivas capazes de atingirem grandes proporções e pela necessidade de prevenção.

Diante deste quadro, a perspectiva preventiva precisa ser destacada, especialmente, em tempos em que os valores relacionados à pessoa humana e aos direitos transindividuais foram alçados ao centro da esfera jurídica e em que os riscos se mostram uma realidade constante. Tais direitos não se coadunam com atitudes repressivas do Direito, porquanto os danos que os acometem geralmente são irreversíveis. Assim, impedem que o direito processual coletivo do trabalho esteja aparelhado para conceder aos direitos materiais consagrados pela ordem jurídica a proteção adequada.

A consagração da tutela inibitória metaindividual trabalhista no sistema nacional representa, portanto, uma tentativa de responder às novas exigências da atualidade e de dotar o processo coletivo da efetividade de que ele tanto necessita. As inovações por ela trazidas rompem com uma série de categorias sobre as quais se estruturou o sistema processual brasileiro.

A par das relevantes e consistentes inovações trazidas pela tutela inibitória coletiva, tem-se que, para ampliar ainda mais o seu espectro e dotá-la da máxima efetividade possível, algumas opções poderiam ser agregadas àquelas já realizadas. A principal delas constitui-se na adoção de um procedimento diferenciado que prestigie a tutela dos direitos

evidentes e contemple técnicas de sumarização da demanda, de sorte que, para além de um processo encurtado - sumariamente formal -, a cognição do magistrado também seja reduzida – sumariedade material-, o que é comum a todas as formas de tutela preventiva. Ademais, face à dificuldade de os operadores do direito trabalharem com direitos coletivos e com a tutela preventiva, auxiliaria, em grande medida, se fossem constituídas e estruturadas adequadamente varas do trabalho especializadas em processos coletivos, as quais mais bem aparelhadas teriam melhores condições de efetivar os direitos transindividuais.

Insta assinalar que a despeito dos inúmeros avanços já obtidos, o fato de as modificações implementadas na legislação processual coletiva terem sido provenientes da doutrina e não da praxe forense, evidencia um descompasso havido entre o que se preconiza e o que concretamente se aplica. A fratura existente entre estes segmentos expôs que, apesar do avanço legislativo, a cultura jurídica dificulta e retarda a relativização dos valores que embasaram o paradigma individualista e patrimonialista de processo e a estruturação de um novo, mais consentâneo com os valores coletivos e com a necessidade de prevenção.

A transformação e a superação de um paradigma exigem muito mais que a elaboração de uma legislação de vanguarda que, por melhor que seja, não é capaz de, por si só, mudar os rumos dos acontecimentos. As diretrizes foram traçadas e o processo de mudança já está em curso, constituindo-se a tutela inibitória metaindividual trabalhista um retrato disso. Mas é preciso ter em mente que a construção de um novo modelo de processo – coletivo, preventivo e célere - que efetivamente realize e promova os direitos trabalhistas proclamados pelo sistema depende, essencialmente, da superação de valores e modos de pensar que não se coadunam com os dias que correm.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa: idéias para o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AGUIAR, Ruy Rosado de. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 193-206, jan./mar. 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traduzido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALPA, Guido. Interessi diffusi. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 140-160, jan./mar. 1996.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista Emerj*, v. 9, n. 36, p. 135-167, 2006.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. A ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-116, 2006.

ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo, Saraiva, 2004.

ASSIS, Luis Fabiano de. Responsabilidade civil e defesa de direitos e interesses transindividuais: ensaio sobre a convergência teleológica dos institutos e reflexos no Direito do Trabalho. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Coord.); BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BASTAZINE, Cleber Alves (Orgs.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho: questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão Técnica de Irany Ferrai. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: _____. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. As ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos dos trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Carlos Roberto. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós Ibérica Ediciones, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

BELLELLI, Alessandra. *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Convegno di Studio Perugia, 10 aprile 2008. Padova: Cedam, 2009.

_____. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 50, n.4, p. 607-624, lugl./ago. 2004.

BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: CEDAM, 1938.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil e interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 127, p. 101-105, set. 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. Tutela inibitória coletiva trabalhista. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coords.). *Tutela metaindividual trabalhista*. São Paulo: LTr, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e déficit procedimental. In: _____. *Estudos de sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores a justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. As ideologias no direito processual. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. v. 1.

_____. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2008. v. 1.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia*. Traducción de Mónica Miranda. México: Fondo de cultura economica, 1996.

_____; _____. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pari Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARNEVALE, Valentina. Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 62, n. 1, p.63-90, genn./febr. 2007.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 152, out. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

COLLIA, Filippo; ROTONDI, Francesco. *Il comportamento antisindacale* (aspetti sostanziali e processuali). Padova: Cedam, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordenamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

_____. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004.

_____. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1980. v. 1.

_____. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 4, p. 963-991, ott./dic. 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *As ações coletivas e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. Sentenças coletivas líquidas: dificuldades e perspectivas. In: CORDEIRO, Juliana (Org.). *Ações coletivas: críticas para a construção da nova lei de ação civil pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011.

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. ano 90, v. 788, p. 97-99, jun. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O solidarismo constitucional e a ampla tutela aos direitos da personalidade. Um debate a partir da jurisprudência do TST. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti et. al. (Coords.). *O mundo do trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 1.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Petrópolis: Vozes, 2008.

DIANA, Antonio Gerardo. *Procedimenti cautelari e possessori*. Torino: UTET Giuridica, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1 e v. 2.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

FABRE, Luiz Carlos Michele; LAVEZO, Taís. Tutela inibitória na ação civil pública trabalhista. *O trabalho: doutrina em fascículos mensais*, Curitiba, n. 166, p. 5932-5945, dez. 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre os provimentos antecipatórios. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Coord.). *Inovações do Código de Processo Civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Sujeito, poder e direito na contemporânea principiologia axiológica civil-constitucional. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

FAIRÉN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: _____ (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito em uma sociedade em mudança*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988.

_____. Prefácio. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: críticas e casuística. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.34, n. 131, p. 51-63, jul./set. 2008.

_____. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro, v. 77, n. 4, p. 140-161, out./dez. 2011.

_____. Tutela inibitória e de remoção do ilícito. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do trabalho*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo Mello. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Painel – Debates. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 51, n. 4, p.936-944, ott/dic 1996.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr. 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. As formas de justiça. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. Teoria política das ações coletivas. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FREDIANI, Yone. Interdito proibitório e ação inibitória na justiça do trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, v. 16, n. 16, 2008.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Prefácio. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, Constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008.

_____. Responsabilidade civil e relações de trabalho: anotações propedêuticas à maneira de introdução. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Coord.); BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BASTAZINE, Cleber Alves (Orgs.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho: questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011.

FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

GANDOLFI, Giuseppe. *Contributto allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1995.

GHERSI, Carlos Alberto. *Cuantificación económica del daño*. Buenos Aires: Editorial de Alfredo y Ricardo Deplama, 1998.

_____. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

_____. *Teoría general del proceso*. Madrid: Editorial Labor, 1936.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A ação civil pública na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 10, p.1225-1229, out. 1994.

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. A ação civil pública no STJ. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Apresentação. In: _____ (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: *o contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.

_____. Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica: a suspensão da segurança. In: CARRAZA, Roque Antonio; DONNINI, Rogério. *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. Parlamento Europeu e Conselho: Diretiva 2009/22/CE de 23.04.2009: as ações inibitórias de tutela do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 232-236, set. 2009.

_____. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer. *Revista LTr*, São Paulo, ano 59, n. 8, p. 1026-1033, ago. 1995.

_____. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, abr. 1981.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____; _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____ et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Ed., 2007.

HILBRONER, Robert Louis. *Formação da sociedade econômica*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.

HIRONAKA, Giselda Maria. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOBSBAWM, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 2. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1992.

LACERDA, Galeno. Ação civil pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 19, 1986.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

LEAL, Ronaldo Lopes. O processo do trabalho e os interesses difusos. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 1, p. 28-31, jan. 1995.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

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

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LOPES, José Reinaldo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental – 10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável – teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 138-149, out./dez. 2002.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2010.

LOYD, Dennis. *A idéia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 2, 1998.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A lei da ação civil pública no âmbito das relações de trabalho. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Sobre a legitimação das associações para a propositura de ação civil pública trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 34, n. 131, p. 196-217, jul./set. 2008.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (arts. 83 e 84 do CDC). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no “Anteproyecto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica”. (Art.7º). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *A antecipação de tutela na reforma do CPC*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 74, 15 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil#ixzz2B3WyIGQo>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

MASTINU, Enrico Maria. *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*. Padova: CEDAM, 2010.

MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè, 1987.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1996.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A fase probatória na ação coletiva trabalhista. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio et al. Org. *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, estético*. São Paulo: LTr, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coords.). *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2006.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traducción de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura, 1979.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1996.

MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social) In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 166-179.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. t. 1.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Tutela jurisdicional diferenciada. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 151-160, fev. 2000.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1994.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 1.

_____. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget. 2002.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NUSDEO, Fábio. O direito econômico e os grupos de pressão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v.23, n. 66, p. 202-211, mar. 1996.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fabio Fernandez. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2011.

ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. 31. ed. Madrid: Ed. Revista de Occidente, 1957.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. ampl. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2002.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material. *Gênese*: revista de direito processual civil, v. 9, n. 31, jan./mar. 2004.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Ediciones Akal, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. Atualizador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERONE, Giancarlo. *Lo statuto dei lavoratori*. Torino: UTET, 2011.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PIMENTA, José Roberto Freire. Admitindo a prisão civil decorrente de crime de desobediência. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região*, Belo Horizonte, v. 27, n. 57, jul./dez. 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Org.). *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 4, t. 9, t. 12, t. 13.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. t. 1.

_____. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. t. 5.

PONTINHA, Priscila Lopes. Ação inibitória no processo do trabalho e seus contornos processuais característicos. *Revista Trabalhista: direito e processo*. São Paulo, v. 8, n. 29, jan./mar. 2009.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A conduta anti-sindical: o direito italiano e o anteprojeto de lei de reforma sindical no Brasil. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, jan./jun. 2008.

POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: parte I - dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, jan./mar. 1980.

_____. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987.

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. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio (Org.) *A ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

RICCI, Eduardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Genesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 6, p. 697, set./dez. 1997.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli, 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ROTH, Noël André. O direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas de Sousa. Os direitos da personalidade dos trabalhadores e sua tutela jurisdicional. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 24, n. 279, set. 2012.

RSTON, Sérgio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 7, n. 14, p. 91-105, jul./dez. 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Proteção civil de interesse público. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: _____ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendat class actions” - o grupo como legitimado no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 10, jan./mar. 2004.

_____. Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (Org.). *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006.

_____. Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, n. 6, p. 671-673, jun. 2012.

_____. Interditos proibitórios e direito fundamental de greve. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 546-548, maio 2011.

_____. *Sindicatos e ações coletivas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Tutela jurídica do meio ambiente do trabalho. *Revista do Ministério Público*, Paraíba, n. 2, 2006.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARAIVA NETO, Pery Saraiva. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. A eficácia probatória dos elementos informativos do inquérito civil na perspectiva do processo justo e equânime. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos aprofundados do MPT*. São Paulo: Juspodivm, 2012.p. 599-617.

_____. A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOME, Candy Florencio (Orgs.). *Direito processual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 249-264.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOME, Candy Florencio (Orgs.). *Direito processual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SERRANO, José Luis. Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2005.

_____. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. *Execução obrigacional e mandamentalidade*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 10 jun. 2011.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. O processo civil e sua recente reforma. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Racionalismo e tutela preventiva em processo civil*. p. 17. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. *Sentença mandamental. Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1988.

SOARES, Evanna. *Ação ambiental trabalhista*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Tutela antecipada na ação civil pública. In: _____. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luiz Bolzan de Moraes. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 20, 2001.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'evolution du droit de la responsabilite: vers un elargissement de la fonctin de la responsabilite civile? *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, juil./sept. 1999.

VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. *Efetivação das decisões judiciais antecipatórias, cautelares e inibitórias no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Poder diretivo empresarial e tutela inibitória dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, n. 23, mar./abr. 2008.

VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro: il diritto sindacale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 2005. v. 1.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. Interesses difusos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n.2, p. 182-184, fev. 1995.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o “Código de processos coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi i processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WAGNER, Eugênia Sales. *Hanna Arendt & Karl Marx: o mundo do trabalho*. Cotia: Ateliê Editorial, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos direitos difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha.. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1967.

WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo. Saraiva, 2003.

YEAZELL, Stephen. Group litigation and the social context: toward a history of the class action. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 6, Oct. 1977.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses coletivos e difusos*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 30, jan./mar. 1993.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.