

MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA

**OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO E O PAPEL DO JUIZ
EM PROL DA EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL
COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

DOUTORADO EM DIREITO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR SERGIO PINTO MARTINS

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA

**OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO E O PAPEL DO JUIZ
EM PROL DA EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL
COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Tese apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação do Professor Titular Sergio Pinto Martins.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Maria da Graça Bonança Barbosa

**OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO E O PAPEL DO JUIZ
EM PROL DA EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL
COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Nada se constrói sozinho. Ilude-se aquele que pensa o contrário. Muito tenho a agradecer neste momento. Primeiramente a Deus e aos seus anjos, físicos e espirituais, que me sustentaram durante o árduo trabalho de pesquisa e elaboração de uma tese de doutorado. A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que contribuíram, ainda que não saibam, para a realização deste trabalho e, em especial, ao meu orientador, Professor Sergio Pinto Martins pela irrestrita confiança depositada e pela liberdade assegurada na pesquisa e elaboração do texto. Também não poderia deixar de agradecer a todos os funcionários dessa Faculdade por se mostrarem amáveis e solícitos quando precisei, e, como não posso nominá-los todos, o faço na pessoa de Marli de Moraes pelo auxílio na pesquisa e na formatação do trabalho. Ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região pelo apoio incondicional sem o qual nada teria sido feito. Agradeço aos colegas Rodrigo Adélio Abrahão Linares e Priscila de Freitas Cassiano Nunes, competentes juízes do Trabalho que participam ativamente da jurisdição, tal como defendo no presente trabalho, por me terem me substituído no período da licença para estudos, o que fez com que minha ausência não acarretasse o menor prejuízo para a prestação jurisdicional. A todos os valorosos servidores da 5ª Vara do Trabalho de São José dos Campos por sua parceria e por me inspirar a querer fazer sempre o melhor, os quais são homenageados na pessoa da minha secretária de audiências Vera Lucia Tamegão Lopes Barros, cuja bondade e presteza tornam meu dia a dia mais leve, por se ter se prontificado a dedicar seu tempo e emprestar seus conhecimentos para a revisão gramatical e ortográfica deste trabalho. Ao amigo de última hora, Antonio Gidi, que me ajudou a decifrar alguns dos enigmas das *class actions*. Falei de anjos no início destes agradecimentos e concluo falando deles: agradeço ao meu marido, Sergio, por estar sempre ao meu lado e por eu saber que posso, de verdade, contar com seu apoio e incentivo. E a Carolina, filha querida, que dará os primeiros passos no aprendizado do Direito neste ano que se inicia, desejo que eles te levem até a felicidade, como fizeram comigo.

Dedicatória

Dedico esta tese de doutorado à minha mãe, Helena Dolgovas Bonança, por me ter me dado a vida, os bons ensinamentos e exemplos e, em especial, por torcer, vibrar, rezar, acreditar e estar comigo, em todos os momentos da minha vida.

RESUMO

A presente tese apresenta uma base principiológica em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo e destaca a participação ativa do juiz do Trabalho visando alcançar uma indenização que estabeleça uma conexão entre o dano e a reparação em benefício da comunidade lesada. Com base na Constituição e nos projetos de codificação do processo coletivo, em especial do Projeto de Lei nº 5.139/2009, foram apontados os princípios do acesso à Justiça e devido processo legal como “princípios balizas”, pois deles decorrem ou defluem os princípios do processo coletivo e constituem os fundamentos para uma atuação judicial que priorize a efetividade da reparação do dano moral coletivo. A participação ativa do juiz do Trabalho e sua atuação discricionária e criativa no arbitramento da indenização por dano moral coletivo foram fundamentadas nos princípios da relevância social da tutela e da proporcionalidade e razoabilidade, sem prescindir de critérios próprios que devem nortear essa decisão, destacando-se que o dano moral coletivo não corresponde à somatória dos danos morais individuais e com eles não se confunde. Destacou-se o novo critério da punição do enriquecimento sem causa do ofensor que reforça a possibilidade de condenação por *dumping social* na Justiça do Trabalho, defendendo-se, entretanto, que esse critério seja considerado como agravante para a condenação e não como fundamento para uma condenação suplementar a tal título. A presente tese defende que a indenização do dano moral coletivo deve representar o tríplice efeito, por meio da punição ao ofensor, o fim pedagógico para a sociedade e a compensação para a comunidade lesada, e que apenas o primeiro desses efeitos é alcançado quando a indenização é remetida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Demonstra-se que o FAT não tem como objetivo reparar o dano moral coletivo reconhecido pelas decisões da Justiça do Trabalho e, ante a omissão da legislação brasileira, invoca-se o direito comparado, consistente na solução do tipo *cy press* ou *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano, que considera a fórmula do “mais próximo do possível” entre o dano e a reparação. Apontam-se os fundamentos que podem nortear essa decisão, extraídos do próprio ordenamento jurídico pátrio e aborda-se a questão dos limites do pedido deduzido nas ações coletivas que indicam o FAT como destinatário da indenização. Defende-se, ainda, que o juiz do Trabalho considere, na sua decisão, o “sentir coletivo” representado pelos sentimentos da comunidade afetada pelo dano e adote medidas que possam viabilizar a percepção dessa coletividade quanto à reparação, e considere os efeitos compensatório e pedagógico da indenização, apresentando-se uma proposta de gradação como referência, com tal objetivo. O papel do juiz do Trabalho é indicado como fundamental para uma mudança de perspectiva para a efetividade da reparação, apontando-se alguns dos problemas que impedem o juiz de dedicar-se à condução e solução das complexas lides coletivas e também algumas propostas para alteração de um sistema jurídico que ainda privilegia as ações individuais. Em conclusão, a presente tese pretende impulsionar uma reflexão sobre os efeitos que devem ser alcançados pelas condenações por danos morais coletivos na Justiça do Trabalho em prol da efetividade da respectiva reparação.

Palavras Chaves: Efetividade. Dano Moral Coletivo. Reparação *cy pres* ou *fluid recovery*. Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Princípios do Processo Coletivo. Papel do juiz do Trabalho

ABSTRACT

This thesis presents a principled basis in favor of the effectiveness of collective moral damage compensation and highlights the importance of an active participation of the labor judge aimed at attaining compensation to establish a connection between damage and compensation in favor of the aggrieved community. Based on the Constitution and on collective process codified projects, in particular the Bill nº 5.139/2009, we pointed the principles of access to justice and the due process of law as the "fundamental principles" because it is from them that the principles of collective process proceed and they constitute the basis for a court action that prioritizes the effectiveness of collective moral damages compensation. The active participation of the Labor judge and his/her discretionary and creative performance in the arbitration of collective compensation for moral damages were based on the principles of social relevance of authority, reasonableness and proportionality, without the exclusion of his/her own criteria that should guide his/her decision, it is worth mentioning that collective moral damages do not correspond to the sum of individual moral damages and it should not to be confused with it. We emphasized the new punishment criterion of unjust enrichment of the offender which enhances the possibility of conviction for social dumping on Labor Courts, but at the same time asserting that this criterion should be considered as aggravating circumstances and not as a basis for an additional conviction. This thesis argues that collective compensation for moral damages should represent the threefold effect; punishing the offender, educating society and compensating the aggrieved community and that only the first of these effects is achieved when the compensation is sent to the FAT (Worker Support Fund). It is here demonstrated that the FAT (Worker Support Fund) is not meant to repair collective moral damages recognized by the decisions of the Labor Courts and, and due to the omission of Brazilian Law in this respect, we invoked the compared right, which is consistent with the *cy pres* or fluid recovery solution for class actions in U.S. Law, which considers the "as close as possible" formula between damage and compensation. We indicate the basis to guide this decision, taken from the national legal system itself and we address the question of limits of claims filed in collective actions that indicate the FAT (Workers Assistance Fund) as a recipient of compensation. It is also argued that the Labor judge should consider, as he/she takes his/her decision, the "collective feeling" which represents the feelings of the community affected by the damage and that this judge should take steps to make it possible to realize this collective group as far as the compensation is concerned, and he/she should also consider the compensatory and teaching effects of the compensation, we presented a grading proposal to be used as a reference with this objective in mind. The role of the Labor judge is indicated as critical for changing the perspective of compensation effectiveness, we also point out some of the problems that prevent the judge from finding the solution for complex collective labors actions besides presenting some proposals for amendments of the legal system which still favors individual actions. In conclusion, this thesis aims to encourage a reflection about the effects of convictions for collective damages in Labor Courts and it favors compensation effectiveness.

Keywords: Effectiveness; Collective Moral Damage; *Cy pres* or *fluid recovery* compensation; FAT (Worker Assistance Fund); Collective Process Principles; Labor Judge Role

RIASSUNTO

La presente tesi presenta una base di principi a favore dell'effettività del risarcimento del danno morale collettivo ed evidenzia la partecipazione attiva del magistrato del lavoro con l'obiettivo di raggiungere un indennizzo che stabilisca una connessione tra il danno e il risarcimento in beneficio della comunità lesa. In base alla Costituzione e ai progetti di codificazione del processo collettivo, in particolare il Progetto di Legge n° 5.139/2009, sono stati indicati i principi di accesso alla Giustizia e il dovuto processo legale come "principi cardini" poiché da loro derivano o provengono i principi del processo collettivo e costituiscono i fondamenti per un'azione giudiziaria che dia la priorità all'effettività del risarcimento del danno morale collettivo. La partecipazione attiva del giudice del Lavoro e la sua azione discrezionale e creativa nell'arbitrato dell'indennizzo per danno morale collettivo sono basati sui principi della rilevanza sociale della tutela e della proporzionalità e ragionevolezza, senza prescindere da criteri propri che devono guidare questa decisione, evidenziandosi che il danno morale collettivo non corrisponde alla sommatoria dei danni morali individuali e con loro non si confonde. Si è evidenziato il nuovo criterio della punizione dell'arricchimento senza causa dell'offensore che rafforza la possibilità di condanna per *dumping social* presso la Giustizia del Lavoro, difendendosi, frattanto, che questo criterio sia considerato come aggravante per la condanna e non come fondamento per una condanna supplementare a tal titolo. La presente tesi difende che l'indennizzo del danno morale collettivo deve rappresentare il triplice effetto, mediante la punizione dell'offensore, il fine pedagogico per la società e la compensazione alla comunità lesa, e che il primo di questi effetti è raggiunto soltanto quando l'indennizzo è inviato al Fondo di aiuto del Lavoratore – FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Si dimostra che il FAT non ha come obiettivo risarcire il danno morale collettivo riconosciuto dalle decisioni della Giustizia del Lavoro e, di fronte all'omissione della legislazione brasiliana, si invoca il diritto comparato, consistente nella soluzione tipo *cy pres* o *fluid recovery* delle *class actions* del diritto nordamericano, che considera la formula "più realistica possibile" tra il danno e il risarcimento. Si indicano i fondamenti che possono guidare questa decisione, estratti dal proprio ordinamento giuridico pátrio e si tratta la questione dei limiti della richiesta dedotta dalle azioni collettive che indicano il FAT come destinatario dell'indennizzo. Si difende, anche, che il magistrato del Lavoro consideri, nella sua decisione, il "sentire collettivo" rappresentato dai sentimenti della comunità lesa dal danno e adotti misure che possano facilitare la percezione di questa collettività per quanto riguarda il risarcimento, e consideri gli effetti compensativo e pedagogico dell'indennizzo, presentando una proposta di gradazione come riferimento, con tale obiettivo. Il ruolo del giudice del Lavoro è indicato come fondamentale per un cambiamento di prospettiva per l'effettività del risarcimento, indicandosi alcuni dei problemi che impediscono il giudice di dedicarsi alla conduzione e soluzione delle liti collettive ed anche alcune proposte per alterare un sistema giuridico che privilegia ancora le azioni individuali. In conclusione, la presente tesi pretende dare un impulso alla riflessione sugli effetti che devono essere raggiunti dalle condanne per danni morali collettivi presso la Giustizia del Lavoro a favore dell'effettività del corrispondente risarcimento.

Parole-chiave: Effettività. Danno Morale Collettivo. Risarcimento *cy pres* o *fluid recovery*. Fondo di Aiuto del Lavoratore – FAT. Principi del Processo Collettivo. Ruolo del Giudice del Lavoro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO	15
1. Princípios no jusnaturalismo e no positivismo jurídico	15
2. A constitucionalização dos princípios - o <i>pós-positivismo</i>	17
3. Os princípios gerais do processo e as Constituições brasileiras.....	23
4. Princípios constitucionais do processo.....	28
4.1. Princípio de acesso à Justiça	29
4.2. Princípio do devido processo legal	31
4.3. Princípio da igualdade.....	35
4.4. Princípio do contraditório	37
4.5. Princípio da motivação das decisões judiciais	42
4.6. Princípio da publicidade	46
4.7. Princípio da duração razoável do processo	47
5. Princípios do processo coletivo.....	49
5.1. Princípios balizas: acesso à Justiça e devido processo legal.....	58
5.2. Princípios específicos do processo coletivo.....	61
5.2.1. Princípio do amplo acesso à Justiça	62
5.2.2. Princípio da participação social.....	66
5.2.3. Princípio da economia processual	75
5.2.4. Princípios da adequação e da flexibilidade procedimental.....	81
5.2.5. Princípio da máxima efetividade da tutela coletiva.....	93
5.2.5.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento de mérito da ação coletiva.....	95
5.2.5.2. Princípio da integral precaução, prevenção e reparação do dano coletivo.....	102
5.2.6. Princípio da motivação adequada ou específica da decisão judicial	103
5.2.7. Princípio da publicidade e ampla divulgação dos atos processuais	110
5.2.8. Princípio da prioridade de tramitação do processo coletivo em todas as fases e instâncias.....	118
5.2.9. Princípio da pacificação social.....	127
5.2.10. Princípio da colaboração ou cooperação.....	136
5.2.11. Princípio da relevância social.....	151
5.2.12. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade	157
CAPÍTULO II. A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO	163
1. Dano moral individual e coletivo: base legal, diferenciação e evolução na doutrina e na jurisprudência	164
2. Os princípios do processo coletivo e a percepção do “sentir coletivo” pelo juiz do Trabalho	177

3. Indenização por dano moral coletivo: critérios para arbitramento, natureza da reparação, destinação e limites do pedido	181
3.1. Critérios para arbitramento da indenização.....	182
3.2. Natureza da reparação do dano moral – do individual ao coletivo	208
3.3. A natureza compensatória da indenização do dano moral coletivo	217
3.4. A destinação da indenização do dano moral coletivo	224
3.4.1. A inspiração no modelo norte-americano da <i>class action</i> : o fundo de direitos difusos	227
3.4.2. O Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT	233
3.4.3. As propostas para uma nova regulação dos fundos de direitos difusos	241
3.5. A falta de conexão entre a reparação e o dano moral coletivo	252
3.5.1. Reparação <i>cy pres</i> ou <i>fluid recovery</i> – a solução das <i>class actions</i> nos EUA.....	255
3.5.2. A adoção da <i>fluid recovery</i> ou <i>cy pres</i> pelo ordenamento brasileiro	261
3.5.3. Parâmetros para uma destinação que alcance os efeitos compensatório e pedagógico	267
3.5.4. A jurisprudência trabalhista e a destinação da indenização pelo dano moral coletivo.....	277
3.6. Obstáculos para a reversão da indenização pecuniária à coletividade lesada.....	288
3.6.1. Fundamentos para a reversão da indenização à coletividade	290
3.6.2. O pedido e os limites à efetividade da reparação do dano moral coletivo	297
3.6.3. Pedido e causa de pedir – propostas legislativas e as lições do direito comparado em tema de preclusão e estabilização do processo.....	305

CAPITULO III. O PAPEL DO JUIZ NA REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

1. O juiz: da arbitrariedade à neutralidade absoluta.....	313
2. O Judiciário nas Constituições que se seguiram às duas grandes revoluções do século XVIII.....	318
3. A Escola exégetica, o Direito Livre e a Teoria pura do direito.....	324
4. O realismo jurídico: o direito aplicado pelos juízes.....	328
5. As Constituições do pós-guerra e os <i>novos</i> direitos.....	333
6. A “politização” do Judiciário.....	338
7. Ativismo judicial.....	343
8. Juízes <i>criadores</i> de normas	349
9. O juiz, a gestão judicial e a efetividade da reparação do dano moral coletivo	356
CONCLUSÃO	369
REFERÊNCIAS.....	382

INTRODUÇÃO

O tema da presente tese foi escolhido em razão de uma constatação feita na prática da atuação jurisdicional: não obstante tenha se tornado frequente o enfrentamento de pedidos de reparação do dano moral coletivo pelos juízes do Trabalho, os estudos empreendidos pela doutrina trabalhista eram, em sua grande maioria, sobre a indenização do dano moral individual.

Assim, o estudo poderia representar uma contribuição para o aperfeiçoamento da doutrina relativa à reparação dos danos morais coletivos e servir de subsídio para a jurisprudência trabalhista quanto a tal matéria.

Ainda no plano da delimitação do tema, verificou-se que o pedido deduzido nas respectivas ações coletivas indicava o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT como destinatário das indenizações por dano moral coletivo, com fundamento no disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP, e que essa era a solução apontada pela jurisprudência trabalhista de forma majoritária.

Embora o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT tivesse objetivos bem definidos e conhecidos por todos, no que se refere ao pagamento do seguro-desemprego e abono anual aos trabalhadores, nunca se soube ao certo de que forma eram utilizados os recursos oriundos de condenações da Justiça do Trabalho, tampouco os juízes se detinham sobre a destinação final desses recursos.

Por fim, havia uma questão que estava a merecer melhor elucidação e que consistia na própria finalidade dessa condenação, pois se quanto ao dano moral individual era palpável a percepção do lesado quando recebia uma indenização a tal título, o mesmo não ocorria com a coletividade lesada pelo dano moral coletivo, já que o valor da indenização era remetido para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Delimitava-se, assim, a proposta da presente tese, no sentido de se confirmar a possibilidade de o juiz do Trabalho destinar a indenização por dano moral coletivo em benefício da coletividade que suportou o prejuízo e, ainda, de ter essa coletividade a percepção de que houve, de fato, uma reparação e, finalmente, apresentar os fundamentos para que assim pudesse o juiz decidir.

Para tanto, propôs-se enfrentar a questão da disciplina adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro de remessa de valores oriundos das condenações por danos coletivos para um fundo estatal; bem como o pedido e sua limitação nas respectivas ações coletivas, além dos fundamentos que poderiam ser adotados pelos juízes do Trabalho em prol de uma efetiva reparação de danos morais coletivos.

Diante de um quadro de delimitação legal quanto à forma de destinação dos valores oriundos de condenações em ações coletivas, das lições da doutrina que apontavam o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT como destinatário das indenizações por dano moral coletivo e de uma jurisprudência trabalhista majoritária no mesmo sentido, decidiu-se iniciar o estudo pelos princípios do processo coletivo.

O estudo dos princípios do processo coletivo demonstrou ser de significativa importância, pois os princípios e institutos próprios do processo individual não podem ser aplicados às ações coletivas, especialmente em tema de dano moral coletivo, constatando-se que também quanto a tal matéria, havia uma carência de estudos pela doutrina trabalhista, para a qual a presente tese poderia apresentar sua contribuição.

Destarte, partiu-se da premissa de que os princípios do processo coletivo podem representar as diretrizes e os fundamentos necessários para que o juiz do Trabalho decida as complexas lides envolvendo danos morais coletivos e possa determinar uma indenização que seja capaz de propiciar uma efetiva reparação aos danos acarretados à coletividade de trabalhadores.

Por essas razões, **os princípios do processo coletivo constituem o objeto do primeiro capítulo** do presente trabalho, servindo como base de pesquisa o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e o Projeto de Lei nº 5.139/2009 (nova regulação da ação civil pública no Brasil), mas sem que fosse adotado como método, neste trabalho, o simples comentário dos princípios consagrados nessas propostas.

Constam desse primeiro capítulo **os princípios que por sua peculiaridade ou aplicação diferenciada devem ser considerados como princípios do processo coletivo**: o amplo acesso à Justiça, a economia processual, a publicidade com ampla divulgação dos atos processuais e a pacificação social, embora também sejam aplicados, com enfoques diferentes, em outros ramos do processo.

Por outro lado, o princípio da igualdade ou isonomia, por ser de caráter constitucional e aplicação geral, não foi indicado como princípio do processo coletivo, o

mesmo ocorrendo com o princípio da boa-fé processual, pois a lealdade dos litigantes é exigível em qualquer ramo processual e não apresenta peculiaridades que possam justificar sua indicação como princípio próprio do processo coletivo.

Por sua vez, o princípio da máxima eficácia da tutela coletiva foi dividido em dois subprincípios, quais sejam, o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento de mérito da ação coletiva, que direciona o juiz no sentido de sanar irregularidades e superar preliminares de forma a alcançar uma decisão de mérito, e o princípio da integral precaução, prevenção e reparação do dano coletivo, ponto central da presente tese.

Confirmou-se o princípio da prioridade de processamento do processo coletivo acrescentando-se a expressão “em todas as suas fases e instâncias”, com o que pareceu desnecessário eleger-se a priorização da execução da sentença coletiva como princípio, além de justificar-se tal opção por ser a efetividade da execução um objetivo de qualquer processo, individual ou coletivo.

Por fim, foram indicados dois princípios não incluídos pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009, quais sejam, o princípio da relevância social que informa de maneira especial a tutela coletiva e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade por ser imprescindível para as decisões que envolvem juízo de ponderação, próprio das ações coletivas, e, em especial, no arbitramento da indenização por dano moral coletivo.

Embora identificar princípios e discorrer sobre eles não seja uma tarefa simples, essa linha de pesquisa revelou-se uma opção acertada, pois representou a base sobre a qual se viabilizou o enfrentamento das questões relativas à efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho.

Assim, apresentada a base principiológica a informar o processo coletivo, partiu-se para a estruturação do **segundo capítulo quanto à reparação do dano moral coletivo**, iniciando-se com uma análise comparativa entre o dano moral individual e o dano moral coletivo, no que se refere à base legal e evolução do conceito na doutrina e na jurisprudência.

Decisões trabalhistas consideradas como verdadeiros paradigmas nesse tema foram estudadas a fim de evidenciar que os juízes do Trabalho que participam ativamente do processo coletivo detêm melhores condições de identificar a mais adequada forma de reparação à coletividade lesada, inclusive pela percepção dos sentimentos da respectiva comunidade, aspecto de destaque na presente tese.

Os princípios do processo coletivo são concretizados por meio dessas decisões da Justiça do Trabalho ainda que delas não constem de forma expressa, tal como identificado na presente tese, que também apontou os critérios que devem ser considerados pelos juízes para o arbitramento da indenização judicial, com base na doutrina e também na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

O estudo da evolução do conceito de dano moral, do individual para o coletivo, foi fundamental para demonstrar que o caminho adotado era o correto, pois se não havia dúvidas quanto ao fim compensatório da indenização do dano moral individual, esse efeito era negado ou ignorado quanto ao dano moral coletivo, pela doutrina e também pela jurisprudência.

Foi necessário pesquisar sobre a regulação legal do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, os valores de recursos financeiros acumulados ao longo do tempo e a maneira como é feita a destinação desses recursos, inclusive por meio de um banco estatal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Social - BNDES, para demonstrar a validade da tese quanto à inadequação desse destinatário frente à exigência de efetividade da reparação do dano moral coletivo.

A defesa da finalidade compensatória da indenização por dano moral coletivo acabou por ser um aspecto central na presente tese, sendo o tema desenvolvido com base nas disposições do próprio ordenamento jurídico e no estudo de direito comparado, pois em busca da efetividade da reparação invocou-se a experiência das *class actions* do direito norte-americano.

Com efeito, o estudo de um conceito construído pela jurisprudência das Cortes americanas, denominado como *cy press* ou *fluid recovery* e que não é estranho ao nosso meio jurídico, foi apresentado como opção para que o juiz do Trabalho possa invocar o direito comparado ao determinar uma forma de reparação que “seja o mais próxima possível” do dano acarretado à coletividade.

O aspecto pedagógico da indenização por dano moral coletivo não deixou de ser analisado sob a dupla perspectiva de envio ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT ou de uma reparação que pudesse beneficiar a coletividade lesada.

Foi objeto de destaque a experiência do Ministério Público do Trabalho como meio de demonstrar que outras formas de destinação para os valores decorrentes das indenizações por danos morais coletivos podem ser determinadas pelos juízes do Trabalho,

mas não apenas pela via de homologação do acordo, sendo objeto de análise detalhada a questão dos limites do pedido formulado nas respectivas ações coletivas.

Outro aspecto da efetividade da reparação do dano moral coletivo não poderia deixar de ser examinado no presente trabalho: o papel do juiz, pois de sua atuação, dependeria, em última análise, a concretização da tese aqui defendida.

Assim, escreveu-se **o terceiro capítulo com os olhos voltados para a figura do juiz** e o papel que desempenhou ao longo do tempo, o qual se confunde com a própria evolução do Direito, demonstrando-se que uma postura ativa e participativa do magistrado, aliada à discricionariedade e criatividade no arbitramento da indenização por dano moral coletivo, são fundamentais para a efetividade da reparação do dano moral coletivo.

Por fim, apontou-se que outras medidas estão a merecer a atenção dos juristas do processo do trabalho e dos órgãos de administração do Judiciário, a fim de que o juiz possa ter as condições necessárias para se dedicar ao exame, à análise, à condução e à solução dos processos coletivos, apresentando-se algumas propostas nesse sentido.

Apresentada a conclusão, essa não poderia deixar de propor uma gradação quanto às formas de destinação mais apropriadas para a reparação do dano moral coletivo pelos juízes do Trabalho, de modo a representar uma contribuição sob o aspecto prático em prol do que se defende na presente tese: uma destinação que se mostre efetiva do ponto de vista da coletividade lesada e não apenas no aspecto de arrecadação de recursos para um fundo estatal desvinculado dessa finalidade.

CAPÍTULO I. PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO

1. Princípios no jusnaturalismo e no positivismo jurídico

O estudo dos princípios é de vital importância para a compreensão da própria ciência que se pretende conhecer, porém, não é tarefa simples, especialmente porque o termo, de origem latina,¹ remete àquilo que corresponde à origem, à fonte, à causa primeira, enfim, ao fundamento que dá base ao desenvolvimento do conhecimento.

Na ciência do Direito os princípios constituíam o escopo apenas da Filosofia do Direito e da teoria geral do Direito, o que se altera na segunda metade do século XX, quando passam a ser investigados também pelos juristas do Direito Constitucional, em razão do fenômeno da constitucionalização de princípios. Não se pode deixar de identificar esse movimento de positivação dos princípios com o próprio desenvolvimento da ciência do Direito ao longo da história, pois é a partir do *jusnaturalismo*² do século XVI que se firma uma concepção dos valores como inerentes à humanidade e que constituiriam o próprio direito natural, que lançaria os princípios para todo e qualquer ordenamento jurídico.³

Assim, o movimento que se seguiu ao *jusnaturalismo* e que consistiu na codificação do Direito, a partir do código napoleônico, representou a consolidação do direito natural e, ao mesmo tempo, sua derrocada,⁴ pois não mais se admitiria o recurso de invocar princípios e valores que não aqueles já consagrados pela lei.

¹*Principium* corresponde a “início, começo, origem. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos.” DICIONÁRIO Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 741.

²Na perspectiva do direito medieval, o Direito natural seria superior ao positivo, pois aquele era expressão da própria vontade de Deus, escrita por ele no coração dos homens, concepção que se altera a partir do século XIX: “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26.

³“A crença no Direito Natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

⁴“Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da História pela onipotência positivista do século XIX”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106.

Essa fase se situa entre os séculos XVIII e XIX e foi denominada como *positivismo jurídico*,⁵ tendo como característica principal a supremacia da lei, que deveria ser aplicada pelos juízes com abstração de qualquer juízo de valor,⁶ visando à prevalência da razão e da objetividade científica, tal como ocorria nas ciências naturais.⁷

O primado da lei além de prestigiar o legislador, tido como o legítimo representante do poder emanado do povo,⁸ também propiciava a segurança jurídica e a igualdade (formal), com rígida separação dos Poderes e neutralidade judicial, ditada pela Escola da exegese, que afastava qualquer possibilidade de interpretação criativa do juiz,⁹ pois a interpretação da lei deveria se restringir ao método gramatical, complementado pelo método histórico, de forma a se aferir a real vontade do legislador.¹⁰

O positivismo jurídico ultrapassa as fronteiras da teoria do Direito para tornar-se uma ideologia¹¹ cujos postulados são identificados com os Estados totalitários do início do século XX e passam a ser questionados a partir da derrota desses mesmos Estados nas duas Grandes Guerras Mundiais e, de forma significativa, com os julgamentos dos principais

⁵Sobre o positivismo jurídico consultar: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994; HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995 e do mesmo autor *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

⁶“A liberdade do julgador ficava, destarte, extremamente reduzida, limitando-se, o mais das vezes, à mera aplicação dos enunciados normativos, literalmente considerados, à situação fática a ele submetida, o que veio a consubstanciar a chamada subsunção mecânica ou automática”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

⁷“O positivismo jurídico nada mais é que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e experimentação”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30. (Curso de Processo Civil, v. 1).

⁸“Na verdade, o princípio da supremacia da lei, embora teoricamente distinto, se confundia, na prática, com o princípio da supremacia do Parlamento, órgão que, com exceção do instituto do veto monárquico, passou a monopolizar a atividade legiferante”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

⁹“A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo) aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 80.

¹⁰RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30. (Curso de Processo Civil, v. 1) e BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223.

criminosos de guerra,¹² nos quais os acusados de crimes contra a humanidade alegaram em sua defesa o estrito cumprimento da lei e das ordens emanadas do poder constituído.¹³

Embora seja grande a polêmica a respeito do papel do positivismo jurídico para a consolidação dos estados totalitários,¹⁴ e uma análise mais detalhada não caberia nesse estudo, pois deveria considerar outros fatores igualmente importantes,¹⁵ o fato que parece não suscitar maiores dúvidas é que a teoria positivista afastava a possibilidade de a lei ser confrontada com juízos de valor,¹⁶ além de ter reduzido a importância dos princípios na aplicação e compreensão do Direito.¹⁷

2. A constitucionalização dos princípios - o pós-positivismo

É exatamente após o encerramento dos conflitos mundiais que a atenção dos juristas novamente se volta para os princípios, que passam a integrar o ordenamento internacional¹⁸ e os ordenamentos internos dos Estados por meio das Constituições

¹²“O que se revela nesses julgamentos não é apenas a questão complicada da responsabilidade pessoal, mas a pura culpa criminal; as faces daqueles que fizeram o melhor possível, ou antes, o pior possível, para obedecer às ordens criminosas, ainda são muito diferentes daquelas que, dentro de **um sistema legalmente criminoso**, não obedeceram tanto a ordens quanto fizeram com suas vítimas condenadas o que quiseram”. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 310, sem destaque no original.

¹³Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 107, que em acréscimo destacam a resistência filosófica ao positivismo jurídico representado pela Jurisprudência de Interesses e pelo Direito Livre.

¹⁴Para Norberto Bobbio não pode ser justificada a crítica de ter o positivismo jurídico levado a “estatolatria e ao totalitarismo político”, embora fundamente suas conclusões em um positivismo ético moderado que seria independente da concepção positivista extremista. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 235-236.

¹⁵Fatores como a própria história da origem desses Estados, além de aspectos morais e econômicos, que juntos formaram o cenário que culminou com a eclosão das duas grandes guerras do século XX.

¹⁶“O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136.

¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49-50. (Curso de Processo Civil, v. 1).

¹⁸Com relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

democráticas que, por essa razão, superam o singelo papel de servir apenas de base política para a lei e passam a ocupar a centralidade dos sistemas jurídicos.

Essa nova fase tem sido denominada pelos juristas de *pós-positivismo*,¹⁹ cuja característica mais festejada é a positivação de princípios pela Constituição, o que renovou a própria hermenêutica constitucional, que teve que lançar luzes sobre algumas novas questões, especialmente quanto à interpretação de um sistema que abrange princípios, valores e regras.²⁰

Com a Constituição de 1988 não foi diferente, pois ela foi estruturada de forma que os primeiros capítulos dispusessem sobre os princípios e direitos e garantias fundamentais, diferenciando-se de todas as anteriores, pois “é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial”.²¹

Se antes do advento das Constituições democráticas os princípios tinham nos respectivos ordenamentos jurídicos uma posição secundária, pois se prestavam como um dos subsídios postos ao intérprete para integração da norma,²² a partir do momento em que foram alçados à categoria de preceito constitucional, desafiaram os juristas a responder à seguinte questão: qual a natureza jurídica dos princípios constitucionais?

E foi em razão da distinção feita pela doutrina entre princípios e regras, notadamente a partir dos estudos empreendidos por Dworkin²³ que serviram de base para o

¹⁹Expressão que identifica a fase do constitucionalismo democrático adotada de forma geral pelos juristas: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51. (Curso de Processo Civil, v. 1).

²⁰Elival da Silva Ramos defende um “positivismo renovado” por uma moderna hermenêutica e situa a discricionariedade tanto do legislador, como dos juízes, às exigências do Estado de direito no sentido de que “o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-308.

²¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

²²Conforme artº4º da Lei de Introdução ao Código Civil; artº 126 do Código de Processo Civil; artº 3º do Código de Processo Penal e artºs 108-III e 109 do Código Tributário Nacional. O artº 8º da Consolidação das Leis do Trabalho dispôs que no caso de lacuna da lei ou do contrato, a decisão poderia aplicar princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho. Mais recente o artº 7º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que os direitos nele previstos, não excluem outros (direitos) que derivem dos princípios gerais do direito.

²³DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Gerald Duckworth, 1978; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986 e DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

desenvolvimento do tema por Alexy,²⁴ que se estruturou a teoria constitucional do pós-positivismo,²⁵ cujos critérios de diferenciação serão apontados a seguir, de forma sintetizada.²⁶

De acordo com Dworkin, as regras obedecem à teoria do “tudo ou nada”,²⁷ o que significa que em caso de conflito entre duas regras uma delas não poderá ser considerada como válida, o que não se aplica aos princípios, pois esses teriam uma característica que as regras não têm, qual seja, a da dimensão do peso,²⁸ aplicável no caso de colisão entre princípios.²⁹

As bases da teoria de Dworkin repercutem no aspecto da validade das regras e dos princípios, que não deixam de ter validade quando não aplicados, pois no futuro o princípio antes preterido poderá prevalecer, em razão da distribuição diferente dos respectivos pesos. Com relação às regras, tal não ocorre, pois no conflito entre uma regra que ordene uma conduta e outra que a proíba, uma delas será necessariamente inválida.³⁰

²⁴ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2 reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

²⁵Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47. (Curso de Processo Civil, v. 1) e BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108.

²⁶Sobre o tema há extensa bibliografia, merecendo destaque: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999; DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁷A expressão em inglês no original é “all-or-nothing fashion”, in DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Gerald Duckworth, 1978. p. 15. Doutrina seguida no Brasil por BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113 e DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 76.

²⁸A expressão em inglês no original é “dimension of weigh”, in DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Gerald Duckworth, 1978. p. 16.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56. (Curso de Processo Civil, v. 1); ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69-74 e 75 e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 36-37.

³⁰BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 109.

Alexy, por sua vez, procurou superar a tradicional diferenciação de grau de maior generalidade dos princípios em face das regras,³¹ apontando ser essa **diferença qualitativa**,³² considerando os **princípios** como *mandatos de otimização*,³³ no sentido de que **podem** ser cumpridos de forma e graus diferentes, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. **Regras**, ao contrário, **devem** ser cumpridas em conformidade com os fatos, ou seja, se a regra é válida e se aplica a um determinado caso, também é válida a respectiva consequência jurídica.³⁴

Partindo dessa premissa, aponta Alexy que um **conflito entre regras** somente pode ser resolvido pelo intérprete introduzindo uma “cláusula de exceção” (que elimina o conflito) ou declarando inválida uma dessas regras, pois em um sistema lógico, como é o sistema jurídico, não se admite a validade de duas regras que estipulem um *dever ser* que sejam reciprocamente contraditórias.³⁵

Por sua vez, havendo uma **colisão de princípios**, a solução não pode ser pela declaração de não validade de um dos princípios ou por meio de uma “cláusula de exceção”, isto é, qualquer que seja a solução encontrada, essa não acarretará a invalidade ou a exceção ao princípio preterido, que permanecerá válido no respectivo sistema jurídico. E, ainda, o fato de um princípio ser aplicado a um determinado caso, não significa que ele deverá prevalecer em todas as hipóteses, pois sempre haverá de ser considerada a **dimensão do peso dos princípios em razão da especificidade da situação conflituosa**.³⁶

³¹O critério da generalidade sempre foi o mais utilizado para distinguir regras dos princípios: ESSER, Josef. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho Privado*. Trad. de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 66-67 e RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

³²J.J.Gomes Canotilho reconhece que diferenciar regras e princípios é tarefa complexa, indicando que essa diferença é *qualitativa*, pois princípios são impositivos de “otimização” e por serem conflituosos devem ser objeto de ponderação de acordo com o seu peso, para que possam ser harmonizados e coexistir, seguindo, assim, as bases teóricas de Alexy. In CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086-1088.

³³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86. Juristas adotam expressões similares àquela da tradução espanhola, “mandato de optimización” como “mandamento de otimização” in BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 250 e “determinações de otimização” in GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 157.

³⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 87-88.

³⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 88.

³⁶“Isso significa que, em razão de um princípio valer para um caso, não quer dizer que aquilo que ele requer desse caso deva valer para todos os outros. Os princípios apresentam razões que podem ser superadas por razões opostas”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48. (Curso de Processo Civil, v. 1).

Assim, de acordo com Alexy, a principal diferença entre princípios e regras não está em qualquer aspecto intrínseco, como a maior ou menor generalidade do respectivo preceito³⁷, mas sim em razão da colisão que ocorre entre as regras e os princípios, pois se um deles for excepcionado ou declarado inválido, estaremos diante de uma regra; ao contrário, se ambos forem considerados válidos, apenas não aplicados simultaneamente em determinada situação concreta, um cedendo espaço ao outro, estar-se-ia diante de um princípio.

A contribuição das teorias desenvolvidas por Dworkin e depois por Alexy tiveram o grande mérito de trazer fundamentos que alicerçaram a concepção prevalente da doutrina³⁸ de que regras e princípios têm a mesma natureza de norma jurídica,³⁹ sem qualquer hierarquia entre ambos,⁴⁰ em face da unidade sistêmica da própria Constituição.

Dessa forma, revela-se uma das mais importantes contribuições da contemporânea teoria da constituição, consistente em superar a concepção até então prevalente⁴¹ de que os princípios teriam posição hierarquicamente inferior às regras, pois apenas essas seriam normas jurídicas e mereceriam a análise conceitual e interpretativa feita pela dogmática jurídica.⁴²

A teoria da força normativa dos princípios se destaca, finalmente, por ter resgatado a ética⁴³

³⁷A correção dessa assertiva se confirma na medida em que cada vez mais as regras dispõem conceitos vagos ou abertos, o que caracteriza a sua generalidade, sem que se tornem, por essa característica, um princípio. HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.

³⁸A doutrina desenvolvida por Canotilho com relação aos princípios é referida como propulsora do desenvolvimento da atual teoria constitucionalista, especialmente no Brasil: nesse sentido ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

³⁹“As regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.086.

⁴⁰BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111 e DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 101.

⁴¹BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108 e 110.

⁴²ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

⁴³“A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica e sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107.

e os valores do direito,⁴⁴ inserindo-os no ordenamento jurídico de forma que as regras passassem a ser interpretadas de acordo com os princípios adotados pela Constituição.⁴⁵

Em face do que foi aqui examinado, tem-se que os princípios se diferenciam das regras, pois essas “são normas que verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”, enquanto princípios são “normas otimizadoras que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas”.⁴⁶

A inserção dos princípios nas Constituições do século XX e o desenvolvimento de uma teoria que proclamou sua normatividade autorizam a conclusão de que os princípios insertos na Constituição Brasileira de 1988 têm força vinculativa e, portanto, obrigatória, incidindo sobre a atividade pública e privada, de forma que além de fundamento para a lei, seja também vinculativa para a interpretação da norma.⁴⁷

E, quanto aos princípios constitucionais, embora possam ser encontradas as mais variadas e complexas tipologias,⁴⁸ adota-se a proposta de Canotilho⁴⁹ para quem esses princípios dividem-se em duas grandes categorias: **princípios políticos constitucionalmente conformadores**, que seriam aqueles que fundamentam as valorações e as opções do legislador constituinte como delimitadoras do próprio Estado de direito⁵⁰, e **princípios jurídicos fundamentais**, que são princípios gerais que foram adotados de

⁴⁴Com citação de doutrina que aponta os valores como integrantes da categoria norma, embora essa não seja majoritária, em razão da prevalência da divisão normativa apenas entre princípios e regras. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66-68.

⁴⁵“Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o modo de ser das regras”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50. (Curso de Processo Civil, v. 1).

⁴⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1177.

⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51. (Curso de Processo Civil, v. 1).

⁴⁸Além de serem muitos os estudos, há múltiplos critérios distintivos apontados pelos juristas entre regras e princípios, o que demonstra que tal teoria é das mais complexas. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111 e J CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086.

⁴⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1090-1091, divisão que é expressamente adotada pelo constitucionalista José Afonso da Silva em *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92.

⁵⁰São exemplos de princípios políticos conformadores os artigos 1º ao 4º da Constituição de 1988. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

forma expressa ou implícita pelo texto constitucional⁵¹ e decorrem de certas normas constitucionais ou constituem desdobramentos de outros princípios.⁵²

No que interessa ao presente estudo, tem-se que compõem o quadro dos **princípios jurídicos fundamentais** os chamados **princípios-garantia**,⁵³ categoria na qual estão incluídos os **princípios gerais do processo**,⁵⁴ dos quais decorre “a exigência de *um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*”.⁵⁵

3. Os princípios gerais do processo e as Constituições brasileiras

Embora a Constituição de 1824 tivesse disposto sobre o Poder Judiciário e também sobre alguns institutos do processo,⁵⁶ é com a Constituição de 1891 que, ao inspirar-se no sistema norte-americano,⁵⁷ resta assegurada a igualdade de todos perante a lei e autorizada a dualidade da legislação processual, no âmbito da União e dos Estados, surgindo no Brasil os códigos estaduais de processo⁵⁸.

A inspiração do direito norte-americano se faz sentir na Constituição Republicana de 1891 também no que se refere à unidade de jurisdição, ao direito de recurso dos atos administrativos e legislativos, além de garantias típicas do *due process of law*⁵⁹ e, ainda,

⁵¹“Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1090.

⁵²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

⁵³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1090.

⁵⁴Como os princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório, entre outros listados pelo artigo 5º da Constituição de 1988. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

⁵⁵CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 268.

⁵⁶Alguns exemplos: a consagração da legalidade e da irretroatividade das leis; a proibição de revisão de processos findos e de foro privilegiado, com algumas exceções. No que se refere ao Judiciário, foi assegurada a sua independência, sendo organizado na forma de decisões por meio do júri, que decidia sobre fatos, incumbindo ao juiz decidir sobre a lei. A judicatura era, em regra, perpétua; a tentativa de conciliação era obrigatória antes da ação e se admitia o juízo arbitral, sem direito de recurso. ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23. José Afonso da Silva acrescenta que a Constituição imperial, no artigo 179 “trazia uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas Constituições posteriores”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

⁵⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42.

⁵⁸ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24 e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 74.

⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42.

pela divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário “harmônicos e independentes entre si”.⁶⁰

A Constituição de 1934⁶¹ unifica a legislação processual, abolindo os códigos estaduais, institui o direito adquirido e a coisa julgada; assegura a assistência jurídica aos necessitados; prevê o mandado de segurança e impõe ao juiz o dever de sentenciar, ainda que omissa a lei, mediante decisão por analogia, princípios gerais do direito e equidade.⁶²

A Carta de 1937 acarreta um rompimento na evolução dos princípios e suprime garantias do processo,⁶³ o que é restabelecido com a Constituição de 1946 que assegurava princípios⁶⁴ como o da igualdade, do juiz natural, da inafastabilidade da proteção judiciária, do contraditório e da ampla defesa,⁶⁵ consagrando importantes meios de defesa de direitos, pois restabelece o mandado de segurança e institui a ação popular.⁶⁶

A Constituição de 1967 que traria nova limitação ao mandado de segurança, regularia a legitimação da ação popular, dispondo sobre a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do tribunal,⁶⁷ reformulou o sistema tributário e instituiu normas de política fiscal e de proteção aos trabalhadores,⁶⁸ mas suspendeu garantias individuais, com foco na segurança nacional.

⁶⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78-79.

⁶¹“A nova Constituição não era tão bem estruturada como a primeira. Trouxera conteúdo novo. Mantivera a anterior, porém, os princípios formais fundamentais: a república, a federação, a divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e *coordenados* entre si), o presidencialismo, o regime representativo” e como inovação “Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81-82.

⁶²ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

⁶³“A Carta imposta nada previa sobre juiz natural, garantias, etc. e até o mandado de segurança saiu da Carta. A Justiça Federal fora extinta”. ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

⁶⁴“Havia, também, no mundo do pós-guerra, extraordinária recomposição dos princípios constitucionais, com reformulação de constituições existentes ou promulgação de outras (Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, e tantas outras) que influenciaram a reconstitucionalização do Brasil.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 83-84.

⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42.

⁶⁶ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

⁶⁷ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

⁶⁸A Constituição de 1967 teria também definido “mais eficazmente os direitos dos trabalhadores”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

A nova Constituição⁶⁹ trazida pela Emenda nº 1 à Constituição de 1967, instituiu as bases gerais do processo, tendo atribuído à União competência exclusiva para legislar sobre Direito Processual, assegurando a inafastabilidade do controle judicial, mas com restrições, bem como os princípios da ampla defesa, da legalidade, da igualdade, proibindo foro privilegiado e tribunais de exceção, além do mandado de segurança e da ação popular.

No que se refere à doutrina sobre o “processo constitucional”⁷⁰ os precursores foram Rui Barbosa, que com os seus trabalhos apresentou os parâmetros para o controle da constitucionalidade das leis,⁷¹ e João Mendes Júnior, que traçaria as bases para a concepção do devido processo legal,⁷² estudos que não motivaram um maior interesse na doutrina do processo, que se manteve distante dessa temática, até meados do século XX.⁷³

É na década de 50 do século XX que os juristas brasileiros retomam sua atenção para a Constituição como fonte de institutos e de princípios gerais do processo,⁷⁴ com destaque para José Frederico Marques que, com base na Constituição de 1946, destacou o princípio do devido processo legal, como decorrente do princípio constitucional da proteção judiciária geral.⁷⁵

⁶⁹“Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

⁷⁰A expressão “processo constitucional” é referida por Ada Pellegrini Grinover, em *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42-43.

⁷¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42 e também Roberto Rosas que confirma: “Ruy Barbosa foi o precursor brasileiro do processo constitucional ou melhor, da revelação dos subsídios constitucionais do processo. Surgiram da famosa ação que Ruy, como advogado, propôs contra a União Federal a favor dos reformados e demitidos pelo Marechal Floriano Peixoto.” in ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14.

⁷²“João Mendes Júnior despontaria, depois, como verdadeiro precursor dos estudos constitucionais do processo, apontando as bases e fundamentos constitucionais das garantias individuais, quer no processo civil, quer no processo penal. Analisando, nessa ótica, o direito judiciário e o Poder Judiciário, traçou as bases do “devido processo legal”, enquanto processo necessário para assegurar os direitos subjetivos tutelados pelo direito material”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 43.

⁷³Essa carência doutrinária não é restrita ao tema dos princípios constitucionais do processo, mas a toda temática dos princípios constitucionais, que não despertava maior interesse dos juristas, até o advento da Constituição de 1988. Nesse sentido: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37. Por outro lado, há que se dar o devido destaque para a obra de Sampaio Dória que apresentava uma classificação dos princípios constitucionais em estruturais, de atribuições, e de liberdade individual, com base na Constituição brasileira de 1891. DÓRIA, Sampaio. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1926.

⁷⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 43.

⁷⁵MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

Nas décadas de 70 e 80, sob a égide da Constituição de 1969, várias obras se destacaram por abordar as garantias do processo,⁷⁶ embora a jurisprudência não tivesse acompanhado essa evolução, pois tomava os princípios constitucionais do processo como “meras declarações de direitos”, de pequena repercussão no processo em geral, sem que houvesse maior esforço de interpretação da lei processual em harmonia com as respectivas normas constitucionais.⁷⁷

Destarte, tais fatos autorizam a assertiva de que foi com a Constituição de 1988, inspirada nos ideais de justiça, igualdade e democracia,⁷⁸ que se consolidou uma consciência do processo como garantia individual e também coletiva, informado por princípios⁷⁹ gerais de conteúdo axiológico e diretivo, que se aplicam a todo e qualquer processo, considerado esse como meio legítimo para atuação da jurisdição.⁸⁰

Dessa maneira, ainda que o Direito Constitucional sempre fosse considerado como a base sobre a qual se alicerçava o Direito Processual, o fato é que há um inegável avanço na consagração de princípios processuais que passam a integrar a Constituição, princípios

⁷⁶A partir da década de 1980 o processo constitucional passa a ser objeto de produção científica: “Em 1980 vem a lume a tese de doutorado de Kazuo Watanabe (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro), editada com outro ensaio sobre o mandado de segurança contra atos judiciais. Em Minas Gerais, José Alfredo de Oliveira Baracho escreve monografia sobre o “devido processo legal” e Humberto Theodoro Júnior, sobre o mandado de segurança e o devido processo legal. E em todas as obras processuais da década não faltaram referências às garantias constitucionais”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 43.

⁷⁷Tal constatação foi feita por Ada Pellegrini Grinover na sua tese de livre docência para a Faculdade de Direito da USP, posteriormente publicada: “As garantias constitucionais do direito de ação”. *Revista dos Tribunais*, 1973. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42.

⁷⁸“Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85.

⁷⁹Nesse sentido: “A Constituição de 1988 é a mais fértil na apresentação de princípios inerentes ao processo (exemplo: devido processo legal, contraditório e ampla defesa, motivação).” ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

⁸⁰“E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como dentre outros, os de jurisdição, ação e processo são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo” – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 21. “A Constituição, artigo 22, I e 24, XI refere-se a um direito processual sem especificidades ou distinções o que confirma a tese da unidade do processo. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 54.

esses que na vigência da anterior Constituição dependiam de um esforço dos juristas para que fossem considerados de aplicação geral para todo e qualquer ramo do processo.⁸¹

Em acréscimo, até a promulgação da atual Constituição, não era comum que os juízes adotassem, nos fundamentos de suas decisões, princípios constitucionais como fonte formal para a solução do litígio,⁸² ao contrário, os princípios continuavam a ter a clássica posição supletiva e, portanto, secundária, de integração nos casos de lacuna da lei.

Isso porque, embora os princípios já estivessem “positivados” nos Códigos,⁸³ tinham, em regra, finalidade subsidiária na interpretação da lei, concepção que se altera quando passam a ser inseridos na Constituição, servindo de fundamento axiológico e normativo para todo o sistema jurídico.⁸⁴

Essa mudança de perspectiva se deve, como já ressaltado, ao fato de a Constituição de 1988 ter consagrado princípios jurídicos fundamentais que englobam os denominados **princípios-garantia**, visam fazer valer os direitos,⁸⁵ tendo assim natureza instrumental,⁸⁶ e abrangem os princípios constitucionais do processo.

⁸¹“O contraditório na instrução criminal foi erigido, no Brasil, em dogma constitucional (art. 153, §16) e, é **igualmente deduzido da Constituição, indiretamente**, embora para o processo civil”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 26 – sem destaques no original.

⁸²Essa constatação foi feita por Ada Pellegrini Grinover ao defender sua tese de livre docência junto à Faculdade de Direito da USP, quadro que se alterou, após o advento da Constituição de 1988: “São inúmeras, hoje, as manifestações dos tribunais sobre os grandes princípios constitucionais. O contraditório e a ampla defesa com todos os seus consectários; a sentença e a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais; a publicidade dos atos processuais.” Entre outros citados por Ada Pellegrini Grinover, em *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 42-47.

⁸³“Era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁸⁴ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64 e NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁸⁵O tema foi desenvolvido pela primeira vez por Rui Barbosa, que na vigência da Constituição de 1891, apresentou estudo confrontando direitos e garantias, diretriz não seguida pela Constituição de 1988, que não separa de forma rigorosa as garantias dos direitos, ao contrário, vários são os dispositivos que declaram o direito e a respectiva garantia, ou ainda, adota expressões como garantia, mas no sentido de direito e vice-versa. A esse respeito consultar: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 186-187.

⁸⁶É adotada a diferenciação feita por José Afonso da Silva que prima por ser clara e objetiva: “Os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício daqueles bens e vantagens”. In SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 412.

4. Princípios constitucionais do processo⁸⁷

A doutrina sempre destacou que era na Constituição que se encontravam os fundamentos para o direito processual,⁸⁸ a partir do reconhecimento e da estruturação do Poder Judiciário, da garantia de acesso aos tribunais, de disposições sobre institutos próprios do processo, da jurisdição constitucional e da declaração de princípios que informam o processo.⁸⁹

E são esses princípios constitucionais do processo que conferem as garantias necessárias para a efetivação dos direitos e, nesse sentido, são também direitos de natureza instrumental, de meio e não de fim.⁹⁰

Nessa linha, serão apontados os princípios constitucionais que informam todo o sistema processual,⁹¹ verdadeiros princípios-garantia cujas diretrizes se voltam para o legislador e para o aplicador do direito, princípios sem os quais muitos dos direitos não passariam de meras declarações de “boas intenções” ou de normas “meramente” programáticas.

Os princípios constitucionais do processo são, no atual estágio de desenvolvimento dos países democráticos, a base do intérprete na aplicação do direito, de forma que primeiro deverá

⁸⁷ Adota-se a referida denominação para indicar primeiro a fonte normativa do princípio e depois sua especificidade, destacando-se que a doutrina faz a diferenciação entre Direito Constitucional Processual que seria o conjunto de regras de processo inseridas na Constituição e Direito Processual Constitucional para identificar a reunião dos princípios consagrados constitucionalmente, denominações que não serão aqui adotadas por ser frequentemente causa de confusões, inclusive por doutrina abalizada, conforme se pode verificar em NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26 e 29. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁸⁸ Entretanto, é a partir da promulgação da atual Constituição que se multiplicam os estudos a respeito dos princípios constitucionais do processo, destacando-se: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21)., ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 47-48.

⁹⁰ “As garantias constitucionais especiais são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 189.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432-433.

se valer da Constituição e depois da legislação infraconstitucional a respeito da matéria, seja qual for o ramo do processo que se esteja aplicando e interpretando.⁹²

4.1. Princípio de acesso à Justiça

Ao que parece, não há unanimidade na doutrina e na legislação quanto à denominação do princípio que assegura o direito-garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Canotilho anota que **o princípio de acesso aos tribunais** constitui, entre outras denominações, o “ pilar fundamental do Estado de Direito ” e que o disposto no artigo 20 da Constituição Portuguesa⁹³ não só assegura a via judicial para o cidadão na forma de um direito público subjetivo, mas também prevê um alargamento dessa dimensão subjetiva, para abarcar “ no espaço subjetivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas ”.⁹⁴

No Brasil, **o princípio da proteção judiciária**⁹⁵ ou **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**⁹⁶ fundamenta-se no princípio da separação dos Poderes e é a principal garantia dos direitos subjetivos, embora a garantia assegurada na atual Constituição abranja outros direitos não individuais, como o de pessoas jurídicas, além de instituições não individuais, como os próprios direitos coletivos.⁹⁷

Não obstante, a denominação “ **princípio de acesso à Justiça** ”⁹⁸ é a que mais se popularizou no Brasil, em razão da grande repercussão da obra de Cappelletti e

⁹²“Esta a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o Direito Constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁹³Constituição Federal Portuguesa. “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.” – *grafia como no original*.

⁹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 270-271.

⁹⁵Até o advento da Constituição de 1988 o princípio da proteção judiciária era de suma importância para o processo civil, pois substituía garantias asseguradas apenas ao processo penal, como o contraditório e a ampla defesa. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 51.

⁹⁶Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. (princípio do direito de ação). NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Secção III, p. 130. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁹⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 430-431.

⁹⁸A garantia de acesso à Justiça seria concretizada mediante acessibilidade econômica e técnica, conforme estudo pioneiro sobre a então novel Constituição de 1988. TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. capítulo II, p. 19-25.

Garth,⁹⁹ a qual chamou a atenção dos juristas para as transformações pelas quais o conceito passava, pois se inicialmente era meramente formal e, não raro, distante da realidade fática,¹⁰⁰ passou a corresponder a um instrumento alinhado com o fim de efetividade para os direitos que foram assegurados na Constituição.¹⁰¹

Há que se registrar que tal princípio foi assegurado no ordenamento brasileiro a partir da Constituição de 1946 que o inseriu entre direitos e garantias individuais por meio do seguinte dispositivo: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (artigo 141, §4º) disposição repetida nas Constituições de 1967 e 1969 (artigo 153, §4º), cujo alcance foi ameaçado pela Emenda Constitucional n.07 do ano de 1977.¹⁰²

Embora assegurado constitucionalmente o acesso à Justiça, esse era restrito ao direito individual lesado e ainda, com a possibilidade da prévia submissão da via administrativa, não motivando os doutrinadores a maiores estudos sobre a importância desse princípio,¹⁰³ acarretando grandes dificuldades quando já se fazia necessária uma ampliação do acesso à Justiça, para tutela dos direitos decorrentes da massificação das sociedades e que não encontravam respaldo no limitado processo concebido apenas para a defesa de direitos subjetivos.¹⁰⁴

⁹⁹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9-13.

¹⁰⁰“Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 10.

¹⁰¹“Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

¹⁰²Emenda Constitucional nº 07 de 13-04-1977 que acrescentou a seguinte redação ao §4º do artigo 153 da Constituição de 1969: “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

¹⁰³Até o advento da Constituição de 1988, princípio de acesso à Justiça não era destacado pela doutrina do processo, constando apenas como referência quando da análise do direito de ação: “Ademais, o art. 153, §4º Consagra, no plano constitucional, o próprio direito de ação: o direito à prestação jurisdicional.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 49-52. A evolução se percebe, de forma clara, por meio da **edição da mesma obra após a Constituição de 1988**, pois o acesso à Justiça (ou garantia da ação e da defesa) é destacado em tópico específico no capítulo do Direito Processual Constitucional. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87.

¹⁰⁴Ada Pellegrini Grinover afirmou a respeito do tema: “A necessidade de solução pacífica do conflito de interesses difusos, e sua tutela pelo ordenamento jurídico, são indiscutíveis” e concluía: “Verifica-se de maneira contundente e até trágica a necessidade imperiosa e urgente de não deixar sem tutela esses interesses comuns”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 31.

A Constituição de 1988 além de restabelecer a garantia na forma como fora originalmente inserida na Constituição de 1946, suprimindo a restritiva submissão do conflito à via administrativa, ainda introduziu duas alterações que ampliaram a perspectiva de acesso ao Judiciário, pois assegurou a garantia de apreciação também para o caso de ameaça a direito, além de ter retirado o termo “individual” que qualificava os direitos e acabava por estreitar a via de acesso judicial apenas para o típico direito subjetivo.¹⁰⁵

O que é importante que se registre nesse passo, é que como Cappelletti e Garth já anteviam em sua obra, o conceito de acesso à Justiça é de difícil definição e ainda está em evolução, mas deveria ser o “ponto central da moderna processualística”,¹⁰⁶ pois considerado “o mais básico dos direitos humanos”¹⁰⁷ sendo, mais recentemente, apontado como integrante do núcleo essencial da própria dignidade humana.¹⁰⁸

4.2. Princípio do devido processo legal

A origem histórica do princípio remonta à Magna Carta¹⁰⁹ outorgada por João Sem Terra no século XIII,¹¹⁰ tendo sido confirmada por Eduardo III que introduz a

¹⁰⁵Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito”.

¹⁰⁶E acrescentam: “Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 13.

¹⁰⁷No sentido de que sejam garantidos, e não apenas proclamados, os direitos dos cidadãos. CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12. No mesmo sentido se posicionou Norberto Bobbio para quem o problema dos direitos não era mais de fundamento, mas de proteção. In BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

¹⁰⁸BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 129.

¹⁰⁹Essa origem do princípio do devido processo legal é referida por: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 431-432; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 49 e NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 61. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹¹⁰“Capítulo XXIX da Magna Carta: “nenhum homem livre poderá ser preso, encarcerado, desapossado, proscrito, banido ou de qualquer modo subtraído, não podendo o rei sentenciá-lo, nem dar ordem de prisão contra o mesmo, a não ser no caso de ter julgado por seus pares ou pela lei da terra”. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 217. Canotilho faz a mesma tradução do histórico dispositivo, com exceção da parte final, pois indica o julgamento “por seus pares e de harmonia com a lei do país”, in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 460.

expressão *processo devido em direito*¹¹¹ e que seria traduzida por *due process of law*¹¹², ao ser incorporada ao Direito Constitucional norte-americano,¹¹³ inicialmente pela V emenda¹¹⁴ e, posteriormente, pela XIV emenda¹¹⁵.

O princípio do devido processo legal é uma das mais importantes garantias constitucionais dos Estados Unidos e como cláusula aberta foi objeto de intensos debates,¹¹⁶ percorrendo o caminho da necessária evolução¹¹⁷ até que fosse estabelecida a interpretação atual, no sentido de que seja garantido ao indivíduo não ser privado de seus bens, de sua liberdade e de sua vida sem que lhe tenha sido assegurado um processo na forma prevista pela lei, tomada essa do ponto de vista de sua elaboração legislativa e aplicação pelo juiz, na forma de uma garantia do indivíduo assegurada por meio da limitação imposta ao poder constituído.¹¹⁸

¹¹¹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 460.

¹¹²CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 49.

¹¹³“Antes mesmo da Constituição Federal americana de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do *due process of law*, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, repetindo a regra da Magna Carta e da Lei de Eduardo III”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 62. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹¹⁴Constou da V Emenda que ninguém seria privado da vida, da liberdade ou de bens sem processo legal. “Todas as 10 primeiras Emendas foram propostas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789 e ratificadas pela maioria dos Estados membros até 15 de dezembro de 1791”. In COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 358-359.

¹¹⁵“Nenhum Estado poderá privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, e nem poderá recusar a pessoa alguma, sob sua jurisdição, a igual proteção das leis”. Emenda XIV – proposta em 16 de junho de 1866 e ratificada em 21 de julho de 1868. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 362.

¹¹⁶COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 219.

¹¹⁷“Em rigor, o processo devido seria o complexo de actos situados entre o momento inicial de comparência e juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão.” e “Pela própria arqueologia do *due process* verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um *direito de defesa* do particular perante os poderes públicos” (grafia e destaques como no original). CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 461 e 463, respectivamente.

¹¹⁸É o princípio do *due process of law* garantido no aspecto processual e também substancial – *procedural due process e substantive due process*. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 218; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 461-463; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

Na Constituição de Portugal o princípio foi adotado como direito ao processo equitativo¹¹⁹ que significa, em razão da garantia de proteção jurídica por meio dos tribunais, que esses exercem o controle do processo justo tanto no aspecto material como processual, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.¹²⁰

Embora o princípio tenha tradição secular no direito anglo-saxão foi pela primeira vez assegurado pela Constituição de 1988,¹²¹ cujo dispositivo é expresso ao consagrar a expressão “devido processo legal”, literal tradução do princípio do direito norte-americano, sem o qual ninguém pode ser privado da sua liberdade ou de seus bens.¹²²

A Constituição de 1969 previa um rol extenso de garantias processuais, mas todas relativas ao processo penal, sendo que apenas um único princípio fora consagrado de forma geral, o princípio da inafastabilidade do controle judicial (artigo 153, §4º, da Constituição de 1969), a partir do qual eram extraídos ou defluíam os demais princípios aplicados ao processo civil.¹²³

E ainda, a doutrina processual até a promulgação da atual Constituição não apenas reconhecia a existência do princípio do devido processo legal como decorrente do ordenamento constitucional, mas também o elegia como um dos princípios fundamentais do processo, que ao lado do princípio de acesso à Justiça, informava tanto o processo penal, como o processo civil.¹²⁴

De qualquer maneira, não se pode negar o significativo avanço para as garantias constitucionais do processo advindo com a Constituição de 1988, que positivou o princípio

¹¹⁹Constituição da República Portuguesa, artigo 20, 4 “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.” (grafia conforme original).

¹²⁰Para qualificar o que seria um processo *justo* Canotilho se baseia na doutrina do *due process of law*, destacando o princípio sob o aspecto processual ou do procedimento e no aspecto substancial, de forma que a própria lei não seja fonte de injustiças. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 461-462.

¹²¹Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 431 e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 88.

¹²²Artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” – não inclui a vida, pois há cláusula pétreia que impede a adoção da pena de morte no Brasil.

¹²³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 50-51.

¹²⁴“Em conclusão, pode-se afirmar que a Justiça Penal e a Justiça Civil são informadas por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal. Destes decorrem postulados como o do juiz natural, do sistema acusatório, da instrução contraditória, do direito de defesa, da assistência judiciária e outros”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 52.

do devido processo legal, pois é dele que decorrem todas as demais garantias das partes no processo, estejam ou não asseguradas de modo expresso por outras normas.¹²⁵

O princípio do devido processo legal constitui norma de caráter aberto e sempre exigiu da doutrina a fixação dos requisitos que deveriam ser observados para sua concretização, cujo entendimento já sedimentado aponta que esse princípio não se limita às partes, mas envolve o juiz e todos aqueles que tenham contato com o processo, bem como que não se concretiza de forma isolada, mas sim em conjunto com outros princípios processuais.¹²⁶

Realmente, não se pode negar a centralidade do princípio do devido processo legal no sistema processual, pois representa a garantia fundamental de um processo justo e do qual decorrem os demais princípios do processo, mas não se pode deixar de reconhecer **que o devido processo legal sem o acesso à Justiça não poderia ser concretizado**, e que esse último, somente se faz efetivo e também justo, mediante a observância das garantias do processo devido e legal.

O que se defende é que **o princípio constitucional do devido processo legal e o princípio do acesso à Justiça constituem a base sobre a qual se estrutura todo o sistema processual** e dos quais decorrem outros princípios gerais¹²⁷ ou específicos que informam o processo de acordo com a sua natureza,¹²⁸ base da qual se extrairão os princípios específicos do processo coletivo.

¹²⁵“Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do artigo 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21). Acompanhando tal posicionamento: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 55.

¹²⁶“Se um determinado procedimento é processo devido, não depende tanto de considerações de forma quanto dos princípios que servem de fundamento ao processo”. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002. p. 220.

¹²⁷Podem ser citados como princípios constitucionais gerais do processo: a isonomia; a publicidade dos atos; o contraditório e a ampla defesa; as provas lícitas; o juiz natural e competente; e as novas garantias da motivação das decisões judiciais e da tramitação processual em tempo razoável, todas asseguradas pela atual Constituição.

¹²⁸Como princípios específicos, que decorrem da natureza do processo, menciona-se o princípio inquisitivo do processo penal e o princípio dispositivo no processo civil, respectivamente, além do princípio da conciliação do processo do trabalho.

Não se pode deixar de apontar a importância do devido processo legal também para as *class actions* do direito norte-americano, pois foi necessário que aquele sistema encontrasse uma solução para que a sentença coletiva vinculasse o indivíduo sem que ele tivesse participação direta no processo, garantindo o devido processo legal por meio do instituto da representação adequada.

4.3. Princípio da igualdade

A igualdade é erigida como preceito constitucional desde os primórdios da Independência¹²⁹ constando da Constituição de 1969 no que respeita ao preceito geral¹³⁰ e, especificamente quanto ao processo, por meio da garantia do contraditório e da assistência jurídica aos necessitados,¹³¹ além de terem as partes assegurada a igualdade de tratamento também pelo Código de Processo Civil.¹³²

Na atual Constituição a igualdade foi assegurada como garantia fundamental por meio de cláusula geral,¹³³ resultando da igualdade das partes perante a lei, a garantia de igualdade perante o juiz,¹³⁴ embora a doutrina reconheça que essa igualdade jurídica não é suficiente para eliminar as demais desigualdades, como a econômica, a de educação e de cultura¹³⁵.

Por essa razão é que de uma igualdade formal e negativa, proibição da lei de estabelecer diferenças entre as pessoas, passou-se a buscar a igualdade substancial, que é

¹²⁹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 49.

¹³⁰Constituição de 1969, artigo 153, §1º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

¹³¹Constituição de 1969, artigo 153, §§15 e 16, quanto ao contraditório e artigo 153, §32, quanto à garantia de assistência jurídica aos necessitados.

¹³²Código de Processo Civil, artigo 125, *caput*: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desse Código, competindo-lhe: inciso I – assegurar às partes igualdade de tratamento.

¹³³Constituição de 1988, artigo 5º *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

¹³⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59.

¹³⁵“Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

observada no processo mediante a superação de diferenças reais entre os litigantes, apontando-se como legítimas as regras que objetivam reequilibrar as partes.¹³⁶

Destaca-se que em Portugal há norma processual determinando que se assegure a igualdade substancial das partes,¹³⁷ ressaltando a doutrina que embora o legislador português tenha previsto várias disposições a fim de dar efetividade a esse princípio, diversas situações revelam um desequilíbrio substancial, especialmente no foro laboral.¹³⁸

Assim, a igualdade que se busca efetivar e que se encontra regulada no direito comparado, já consolidada pela doutrina brasileira, é aquela material ou substancial,¹³⁹ que tem estreita ligação com outros princípios constitucionais do processo, especialmente o acesso à Justiça e o devido processo legal, pois tais princípios exigem para sua concretização a igualdade de acesso ao Judiciário e o respeito às garantias do devido processo legal.¹⁴⁰

O princípio da igualdade revela a sua característica multifacetária,¹⁴¹ no sentido de que deve ser observada pelo legislador que formula a lei, como também pelo juiz que interpreta e aplica a Constituição e a lei, que para tanto deve observar e garantir o tratamento igualitário às partes, mediante o contraditório e a garantia de ampla defesa.

Dessa forma, é em razão do princípio da igualdade que se concretizam outros princípios do processo, em especial o acesso à Justiça e o devido processo legal, e também

¹³⁶É a condição da parte aferida “fora do processo” que fundamenta a diferenciação em seu benefício, como prazos maiores para o Ministério Público e para a Fazenda Pública (artigo 188 do CPC); a prioridade de tramitação aos processos em que o Autor tem mais de 60 anos (Lei nº 10.741/03 – Estatuto do idoso).

¹³⁷**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS:** Artigo 3º-A (IGUALDADE DAS PARTES). O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

¹³⁸GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 111.

¹³⁹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59-60; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 44.

¹⁴⁰“A real consecução do acesso à justiça e do direito ao processo exige o respeito às normas processuais portadoras de garantias de tratamento isonômico dos sujeitos parciais do processo.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

¹⁴¹“Exatamente por ser um dos pilares da democracia moderna, a igualdade é multifacetária, apresentando-se de modo diverso conforme a natureza da situação jurídica, da situação social e da conduta a ser regulada.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 95-96.

o contraditório e a ampla defesa, pois todos eles exigem o tratamento paritário das partes, no seu aspecto material ou substancial e não meramente formal.

4.4. Princípio do contraditório

No Brasil, o princípio do contraditório e da ampla defesa fora assegurado como garantia do indivíduo no processo penal¹⁴² e, graças à doutrina, ao processo civil que o deduzia da própria Constituição, apontando ser esse um princípio fundamental também para a jurisdição civil, embora não tivesse assim entendido o legislador constituinte até o advento da atual Constituição.¹⁴³

O princípio do contraditório é inerente à própria ideia de justiça,¹⁴⁴ decorrendo do princípio fundamental da igualdade,¹⁴⁵ pois não se pode conceber um sistema processual que não assegure às partes envolvidas no litígio, as mesmas oportunidades de apresentar os fatos ao juiz que vai decidir a causa.¹⁴⁶

Dessa forma, o princípio do contraditório é garantia das partes e dever do juiz, que deve observar e assegurar, em todas as fases do processo, que os litigantes tenham igualdade de oportunidades.¹⁴⁷

¹⁴²Nesse sentido a constatação dos juristas no que se refere ao princípio do contraditório e da ampla defesa assegurado apenas ao processo penal, quando ainda vigente a Constituição de 1969, artigo 153, §§15 e 16. In CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 50-51. Esse aspecto da evolução na positivação desse princípio consta da edição mais recente da referida obra: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 61.

¹⁴³Há que se destacar que o artigo 153, §15, da Constituição de 1969 aplicava o princípio da ampla defesa aos acusados e o §16 do mesmo artigo assegurava que “a instrução criminal será contraditória”, enquanto o artigo 5º, inciso LV, da atual Constituição garante o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes.

¹⁴⁴ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44 e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 61.

¹⁴⁵NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹⁴⁶A origem do princípio do contraditório remontaria ao Direito romano que o consagrava por meio do brocardo “*audiatur et altera pars*”, que ainda que excepcionado nas medidas urgentes, deveria ser assegurado ao demandado antes do provimento definitivo.

¹⁴⁷Nesse sentido o artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho.

Na Constituição atual **o princípio do contraditório é assegurado com o direito à ampla defesa** como garantia do processo judicial e também do processo administrativo, com os “meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, inciso LV, da Constituição), o que exige não apenas a igualdade de possibilidades ou de “armas”,¹⁴⁸ mas sim o real tratamento isonômico das partes, de forma a possibilitar real equilíbrio de forças.

A positivação constitucional de um princípio reflete a importância que ele representa para o ordenamento jurídico, o que não se pode perder de vista ao tentar responder à seguinte questão: o que implica a garantia do contraditório e da ampla defesa? Basicamente a necessária informação e a garantia de reação, não se exigindo uma correspondente reação,¹⁴⁹ pois essa não é condição para a validade do contraditório, salvo quando a lei dispuser em contrário.¹⁵⁰

Não se pode deixar de destacar que ocorreu uma notável evolução do princípio do contraditório e da ampla defesa, pois se inicialmente bastava que estivesse o direito de defesa formalmente garantido ao indivíduo,¹⁵¹ atualmente não se concebe o contraditório sem a possibilidade da parte se fazer ouvir e de ter iguais oportunidades na produção das provas.¹⁵²

Também no que se refere à possibilidade de reação, essa tem sido aferida por critérios objetivos, como garantias reais de assistência judiciária, concretizadas por meio de acesso à defensoria pública e isenção de custas e despesas processuais, além de ausência de obstáculos ao exercício do direito, consideradas não em abstrato, mas em razão da relação havida entre as partes.

¹⁴⁸Expressão adotada pela doutrina processual: CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giufré, 1982. v. 2; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 420. (Curso de Processo Civil, v. 1), e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

¹⁴⁹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

¹⁵⁰Há que se ressaltar, entretanto, que se tratando de direitos indisponíveis, a garantia do contraditório não se satisfaz apenas em possibilitar a reação, devendo essa ser efetiva, de forma que não haja dúvidas quanto a ter sido observada nos termos da lei, como se infere dos artigos 261 e 263 do Código de Processo Penal.

¹⁵¹“Não havia como se falar, assim, em *efetividade* ou em *realização efetiva* do contraditório, nem muito menos em obstáculos sociais capazes de impedir a participação em contraditório”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 419. (Curso de Processo Civil, v. 1).

¹⁵²“Os contendores tem direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

Como visto, o princípio do contraditório não se satisfaz apenas com a garantia do direito de defesa identificado com a resposta do réu à pretensão deduzida em juízo, pois é mais do que isso, na medida em que deve ser observado durante todo o processo,¹⁵³ viabilizando a igualdade de oportunidades às partes, o que mais recentemente tem impulsionado o debate sobre novas teorias em matéria de ônus da prova.¹⁵⁴

Por fim, há que se destacar que para concretização desse princípio não se exige que seja observada uma simetria absoluta entre as “armas” asseguradas às partes no processo,¹⁵⁵ até porque as recíprocas necessidades são diferentes, mas que se busque uma igualdade compensatória entre elas de forma a alcançar um equilíbrio de forças, com a necessária observância da devida informação e garantia de reação.

A lição de que o princípio do contraditório deva ser “observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado”¹⁵⁶ tem importantes desdobramentos em sede de processos coletivos, pois toda a teorização desse princípio, até a Constituição de 1988, foi pensada e concebida para o processo individual e teve que ser devidamente adaptada para os casos de tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, em razão da legitimação autônoma para a ação,¹⁵⁷ o direito de se fazer ouvir

¹⁵³A doutrina brasileira já destacava que o princípio do contraditório compreendia a fase instrutória do processo, mesmo na vigência da Constituição de 1969, que sequer o previa de forma expressa no artigo 153, §15. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, p. 32 e ss., 21-38, dez. 1981/dez. 1982. GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17.

¹⁵⁴Não há dúvida de que o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor teve como fim promover a igualdade substancial das partes em juízo, em face da hipossuficiência do consumidor, submetendo a inversão do ônus da prova à verossimilhança da alegação do autor, a ser aferida pelo juiz em cada caso concreto, norma que com mais razão se aplica ao processo coletivo de natureza trabalhista, em razão da hipossuficiência do trabalhador.

¹⁵⁵Nesse sentido CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè, 1982. v. 2, p. 19-20 e NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹⁵⁶NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹⁵⁷Não se trata de legitimação extraordinária, típica da substituição processual, mas sim de uma legitimação própria para a defesa de interesses e direitos transindividuais, com base na denominação adotada na Alemanha. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 156. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

é exercido por meio de um autor ideológico¹⁵⁸ e quanto aos efeitos da coisa julgada esses serão sempre *secundum eventum litis*, ou seja, não prejudicarão as ações individuais para tutela dos respectivos interesses ou direitos, cujos titulares apenas poderão ser beneficiados pelos seus efeitos, tudo de acordo com o princípio geral da extensão subjetiva do julgado *in utilibus*¹⁵⁹ adotado pela legislação brasileira (artigos 103 e 104 da Lei nº 8.078/1990 – CDC).

Mas contraditório implica também **adequada comunicação dos atos**, cujas formas do processo individual, citação, intimação e notificação, sempre foram estudadas pela doutrina do processo,¹⁶⁰ e também ocorrem no processo coletivo com relação aos litigantes, mas a eles não se restringem, pois igualmente devem ser cientificados os terceiros interessados no resultado na ação, embora não façam parte do processo. Essa cientificação se dá por edital ou por meios alternativos, como divulgação por meio dos canais de comunicação ou órgãos de defesa de classe.

No que se refere à adequada comunicação dos atos no processo coletivo, há que se registrar que embora a legislação tenha regulado formas alternativas de comunicação nas ações coletivas intentadas para tutela de interesses e direitos individuais homogêneos (artigo 94 da Lei nº 8.078/90 - CDC), não se pode perder de vista que essa comunicação pode se fazer necessária em outras fases que não apenas a fase de conhecimento e, ainda, em ações coletivas que objetivem a tutela de qualquer interesse ou direito transindividual, sempre que os interessados atingidos pelo provimento jurisdicional tenham que ser cientificados de algum ato do processo.

Observando-se ainda que, se contraditório implica em assegurar iguais oportunidades aos litigantes, no processo coletivo as próprias partes são entes coletivos (no processo do trabalho, Ministério Público do Trabalho ou sindicato de classe no polo ativo, e empresa, ou grupo de empresas, no polo passivo), o que traz novas dificuldades para atuação em contraditório.

¹⁵⁸Solução do Direito brasileiro consistente na definição legal de quais são os legitimados para a ação coletiva e que se diferencia totalmente da opção adotada pelo Direito norte-americano, pois no sistema das *class actions* vige o instituto da *adequacy representation*, aferida pelo juiz caso a caso e cujo objetivo é substituir o direito da parte se fazer ouvir no processo, ter o seu “*day in court*”, por via da participação coletiva no processo. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

¹⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 913-943.

¹⁶⁰“Decorre, de tais princípios, a necessidade de que se dê ciência dos atos praticados pelo adversário a cada litigante. Somente conhecendo-os poderá ele efetivar o contraditório”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 26.

Assim, deve estar o juiz atento às diferentes necessidades e potencialidades das partes envolvidas no conflito coletivo, zelando para que possam ter iguais oportunidades com o objetivo de influenciar nas decisões judiciais, inclusive por meio da adequação do procedimento e dos prazos processuais.

A título de exemplos, pode-se apontar que não é possível, em regra, conceder-se o prazo geral de cinco dias para que qualquer das partes se manifeste sobre requerimento ou documentos juntados pelo adversário em sede de ação coletiva, ou ainda, no que se refere especificamente ao processo do trabalho, designar audiência em ação coletiva ainda que se observe o prazo legal previsto pela CLT¹⁶¹ para dedução da defesa,¹⁶² simplesmente porque esses prazos não atendem ao princípio do contraditório em razão das peculiaridades do processo coletivo.

Na mesma esteira, não se pode determinar a apresentação de cálculos de liquidação ao Ministério Público do Trabalho, na hipótese de ser o *parquet* o autor da ação, por absoluta falta de condições estruturais desse órgão público para tal tarefa, ou fixar-se o prazo de 10 dias para que qualquer das partes possa se manifestar sobre cálculos em processo coletivo trabalhista, por absoluta exiguidade desse prazo.¹⁶³

Por fim, e não menos importante, há que se lembrar de que a doutrina já fazia referência a um “direito fundamental à participação em contraditório” no sentido tradicional do direito da parte ser informada e atuar no feito de forma a influir na decisão,¹⁶⁴ participação que tem novos enfoques na tutela de interesses e direitos transindividuais, como forma de concretizar a democratização por meio do processo coletivo.

¹⁶¹Prazo que é de cinco dias a contar do recebimento da notificação pela reclamada, nos termos do artigo 841 da CLT.

¹⁶²Seguindo essa linha argumentativa: “O prazo de defesa no procedimento comum ordinário é de quinze dias. Entende-se que esse é o prazo adequado para a elaboração de defesa pelo réu. Imagine, porém, que a petição inicial venha acompanhada de dez volumes de documentos. Esse prazo revelar-se-á naquele caso, como inadequado. Permite-se que o magistrado *dilata* o prazo de defesa, permitindo a efetivação do direito fundamental a um processo adequado à apresentação de defesa pelo demandado”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 54.

¹⁶³Regras que decorrem da aplicação do artigo 879 e seus parágrafos da CLT.

¹⁶⁴DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 45.

4.5. Princípio da motivação das decisões judiciais

Tal como o princípio do devido processo legal, o princípio da motivação das decisões judiciais foi garantido pela primeira vez na Constituição de 1988 no artigo 93, inciso IX, seguindo as mesmas diretrizes de outras Constituições,¹⁶⁵ princípio que até então era apontado pela doutrina como um desdobramento do princípio geral da persuasão racional do juiz, de forma a evitar o risco da arbitrariedade e subjetividade do julgador, que deveria pautar sua decisão nas provas e demais elementos dos autos.¹⁶⁶

A origem do princípio remontaria aos ideais iluministas da Revolução Francesa, tendo sido adotado pelo Código de Napoleão, do qual se expandiu para as codificações da Europa,¹⁶⁷ alçando depois dignidade constitucional em diversas Constituições europeias, de onde se expandiu para as constituições de países da América latina.¹⁶⁸

No Brasil, a motivação constou como exigência das decisões judiciais nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, §7º), foi adotada no Regulamento 737 (artigo 232) e, depois nos Códigos de Processo Civil dos Estados,¹⁶⁹ disposição mantida no primeiro Código Nacional de 1939¹⁷⁰ e no vigente Código de Processo Civil editado em

¹⁶⁵“Por isso diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido o princípio da motivação à estatura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (artigo 93, inciso IX) o princípio que antes se entendia defluir do §4º do artigo 153 da Constituição de 1969.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

¹⁶⁶CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 37.

¹⁶⁷ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 43.

¹⁶⁸“O exemplo mais conhecido é o da Itália, onde o art. 111 da Constituição de 1948 reza na 1ª. alínea: “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”; podem citar-se ainda a Constituição belga de 1831 (art. 97), as Constituições gregas de 1952 (art. 93) e de 1968 (art. 117) e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: 2. série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 84.

¹⁶⁹NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21). p. 216 e respectivas notas n. 344 a 350 com transcrição de artigos de alguns dos Códigos de Processo Civil Estaduais e suas disposições sobre a motivação.

¹⁷⁰“O CPC nacional de 1939 determinava ao juiz que mencionasse na sentença os fatos e circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, parágrafo único), bem como os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para o julgamento da causa (art. 280, n.II). NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 217. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

1973 (artigos 131, 165 e 458-II), além do Código de Processo Penal (artigo 381) e da CLT (artigo 832).

Destarte, o princípio da motivação das decisões judiciais se encontra na tradição dos códigos e da legislação tanto no Brasil como no mundo, possibilitando que a doutrina se desenvolvesse de modo a estabelecer o liame entre a motivação das decisões judiciais com outros princípios do processo, pois de nada valeria assegurar-se os princípios relativos ao acesso à Justiça, à isonomia, ao direito de ação e de defesa e ainda do contraditório, se o livre convencimento do juiz não fosse devidamente motivado na sentença.¹⁷¹

De qualquer forma, não se pode deixar de destacar a importância de ter sido o princípio alçado à garantia do processo pela atual Constituição, consolidando uma evolução já verificada em outros países,¹⁷² que ultrapassa a concepção restritiva de uma garantia apenas dos litigantes, com o fim de impugnação da decisão, para ser considerado como garantia do próprio estado democrático de direito,¹⁷³ viabilizando a aferição da imparcialidade e neutralidade do juiz, além da própria legalidade da decisão.¹⁷⁴

¹⁷¹A respeito do tema veja-se: MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1966. v. 3, p. 277 e ss e GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. n. 5.

¹⁷²A Constituição italiana de 1947 consagra o princípio da motivação das decisões judiciais em seu artigo 111: “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*” em tradução livre: “Todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”. Sobre o tema: TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988 e CHIAVARI, Mario. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè, 1982. v. 1.

¹⁷³Era precisamente para viabilizar o direito de recurso, por meio de impugnação à sentença, que a legislação dispunha sobre o requisito da motivação da sentença, o que se altera com a constitucionalização do princípio, que passaria a ter uma *função política* “com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74. No mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. n. 5, p. 34 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87.

¹⁷⁴“Várias são as manifestações dessa função de garantia que se atribui à obrigatoriedade (e à publicidade) da motivação. Ela começa por ministrar elementos para a aferição, *in concreto*, da *imparcialidade do juiz*: só pelo exame dos motivos em que se apóia a conclusão poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes. O mesmo se dirá da *legalidade da decisão*: sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme a lei.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87.

Essa concepção ampliada dos fins a que se destina o princípio da motivação das decisões judiciais é que incentiva o debate sobre quais são os aspectos relevantes da motivação, renovando a atenção dos estudiosos sobre a importância da argumentação jurídica,¹⁷⁵ questão que se torna mais complexa na medida em que não apenas as regras, mas também os princípios passam a ser invocados nas decisões judiciais.¹⁷⁶

Assim, o fenômeno da constitucionalização dos princípios tem significativo impacto na motivação das decisões judiciais, pois o juiz passa a ter que decidir sobre colisão entre princípios, aplicando técnicas de ponderação em face das soluções possíveis, com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, pois a tradicional técnica da subsunção simples e formal não se mostra mais suficiente para solucionar questões que envolvam conflitos entre princípios.¹⁷⁷

Não bastasse, o juiz do século XXI não soluciona apenas conflitos individualizados cujos efeitos da decisão podem ser previsíveis em razão da sistematização dos direitos subjetivos e por se restringirem apenas às partes identificadas no feito, mas também decide sobre ações de natureza coletiva, nas quais não se sabe, na maioria dos casos, quantas pessoas serão atingidas pela respectiva decisão judicial, o que revela a importância da motivação das sentenças, como garantia das partes e também do Estado Democrático de Direito, pois tais decisões têm impactos políticos, econômicos e sociais.

¹⁷⁵Não se pretende discutir aqui o complexo tema da argumentação jurídica, mas apenas pontuar que essa teoria traz subsídios que auxiliam a compreensão dos múltiplos aspectos que envolvem a tomada de decisão pelo juiz. Sobre o tema: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989; PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Trad. Julia S. Munoz. Madri: Gredos, 1989.

¹⁷⁶“Embora princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 117-118.

¹⁷⁷BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

Todos esses conflitos são considerados pela doutrina como casos difíceis ou, na expressão original, *hard cases*¹⁷⁸, exatamente porque não haverá uma única solução possível e válida, ao contrário, são múltiplas as possibilidades a exigir do juiz um raciocínio de estrutura complexa, que considere não apenas as diversas regras aplicáveis, mas também os princípios¹⁷⁹ e, ainda, no que respeita às ações coletivas, o impacto da sua decisão para a sociedade.

Em conclusão, pode-se afirmar que o princípio da motivação das decisões judiciais, embora tenha tradição no direito processual, ganha nova centralidade a partir da positivação nas Constituições democráticas, exemplo seguido pelo Brasil a partir da Constituição de 1988, embora seja corrente a crítica sobre o déficit de motivação das sentenças judiciais no Brasil,¹⁸⁰ inclusive em razão do que dispõe a legislação.¹⁸¹

No que se refere aos processos coletivos, o princípio da motivação das decisões judiciais deve ser estudado em razão das peculiaridades dessa espécie de processo, cujo conflito retratado pela lide corresponde, em regra, aos chamados “casos difíceis” que exigem do juiz “decisões difíceis” e a prolação de uma “sentença difícil”, aspectos que não foram ainda devidamente considerados, embora impactem em toda a atividade judicial.

¹⁷⁸“Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessárias a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116 e nota de rodapé n.29. A expressão *hard cases* igualmente constou do capítulo IV da obra de DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Gerald Duckworth, 1978.

¹⁷⁹“Por essa razão seria de bom alvitre que os projetos de Código Modelo apresentassem uma enumeração dos princípios que orientam a tutela coletiva, facilitando a sua difusão e utilização prática, bem como fortalecendo seu caráter normativo, de forma a que, quando seja necessário aplicar estes princípios para a correta solução dos casos difíceis, já haja indicada na legislação a “*exigência de otimização*”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 145.

¹⁸⁰“Não é incomum os juízes indeferirem pretensões das partes argumentando com o jargão de que o fazem “por falta de amparo legal”. Esse tipo de decisão é exemplo clássico de ausência de fundamentação da decisão judicial (jurisdicional ou administrativa) que a torna írrita e ineficaz”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 219. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

¹⁸¹“Nada obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada ‘motivação concisa’, autorizada pela jurisprudência das Cortes Superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite, agora, como fundamento de determinadas decisões a mera referência a súmulas.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 1223.

4.6. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade constava do rol dos princípios gerais do processo conforme doutrina do processo firmada de longa data, sendo apontado como “preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição”, que se concretizava por meio das audiências públicas e do exame dos autos por qualquer pessoa do povo, de maneira que “o povo é juiz dos juízes”.¹⁸²

Antes do advento da atual Constituição o princípio decorria da própria natureza “pública” do processo,¹⁸³ sendo previsto no Brasil de forma expressa pela legislação infraconstitucional,¹⁸⁴ que admitia exceções visando ao interesse público ou ainda nas hipóteses de preservação de direitos das partes.¹⁸⁵

A publicidade como garantia do cidadão tem sua origem nos ideais da Revolução Francesa, cuja legislação que se seguiu aboliu os juízos secretos e inquisitivos do *Ancien Régime*,¹⁸⁶ constando também da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, sob a forma de garantia popular dos juízos.¹⁸⁷

O princípio foi expressamente acolhido como regra geral pela atual Constituição em dois dispositivos¹⁸⁸ que consolidam uma importante garantia constitucional do cidadão,¹⁸⁹ pois a estatura constitucional do princípio impede que seja restringido pelo legislador, salvo nas hipóteses em que a própria Constituição dispôs e desde que não haja prejuízo para o interesse público à informação.¹⁹⁰

¹⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 38.

¹⁸³ A importante referência é de Marcelo Abelha Rodrigues em *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 67.

¹⁸⁴ Sendo exemplos: artigo 155 do Código de Processo Civil; artigo 792 do Código de Processo Penal e o artigo 770 da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁸⁵ As exceções constam dos incisos I e II do artigo 155 e artigo 444 do Código de Processo Civil, bem como dos artigos 20, 483 e 792, §1º do Código de Processo Penal.

¹⁸⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75.

¹⁸⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem – artigo X: “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

¹⁸⁸ Artigo 5º, inciso LX, da Constituição “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” e artigo 93, inciso IX, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁸⁹ A mesma garantia se encontra prevista no artigo 155, incisos I e II do Código de Processo Civil Brasileiro.

¹⁹⁰ Lei n. 9.034/1995 (organizações criminosas) e a Lei n. 9.296/1996 (interceptações telefônicas).

O que se verifica, na atualidade, é uma expansão do princípio da publicidade no âmbito judicial, seja em razão das prerrogativas asseguradas aos advogados (Lei nº 8.906/1994 - Estatuto da advocacia, artigo 7º, incisos XIV, XV e XVI), seja pela crescente disponibilização de dados e informações por meio eletrônico,¹⁹¹ não apenas dos processos em andamento, mas também do quadro de pessoal do Judiciário, além de dados quanto à produtividade dos juízes.

O princípio tem se revelado, ainda, como importante instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, tanto no que se refere à realização de audiências públicas, como pela transmissão simultânea de julgamentos de grande repercussão social e política.

Destarte, se na sua origem a publicidade dos julgamentos serviu para assegurar “a imparcialidade, independência e autoridade do juiz”,¹⁹² na atualidade é muito mais do que uma garantia do processo, se expandindo como forma de consolidar o Estado Democrático de Direito, além de ter desdobramentos ainda pouco explorados pela doutrina, notadamente no âmbito dos processos coletivos.

4.7. Princípio da duração razoável do processo

A Constituição brasileira nada dispôs, inicialmente, sobre a questão do “tempo do processo”, sendo a garantia introduzida por meio da Emenda 45 de 2004¹⁹³ na esteira do que dispôs a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), quanto ao direito que toda pessoa tem de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, incorporada ao ordenamento desde 1992.¹⁹⁴

A norma constitucional brasileira adotou a expressão “razoável duração do processo”, tendo o legislador acrescentado que a garantia deveria ser alcançada por meios que assegurassem a celeridade na tramitação processual exigindo, para sua concretização, a

¹⁹¹Lei nº 9.800/1999 sobre o sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

¹⁹²CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75.

¹⁹³Artigo 5º, Inciso 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”.

¹⁹⁴Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, artigo 8º, inciso I: Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Aprovada pelo Decreto 27 de 26-05-92, com depósito da carta de adesão pelo governo brasileiro em 25-09-92, foi incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 678 de 09-11-92.

ação dos Poderes constituídos, que deverão envidar esforços para que o tempo não consuma a efetividade do processo e a crença na justiça.

Há que se louvar essa nova garantia que já vinha contemplada nas Constituições de outros países¹⁹⁵ e, portanto, foi objeto de estudos por doutrina constitucional das mais abalizadas,¹⁹⁶ garantia que igualmente exige uma nova formatação processual que responda às exigências de celeridade e prioridade, inclusive abrangendo os processos de natureza trabalhista.¹⁹⁷

No Brasil, a doutrina é ainda recente em razão de ser também nova a garantia da duração razoável do processo, cujas manifestações são no sentido de que a própria garantia de acesso à Justiça já contemplaria a solução do litígio em tempo suficiente, ou seja, a nova garantia seria um reforço àquele princípio maior, pois não basta que o sistema assegure o acesso, é preciso que haja uma resposta judicial em tempo razoável para aquele que bateu às portas do Judiciário.¹⁹⁸

Deve-se ainda considerar que o princípio exige a devida ponderação por meio do princípio da razoabilidade, quando confrontado com situações concretas de morosidade na prestação jurisdicional, bem como exige a adequada “organização dos meios que garantam a celeridade e tramitação dos processos”.¹⁹⁹

Ainda que incumba ao Legislativo prover a organização judiciária de forma a dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo, não se pode deixar de apontar que ao Judiciário incumbe, em última análise, dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo, o que poderá ser feito por meio de medidas que identifiquem aquelas

¹⁹⁵Constituição Espanhola de 1978 (artigo 24.2); Constituição Canadense de 1982 (artigo 11, letra *b*) e Constituição de Portugal (artigo 20.4).

¹⁹⁶A referência é feita com relação a Canotilho, que aponta ser a disposição do artigo 20, item 4 da Constituição portuguesa, uma das mais importantes inovações introduzidas pela LC 1/97, pois além da proteção eficaz por meio dos tribunais, essa deverá ser dada em “tempo útil”. In CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 466-467 e 472.

¹⁹⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 472-473.

¹⁹⁸“De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava: daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432.

¹⁹⁹“Ora a forte carga de trabalho dos magistrados será, sempre, um parâmetro a ser levado em conta na apreciação da razoabilidade da duração do processo a seu cargo”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 432.

demandas que pela relevância que representam para a sociedade, devem ter sua tramitação priorizada.²⁰⁰

Registre-se também que a adoção desse princípio pela Constituição integra o rol das garantias do devido processo legal²⁰¹ e está diretamente relacionado à efetividade, pois a demora do processo acarreta, não raras vezes, o descompasso entre o comando do provimento jurisdicional e a realidade fática que pretendia regular.²⁰²

Efetividade e tempo do processo são ideias que se complementam, mas podem também se excluir,²⁰³ se não forem bem sopesadas com os fins que se pretende alcançar por meio do provimento jurisdicional.

5. Princípios do processo coletivo

A ciência processual estabeleceu princípios gerais que constituem a base do sistema processual, mas também identificou princípios que são próprios e específicos a um ramo do processo, como o processo penal, o processo civil e também o processo do trabalho.²⁰⁴

Nessa linha de ideias, tais princípios que por sua especificidade passam a identificar um ramo do processo são aqueles que decorrem do próprio sistema e são deduzidos pela

²⁰⁰Há que se fazer referência às metas fixadas a partir do ano de 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ que determinaram a priorização de processos há mais tempo ajuizados – Meta 2, critério que não considerou, entretanto, outras variáveis, como a natureza da demanda, o objeto litigioso, a complexidade da causa ou sua relevância social. METAS Nacionais. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>. Acesso em: 28 ago. 2013; 05 nov. 2013.

²⁰¹Nesse sentido CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93.

²⁰²A respeito da questão sobre efetividade e duração do processo: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-262 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁰³Canotilho adverte que a exigência de um “processo sem dilações indevidas” que assegure a proteção judicial em tempo adequado não deve significar “justiça acelerada”, que se valha de redução de garantias processuais (redução de prazos, supressão de instâncias) de maneira que se atinja um rápido resultado, mas “materialmente injusto”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 467.

²⁰⁴Sérgio Pinto Martins entende que: “O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no direito do trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental”. In MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 72.

doutrina²⁰⁵ por meio de “uma operação de síntese crítica”²⁰⁶ sendo ainda invocados pelos juízes como fundamentos para suas decisões, quando passam a integrar a jurisprudência.²⁰⁷

A descoberta de princípios próprios a identificar um novo ramo do processo é, nessa perspectiva, um ato de construção da doutrina e da jurisprudência, sendo possível também que decorra de codificação²⁰⁸ e embora essa hipótese não seja corrente, é exatamente o caminho que se pretendeu trilhar para o processo coletivo no Brasil.

Os juristas brasileiros²⁰⁹ participaram ativamente das discussões e propostas que resultaram em um *Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, que após várias discussões e emendas,²¹⁰ foi aprovado como *Código-Modelo* em

²⁰⁵No Brasil, doutrina recente construiu uma teoria de princípios gerais aplicáveis ao processo coletivo: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 560-578; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15 e SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

²⁰⁶“Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

²⁰⁷ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60-61.

²⁰⁸Não é o caso de se alongar na questão sempre atual da pertinência ou não da codificação, sendo apenas oportuno pontuar que há significativa diferença entre a concepção dos códigos rígidos e fechados do século XIX para os códigos da chamada fase *pós-positivista*, com normas abertas e flexíveis, como é exemplo o atual Código Civil Brasileiro de 2002, concepção que se alinha com o atual modelo democrático das Constituições.

²⁰⁹“Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado do seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto.” – EXPOSIÇÃO de Motivos. *Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Out. 2004. Roberto Berizoco (Presidente) – Argentina; Ada Pellegrini Grinover – Brasil; Angel Landoni Sosa- Uruguai. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 423.

²¹⁰Para maiores detalhes do desenvolvimento dessa proposta: GIDI, Antonio; FERRER MC-GRECOR, Eduardo (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

outubro de 2004,²¹¹ impulsionando estudos que resultaram na apresentação de dois Anteprojetos²¹² para codificação do processo coletivo também no Brasil.

O *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América* não dispôs sobre princípios, mas trouxe disposição compatível com o processo coletivo no que se refere à forma aberta e flexível de interpretação das respectivas normas,²¹³ disposição que foi adotada pelos dois Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos,²¹⁴ de forma a restar clara a intenção da doutrina brasileira em apresentar uma nova forma de interpretação, mais adequada aos próprios fins da tutela coletiva.

A última versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual²¹⁵ foi a que mais evoluiu, pois foi encaminhada ao Ministério da Justiça que instituiu, por meio da Portaria nº 2.481/2008, uma comissão para estudos²¹⁶ que resultou no **Projeto de lei nº**

²¹¹“Finalmente, votadas as novas propostas, o Anteprojeto converteu-se em Projeto, que foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, transformando-se assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.” EXPOSIÇÃO de Motivos. Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Out. 2004. Roberto Berizoce (Presidente) – Argentina; Ada Pellegrini Grinover – Brasil; Angel Landoni Sosa- Uruguai. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 423.

²¹²Ada Pellegrini Grinover coordenou a elaboração de um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo desenvolvido no curso de pós-graduação da Universidade de São Paulo e Aloisio Gonçalves de Castro Mendes também coordenou Anteprojeto com o mesmo objetivo nos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Apêndice. Destaca-se, ainda, pelo pioneirismo e pela divulgação em diversas línguas e países (GIDI, Antonio's Scholarly Papers. Disponível em: <<http://ssrn.com/author=564684>>) o trabalho de Antonio Gidi, publicado no Brasil in GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

²¹³**Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, artigo 39:** “Princípios de interpretação: Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses que trata”. In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 432.

²¹⁴Idêntica redação do artigo 39 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América constou do artigo 48 do Anteprojeto desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover e do artigo 51 do Anteprojeto desenvolvido por Aluísio de Castro Mendes.

²¹⁵ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

²¹⁶MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

5.139/2009²¹⁷ e embora tenha sido discutido e complementado por diversas emendas encontra-se paralisado em razão da aprovação de parecer de arquivamento,²¹⁸ não tendo sido até o presente momento apreciado o único recurso interposto em face dessa decisão.²¹⁹

No que interessa ao tema aqui desenvolvido, **princípios do processo coletivo**, tem-se que esse último Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos superou as críticas até então feitas aos **dois primeiros Anteprojetos de Codificação do Processo Coletivo**,²²⁰ **ao dispor expressamente sobre os princípios do processo coletivo no seu artigo 2º**: acesso à Justiça e à ordem jurídica justa; universalidade da jurisdição; participação pelo processo e no processo; tutela coletiva adequada; boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; economia processual; instrumentalidade das formas; ativismo judicial; flexibilização da técnica processual; dinâmica do ônus da prova; representatividade adequada; intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social; não taxatividade da ação coletiva; ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; indisponibilidade temperada da ação coletiva; continuidade da ação coletiva; obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença; extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis e secundum probationem*; reparação dos danos materiais e morais; aplicação residual do Código de Processo Civil; proporcionalidade e razoabilidade.²²¹

²¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/09*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²¹⁸ “Esse resultado não era de todo inesperado: “É positiva a iniciativa dos juristas brasileiros que se dedicam ao assunto. Contudo há sério risco político quanto ao encaminhamento, sem o devido debate nacional, dessas propostas ao Congresso Nacional”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3.

²¹⁹ **Ficha de Tramitação do Projeto de Lei nº 5.139/2009**. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 5139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

²²⁰ “Falta, no Anteprojeto, um capítulo adequado sobre a principiologia que confere embasamento ao próprio direito processual coletivo”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 109. Sugerindo incluir novas disposições nos Anteprojetos de codificação, afirmaram Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr.: “Tratar-se-ia, assim, de determinar-se os objetivos específicos da lei, determinando sua abrangência e critérios para sua aplicação. Tal enumeração, de princípios, com um breve sumário de sua significação, em rol não taxativo, auxiliaria em muito a aplicação do diploma legal para processos coletivos (CBPC).” In DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2008. v. 4, p. 70.

²²¹ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

Essa diretriz principiológica constante da proposta de codificação do processo coletivo foi acolhida pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, constando do **artigo 3º os seguintes princípios**: amplo acesso à Justiça e participação social; duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessam à comunidade; dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo e, preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva.

Destaca-se ainda o caráter aberto da norma instituidora dos princípios coletivos pelo artigo 3º do Projeto de Lei nº 5.139/2009 ao dispor que o rol não é taxativo,²²² assegurando, assim, que outros princípios possam ser aplicados em decorrência da evolução do processo coletivo.

Assim, servirão de base para o presente estudo, a última proposta de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e o Projeto de Lei nº 5.139/2009, pois representam a síntese da sistematização quanto aos princípios que regem o processo coletivo, não obstante sejam também consideradas as propostas constantes do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e o Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para países de Direito escrito,²²³ pois todos tiveram o nobre fim de contribuir para a evolução da tutela coletiva no Brasil.²²⁴

²²²**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 3º** “A tutela coletiva rege-se, **entre outros**, pelos seguintes princípios”, CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013, sem destaque no original.

²²³GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice, p. 446-459.

²²⁴Quadro esquemático dos Anteprojetos que precederam a elaboração do Projeto de Lei nº 5.139/2009 foi elaborado por Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior. *In Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2008. v. 4, p. 64-66.

A positivação dos princípios do processo coletivo seria de significativa importância para o avanço da tutela coletiva no Brasil,²²⁵ pois sequer existe consenso por parte da doutrina com relação a quais são esses princípios,²²⁶ o que inviabiliza uma construção jurisprudencial a respeito do tema, além de não motivar os juristas a empreender estudos sobre essa importante temática principiológica.

Por outro lado, a pretensão de codificação do processo coletivo deveria levar em consideração as especialidades de outros ramos do processo, como o processo do trabalho,²²⁷ que foi considerado de forma geral e em poucos dispositivos do Projeto de Lei nº 5.139/2009,²²⁸ além de ter incorrido em incompatibilidade de alguns preceitos em razão da especificidade do processo laboral,²²⁹ não obstante a tradição e pioneirismo da Justiça do Trabalho em matéria de processos coletivos,²³⁰ o que pode ser explicado pela origem civilista dos juristas que participaram tanto da elaboração dos Anteprojetos de Codificação

²²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 98-99 e GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 23-25.

²²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235-247; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 62-79 e 150-153; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15.

²²⁷ “De fato, na comissão de juristas instituída pela Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, não se observa a presença de nenhum jurista ou operador do direito representante da seara trabalhista, não obstante a existência de vasta doutrina e jurisprudência trabalhistas sobre a tutela de interesses transindividuais no processo do trabalho, o primeiro ramo do ordenamento jurídico brasileiro a versar sobre esses interesses”. SANTOS, Ronaldo Lima. *A equivocidade da competência territorial para as ações coletivas no Projeto de Lei nº 5.139/2009*. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011.

²²⁸ Regulação das ações civis públicas destinadas à proteção do trabalho e às relações de trabalho e sindicais (artigo 1º, incisos I e III) e previsão da legitimação ativa das entidades sindicais (artigo 6º, inciso V).

²²⁹ Mencionam-se, a título de exemplo, **os parágrafos 1º e 2º do artigo 4º do Projeto de Lei nº 5.139/2009**, que regularam as exceções à regra geral de competência (foro do local do dano), estabelecendo a prevalência da competência dos foros das Capitais ou do Distrito Federal, caso as respectivas áreas sejam também atingidas, regra que não se coaduna com a divisão de competência da Justiça do Trabalho, nos termos dos artigos 112 e 113 da Constituição.

²³⁰ “Temos, pois, por finalidade analisar os impactos deste inovador Anteprojeto na esfera processual especializada, identificando as peculiaridades da área e tendo a intenção, talvez um pouco ousada, de sugerir a inserção neste Anteprojeto de instrumentos processuais trabalhistas”. PISCO, Cláudia de Abreu Lima. *O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, os Dissídios coletivos e outras ações coletivas trabalhistas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 403.

do Processo Coletivo como da comissão instituída para apresentação de proposta que visava à “readequação e modernização da tutela coletiva.”²³¹

No mais, há que se concordar com a crítica que aponta os riscos²³² em codificar regras e, mais ainda, princípios, sem que a própria tutela coletiva esteja sedimentada na cultura jurídica do país, o que muitas vezes resulta em graves distorções pela utilização de institutos de natureza individual para solução de lides coletivas, não obstante o notável avanço da legislação nessa seara, especialmente por meio do microssistema²³³ formado pela Lei nº 7.347/1985- LACP e Lei nº 8.078/90 – CDC.

Assim, o presente estudo visa aprofundar o debate sobre a existência de princípios próprios que regem o processo coletivo,²³⁴ que reflete uma lide de caráter transindividual, cujo objeto seja a tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, de natureza civil ou trabalhista.

Com base nos princípios constitucionais do processo,²³⁵ é que se pretende realizar uma operação de síntese, extraindo-se os princípios aplicáveis ao processo

²³¹A Portaria nº 2.481 de 9 de dezembro de 2008 instituiu a comissão que seria formada “por renomados juristas e operadores do Direito, com representação em todas as carreiras jurídicas e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça”, conforme Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 5.139/2009 do Ministro da Justiça Tarso Genro. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²³²NERY JUNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, p. 154-155, 2006; GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Capítulo 3, p. 167-374 e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 82-85.

²³³*Microssistema* que é reconhecido pela **doutrina do processo civil**: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 582 e também **pela doutrina do processo do trabalho**: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 87, 2012; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho*: na perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Revovar, 2003. p. 141, entre outros.

²³⁴ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55-56.

²³⁵São tomados no presente estudo os princípios constitucionais do processo tal como previstos na Constituição como fundamento para que deles se extraíam os princípios que informam o processo coletivo, pois representam a positivação de todos ou da maioria dos princípios gerais do Direito. A respeito do tema em questão, com enfoque no pós-positivismo: TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28-32; BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 218; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 264.

coletivo, cuja importância não se restringe à caracterização de um novo ramo do processo, **mas também à relevante função de informá-lo**, demonstrando de que forma esses princípios poderão ser aplicados **às ações em que postulada indenização por danos morais coletivos**, tema do presente estudo.

Importante destacar, nesse passo, que quanto ao Direito Processual do Trabalho, não houve por parte da doutrina interesse em identificar e estudar os princípios próprios desse ramo do processo,²³⁶ diferentemente do que ocorreu com os princípios do Direito do Trabalho que sempre foram objeto de estudos pela doutrina trabalhista, tanto no Brasil como no exterior.²³⁷

Embora a doutrina trabalhista comece a revelar interesse em estudar os princípios específicos do processo coletivo,²³⁸ o cenário é ainda de grandes incertezas,²³⁹ pois carecendo o Processo do Trabalho de uma teoria consolidada quanto aos princípios gerais que o informam,²⁴⁰ as dificuldades serão ainda maiores para todos os que estiverem envolvidos com o processo coletivo trabalhista.

O estudo dos princípios constitucionais do processo já empreendido no presente trabalho possibilitará que se verifiquem em quais aspectos esses **princípios têm uma**

²³⁶Wilson de Souza Campos Batalha citando *Jaeger e Mario de La Cueva* afirmou que o Direito Processual do Trabalho se apoia e extrai grande parte de seus princípios do Direito Processual Civil. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1995. p. 217.

²³⁷Diante dessas características, o resultado previsível era o de que jamais se consolidasse doutrinariamente, com boa margem de segurança, um *rol de princípios* próprios do Direito Processual do Trabalho brasileiro (diversamente do que se deu, ao revés, no Direito do Trabalho, em grande medida por influência estrangeira e, mais tarde, em função do rol de direitos sociais fundamentais que a Constituição de 1988 positivou). FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6853-6888, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²³⁸SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microssistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

²³⁹“Esse estado de coisas obviamente confere muita insegurança e até certo arbítrio no mister hermenêutico. Dispostos desse modo, sem mínima convergência doutrinária ou jurisprudencial, os princípios dificilmente conseguem cumprir suas funções (notadamente a interpretativa).” FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6853-6888, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²⁴⁰“Não há a desejável uniformidade entre os teóricos a respeito da existência de princípios peculiares ou próprios do direito processual do trabalho. Alguns entendem que os princípios do direito processual do trabalho são os mesmos do direito processual civil, apenas ressaltando ênfase maior quando da aplicação de alguns princípios procedimentais no processo laboral. Outros sustentam apenas dois ou três princípios peculiares do direito processual do trabalho.” LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 65.

aplicação particularizada em razão dos fins almejados pela tutela coletiva, juntamente com as **razões e os aspectos históricos** que envolveram o reconhecimento dos direitos e interesses de natureza transindividual, objeto dessa tutela.

Em síntese, primeiro será preciso **conhecer os princípios do processo coletivo**²⁴¹ para só então adentrar no tema específico do presente estudo, **a reparação do dano coletivo pela Justiça do Trabalho**.

Nessa linha de ideias, apontam-se **os princípios de acesso à Justiça e do devido processo legal como os dois princípios balizas**²⁴² dos quais decorrem ou defluem²⁴³ os demais princípios²⁴⁴ que deverão informar o processo coletivo, princípios que têm caráter de interdependência entre si, de forma que estão ligados a outros princípios de maneira complementar, mas também poderão entrar em rota de colisão quando aplicados, exigindo a harmonização do intérprete, para solução do caso concreto.

²⁴¹“Extrair-se os princípios que informam e fundamentam a sistemática do processo coletivo, contudo, constitui tarefa logicamente antecedente a qualquer outra indagação em matéria de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não obstante, tal missão parece não ter ainda adquirido o devido destaque, ao menos em termos científico-doutrinários, talvez por decorrência das ações coletivas serem fenômeno recente em nosso ordenamento jurídico, daí aludindo-se à formação de uma “sistemática do processo coletivo”, a qual, segundo já se apregoa, deverá ser objeto de um “novo” enfoque por parte dos estudiosos do direito processual”. VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 9, n. 4, p. 42-43, jul. 1987. Na mesma linha: “A invocação dos princípios e a referência à justiça social é o meio pelo qual se aplicam as regras de julgamento na solução dos casos concretos em demandas coletivas.”. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 299.

²⁴²No sentido atribuído por Celso Antonio Bandeira de Mello aos princípios balizas do Direito Administrativo que seriam apenas dois: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, que por sua vez dependem de outros princípios para ser concretizados, como o princípio da legalidade. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 15-170.

²⁴³“Derivados ou extraídos” de princípios mais gerais ou abstratos, expressões utilizadas por José Afonso da Silva em *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95. Por sua vez, o termo “deflui” foi utilizado pela doutrina processual em razão da necessidade de se assegurar ao processo civil as mesmas garantias previstas pela Constituição de 1969 apenas para o processo penal. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 50-51.

²⁴⁴Adota-se, no presente estudo, de forma indistinta a denominação princípios, para aqueles considerados princípios balizas e os que deles decorrem com o objetivo de concretizá-los, pois são igualmente princípios no sentido de que servem de fundamento para o respectivo sistema processual, embora doutrina constitucional autorizada refira-se a princípios e subprincípios que os densificam. J CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1112-1113.

5.1. Princípios balizas: acesso à Justiça e devido processo legal

O princípio de acesso à Justiça faz parte da própria história dos direitos e interesses de natureza transindividual, pois foi a partir da consciência da existência de **novos direitos** que não podiam ser postulados por meio de um processo concebido para as lides individuais, que se apontou o acesso à Justiça como fundamento para que outros instrumentos fossem pensados para tutela coletiva.²⁴⁵

De um princípio meramente formal que se reputava atendido com a possibilidade de ajuizamento da ação, garantida apenas ao indivíduo e para defesa de direitos subjetivos, evoluiu-se para uma concepção de acesso à **ordem jurídica justa**, conceito construído pela doutrina brasileira recente,²⁴⁶ com objetivo de viabilizar instrumentos para tutela de direitos que não chegavam ao Judiciário, por obstáculos decorrentes de uma condição pessoal dos prejudicados (por falta de formação, cultura, deficiências econômicas ou por outras razões que os impeçam de postular reparação pelos seus direitos) ou da própria natureza dos direitos lesados (por representarem valores pequenos ou até insignificantes no aspecto individual).

Destarte, ainda que se possa argumentar com razão que o acesso à Justiça é princípio constitucional de natureza fundamental a informar todo e qualquer ramo do processo, tem particular significado para o processo coletivo, sendo particularizado por constituir seu fundamento histórico, justificando a tutela coletiva de interesses e direitos de natureza transindividual, além de ter evoluído para um conceito mais amplo que envolve o acesso a uma ordem jurídica justa.

Com efeito, o princípio de acesso à Justiça não se satisfaz com a admissão da ação coletiva,²⁴⁷ ao contrário, depende da implementação de outros princípios que decorrem

²⁴⁵“O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar direitos de todos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

²⁴⁶“A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39-40. J.J. Gomes Canotilho também destaca que o direito de acesso aos tribunais, tal como previsto no artigo 20 da Constituição da República Portuguesa é direito a uma protecção jurisdicional adequada. In CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 465.

²⁴⁷“Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39.

desse princípio basilar e com ele deverão ser harmonizados, a fim de que as partes tenham a real percepção de que contam com um sistema processual capaz de não apenas viabilizar a interposição das ações, mas principalmente de dar uma solução para as suas demandas.

E para que tal objetivo seja alcançado, é indispensável que se observe, em todas as fases do processo, **o princípio do devido processo legal**, que é a garantia das partes de que as regras do processo serão observadas e que todos os litigantes serão tratados com isonomia, no sentido de terem iguais oportunidades para se manifestar e produzir as provas, além de ser ouvidos pelo juiz.²⁴⁸

O princípio do devido processo legal tal como o princípio do acesso à Justiça tem especial enfoque no processo coletivo,²⁴⁹ sendo significativo que tenha sido adotado pela primeira vez pela Constituição de 1988, pois seu *status* de princípio processual constitucional assegura que possa ser invocado **não apenas como garantia das partes, mas também como legitimador das decisões judiciais.**

Conforme já ressaltado alhures, o princípio do devido processo legal sempre foi considerado pela doutrina processual como princípio fundamental, exigindo uma construção doutrinária que apontasse quais garantias e princípios processuais deveriam ser observados para a sua concretização,²⁵⁰ o que autoriza a conclusão de que esse princípio se materializa por meio de outros princípios do processo.²⁵¹

²⁴⁸De acordo com J.J. Gomes Canotilho o direito a um procedimento justo abrange o direito de ser ouvido, nos termos dos artigos 267º, 4. e 268º 1. da Constituição da República portuguesa. In CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 480.

²⁴⁹O direito ao acesso aos tribunais teria uma primeira e fundamental dimensão individual, embora atualmente o direito a um processo justo abranja “a existência de procedimentos coletivos, possibilitadores de intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 464 e 480.

²⁵⁰“Queremos dizer que o princípio constitucional do devido processo legal é fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 55.

²⁵¹“Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21). “Em última análise, o acesso à justiça e a participação em contraditório, exercendo-se amplo direito de defesa perante um juiz natural e imparcial, refletem, de modo geral, o que se pretende expressar por devido processo legal”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

Esse mesmo caminho deve ser novamente percorrido para que se possa apontar **de que forma se caracteriza e se concretiza o princípio do devido processo legal em matéria de processo coletivo**, realizando-se uma *releitura* de tal princípio, *atualizando*²⁵² o procedimento às necessidades e exigências da tutela coletiva, razão pela qual tem sido chamado de **princípio do devido processo social**.²⁵³

O embasamento em princípios do processo coletivo afasta a possível objeção de arbitrariedade judicial²⁵⁴ ou nulidade do processo; aliás, se nulidade ocorre em muitos casos, é pela aplicação equivocada de institutos e formalidades pensadas para o processo individual²⁵⁵ que são trazidos para um processo que deve dar resposta às complexas lides de natureza coletiva, privilegiando os princípios basilares de acesso à Justiça e devido processo legal.

Não se pode deixar de destacar que o princípio do devido processo legal constitui garantia do Estado Democrático de Direito consagrado pela atual Constituição e que sua concretização depende de todos aqueles que estiverem, direta ou indiretamente, envolvidos

²⁵²“O Poder Judiciário deverá assegurar o acesso formal e material à tutela jurisdicional coletiva, mesmo que para tanto tenha que atualizar o procedimento as exigências das causas levadas ao juízo”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 138.

²⁵³José Carlos Barbosa Moreira referiu-se ao “lema do processo social” para destacar a necessidade de colaboração entre o juiz e as partes. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: 4. série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 50. Na mesma linha as seguintes lições da doutrina: “A expressão “devido processo social”, cunhada originariamente por Mauro Cappelletti, guarda, portanto, os anseios de adaptação da tutela jurisdicional ao novo paradigma do processo coletivo, sem representar um rompimento indevido com as garantias do processo individual”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 139 e, finalmente: “Conforme já salientamos, trata-se de um novo enfoque a ser direcionado ao processo, que deve ser encarado, preponderantemente, em sua função garantidora da acessibilidade à justiça, mormente no atual ordenamento jurídico, no qual percebe-se com nitidez a preocupação com o chamado **garantismo coletivo**. Orientando-se sob essa dicção, poderá o Judiciário determinar, de forma indelével, os contornos do **devido processo social**, apontando para os caminhos da desburocratização do aparelhamento judicial e da consequente efetividade da prestação da justiça”. VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 9, n. 4, p. 47, jul. 1987.

²⁵⁴O que ocorre, de fato, é atividade discricionária do juiz, inexistente nos sistemas tradicionais da *civil law*, nos quais o processo foi estruturado de forma detalhada e formalista, com pouca ou nenhuma abertura para a flexibilização das regras procedimentais. Nesse sentido: GIDI, Antonio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio; FERRER MC-GRECOR, Eduardo (Coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México-DF: Editorial Porrúa, 2003. p. 8-11.

²⁵⁵“Trata-se de um ‘contínuo e flexível manuseio do processo coletivo’ vedadas quaisquer limitações, de forma injustificada, que decorram do procedimento individual (por aplicação subsidiária indevida), da atividade do legislador ordinário ou mesmo da criação jurisprudencial em dissonância com as premissas do microsistema do processo coletivo e os princípios da tutela coletiva como um todo”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4.

com o processo e seu objeto litigioso, justamente em razão dos fins e efeitos objetivados pelo processo coletivo.

Deve-se acrescentar, por fim, que tal como ocorreu no direito norte-americano, o princípio deve ser interpretado de forma ampla e, portanto, abrangente, tendo variações de alcance de acordo com a natureza da ação,²⁵⁶ pois cada tipo de processo tem seus próprios postulados, incumbindo investigar, aqui, de que maneira incide no processo coletivo.

5.2. Princípios específicos do processo coletivo

Como já referido, tanto o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, como o Projeto de Lei nº 5.139/2009, **dispuseram expressamente sobre princípios aplicáveis à tutela coletiva**, denominação que não foi adotada no presente estudo, pois o que se defende é que o **processo coletivo** representa um novo ramo da ciência processual, por contar com institutos específicos, como a legitimação para agir de entes coletivos, a coisa julgada coletiva e a execução coletiva, além dos princípios próprios a esse novo ramo do processo²⁵⁷.

Ademais, a denominação **processo coletivo** é a que se vem firmando na doutrina,²⁵⁸ sendo também utilizada nos títulos dos Anteprojetos que sistematizaram regras e institutos próprios das ações que têm como objeto interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, às quais se aplicam o *microssistema* formado pela Lei nº

²⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65-69. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

²⁵⁷ “Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, o *direito processual coletivo*, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

²⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003 e, do mesmo autor, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

7.347/85 – LACP e Lei nº 8.078/90, com as necessárias adaptações ao processo do trabalho,²⁵⁹ sendo nesse sentido adotada no presente estudo.

Esclarecidos tais aspectos apresenta-se a presente proposta quanto aos princípios que regem o processo coletivo, acompanhada da respectiva justificação quanto a sua aplicação diferenciada e distinta de outros ramos do processo, sempre considerando os princípios balizas de acesso à Justiça e devido processo legal como a base sobre a qual se estrutura o processo coletivo e dos quais decorrem os princípios específicos a esse ramo do processo.

5.2.1. Princípio do amplo acesso à Justiça

O princípio de acesso à Justiça deve ser considerado princípio fundamental que informa o processo coletivo, de maneira que esse acesso se dê de forma **ampla**, na redação adotada pelo inciso I do artigo 3º do Projeto de lei n. 5.139/2009.

O desafio é de que forma concretizar-se esse princípio, pois embora já assegurada a tutela dos interesses e direitos de natureza transindividual pelo ordenamento brasileiro, o que se observa na prática é que em muitos casos não há a propositura de ações de natureza coletiva que poderiam solucionar os conflitos, que são pulverizados em ações individuais.

Assim, a efetivação do princípio de acesso à Justiça passa necessariamente por uma atuação mais dinâmica dos legitimados ativos previstos no microsistema de processos coletivos,²⁶⁰ especialmente pelos sindicatos de classe em face dos interesses e direitos

²⁵⁹“Assim, atualmente, a jurisdição trabalhista pode ser exercida por meio de três sistemas de tutela processual: um primeiro, destinado à solução dos tradicionais dissídios coletivos de trabalho, nos quais se busca, por exemplo, por intermédio do poder normativo, a criação de normas e condições de trabalho, para as partes que figuram no processo (CF, art. 114, §2º) e, finalmente, um terceiro, vocacionado à tutela preventiva e reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais. A implementação desta esfera de jurisdição coletiva na processualística laboral invoca, como condição *sine qua non*, a observância de todo esse sistema de tutela coletiva, cujos motores atuais são a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, adaptando-se seus institutos aos princípios e regras do direito processual do trabalho”. SANTOS, Ronaldo Lima. A equivocidade da competência territorial para as ações coletivas no Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 218-219.

²⁶⁰“Contudo, à exceção do Ministério Público responsável pela expressiva maioria das ações civis públicas propostas, e das associações criadas especificamente para a defesa de alguns direitos coletivos (...) pouco uso do instrumento fazem seus legitimados”. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. II – Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30.

coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores,²⁶¹ por uma simples razão: são os sindicatos que representam a respectiva categoria profissional e, nessa condição, estão mais preparados para identificar as lesões de massa e propor as competentes ações coletivas no interesse dos seus representados.²⁶²

Também incumbe ao Judiciário a concretização desse princípio de maneira que diante de uma ação de natureza coletiva busque o juiz a resposta para a seguinte questão: “Os interesses e direitos lesados de natureza transindividual poderiam ser tutelados, **no presente momento**, por outro meio que não o processo coletivo?”

Se a resposta for negativa, em razão de qualquer obstáculo²⁶³ que inviabilize a efetiva tutela dos interesses e direitos lesados, a ação coletiva deve ser considerada como o meio de tutela mais adequado, sem a qual não haverá concreta possibilidade de proteção jurisdicional para a lesão coletiva, sob pena de mitigação do princípio de acesso à Justiça.

Essa questão se revela de especial importância em face da espécie de conflitos que são trazidos para a Justiça do Trabalho, pois nesse caso há que ser considerada **a existência de um obstáculo específico de acesso à Justiça**,²⁶⁴ caracterizado pelo temor justificado do empregado em sofrer represálias por parte do empregador, que o impede de postular seus

²⁶¹O sindicato é um dos legitimados que não aproveitaram os instrumentos que a Lei lhes assegurou e com sua omissão acaba por comprometer o acesso à Justiça e a efetividade da decisão, de acordo com Alexandre Amaral Gavronski que ainda questiona: “Quantos interesses coletivos ou individuais homogêneos, em particular aqueles em que predomina o interesse patrimonial, não poderiam ser melhor defendidos na via judicial coletiva e que, não obstante, ainda são tratados numa perspectiva tradicional do processo? Quantas causas são atualmente ajuizadas pelo Ministério Público em defesa de interesses individuais disponíveis, ensejando longas e intermináveis discussões acerca da legitimidade do mesmo para defesa desses interesses e desviando os esforços institucionais de áreas nas quais, seja pela falta de repercussão patrimonial, seja pela difusão dos interessados, seria fundamental a atuação ministerial?” In GAVRONSKI, Alexandre Amaral. II – Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30-31.

²⁶²Enoque Ribeiro dos Santos tem entendimento oposto, pois defende que: “No entanto, é preciso declarar que hodiernamente o Ministério Público, em face de sua atuação na defesa de direitos constitucionais difusos e coletivos, possui um quadro profissional altamente especializado em políticas públicas, litigando constantemente com o setor público para a consecução dos direitos sociais dos trabalhadores, o que favorece, em muito, o deferimento de sua atuação, quando provocada por uma associação ou sindicato”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 263.

²⁶³Indivíduos teriam maiores dificuldades em defender seus direitos em face de grandes organizações, especialmente se os danos forem relativamente pequenos, sendo um dos exemplos dessa situação a ação dos operários contra os patrões e os sindicatos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 28-29.

²⁶⁴Conforme tivemos oportunidade de apontar no livro, *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010. Capítulo IV – item 1. –p. 197-203.

direitos enquanto vigente o contrato de trabalho,²⁶⁵ razão pela qual a tutela coletiva deverá sempre ser prestigiada, de forma a concretizar, **no momento presente**, direitos e interesses dos trabalhadores.

Considere-se, em acréscimo, que a tutela individual quando requerida após o rompimento do contrato de trabalho terá natureza meramente indenizatória de direitos que já foram lesados, muitas vezes de maneira irreversível,²⁶⁶ e ainda assim de forma parcial em razão da aplicação da prescrição quinquenal, instituto que foi estabelecido em prol da segurança jurídica, mas sem considerar o efetivo acesso à Justiça.

O fato de o empregado não ajuizar a ação enquanto mantido o vínculo de emprego, demonstra que o direito de ação está apenas formalmente assegurado, mas não é viabilizado pelo sistema que, ao não instituir garantia de emprego, impossibilita que aquele que não tem seus direitos assegurados, busque a tutela jurisdicional.

Por essas razões deve ser considerada a possibilidade do exercício do direito de ação **no presente momento**, pois se a pergunta for feita sem considerar tal variável, a resposta poderá ser outra, já que como sabido, a relação de trabalho é pautada pelo conflito de interesses, o que gera intensa litigiosidade nas relações de trabalho, mas que somente é trazido para a Justiça do Trabalho por meio de ações individuais, depois de extinto o contrato de emprego.

A Justiça do Trabalho tem todas as condições para dar efetividade a esse princípio em matéria de processos coletivos, pois **sua tradição sempre foi a de facilitar o acesso aos trabalhadores**, em termos individuais por meio do *jus postulandi* (artigo 786, *caput* e parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), além de ser pioneira²⁶⁷ na

²⁶⁵Dispensa-se a referência a outros fundamentos nesse caso, pois é fato notório que a quase totalidade das ações ajuizadas na Justiça do Trabalho são promovidas após ter sido o empregado dispensado pelo empregador.

²⁶⁶Especialmente no que se refere a direitos fundamentais, como a saúde e a higidez física e mental do trabalhador, quando vítima de doença e acidentes do trabalho.

²⁶⁷Como reconhece Ada Pellegrini Grinover em A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 35.

adoção de um processo de natureza coletiva: o dissídio coletivo,²⁶⁸ e de institutos próprios do processo coletivo.²⁶⁹

O que há de mais significativo no princípio do amplo acesso à Justiça é que para sua aplicação prática há que se romper com uma cômoda neutralidade, reconhecendo-se como obstáculos todas aquelas situações em que esse acesso está apenas formalmente assegurado, mas que não é efetivado na realidade.²⁷⁰

Faz-se necessária uma nova consciência das partes, dos advogados e de todos aqueles que de forma direta ou indireta se envolvem no processo coletivo, além do próprio juiz que deve estar ciente do papel que deve desempenhar de forma mais ativa e criativa, a fim de encontrar uma solução justa para o litígio.

Deve-se pensar o princípio como concreta possibilidade de acesso “à ordem jurídica justa”,²⁷¹ que não se esgota com o ajuizamento da ação, **mas exige que o processo**

²⁶⁸“Entretanto a autonomia do direito processual do trabalho acentua-se no que tange ao processo coletivo, instituto *sui generis* dotado de estrutura própria, incompreensível nos quadros tradicionais da processualística comum”. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1995. p. 218.

²⁶⁹“Conquanto o processo do trabalho tenha sido o primeiro ramo do direito processual brasileiro a consagrar instrumentos processuais de tutela de direitos coletivos “*lato sensu*”, essa consolidação delineou-se de forma assistemática, centrando-se básica e exclusivamente nos institutos de dissídio coletivo e da substituição processual, ambos focados nas pessoas dos sindicatos e na tutela de interesses de cunho categorial e econômico, não se podendo considerar que houve a formação de uma esfera processual autônoma de tutela de interesses transindividuais, com a amplitude que se sublinharia com o advento do subsistema processual das ações coletivas.” SANTOS, Ronaldo Lima. A equivocidade da competência territorial para as ações coletivas no Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 213.

²⁷⁰Enoque Ribeiro dos Santos aponta o **princípio de acesso à Justiça** com um dos que informam o processo coletivo e como princípio próprio da “*parceirização jurisdicional trabalhista*” o **princípio de acesso ao sistema de justiça** pelos seguintes fundamentos: “O grande desafio que temos no Brasil é permitir não apenas o acesso ao sistema de justiça da cidadania organizada, como também da cidadania inorganizada, que não tem sequer acesso a bens jurídicos básicos e elementares, como saúde, educação, segurança, alimentação, moradia, previdência social e saneamento básico”. In SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parceirização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 52 e 269, respectivamente.

²⁷¹A expressão é de Kazuo Watanabe em Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 13, expressão que foi adotada pela doutrina mais abalizada: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21-22. O princípio constou do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 2º, letra a “acesso à justiça e à ordem jurídica justa”, cuja redação não foi adotada pelo Projeto de Lei nº 5.139/09, que consagrou o princípio no artigo 3º, inciso I, na forma de “amplo acesso à justiça”. ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

se desenvolva com participação social, economia e em tempo “razoável”, alcance máxima efetividade e promova a pacificação social.

Assim, outros princípios deverão ser observados para que se possa falar em **amplo acesso à Justiça**, que especialmente em matéria de processo coletivo ultrapassa a fase inicial de garantia do direito de ação,²⁷² sendo gradativamente concretizado durante todo o desenvolvimento do processo e, de forma plena, quando esse chega ao seu fim e alcança a efetividade.

5.2.2. Princípio da participação social

A participação das partes *no processo* decorre do princípio do contraditório, que para ser concretizado depende da garantia de participação em igualdade de condições, ou seja, implica também na observância do princípio da igualdade dos litigantes.

Assim, não constitui nenhuma novidade afirmar-se que as partes têm direito de participar do processo, apresentando suas alegações e provas de forma a influenciar no convencimento do juiz, atuando em contraditório e com igualdade de oportunidades, mediante o devido processo legal²⁷³.

O princípio do contraditório teve seu alcance ampliado a partir do momento em que se reconheceu o direito da parte participar por meio de *diálogo* com o juiz,²⁷⁴ que também deve atuar no processo de forma mais ativa, de maneira que dessa interação entre as partes e o julgador resulte em uma decisão mais justa e apta a **pacificar** o conflito.²⁷⁵

²⁷²“Importa, com efeito, em conceber o acesso à justiça em seu aspecto substancial, no sentido de ser o direito ao acesso a uma ordem jurídica realmente justa e não o direito a mera admissão em juízo”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 68.

²⁷³“Trazendo a experiência para os países da *civil law*, os requisitos para o devido processo legal consubstanciam-se na garantia de participação no processo, com uma citação regular e possibilidade efetiva de defesa”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

²⁷⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

²⁷⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

Modernamente não mais se concebe que o juiz se mantenha equidistante das partes e do conflito,²⁷⁶ a fim de que não seja acusado de estar prejudgando a causa,²⁷⁷ pois o juiz não julga apenas quando profere a sentença, o faz durante todo o desenrolar do processo, já que constrói e lapida seu convencimento em cada fase do procedimento.

Existe estreita ligação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio da participação²⁷⁸ que se concretiza, num primeiro momento, pela própria garantia de acesso ao Judiciário, assegurada de forma ampla e universal e, num segundo passo pela participação em contraditório e em diálogo com o juiz, aspectos que tomam relevo em matéria de processos coletivos, o que fez com que o princípio da participação fosse expressamente previsto no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos²⁷⁹ e no Projeto de Lei nº 5.139/2009.²⁸⁰

A importância do princípio da participação merece ser destacada por ser inerente à própria ideia de democracia²⁸¹ que se faz presente no processo por meio do contraditório²⁸²

²⁷⁶O princípio da participação ativa do juiz seria possível, inclusive, no âmbito administrativo, quando seria “convidado” pelo *Parquet* trabalhista a comparecer em audiências em razão de fatos que interessam à coletividade de trabalhadores, como aqueles que ensejam grande número de ações trabalhistas, o que já tem ocorrido na prática. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 278.

²⁷⁷“A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria *prejudgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade.” DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, p. 224-225.

²⁷⁸Como defende Enoque Ribeiro dos Santos ao indicar o **princípio da participação pelo processo e no processo** como um dos princípios que informam a *parcerização jurisdicional trabalhista*: “Este princípio significa a participação da sociedade organizada no acesso ao sistema de justiça, por meio do processo, seja judicial, administrativo ou extrajudicial (...)” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 269.

²⁷⁹**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 2º Princípios da tutela jurisdicional coletiva.** (...) c) participação pelo processo e no processo. In: ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 453.

²⁸⁰**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: I: “amplo acesso à justiça e participação social”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²⁸¹“Princípio da *ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes*. Por este princípio, percebe-se outro aspecto da tutela coletiva: sua característica democrática”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 131.

²⁸²DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 45.

e que nos processos coletivos se diferencia dos processos individuais, pois a participação se dá não apenas *no* processo, mas também e principalmente *pelo* processo.²⁸³

Essa participação *pelo* processo se caracteriza especialmente porque a tutela é pleiteada por um ente coletivo ou político que representa as partes lesadas,²⁸⁴ de forma que essas participam do processo por meio desse legitimado que atua em sua defesa e cuja legitimação autônoma e concorrente é assegurada pela Constituição (artigo 129 e seu §1º) e pelo microsistema de ações coletivas (artigo 5º da Lei nº 7.347/85 – LACP e artigo 82 da Lei nº 8.078/90 – CDC).

Não obstante seja o processo instaurado por um terceiro que não tem os mesmos interesses das partes, a legislação brasileira assegura a participação dos próprios interessados no processo coletivo cujo objeto seja a tutela de interesses e direitos individuais homogêneos, para que possam atuar como litisconsortes (artigo 94 da Lei nº 8.078/90 - CDC) e quando da execução da sentença (artigo 97 da Lei nº 8.078/90 - CDC).

Ressalta-se que a participação do indivíduo como litisconsorte, autorizado pelo artigo 94 da Lei nº 8.078/90 - CDC, não se presta para defesa de seu próprio interesse, mas sim para prestar assistência quanto aos interesses e direitos de natureza transindividual objeto da lide, portanto, não poderá deduzir qualquer pretensão de natureza individual.

Nesse sentido deve ser interpretada a intervenção do indivíduo autorizada pelo citado dispositivo legal, pois em não sendo assim, restaria totalmente acertada a crítica

²⁸³“Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo* processo, e uma participação menor *no* processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

²⁸⁴“Dito de outro modo, o credenciamento outorgado a vários co-legitimados ativos para as ações de finalidade coletiva representa uma projeção, no plano judiciário, da diretriz constitucional da democracia participativa: à semelhança do apelo à integração da coletividade na boa gestão da coisa pública (plebiscito, referendo, audiências públicas, iniciativa popular de projetos de lei, participação em órgãos públicos colegiados de formação paritária), também essa participação é conclamada no plano judiciário”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 229.

quanto a ser incabível assistência individual em ação coletiva,²⁸⁵ sem contar os riscos da admissão de múltiplos assistentes, cada um com um interesse próprio, o que comprometeria o próprio fim da tutela coletiva.²⁸⁶

Na mesma linha interpretativa aqui defendida encontram-se disposições constantes do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos²⁸⁷ e do Projeto de Leiº 5.139/2009,²⁸⁸ o que demonstra que sendo o processo de natureza coletiva, qualquer forma de intervenção somente será legítima se revelar o propósito de auxílio a uma das partes quanto ao objeto coletivo da lide.

Poder-se-ia pensar que uma participação mais efetiva nas ações coletivas decorreria da legitimação do próprio indivíduo para a propositura dessas ações, que seria incluído no rol dos legitimados, tal como constou das propostas de codificação brasileira,²⁸⁹ mas essa

²⁸⁵“Outros argumentos, estes de caráter dogmático, contrários à admissão de assistência por particulares em ação coletiva podem ser elencados. Por exemplo: a) se o indivíduo não tem legitimidade *ad causam* para propor, não a terá para intervir em ação coletiva; b) o interessado não teria interesse processual para intervir; c) não há relação do interessado com a pessoa a quem assiste etc.”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 55. **Posteriormente, o Autor reconsiderou essa posição**: “Desde que haja controle judicial, não há motivo para não aceitar o auxílio dos membros do grupo. Toda a sociedade e o sistema processual coletivo brasileiro saem fortalecidos com a ampla possibilidade de participação individual”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 438, nota de rodapé nº 32.

²⁸⁶“Há que se ponderar-se, entretanto, que, ao menos em tese, é possível que se forme um litisconsórcio ativo ulterior gigantesco (litisconsórcio ativo multitudinário), o que sem dúvida pode comprometer a celeridade e a eficiência deste tipo de mecanismo de tutela coletiva”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 261.

²⁸⁷**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 30 §6º** Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 460.

²⁸⁸**Projeto de Leiº 5.139/2009. Artigo 7º (...) §3º** As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²⁸⁹**Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 3º Legitimação Ativa**. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 421-432, p. 426. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 20. Legitimação**. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 456.

ampliação não foi acolhida pelo **Projeto de Lei° 5.139/2.009**, que manteve a tradição do microsistema de ações coletivas ao dispor sobre a legitimação ativa apenas para entes políticos, sindicatos e associações.²⁹⁰

Embora o indivíduo seja parte legítima para propor as *class actions* do direito norte-americano há que se considerar a experiência daquele país quanto a tal instituto²⁹¹ e dele retirar importantes lições, especialmente no que se refere aos processos coletivos trabalhistas, nos quais o trabalhador em razão da sua hipossuficiência não teria, concretamente, condições de interpor e prosseguir em uma ação que envolvesse interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, razão pela qual transparece acertada a opção adotada pelo microsistema de ações coletivas, bem como pela proposta representada pelo Projeto de Lei° 5.139/2009.

Por outro lado, não parece mais suficiente que um legitimado proponha a ação coletiva e que ela se desenvolva sem que os reais interessados na tutela de interesses e direitos transindividuais tenham uma participação mais efetiva no processo,²⁹² de forma que se alcance não apenas uma sentença que dirima a lide, mas que possa ser efetiva do ponto de vista da pacificação social.

Claro está que por meio do processo coletivo, almeja o legitimado ativo soluções para conflitos de massa, que envolvam interesses antagônicos e de difícil compatibilização, especialmente no que se refere às lides trabalhistas, que refletem o conflito secular entre capital e trabalho.

Dessa forma o juiz deve estar atento para que a sua decisão seja efetiva e restaure o equilíbrio dessa relação, o que não poderá ser feito sem a participação dos trabalhadores no

²⁹⁰**Projeto de Lei n° 5.139/2009, Artigo 6° Incisos I a VII.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n° 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

²⁹¹“Se a experiência norte-americana ensina alguma coisa ao comparatista, é que devemos evitar esse tipo de escolha. Conforme já tivemos oportunidade de demonstrar, na prática norte-americana todo o poder sobre as *class actions* repousa inteiramente nas mãos do advogado e não nas do representante. É o advogado quem descobre que o ato ilícito ocorreu, define os contornos do grupo, seleciona um dos seus membros para ser o representante e decide quando, como e se deve propor a ação ou fazer um acordo, e em que termos. O representante é a apenas a “chave” que o advogado precisa para abrir as portas do Judiciário.” GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 227.

²⁹²Nesse sentido a proposta de Antonio Gidi para o Código de Processo Civil Coletivo: artigo 6°, item 6.2 “Os membros do grupo poderão **participar** do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos”. (sem destaque no original). In GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995. Apêndice, p. 450.

processo, pois serão eles os afetados pela sentença, ainda que estejam representados por um legitimado previsto pela lei.

Aqui poder-se-á apontar uma contradição: se correta a assertiva de que os trabalhadores têm obstado seu acesso individual à Justiça, enquanto vigente o contrato de trabalho, como poderá se dar essa participação no processo coletivo? Sem dúvida que essa **participação terá que ser coletiva** e poderá ser mediada pelo sindicato da categoria que deverá participar do processo sempre que se fizer necessário, ainda que não seja o autor da ação coletiva.

E essa forma de participação no processo coletivo que ora se propõe não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, encontra fundamento no inciso III, artigo 8º da Constituição, cujas normas devem sempre ser interpretadas de forma a alcançar máxima efetividade,²⁹³ razão pela qual se ao sindicato incumbe a defesa dos interesses e direitos coletivos ou individuais da categoria deveria atuar promovendo a ação coletiva²⁹⁴ e, se não o faz, deverá contribuir para que se alcance a melhor solução para o conflito coletivo.

Em acréscimo, como acima já foi destacado, o Sindicato é um dos legitimados para a propositura das ações coletivas, além de também estar autorizado a atuar como litisconsorte assistencial, quando não propõe a ação (artigo 5º, §2º da Lei nº 7.347/85 – LACP e artigo 90 da Lei nº 8.078/90 - CDC), posição no processo que poderá assumir a partir do momento em que sua participação no processo, em **colaboração com as partes**, for determinada pelo juiz.

²⁹³“O **princípio da máxima efetividade**, que, consoante elucida Canotilho, pode ser enunciado da seguinte maneira: na interpretação da norma constitucional, a esta deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Tem grande aplicação na esfera dos direitos fundamentais – **em caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**, não havendo espaço na Lei Maior para meras exortações morais, recomendações vazias ou promessas a serem atendidas no futuro”. DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 272-273.

²⁹⁴A constatação de que o Ministério Público é ainda o que mais atua na defesa dos interesses e direitos transindividuais não é fenômeno apenas verificável na Justiça do Trabalho, ao contrário, a crítica à omissão dos demais legitimados é feita de forma geral também pela doutrina do processo civil: “A medida, assim, pode representar um estímulo para o incremento na participação da sociedade civil nas demandas coletivas, tendo em vista que, no Brasil, a esmagadora maioria das ações coletivas é ajuizada tão-somente pelo Ministério Público”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

Assim, incumbirá ao Sindicato intermediar a participação dos trabalhadores nos processos coletivos, por meio de instrumento bem conhecido do direito sindical, a Assembleia Geral,²⁹⁵ sempre que o juiz entenda ser oportuna e necessária a consulta aos trabalhadores, seja na fase de conhecimento, seja na de liquidação ou execução da sentença.

Mas o juiz dispõe também de outro meio que poderá viabilizar a participação no processo dos interessados na tutela coletiva trabalhista consistente na designação de audiências públicas.

Se o conflito coletivo desafia uma decisão que trará grandes e relevantes impactos para uma coletividade, parece claro que essa coletividade deverá ser esclarecida sobre as possibilidades de solução e ser ouvida a respeito delas, pois tal forma também concretiza a democracia participativa, que não pode ser restrita ao aspecto político do voto popular.

Logo, poderá o juiz designar audiência pública, com ampla divulgação aos interessados, que já conta com previsão em Lei (artigo 94 da Lei nº 8.078/90 – CDC), pois não parece mais possível que em tais casos o processo coletivo seja instaurado, conduzido e decidido sem a participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial.²⁹⁶

Por meio das audiências públicas concretiza-se o princípio da participação *pelo processo*, constituindo-se em procedimento democrático²⁹⁷ de especial importância para o processo coletivo, já tendo sido adotado pela mais alta Corte da Justiça do Trabalho para discussão de um tema de intensa litigiosidade trabalhista: a terceirização²⁹⁸.

²⁹⁵De acordo com o disposto no artigo 524, letra e, da CLT, as decisões serão tomadas por escrutínio secreto, quando se fizer necessário pronunciamento sobre relações ou dissídio de trabalho, por meio de convocação específica, por meio de assembleia geral especialmente convocada para tal fim, o que preserva o trabalhador de possíveis retaliações e assegura a participação defendida no presente trabalho.

²⁹⁶“Nesse passo, nós do Ministério Público devemos confessar uma *mea culpa*. Muitas vezes, até mesmo pela pressa, pelo acúmulo de trabalho, enfim, por motivos escusáveis e inescusáveis, acabamos por propor uma ação civil pública de imediato, ao invés de, previamente, legitimarmos a nossa atuação como Ministério Público, ouvindo a sociedade interessada previamente à distribuição da inicial em juízo. Da mesma forma ocorre com os magistrados. Demandas coletivas do maior grau de complexidade e importância são por vezes julgadas sem qualquer participação social durante o procedimento”. VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 62-63.

²⁹⁷DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 121.

²⁹⁸A primeira audiência pública foi realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho nos dias 4 e 5 de outubro de 2011 e contou com a participação de 49 expositores, cujo material encontra-se disponível em TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Audiência Pública*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html>. Acesso em: 20 out. 2013.

A possibilidade de designação de audiências públicas constou expressamente do Projeto de Lei n. 5.139/2009, mas apenas para a fase de execução da sentença,²⁹⁹ o que não impede que o juiz designe audiência pública em qualquer fase da ação coletiva, com fundamento no princípio da participação social, ainda que tal audiência não esteja ainda prevista no procedimento legal.³⁰⁰

Por fim, há que se referir, ainda que brevemente, sobre a atípica forma de participação no processo representada pela figura do *amicus curiae*³⁰¹ que age como auxiliar do juízo e não se confunde com a parte ou qualquer outra figura que atue no processo.³⁰²

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal vedava a intervenção de terceiros nas ações de controle abstrato de constitucionalidade até o advento de legislação que expressamente autorizou a atuação de auxiliares do juízo nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental,³⁰³ evolução que foi acompanhada pela jurisprudência daquele Tribunal.³⁰⁴

²⁹⁹**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45.** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. (...) §2.º Na definição da aplicação da verba referida no *caput*, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁰⁰“Assim, mesmo que do projeto conste que o rito a ser seguido pela ação civil pública seja o rito comum ordinário do CPC, que obviamente não prevê qualquer audiência pública, nada impede a designação de tal ato no curso da demanda coletiva”. VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 63.

³⁰¹“Duas regras do direito norte americano são muito importantes para a compreensão da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão: a regra n. 37, das *Rules of the Supreme Court of The U.S.* e a regra nº 29, das *Federal Rules of Appellate Procedure (FRAP)*”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 383.

³⁰²A intervenção dos legitimados ativos para a ação coletiva como assistentes litisconsorciais e a intervenção do membro do grupo nas ações coletivas para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos (Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, artigo 3º, §2º e artigo 21, *caput*; Código de Processo Civil Coletivo um modelo para Países de Direito Escrito de Antonio Gidi, artigo 6º; Lei nº 7.347/85 – LACP, artigo 5º e seus parágrafos e Lei nº 8.078/90 – CDC, artigo 94) não caracterizam intervenções do tipo *amicus curiae* pois tanto o legitimado como o membro do grupo têm interesse no resultado da ação coletiva.

³⁰³**Lei nº 9.882/1999, Artigo 6º, §1º**, “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

³⁰⁴Medida Cautelar na ADI nº 2.321-7-DF, relator Ministro Celso de Mello, ementário n. 2195-5, publicado no DJ de 10-06-2005 – fls. 47, destacando-se na ementa: “Processo objetivo de controle normativo abstrato – possibilidade de intervenção do “amicus curiae”: um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional”.

Embora tenha maior destaque e importância a intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o ordenamento brasileiro já contava com tal forma de auxílio ao juízo em ações de reconhecida especificidade técnica,³⁰⁵ cujo conhecimento, embora fundamental para a prolação da sentença, não poderia ser exigida do magistrado.

Esse auxiliar do juízo não se confunde com o perito, pois a intervenção do *amicus curiae* pode ser voluntária, enquanto o perito é sempre nomeado pelo juiz, além de o laudo pericial constituir prova e, portanto, passar pelo crivo do contraditório, ao contrário do parecer do *amicus curiae* que constitui um subsídio de informações e dados para que uma decisão mais aprimorada possa ser dada à controvérsia.

Assim, a intervenção do *amicus curiae*, espontânea ou determinada pelo juízo, deve se mostrar útil e necessária para que uma decisão mais próxima dos interesses em conflito seja alcançada, viabilizando ainda a participação de entes ou organizações cuja representatividade autorize sua manifestação, no interesse geral da coletividade.³⁰⁶

Não parece haver dúvida de que as decisões tomadas em processos coletivos que objetivem a tutela de interesses e direitos transindividuais terão impactos políticos, econômicos e também sociais, notadamente quanto aos conflitos coletivos trabalhistas, autorizando uma atuação do *amicus curiae*³⁰⁷ em questões técnicas e jurídicas, como auxiliar do juízo.³⁰⁸

Não há previsão expressa no microsistema de ações coletivas para atuação do *amicus curiae*, tampouco nas propostas de codificação do processo coletivo, salvo com relação a um dispositivo que prevê “a atuação neutra de terceiro”, mas com o fim

³⁰⁵Lei nº 6.385/1976, Artigo 31 (intervenção da Comissão de Valores Imobiliários nas ações em que se discute matéria de competência dessa entidade autárquica federal) e Lei nº 8.884/1994, artigo 89 (intervenção do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

³⁰⁶Lei nº 9.868/1999, Artigo 7º, Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. §2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

³⁰⁷“Seria uma *intervenção atípica* de *amicus curiae*, ideia que nos parece louvável, tendo em vista a finalidade da participação deste especial auxiliar do juízo: legitimar ainda mais a decisão do órgão jurisdicional em um processo de evidente interesse público”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 262.

³⁰⁸“Não há dúvida de que os processos coletivos são o ambiente mais apropriado para a atuação de *amicus curiae*”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 438.

específico de auxiliar as partes com vista à conciliação,³⁰⁹ o que não obsta que o juízo conte com tal forma de auxílio, pela pertinência do instituto com relação às ações coletivas, com base nas disposições legais que já disciplinam tal instituto³¹⁰.

De tudo que se disse sobre o **princípio da participação** nos processos coletivos o mais significativo a registrar, a título de finalização, é que somente por meio de mecanismos e instrumentos de efetiva participação social é que será possível alcançar os fins objetivados pela tutela coletiva.

5.2.3. Princípio da economia processual

A economia decorre da própria finalidade do processo, enquanto instrumento, sendo apontado como um dos princípios informativos do processo, “considerados como axiomas, pois prescindem de demonstração”³¹¹ exigindo que do processo se alcance o máximo resultado possível com o mínimo de atividades processuais,³¹² ou seja, necessária proporção entre meios e fins.

³⁰⁹ A avaliação neutra de terceiro foi prevista inicialmente no **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 11 (...) §2º** A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. In **CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 421-432, p. 428. **Idêntica redação constou do Artigo 25 (...) §2º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 25 (...) §2º In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464, p. 459. Por sua vez, o **Projeto de Lei nº 5.139/2009 equiparou a avaliação neutra de terceiro aos meios alternativos de composição do litígio: Artigo 19. (...) §1º** O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 5.139/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³¹⁰ Além da legislação já referida sobre a matéria (Lei nº 6.385/76, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99) as reformas do Código de Processo Civil também autorizaram a intervenção na forma de *amicus curiae*, mencionando-se a título meramente exemplificativo: artigo 482 e seus parágrafos; artigo 543-A, §6º e 543-C, §3º e § 4º).

³¹¹ Nelson Nery aponta que além do princípio econômico, os outros princípios informativos do processo são o lógico, o jurídico e o político, sendo “princípios universais e praticamente incontrovertidos” p. 36. Bezerra Leite adota a mesma classificação dos princípios informativos do processo. In NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

³¹² “O princípio da economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

A economia processual sempre representou um dos princípios gerais do processo, exigindo que não houvesse desperdício de atos e que esses tivessem uma finalidade útil, e dele decorre o **princípio da instrumentalidade das formas**,³¹³ concretizando-se por meio de regras que determinam o aproveitamento de atos processuais; a reunião de processos nos casos de conexão e continência; a extinção de processos em razão de coisa julgada e litispendência e, especialmente, a disciplina sobre as nulidades processuais.

Decorrem do princípio da economia processual as regras sobre procedimentos diferenciados em razão do valor atribuído à causa, refletindo aqui a preocupação do legislador, não com a economia de atos processuais, mas sim, com um tratamento mais célere em razão do valor da pretensão deduzida em juízo, podendo ser citado como exemplo, na Justiça do Trabalho, o procedimento regulado pela Lei nº 5.584/1970, artigo 2º, §§ 3º e 4º, e as causas submetidas ao procedimento sumaríssimo - Lei nº 9.957/2000, que acrescentou a Seção II-A, artigos 852-A a 852-I à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A evolução do processo individual para o processo coletivo foi impulsionada pela necessidade de *molecularizar*³¹⁴ o litígio, resolvendo-se em um único processo inúmeras controvérsias,³¹⁵ de forma que a economia processual se concretizasse mediante a redução do número de processos que seriam trazidos para solução pelo Judiciário, finalidade ainda não alcançada pelas ações coletivas.

Logo, de **um enfoque interno**, visando especialmente à economia de atos nos processos de natureza individual, o princípio da economia se destaca pelo **enfoque externo**

³¹³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 41.

³¹⁴A expressão “molecular” foi consagrada por Kazuo Watanabe, para identificar a tutela dos interesses e direitos transindividuais em contraposição à tutela dos interesses individuais, por ele chamada de “atomizada”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 803 e 809.

³¹⁵Por meio de processos coletivos se evitam “o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, atomizadas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

ao processo coletivo, pois atinge a economia em termos do número de processos individuais que deixariam de ser ajuizados, em razão da tutela coletiva.³¹⁶

Há ainda importante efeito do princípio da economia por meio de ações coletivas, pois ao evitar a interposição de demandas repetitivas, **reduz o risco de decisões conflitantes**, ou seja, a solução coletivizada minimiza a possibilidade de que um mesmo direito seja assegurado em um processo individual e negado em outro da mesma natureza, o que acarreta o desprestígio do próprio Judiciário perante a sociedade.

O princípio da economia informa o regramento das *class actions* do direito norte-americano, estando nas origens desse instituto, sendo de grande importância para a sociedade americana, irradiando seus efeitos não apenas para o Judiciário, mas também para as partes em litígio.³¹⁷

Não obstante as vantagens de uma *class action* sejam mais comumente consideradas do ponto de vista do grupo beneficiado pela solução coletiva, há que se pensar nas vantagens para o Réu, ainda que seja sucumbente na ação, pois esse deve considerar a economia que representa ter um único processo para resolver uma multiplicidade de pretensões que, não fosse assim, seriam pulverizadas em inúmeras ações individuais,³¹⁸ perspectiva que ainda não foi apreendida pela sociedade brasileira.

Deve-se reconhecer, por outro lado, que um processo coletivo terá em razão da sua natural complexidade, pois caracterizada por entes legitimados, grupos e entes coletivos com interesses e direitos transindividuais conflitantes, necessidade de um maior número de

³¹⁶“Demais disso, comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias” – GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 809.

³¹⁷“A economia e a eficiência processual são valores constantes do direito processual civil americano e não instrumentos meramente retóricos da doutrina. Na *Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure* está previsto que ‘estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia’. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

³¹⁸“Ainda que a ação coletiva seja julgada procedente, ela pode ser uma solução muito mais econômica e menos desgastante para o réu do que ter de enfrentar as despesas com as inúmeras ações individuais semelhantes relacionadas à mesma controvérsia”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

atos processuais, provas, manifestações das partes e de terceiros, audiências e, por conseguinte, decisões judiciais, se comparado com um processo individual.

Dessa forma, em matéria de processo coletivo a economia não pode ser vista pela estreita via da “economia de atos processuais”, mas sim de economia para a Justiça como um todo,³¹⁹ na medida em que serão tutelados interesses e direitos de forma a evitar a multiplicação de outros litígios.

Alerta-se que não se pode fazer o cálculo da economia às avessas,³²⁰ de maneira a se concluir que especialmente quanto às ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos haveria sobrecarga do Judiciário, já que pretensões de reduzido valor individual muitas vezes sequer são ajuizadas, pois **o princípio vetor que sempre deve ser considerado é o acesso à Justiça**, não cabendo conceber-se o princípio da economia processual sob a lógica da economia de mercado.³²¹

O princípio da economia processual deve ser harmonizado com o tempo necessário para o desenvolvimento de uma ação coletiva, com a interpretação do princípio constitucional da duração razoável do processo sob a ótica da razoabilidade, não sendo possível a singela comparação entre o tempo de tramitação de uma ação individual com uma coletiva.

Por outro lado, a questão do tempo do processo há que ser equacionada de forma que um processo coletivo não se torne inútil do ponto de vista da efetividade, dando ensejo

³¹⁹“Em verdade uma ação coletiva é muito mais cara e complexa e demanda muito mais tempo e trabalho dos advogados e do juiz do que uma ação individual. Para analisar o grau de economia alcançada com o processo coletivo, é preciso comparar em abstrato, o tempo, a despesa e o esforço necessários para julgar cada um dos correspondentes procedimentos individuais emergentes da mesma controvérsia.” GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

³²⁰“Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ele ser sabiamente dosado. A majestade da justiça não se mede pelo valor econômico das causas”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 41.

³²¹“Esse era o raciocínio míope dos opositores da reforma processual de 1966 que criou as *class actions for damages*. Essa visão deturpada do que sejam a função política da atividade jurisdicional e a economia processual, muito embora extremamente atraente do ponto de vista das empresas-rés, ignora que o objetivo institucional do sistema judicial é decidir litígios e fazer justiça e que a economia processual não é um valor em si mesmo”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27-28.

ao descrédito das ações coletivas, com manutenção da cultura da demanda individual, tal como ocorre atualmente no Judiciário brasileiro.³²²

É por essa razão que novos institutos deverão ser pensados, de forma a concretizar e aperfeiçoar a economia processual também às demandas coletivas, sem desconsiderar as peculiaridades desse tipo de ação e as garantias do processo asseguradas por meio do devido processo legal.

A importância e a singularidade do princípio da economia processual aplicado ao processo coletivo foi objeto de previsão no rol de princípios do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos³²³ e também do Projeto de Lei nº 5.139/2009,³²⁴ além de informar vários dispositivos que constaram das referidas propostas, sendo abaixo destacados aqueles que representam inovações capazes de dar novo impulso às ações coletivas, notadamente na Justiça do Trabalho.

A reunião de ações coletivas, tendo por critério o bem jurídico a ser protegido,³²⁵ pode se dar por litispendência, conexão ou continência, até o julgamento no primeiro grau de jurisdição,³²⁶ incumbindo ao juiz avaliar se após iniciada a instrução, a reunião que

³²²Nesse sentido a constatação de Enoque Ribeiro dos Santos: “Percebe-se, que, o sistema pátrio vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes dos processos moleculares com as lides atomizadas ou individuais, que podem ser ajuizados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, suscitando insegurança jurídica e estupefação diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, simultaneamente, no âmbito coletivo e individual, muitas das vezes nas mesmas Varas do Trabalho.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

³²³**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 2º letra g** “economia processual”. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 453.

³²⁴**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: (...) **inciso III** – isonomia, **economia processual**, flexibilidade procedimental e máxima eficácia”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³²⁵**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 5º, §1º**: “Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³²⁶**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 5º, §2º**: “Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas a versar sobre o mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

atenderia ao princípio da economia, não comprometeria o princípio da duração razoável do processo.³²⁷

Com base no princípio da economia processual o juiz poderá separar os pedidos de uma ação coletiva em ações coletivas distintas, para interesses ou direitos difusos e coletivos em um processo e interesses ou direitos individuais homogêneos em outro processo, de forma a facilitar a tramitação do feito e alcançar maior efetividade do provimento.³²⁸

Tendo o juiz conhecimento de fatos que possam constituir objeto de ação coletiva deverá oficiar ao Ministério Público e, quando cabível, outros legitimados, para que proponham ação coletiva, incumbindo igual dever ao servidor público ou qualquer pessoa que possa prestar informações ao legitimado.³²⁹

Um desses fatos que ensejará o ofício ao Ministério Público ou a outro legitimado é a existência de diversas ações contra o mesmo réu com igual fundamento jurídico, situação comum na Justiça do Trabalho, em que as ações idênticas se repetem sem que qualquer providência seja tomada com o fim de provocar os legitimados para a propositura de uma ação coletiva que poderia solucionar o conflito.

Devem ser consideradas, por fim, as inovações constantes da proposta de reforma do Código de Processo Civil objeto do Projeto de Lei nº 8.046/2010, atualmente em

³²⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 5º, §3º:** “Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³²⁸ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 25, inciso II** “poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo.” In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453-464. Idêntica redação constou do Projeto de Lei nº 5.139/2009, artigo 20, II.

³²⁹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 61, parágrafo único.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013. O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** apresentava dispositivo de igual teor no artigo 8º, mas continha regra que impulsionava a propositura da ação coletiva no parágrafo único, por meio de prazo para atuação do Ministério Público e, no caso de omissão, remessa de peças ao Conselho Superior do Ministério Público. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453-464.

tramitação na Câmara dos Deputados,³³⁰ em que há previsão do incidente de demandas repetitivas e da audaciosa proposta de conversão de ação individual em coletiva,³³¹ questões que demonstram a preocupação do legislador com as demandas que se repetem no Judiciário e que poderiam ser resolvidas com uma única decisão judicial.

Para além da tendência do legislador em considerar a economia processual como princípio a informar o processo coletivo e de buscar regras para a solução “coletivizada” de pretensões individuais, há que se pensar na concretização desse princípio em termos de liquidação e execução do processo coletivo, pois de nada adiantarão as soluções pensadas para o processo de conhecimento se essas não resultarem em efetividade palpável para os interesses e direitos da coletividade.

5.2.4. Princípios da adequação e da flexibilidade procedimental

O princípio da economia está diretamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas³³² que também tem caráter geral, pois aplicado a qualquer ramo do processo, preconizando que apenas os atos necessários aos escopos do processo devam ser realizados, evitando-se a prática de atos desnecessários, inúteis ou em excesso.

Importante ressaltar que a economia que deve nortear a instrumentalidade do processo não deve ser aferida em razão do valor material do objeto do litígio,³³³ ao contrário, são os valores não patrimoniais que reclamam cada vez mais por tutela

³³⁰NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

³³¹A proposta pioneira de transformação de ações individuais em coletivas foi aprovada na III Jornada Brasileira de Direito Processual Civil organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, na cidade de Salvador – BA, em 1999, com o seguinte texto: “previsão de técnicas de reunião de processos e de transformação de processos individuais em um único processo coletivo, com a finalidade de molecularizar as controvérsias”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 522.

³³²Nesse sentido: “*Princípios da economia e da instrumentalidade das formas – Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado, com relação aos bens que estão em discussão*”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 41.

³³³“Uma outra consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais do que o “ser” fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra, etc.) tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 835.

processual, valores a ser considerados em face da respectiva realidade em que estiverem inseridos, o que afasta a suposta neutralidade do processo.³³⁴

Mas o processo também evolui, pois não pode deixar de dar respostas às necessidades de uma sociedade que está em frequente e acelerada transformação, razão pela qual a busca pela **efetividade** do processo constitui o fundamento da doutrina que defende a **instrumentalidade material do processo** mediante a **adequação do procedimento às necessidades do direito material**, o que é possível ainda que se parta de correntes aparentemente opostas,³³⁵ pois essas podem ser harmonizadas³³⁶ tendo em vista o fim maior do processo: a efetividade.³³⁷

A teoria que defende a aproximação entre direito material e direito processual não nega a autonomia de qualquer dos dois ramos do direito, ao contrário, pretende que ambos se complementem e se ajustem harmonicamente,³³⁸ procurando meios, instrumentos e

³³⁴“Se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 148.

³³⁵Para *Chiovenda* há uma clara divisão entre direito material e direito processual, sendo o fato responsável pela aquisição do direito, de acordo com a previsão abstrata do direito material, cujo processo visa apenas à atuação prática (teoria dualista do ordenamento), enquanto que para Carnelutti não seria tão clara a divisão entre direito material e processo, pois os direitos também nasceriam em razão de uma sentença que os reconheceria e fixaria as respectivas obrigações para sua satisfação. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 16.

³³⁶“Na busca da instrumentalidade substancial do processo, são igualmente válidas tanto a perspectiva de Direito Material utilizada por alguns processualistas como a de Direito Processual que se valem outros processualistas. A correta equilibrada combinação dessas duas perspectivas, sem a intolerância doutrinária que a nada conduz, é a solução que realmente se impõe.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 835, nota de rodapé 56, respectivamente.

³³⁷“No dispositivo que estamos comentando (art. 83), o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 834.

³³⁸Haveria uma relação de *interdependência* entre o direito material e o direito processual. Nesse sentido se manifestam: “Se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso. Nesse sentido, é correto dizer que *nunca houve autonomia do processo, mas uma relação de interdependência* entre o direito processual e o direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 148; SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 35; GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 542 e nota de rodapé n. 964.

mecanismos aptos à tutela necessária em tempo adequado e mediante as garantias constitucionais do processo.³³⁹

A instrumentalidade está diretamente ligada **às formas processuais**, que são estabelecidas pelo legislador de maneira a ordenar a relação processual, assegurando as garantias atinentes ao devido processo legal, especialmente a igualdade e a participação em contraditório, sendo fator de confiança e segurança para as partes.³⁴⁰

Assim, **a premissa é a observância da forma processual pelo juiz**,³⁴¹ mas sem que isso signifique que ele não se deva questionar a respeito do fim objetivado por aquele ato formalmente previsto na legislação,³⁴² de maneira a privilegiar o fim em face dos meios, assegurando a validade do objetivo que o ato formal pretendia alcançar, ainda que esse tenha sido realizado em desacordo com a prescrição formal.³⁴³

Nada de novo se disse até agora, pois decorre dos princípios da economia e da instrumentalidade das formas **a teoria das nulidades do processo**, que pode ser considerada como princípio geral, pois informa todos os ramos do processo³⁴⁴ e sinaliza

³³⁹“O escopo maior é imutável: solucionar as crises de direito material do modo mais eficiente possível. Para tanto, imagina-se a forma pretensamente mais adequada. Não quer dizer, todavia, que não se possa flexibilizá-la, desde que preservados o interesse público, a segurança das partes e o equilíbrio do contraditório”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 513.

³⁴⁰“A *segurança*, como valor inerente ao processo, é representada pela garantia de participação efetiva dos sujeitos parciais da relação processual na formação do convencimento do juiz. Confunde-se com as ideias de contraditório e de ampla defesa.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 508.

³⁴¹“Não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 163.

³⁴²“A linha condutora da investigação aqui realizada é a necessidade de identificação, sempre, do *porquê* da forma. Fundamental saber, em cada situação, qual o valor protegido pelo legislador”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 509.

³⁴³Nesse sentido, o presente estudo se alinha com as seguintes conclusões: “A observância da forma do ato processual nem sempre é relevante, pois o que importa é o resultado. Há formas desnecessárias, cuja não observância é irrelevante. As regras sobre forma do ato processual devem ser interpretadas à luz dos escopos pretendidos.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 590.

³⁴⁴No processo do trabalho, os atos processuais trabalhistas independem de forma determinada, exceto quando houver previsão legal, não se decretando a nulidade se, realizado de outra forma o ato, atingiu sua finalidade e se não causou prejuízo “relevante” à parte que a alega. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6874-6875, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

que eventual vício quanto à forma do ato processual somente será considerado relevante e, portanto, sujeito à nulidade se acarretar prejuízo à parte.³⁴⁵

Em outras palavras: não haverá nulidade se o ato processual embora realizado de outra forma atingiu sua finalidade, sem prejuízo para as partes, com o que se privilegia o resultado concreto almejado *in abstracto* pela lei processual, e não o meio eleito para a respectiva realização.

Não raro, contudo, a observância estrita da técnica processual pelo juiz acarreta prejuízos para a solução efetiva do litígio, o que tem sido alvo de críticas pela doutrina processual,³⁴⁶ e demonstra que na atualidade o foco está na **efetividade do processo**,³⁴⁷ que deve solucionar o conflito, fazendo valer os direitos, fim para o qual devem concorrer todos os atos praticados no processo.³⁴⁸

E para que se alcance essa efetividade reclamada por meio do processo, além da adaptação da técnica processual autorizada pelo legislador, há que se permitir que o juiz também realize as adaptações necessárias a fim de flexibilizar a forma processual, o que é

³⁴⁵“A convalidação de atos processuais viciados deve ser informada, entre outros, pelos princípios da economia e da conservação. Esse nexó foi percebido pela doutrina processual italiana mais antiga, e vem reafirmado pelos processualistas modernos.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 513.

³⁴⁶“A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinja a sentença de mérito, em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões, etc.). GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

³⁴⁷“No entanto, a técnica processual tem razão de ser na medida em que conferir às partes a efetividade da tutela jurisdicional. Não faz sentido que a técnica seja vista como um fim a ser alcançado, independentemente dos resultados processo. Repita-se, sempre: a técnica processual é meio e, na condição de meio, deve ser efetiva.” OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

³⁴⁸“Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 146.

defendido por abalizada doutrina³⁴⁹ em face do processo civil individual, de natureza mais formalista e com prevalência da disposição do direito pelas partes.³⁵⁰

Se a adaptação da técnica processual em prol da efetividade se deve dar nos processos em que se discutem direitos de natureza individual, como defende a moderna doutrina processual, com mais razão deve ser admitida no processo coletivo.³⁵¹

Isso porque não é possível que o legislador estipule de forma geral todos os atos do processo que se façam necessários para uma efetiva tutela coletiva, não se podendo exigir que sejam os interesses e direitos transindividuais que se ajustem a um único procedimento padrão,³⁵² tudo a demonstrar que o procedimento em tema de tutela coletiva também deve ser adequado em razão das especificidades do direito material.³⁵³

Não se pode esquecer que é da própria natureza dos interesses e direitos transindividuais que eles se modifiquem e até se confundam ao longo do tempo, mesmo depois da propositura da ação coletiva, razão pela qual o procedimento pode ser ajustado

³⁴⁹“Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligada ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145. “Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 53; “Observado o devido processo legal, deve ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 584.

³⁵⁰“Admite-se, em lides meramente individuais, que se relegue às partes maior responsabilidade de atuação na busca e produção das provas”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

³⁵¹Como defende Ada Pellegrini Grinover em Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14 e SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microssistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 269.

³⁵²“Existindo situações de direito substancial e posições sociais justificadoras de distintos tratamentos, a diferenciação de procedimentos está de acordo com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Pelo mesmo motivo, a existência de apenas um procedimento para situações distintas fere o direito à tutela jurisdicional efetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 147.

³⁵³“Com base na experiência e na visão da realidade atual constrói-se o método destinado a eliminar as crises de direito material da forma mais simples, rápida e segura possível. Mas isso não significa que o modelo seja infalível, que não haja necessidade de adaptações às situações concretas. Nem sempre aquilo que se concebe à luz de uma visão macro é adequado ao micro. Por vezes haverá necessidade de adaptações no modelo abstrato, em face de certas especificidades não imaginadas por quem o concebeu”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 512-513.

às múltiplas peculiaridades e necessidades dos conflitos que envolvem grupos de pessoas, coletividades e até mesmo toda a sociedade.³⁵⁴

Por último e mais importante: todos os interesses e direitos transindividuais são caracterizados por sua **relevância social** e pela necessidade de **amplo acesso à Justiça**, princípios que devem ser considerados para fins de adaptação e flexibilidade procedimental, com o foco em alcançar-se a efetividade do processo coletivo, tudo a exigir um novo papel do juiz como condutor do processo.³⁵⁵

Assim, defende-se que o juiz poderá sempre que exigir as peculiaridades da tutela coletiva, adaptar e flexibilizar o procedimento geral,³⁵⁶ desde que o faça em prol da efetividade,³⁵⁷ zelando pelas garantias do devido processo legal e sem permitir que acarretem prejuízos para as partes.³⁵⁸

³⁵⁴“A outra face do procedimento diferenciado está ligada às diferentes situações de direito substancial. Sendo diferentes as situações carecedoras de proteção jurisdicional, torna-se até óbvia a necessidade de técnicas processuais diferenciadas, pois um único procedimento jamais terá aptidão para dar conta de situações materiais distintas”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 147.

³⁵⁵“Na direção do processo, deve o juiz buscar flexibilizar a técnica, nos limites da legalidade, com o objetivo de torna-lo efetivo. É essencial que o sistema processual dote o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo. Isso advém do interesse público que o permeia”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

³⁵⁶“Observadas determinadas premissas, está o juiz autorizado a flexibilizar a técnica processual”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Conclusões Específicas – Capítulo II, n. 10 - p. 585.

³⁵⁷Como defende Enoque Ribeiro dos Santos: “(...) em sede de processos moleculares, bem como no processo de parcerização jurisdicional trabalhista, a técnica processual não deve seguir a rigidez dos processos atomizados. Pelo contrário, carece de técnicas e normas mais flexíveis, abertas, cujas decisões conduzam à verdadeira efetividade do processo molecular.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 271.

³⁵⁸O binômio representado pelo devido processo legal e ausência de prejuízo é apontado como legitimador da flexibilização e adaptação da técnica processual pelo juiz. Nesse sentido as seguintes conclusões: “O sistema das nulidades processuais deve ser compreendido à luz dos valores assegurados pelo formalismo. Observado o devido processo legal, deve ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 584. No mesmo sentido: “Garantindo-se o contraditório, e não havendo prejuízo à parte, os atos processuais devem ser preservados, e o processo aproveitado.” OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 40. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona) e “O princípio geral do processo coletivo – capaz de transmitir-se ao processo individual – é muito claro nesse campo: observado o contraditório e não havendo prejuízo à parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

Destaca-se que a adaptação dos institutos processuais faz parte da história das ações coletivas,³⁵⁹ pois foi necessário um esforço corajoso e criativo da doutrina para transformar institutos pensados para a tutela de natureza individual e que não se amoldavam à tutela de interesses e direitos transindividuais, especialmente quanto à legitimidade, ao interesse de agir, à forma de ciência dos atos processuais e aos limites da coisa julgada.³⁶⁰

Em acréscimo há que se registrar que a interpretação aberta e flexível das normas que regem a tutela coletiva sempre esteve no centro do movimento rumo à coletivização do processo no Brasil, constituindo cláusula geral que irradia seus efeitos para novas adaptações que se fazem necessárias a fim de garantir maior efetividade da tutela coletiva.³⁶¹

Novos desafios exigem novas adaptações e “flexibilizações” da técnica processual, razão pela qual a consagração **do princípio da flexibilização** pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009³⁶² representa importante diretriz nesse sentido, constituindo avanço que pode impulsionar e legitimar a decisão do juiz que flexibilize uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto.

Há ainda expressa previsão no Projeto de Lei nº 5.139/2009, de adoção da **tutela coletiva adequada como princípio geral**³⁶³ e dispositivo específico que autoriza a

³⁵⁹Sobre o aspecto histórico das ações coletivas: GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

³⁶⁰“*Legitimação*. O esquema rígido da legitimação, regida para o processo individual pelo artigo 6º do CPC, é repudiado no processo coletivo, que passa a adotar uma legitimação autônoma e concretamente aberta, múltipla, composta. *Coisa Julgada*. A coisa julgada, rigorosamente restrita às partes no processo individual, tem regime próprio no processo coletivo: *erga omnes*, por vezes *secundum eventum litis* e, no Código projetado, *secundum eventum probationis*” GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

³⁶¹Destaca-se a contribuição de Antonio Gidi em sua proposta de um “Código de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito” especialmente por consagrar tanto o princípio da flexibilidade como o princípio da adaptação nos artigos 30 e 31, respectivamente. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice.

³⁶²**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: (...) **inciso III**: isonomia, economia processual, **flexibilidade procedimental** e máxima eficácia. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁶³**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: (...) **inciso IV**: **tutela coletiva adequada**, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

adequação do procedimento às especificidades do conflito coletivo,³⁶⁴ consagrando a teoria da instrumentalidade material, pois ajusta o processo coletivo aos interesses e direitos de natureza transindividual, sempre mediante as garantias do devido processo legal, tal como preconizado no presente estudo.

Para além de princípios e cláusulas gerais autorizando a flexibilização da técnica pelo juiz, tem sido observada a necessidade de novas modificações em institutos concebidos para tutela de direitos individuais e que não se amoldaram, ainda, às especificidades da tutela coletiva, como a interpretação e estabilização do pedido e da causa de pedir,³⁶⁵ o que encontra fundamento na atualizada doutrina do processo civil³⁶⁶ e na experiência do direito comparado da *civil law*³⁶⁷ e também da *common law*.³⁶⁸

³⁶⁴**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 10. §1º** Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁶⁵**Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Artigo 10.** Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 421-432, p. 428.

Código de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito. Artigo 7º Objeto do processo coletivo. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões individuais de que seja titular o grupo, como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice.

Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 6º §1º § 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 454.

Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 5º §1º §1.º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁶⁶“O artigo 462 do CPC deve ser interpretado de forma ampla, admitindo-se a alteração da própria causa de pedir”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Conclusões Específicas – Capítulo II, n. 16, p. 586.

³⁶⁷“Bem a propósito, o nº 3 do §139 da ZPO Alemã: (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes.”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 304.

³⁶⁸“A Rule 54(c), das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas prescreve que “exceto no caso de revelia, a sentença conterà o provimento que a parte tenha direito, mesmo que a parte não tenha feito pedido na petição inicial. Obviamente, essa regra está submetida à garantia constitucional do devido processo legal e não tolera surpresas: o juiz não poderá dar um provimento que não foi debatido em contraditório pelas partes durante o processo”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

Ainda no que se refere ao pedido e causa de pedir encontram-se disposições no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que foram adaptadas quanto à conexão, caracterizada não mais pelo pedido e causa de pedir, mas quanto **ao bem jurídico objeto da tutela coletiva** e que, portanto, deve ser reconhecida mesmo quando diferentes os legitimados,³⁶⁹ ou seja, especiais enfoques de economia processual e instrumentalidade do processo coletivo.

Reconhece-se maior amplitude para atuação do juiz em questões processuais antes rigidamente especificadas pela norma processual, como fixação de prazo para apresentação da defesa;³⁷⁰ dispensa da indicação do valor da causa na inicial, incumbindo ao juiz fixá-lo no saneamento ou na sentença;³⁷¹ designação de audiência preliminar para ouvir as partes apenas com o intuito de conciliação ou incentivar formas alternativas de solução do conflito, observada a respectiva restrição quanto à disponibilidade dos direitos em conflito.³⁷²

A finalidade de adaptação e flexibilização do procedimento é a tônica das disposições contidas nos oito incisos do artigo 20 do Projeto de Lei nº 5.139/2009, destacando-se incumbir ao juiz a decisão quanto à viabilidade do prosseguimento da ação como coletiva;³⁷³ o desmembramento dos pedidos em mais de uma ação

³⁶⁹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 5º (...)** inciso I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁷⁰ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 14.** O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias ou superior a 60 (sessenta) dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁷¹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 12.** Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013. O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** dispôs no **Artigo 24, § 4º** Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 458.

³⁷² **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 19.** Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores. §1.º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁷³ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20 (...)** inciso I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

coletiva³⁷⁴ e a distribuição do ônus da prova de acordo com a melhor aptidão para a produção da prova, com possibilidade de revisão do critério inicial, a qualquer momento, além de aceitar acordo feito pelas partes acerca da responsabilidade sobre as provas,³⁷⁵ regras abertas e flexíveis que poderão ser adaptadas pelo juiz ao caso concreto.

A reforma do processo civil português teve como objetivo fazer com que fosse privilegiado o direito material sobre aspectos meramente formais, introduzindo-se para tanto modificações em princípios do processo como o contraditório, o dever de ofício, a economia processual, a igualdade, a boa-fé processual e a cooperação.³⁷⁶

Tudo o que foi aqui exposto com relação ao princípio da flexibilidade e adaptação tem total compatibilidade com **o processo coletivo do trabalho**, no qual se objetiva a tutela de interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores ou relacionados ao trabalho como direito social, à proteção contra a discriminação, ao meio ambiente do trabalho, à saúde e à prevenção de doenças e acidentes de trabalho, entre outros.

A título de exemplo quanto à possibilidade dessa flexibilização, deve o juiz se inteirar dos termos da inicial, da defesa e até mesmo de eventual réplica, **antes da designação da audiência em processos coletivos**, pois o escopo desse ato processual é a tentativa de conciliação das partes, que não pode ser encaminhada pelo juiz que não se inteirou da inicial na qual são apresentados os fundamentos e os pedidos de tutela coletiva, não sabe qual é a tese da defesa, muitas vezes deduzida por uma multiplicidade de réus, tampouco tem condições mínimas de examinar toda a prova documental em sua riqueza e complexidade no momento da própria audiência.

Assim, adotar-se o rito ordinário estabelecido pela CLT para tais casos é praticar-se ato inútil e desvirtuado da sua finalidade, na imensa maioria das vezes, pois dificilmente terá o juiz os meios para desempenhar a função que se espera dele, quanto a aproximar as partes e incentivar uma solução amigável para o conflito de natureza coletiva e, frustrada essa conciliação, realizar a instrução do feito.

³⁷⁴ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20 (...) inciso II** – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos direitos ou interesses difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁷⁵ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20 (...) incisos III a VIII**. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

³⁷⁶ GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 25.

Poder-se-ia objetar que o juiz do Trabalho, por força do procedimento adotado pela CLT, tem contato com a inicial e a defesa no momento da audiência e nem por isso lhe faltam condições de examinar a pretensão, analisar a defesa e direcionar as partes para a conciliação. Ocorre que uma coisa é realizar tal tarefa em razão de uma pretensão de natureza individual, por mais complexa que ela seja, outra bem diferente, é fazê-lo tendo em mãos um processo coletivo que envolve interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores.

A mesma ressalva se aplica à designação de prova técnica, também na primeira audiência trabalhista, pois em muitos casos não é esse o momento propício para determinação de tal ato processual, que exige um mínimo de “acertamento” quanto às condições para realização dessa prova, exigindo um direcionamento do juiz a fim de que também **a prova seja produzida de maneira adequada** à solução do conflito coletivo.

Mais adequado, portanto, flexibilizar-se a regra, determinando a juntada de defesa em secretaria, com prazo subsequente para réplica, tudo com a adequação dos prazos que se fizerem necessários para a prática de tais atos pelas partes, tendo em conta a complexidade do conflito trazido para o processo e só então designar-se audiência para tentativa de conciliação, quando poderá o juiz adotar as boas diretrizes constantes dos artigos 19 e 20 do Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Da mesma forma, poderá ser mais útil designar-se perícia técnica após instrução probatória, que trará subsídios para que o juízo e as partes apresentem os quesitos para realização da prova técnica, sempre difícil e complexa em tema de ações coletivas.

Chama-se a atenção para o fato de que todos os atos processuais que compõem o procedimento trabalhista seriam observados pelo juiz, nos exemplos acima trazidos, apenas adequando-se às necessidades do direito material, com as garantias processuais e, portanto, sem qualquer prejuízo às partes, ao contrário, haveria economia de atos processuais e maior possibilidade de efetividade do processo.

No que se refere às modernas técnicas de flexibilização objeto de sistematização das propostas de codificação do processo coletivo, poderão, ainda que não convertidas em lei, servir de inspiração para que o juiz adote práticas mais consentâneas como esse tipo de processo inclusive invocando o direito comparado da *class action* norte-americana, como,

a decisão prévia de que a ação tem condições de prosseguir como ação coletiva³⁷⁷ e o desmembramento dos pedidos em ações coletivas distintas,³⁷⁸ e os princípios do processo coletivo, como a economia processual, a adequação e flexibilidade da formas.

Não se pode e não se pretende negar que a flexibilidade e a adaptação do procedimento exigem uma postura mais ativa do juiz, com margem de discricionariedade,³⁷⁹ que é pautada pela **conveniência** da efetividade do processo e pela **oportunidade** de se dar resposta efetiva ao direito material por meio da jurisdição, mas sempre por meio de **decisão motivada**.³⁸⁰

Ficariam, assim, afastados os riscos que podem advir da flexibilização da técnica processual e adaptação de atos do processo pelo juiz,³⁸¹ notadamente no que respeita à **segurança das partes**, única razão para a existência do formalismo processual,³⁸² pois sempre terá que ser observado o princípio baliza do devido processo legal, especialmente no que respeita à participação do contraditório sem que resulte do ato qualquer prejuízo para as partes (teoria das nulidades).

³⁷⁷“De acordo com a *Rule 23C(1)(A)*, a ação proposta como *class action*, para ser mantida em sua natureza coletiva, precisa ter a sanção do magistrado, que deve analisar a presença dos requisitos previstos na *Rule 23(a)* e a conformidade da situação fática a uma das hipóteses de cabimento previstas na *Rule 23(b)*.” GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

³⁷⁸“Ademais, se necessário para uma melhor determinação do objeto litigioso ou para uma melhor administração do processo, o juiz poderá certificar uma ação coletiva parcial apenas em face de uma questão específica da controvérsia (*issue class action*), dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos (*subclass*), ou definir o grupo com contornos diversos daquele pretendido pelo representante (*class redefinition*)”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 203.

³⁷⁹A discricionariedade judicial é própria do sistema processual norte-americano, como nos informa Antonio Gidi: “As normas processuais americanas são redigidas em uma linguagem desconcertantemente ampla, deixando uma larga margem de discricionariedade ao juiz de primeiro grau. Essa flexibilidade é a marca registrada do direito americano e permite ao juiz adaptar o processo às peculiaridades de cada caso”. In GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

³⁸⁰José Roberto dos Santos Bedaque ao se referir ao poder geral de cautela afirma: “Por mais amplos e abertos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos na concessão de medida provisória e instrumental, cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 387.

³⁸¹“O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 163.

³⁸²“A forma e a técnica processuais visam a assegurar o desenvolvimento ordenado da relação, com a prática de atos previamente estabelecidos em lei, permitindo às partes influir no resultado do julgamento. Esta é a única razão do formalismo processual”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 508.

5.2.5. Princípio da máxima efetividade da tutela coletiva

Após uma intensa fase de proclamação e positivação de direitos, pelas Declarações de Direitos Internacionais, seguidas pelas modernas Constituições Democráticas do século XX, vivencia-se uma nova fase de busca de efetividade desses direitos, que repercute de forma significativa no direito processual, exigindo dos juristas uma nova perspectiva metodológica entre direito e processo.

Surgem os alertas pela necessidade de um sistema jurídico que possibilite o real acesso à Justiça, de forma a garantir os direitos dos cidadãos,³⁸³ restando claro que da fase de reconhecimento e proclamação dos direitos, passa-se à fase subsequente de preocupação com a concretização desses direitos,³⁸⁴ movimento que repercute no processo, não sendo exagero afirmar que a efetividade do processo representa um dos grandes desafios a ser vencidos no século XXI.

A doutrina que havia consolidado a teoria instrumental do processo,³⁸⁵ passa a ter o desafio de superar o excessivo formalismo, de adequar institutos aos fins objetivados pela norma, de propor a flexibilização de atos processuais, tudo tendo como foco a efetividade dos direitos materiais, consolidando-se assim a chamada teoria da **instrumentalidade substancial** do processo, que para tanto deveria harmonizar direito material e direito processual, voltando-se para uma nova realidade social.³⁸⁶

É fundamental que a realidade social seja considerada pelo juiz ao conduzir o processo coletivo, pela repercussão que suas decisões terão na respectiva coletividade, devendo sempre buscar **uma tutela efetiva e adequada aos interesses e direitos**

³⁸³“O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar direitos de todos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

³⁸⁴“(…) que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. (...) O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

³⁸⁵A teoria da instrumentalidade foi defendida por Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

³⁸⁶“Entramos agora num dos temas mais caros à moderna processualística brasileira, o da efetividade do processo e sua instrumentalidade material, a transformá-lo num instrumento aderente à realidade social subjacente e apto à efetiva solução das controvérsias de direito material” GRINOVER, Ada Pellegrini. “*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*”. In: “*O processo – estudos & pareceres*”. São Paulo: Perfil, 2005, pág. 199.

transindividuais, independentemente do tipo de ação (artigo 83 da Lei nº 8.078/90-CDC) e assegurar, ainda, **a ampla participação** das partes em todas as fases do processo.³⁸⁷

A doutrina atenta à evolução do processo preconiza o direito à tutela efetiva como um direito fundamental do qual são “devedores o legislador e o juiz”,³⁸⁸ cujo foco se deve estender para além do direito material e considerar a realidade social e o direito de participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial.³⁸⁹

Pode-se afirmar assim, com aval da atualizada doutrina processual, que a efetividade do processo é aferida em razão da **adequada tutela ao direito material** objeto do litígio, de sua consonância com **a realidade social** e mediante **a participação no processo**, escopos que devem informar todo e qualquer processo, mas especialmente os processos coletivos.

Justifica-se tal assertiva em face da relevância e repercussão social desse tipo de tutela a fundamentar o **princípio da máxima efetividade** do processo coletivo, a legitimar todas as medidas necessárias para a proteção e a garantia dos interesses e direitos de natureza transindividuais, sejam eles de natureza material ou não patrimonial, **tal como indicado no rol de princípios do Projeto de Lei nº 5.139/2009**.³⁹⁰

O princípio da máxima efetividade ou eficácia no processo coletivo se desdobraria, em duas fases lógicas: a primeira no esforço para obter-se uma sentença de mérito, superando-se questões meramente formais, e a segunda, na satisfação dos interesses e

³⁸⁷Luiz Guilherme Marinoni refere expressamente a efetividade das **ações coletivas** – efetividade como técnica processual adequada e **direito de participar por meio do procedimento adequado**. In MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

³⁸⁸“Portanto, deseja-se propor, nesse momento, que o direito à tutela jurisdicional, ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como o direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que então passa a ter um verdadeiro dever de se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

³⁸⁹“Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva requer que os olhos sejam postos não apenas no direito material, mas também na realidade social. Para tanto, é imprescindível que a análise considere não só a necessidade de igualdade de participação interna no procedimento, mas sobretudo, a abertura para a participação por meio de diferentes espécies procedimentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 147.

³⁹⁰Projeto de Lei nº 5.139/2009 – artigo 3º A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: (...) Inciso III isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; Inciso IV tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

direitos transindividuais reconhecidos à coletividade, mediante um adequado provimento jurisdicional.

5.2.5.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento de mérito da ação coletiva

O interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo foi identificado pela doutrina como verdadeiro princípio,³⁹¹ em razão da importância que representa para a coletividade receber uma decisão que enfrente o cerne da controvérsia e apresente uma solução para os conflitos de massa de grande repercussão social.

Na outra mão, uma decisão que decrete a extinção do processo coletivo, sem apreciar o mérito da controvérsia, dificilmente será compreendida pelos indivíduos da respectiva coletividade, os quais esperavam uma resposta do Judiciário, acarretando a frustração de expectativas, com grandes decepções e, mais uma vez, desprestígio para o Poder Judiciário.³⁹²

Não se está defendendo que a sentença de mérito deva ser proferida em favor do Autor da ação coletiva,³⁹³ mas sim que é preciso o esforço de todos os que participam do processo para alcançar a decisão de mérito, notadamente em face da necessidade de pacificação social objetivada pela sentença coletiva, escopo que somente poderá ser alcançado por uma decisão que aprecie e decida a controvérsia trazida a júízo.

³⁹¹“É por intermédio do *direito processual coletivo comum* que o Poder Judiciário modernamente deve cumprir o seu verdadeiro papel: enfrentar e julgar as grandes causas sociais, como as relativas ao meio ambiente, patrimônio público, consumidor, etc, a fim de transformar a realidade social com justiça. O *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo* surge atraelado a essa nova função jurisdicional que o Poder Judiciário deve assumir para ser respeitado política e socialmente”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 571. O princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo teria sido acolhido pelo microsistema de ações coletivas ao dispor sobre a coisa julgada *secundum eventum probationis* (artigo 103 e artigo 16 da LACP), afastando a coisa julgada por insuficiência de provas, pois nesse caso não haveria verdadeira sentença de mérito, conforme entendimento de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior em *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 130.

³⁹²“O princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo surge atrelado a essa nova função jurisdicional que o Poder Judiciário deve assumir para ser respeitado política e socialmente”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 53.

³⁹³“Ressalta-se que interesse em conhecer o mérito do processo coletivo não significa que o Poder Judiciário estaria propenso a julgar a favor de “A” ou de “B”, mas que tem interesse na resolução do conflito coletivo, de sorte a atender os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos nos arts. 1º e 3º da CF” – ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

Para que tal fim seja alcançado deve o juiz verificar a regularidade do feito durante **a tramitação do processo coletivo** e quanto antes assim proceder³⁹⁴ maior a possibilidade de determinar a regularização do processo, e, se não sanada a irregularidade, decretar a sua extinção de forma a atender o princípio da economia processual e não gerar maiores expectativas na coletividade.³⁹⁵

Se o processo prosseguir, ainda que existente algum defeito processual, tendo sido observadas as garantias do devido processo legal e existindo todos os elementos necessários à formação do convencimento do juiz, esse deverá ponderar se a prolação da sentença de mérito, apesar de alguma deficiência formal, não seria aquela que mais atenderia aos escopos e aos princípios do processo coletivo.³⁹⁶

Dessa forma, os princípios já enumerados no presente estudo, como os princípios balizas do amplo acesso à Justiça e devido processo legal, com participação social, economia processual, adequação e flexibilização das formas deverão ser sopesados³⁹⁷ e considerada ainda a ausência de prejuízos para as partes, no intuito de que sejam superados os requisitos formais para a prolação de uma sentença de mérito.³⁹⁸

E esses requisitos formais podem ser referentes tanto às condições da ação, quanto aos pressupostos processuais, e poderão ser relevados em determinados casos, tese que

³⁹⁴“Na verdade, o legislador processual pretende que todas as questões processuais estejam solucionadas no máximo até o momento anterior á abertura da fase instrutória. Em princípio, portanto, vícios processuais que impeçam o exame do mérito devem ser objeto de exame tão logo seja possível, de preferência de plano”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 208.

³⁹⁵“Como já visto, não se coaduna com o princípio da economia processual o prosseguimento do processo irregular, pois há risco de que o mérito não possa ser examinado. Esse resultado representa a frustração dos objetivos do instrumento e deve, na medida do possível ser evitado. Por isso, se a extinção do processo sem julgamento do mérito for inevitável, quanto antes ela ocorrer, menor será o dano”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 201.

³⁹⁶“É preciso, pois, que a atividade destinada a identificar eventual óbice formal ocorra no momento procedimental adequado. Caso esse cuidado não seja tomado, e o processo siga seu curso normal, com reprodução integral da realidade substancial, é preciso verificar se a falha processual continua impedindo o exame do mérito.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 210.

³⁹⁷“Ora, se o processo já existe, resta saber se a decisão de mérito é possível. E, para solução dessa questão, necessário ponderar que muitas vezes, em razão de outros princípios, a ausência do requisito processual não deve constituir óbice ao julgamento da pretensão”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 194.

³⁹⁸“O aproveitamento do tempo e energia já gasto no processo é essencial para que ele se torne um instrumento mais eficiente e menos custoso de pacificação social. O juiz deve tentar aproveitar o processo e não decretar a extinção, se for possível sanar eventuais nulidades. Notadamente se já ultrapassada a fase instrutória. Tudo em obediência ao princípio da economia processual”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

merece ser validada,³⁹⁹ embora essa não seja a opinião que prevalece na doutrina do processo civil.⁴⁰⁰

Especialmente no que se refere ao processo coletivo, há que se ter em conta que o **interesse processual** na tutela de interesses e direitos da coletividade deverá ser presumido em razão da relevância social do objeto da tutela; que não há possibilidade de caracterizar-se a **impossibilidade jurídica do pedido** (em face do que dispõe o artigo 83 da Lei nº 8.078/90 - CDC) e, quanto à **legitimidade *ad causam***, quaisquer dos autores ideológicos deverá ser considerado como parte legítima para propor uma ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pois a legitimação é concorrente (artigo 5º da Lei nº 7.347/85 - LACP e artigo 82 da Lei nº 8.078/90- CDC).

Assim, em síntese, a tese que se defende é que **tendo o processo coletivo se desenvolvido até o momento em que possa ser proferida sentença de mérito, não há possibilidade de ser ele extinto por carência de ação**, pois estarão sempre presentes o interesse, a legitimidade e a possibilidade jurídica a autorizar o exame de mérito da questão controversa.

Por sua vez, quanto aos pressupostos processuais, defeitos e irregularidades que não comprometeram o desenvolvimento regular do processo até o momento da prolação da

³⁹⁹ **Esse o ponto central da tese:** “Tanto quanto as denominadas “condições da ação”, a presença dos pressupostos processuais é imprescindível ao exame do mérito. As duas categorias integram o juízo de admissibilidade do processo, ou seja, constituem requisitos necessários a que o instrumento atinja seu escopo de pacificação social. A ausência de qualquer deles, todavia, pode revelar-se indiferente em determinadas situações – conclusão a que se chega mediante aplicação dos princípios destinados a reger o sistema das nulidades processuais, especialmente os da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 208. Sobre o esforço em prol de uma decisão de mérito: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49-50. (Curso de Processo Civil, v. 1) e DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴⁰⁰ “A despeito da dificuldade, prossegue-se na tentativa de demonstrar a possibilidade de o mérito ser julgado apesar da ausência de requisitos de admissibilidade desse julgamento.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 209.

sentença, não devem acarretar a extinção do processo, **de forma automática**,⁴⁰¹ pois salvo poucas exceções,⁴⁰² não são relevantes a ponto de obstar o julgamento do mérito.

Podem-se mencionar, a título de exemplo, defeitos relacionados ao pedido e à causa de pedir, que acarretariam a inépcia da inicial, se observados com o rigor da técnica, mas que podem ser considerados superados se o réu compareceu e contestou a ação, se as partes produziram provas sobre a pretensão e se o juiz tem todos os elementos que precisa para proferir a sentença de mérito.⁴⁰³

Mesmo que se verifique, no momento da prolação da sentença, que há ausência de pressuposto processual que poderia comprometer o exame de mérito e que esse não foi oportunamente sanado, também nesse caso poderá não ser a decisão pela extinção, se for possível a prolação de sentença de mérito a favor da parte prejudicada pela ausência do pressuposto.⁴⁰⁴

Há clara diretriz para que a tese de superação dos pressupostos processuais defendida pela moderna doutrina do processo civil⁴⁰⁵ seja com mais razão adotada no

⁴⁰¹“Toda vez que, não identificado o vício formal no momento próprio, embora devidamente demonstrada sua ocorrência, o processo prosseguiu e o julgamento de mérito apresenta-se possível, sem prejuízo de determinados valores perfeitamente identificados, deve ser ignorada a falha”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 211.

⁴⁰²Há, entretanto, pressupostos cujo próprio interesse público impede que sejam ignorados e passe-se ao exame do mérito da causa: “Nesse momento, não se há de pensar em instrumentalidade das formas ou inexistência de prejuízo. O interesse público determina sejam anulados os atos processuais praticados perante juiz absolutamente incompetente ou impedido, sendo inadmissível a sentença de mérito.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196.

⁴⁰³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 199.

⁴⁰⁴“Eventual alteração da ordem natural somente será admissível se já existirem condições para julgamento de mérito favorável à parte prejudicada pela falta do pressuposto”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 210. Exemplos foram dados pelo referido Autor para embasar sua tese: “Se porém, o vício de representação do autor passar despercebido e o julgamento de mérito o beneficiar, não deve a falha processual impedir esse resultado.” e “Mas nada impede que, não obstante a capacidade processual ou postulatória do réu, o juiz conclua pela improcedência do pedido, pois tal solução é o melhor resultado que ele poderia esperar do processo. Não se justifica, portanto, que o vício processual constitua empecilho a que o sujeito passivo obtenha tutela jurisdicional favorável, impedindo a invasão indevida de sua esfera jurídica.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 204 e 205, respectivamente.

⁴⁰⁵Além de José Roberto dos Santos Bedaque, cuja tese foi adotada como fundamento para as propostas aqui apresentadas, também Luiz Guilherme Marinoni defende que a ausência de um pressuposto não impede o julgamento do mérito se o juiz já estiver convencido quanto a solução a ser dada a lide. Atenderia aos princípios fundamentais de efetividade do provimento e duração razoável do processo. In MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 491. (Curso de Processo Civil, v. 1).

processo coletivo⁴⁰⁶ em face do interesse da coletividade na solução da questão controversa e de seu potencial efeito de pacificação social, sendo nesse sentido as disposições encontradas no Projeto de Lei n. 5.139/2009.

Com efeito, a disposição de caráter imperativo que determina “que não haverá extinção do processo”, por ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais, oportunizando-se a correção, sempre que possível, inclusive com a possibilidade de substituição do legitimado ativo,⁴⁰⁷ constitui importante avanço no sentido de privilegiar-se a decisão de mérito das ações coletivas.

No mesmo sentido a diretriz para que o juiz nas ações coletivas promova um saneamento do processo, o que abrange as questões processuais que estiverem pendentes,⁴⁰⁸ disposição que vai ao encontro à tese de que as irregularidades formais devem ser apreciadas ainda no início do processo e, se possível, ser sanadas, o que, se aplicado em conjunto com a regra anterior da não extinção do processo coletivo, viabilizará o julgamento do mérito da ação coletiva.

Destaca-se, ainda, a proposta de atualização do Código de Processos Civil brasileiro, com disposição que determina que o juiz dê oportunidade para correção da irregularidade antes de extinguir o processo sem julgamento do mérito, se tal providência

⁴⁰⁶“No v.1 desse curso, foi visto que é preciso reexaminar o juízo de admissibilidade do processo, de modo que o magistrado possa, mesmo diante da falta de um pressuposto processual de validade, avançar e julgar o mérito, aplicando o sistema das invalidades processuais do CPC, notadamente do art. 249, §2º, CPC. No âmbito da tutela coletiva, a a lição tem aplicação ainda mais premente.” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 128.

⁴⁰⁷**Projeto de Lei n.5.139/2009, Artigo 9º:** Não haverá extinção do processo coletivo por ausência das condições da ação ou de pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício, quando cabível, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis em prazo razoável a ser fixado pelo juiz. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁰⁸**Projeto de Lei n.5.139/2009, Artigo 20:** Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: (...) III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

for possível,⁴⁰⁹ disposição de caráter geral e que não faz qualquer ressalva quanto à natureza do vício processual.

Finalmente, há que se destacar a experiência de reforma do Código de Processo Civil português, impulsionada pela necessidade de ampliarem-se as possibilidades de alcançar-se uma sentença de mérito, de forma a “reduzir o número de decisões de natureza formal”, com destaque para a regra quanto a ser sanável a falta de pressupostos processuais, inovação que também naquele país acarretou grandes dificuldades, exatamente em razão do “dogma do conhecimento prévio dos pressupostos processuais”.⁴¹⁰

A distinção entre pressupostos e condições da ação, bem como a especificação da natureza dos pressupostos processuais é um fenômeno tipicamente brasileiro,⁴¹¹ o que se confirma em razão das lições da doutrina do processo português que denomina como “pressupostos subjectivos” tanto a capacidade de agir como legitimidade e interesse processual.⁴¹²

A reforma do Código de Processo Civil português não teria adotado a “fórmula do juiz passivo”, ao contrário, várias disposições consagraram a figura do “juiz ativo e interventor”, entre eles exatamente aquele que confere ao juiz a possibilidade de

⁴⁰⁹ **Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. LIVRO II. DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. TÍTULO I Artigo 301.** Antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁴¹⁰ “Não se torna fácil a sua interpretação, embora se possa ver nela a concretização do que, “*avant lettre*”, era defendido por T.de Souza, no âmbito da lei adjectiva precedente, quando propugnava uma interpretação restritiva das consequências emergentes da falta de determinados pressupostos processuais, valorizando soluções substanciais em detrimento das formais”. GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 37.

⁴¹¹ “A questão é praticamente estranha à doutrina estrangeira, que sequer se preocupa em distinguir pressupostos processuais de condições da ação. Também não há referência a pressupostos de existência e de validade.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 190.

⁴¹² “No horizonte do legislador, ao consagrar uma solução que amplifica a instrumentalidade do direito adjectivo, estiveram exceções ligadas a **pressupostos subjectivos**, tais como a capacidade judiciária, a falta de patrocínio judiciário obrigatório, a legitimidade e o interesse de agir, ou ainda a exceção de litispendência, em que a opção entre a absolvição da instância ou o conhecimento de mérito (aqui incluindo o conhecimento de exceções peremptórias) dependerá da verificação do último requisito legal: decisão integralmente favorável à parte visada pela exceção dilatória”. GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 38-39.

determinar, de ofício, a regularização de pressupostos processuais,⁴¹³ alinhando-se, assim, a um movimento crescente de ampliação da atuação do juiz em prol da efetividade.

De fato, para que se alcance a máxima efetividade do provimento jurisdicional no processo coletivo, deve o juiz ponderar até que ponto um defeito formal obsta, realmente, a prolação de uma sentença de mérito, não aceitando que se percam todos os atos validamente realizados no processo, apenas em homenagem a uma técnica processual vazia de significado para toda uma coletividade.

Também aqui não se pode deixar de reconhecer um papel ativo do juiz na condução do processo e no diálogo com todos os que participam da relação processual, pois é por meio da sua atuação que irregularidades poderão sanadas ao longo do processo e de forma oportuna ou, em caso contrário, ser avaliada a sua relevância no momento da prolação da sentença, tudo em prol de alcançar-se uma solução que possa dar as respostas que espera a coletividade e que esteja em consonância com a realidade social.

E o juiz do trabalho detém todas as condições para superar o dogma da prevalência dos requisitos formais,⁴¹⁴ sejam pressupostos ou condições da ação,⁴¹⁵ em razão da própria concepção do processo do trabalho e de sua simplicidade, pois o juiz do trabalho deve determinar que irregularidades da petição inicial sejam sanadas,⁴¹⁶ o que pode se dar antes de ser designada audiência ou nessa oportunidade, mesmo se houver o decreto de revelia

⁴¹³“No tocante à oficiosidade na sanção da falta de **pressupostos processuais**, as normas gerais definidoras da intervenção do juiz constam dos arts. 265º, nº2, e 508º, nº1, al.a), a partir das quais somos transportados para os arts 8º (personalidade judiciária), 24º e 25º (incapacidade judiciária, em sentido lato) e 33º e 40º (patrocínio judiciário)”. GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 73.

⁴¹⁴“Após o desenvolvimento de um processo, reunidos os elementos necessários à solução do litígio, verifica-se, tardiamente, a falta de algum requisito processual, seja pressuposto, seja condição da ação. Mesmo concluindo que essa ausência não impediu que o instrumento proporcionasse aos interessados plena possibilidade de participação e ao juiz total visão do fenômeno substancial sobre que incidirá sua decisão, invalida-se o processo ou extingue-se-o sem exame do mérito, colocando a perder tudo o que se realizou até então, apenas em homenagem à técnica processual”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 195.

⁴¹⁵Não obstante a crítica feita por Raimundo Simão de Melo, que reflete uma fase de adaptação a uma nova realidade de tutela coletiva de interesses e direitos transindividuais: “Primeiro, em razão da cultura individualista e do pouco conhecimento dos novos instrumentos; segundo, porque aqueles que se utilizam de tais remédios processuais **deparam-se com muita rejeição pelos juízes do trabalho no tocante à legitimação ativa e ao interesse de agir, entre outros problemas**, embora estejam esses assegurados de forma absolutamente explícita na lei (arts.5º, da LACP e 8º, inciso III da CF). In MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 52 sem realces no original.

⁴¹⁶Súmula 263 do Tribunal Superior do Trabalho - TST.

da Reclamada,⁴¹⁷ sendo pacífico na jurisprudência trabalhista que alguns defeitos de representação sejam relevados,⁴¹⁸ além de reconhecer a existência de mandato tácito, inclusive para fins recursais.⁴¹⁹

5.2.5.2. Princípio da integral precaução, prevenção e reparação do dano coletivo

O artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, consagram o **princípio da integral reparação dos danos coletivos**, sendo assegurada a total prevenção e reparação dos danos coletivos pelo artigo 6º da Lei nº 8.078/2009 – CDC, legislação que também dispôs serem admissíveis todas as espécies de ação para a defesa dos interesses e direitos transindividuais, de forma a assegurar a adequada e efetiva tutela⁴²⁰.

Por sua vez, o **Projeto de Lei nº 5.139/2009** além de assegurar a máxima eficácia como princípio, dispôs sobre o princípio da tutela coletiva adequada, para efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos e, ainda, a punição pelo enriquecimento sem causa.⁴²¹

Observe-se que é o interesse público e social⁴²² que justifica a eleição de tais princípios, que não podem ser considerados como meros enunciados, sem qualquer implicação prática.

Assim, deve o juiz não apenas outorgar tutela adequada do ponto de vista da efetividade, mas também priorizar o cumprimento da decisão proferida no processo

⁴¹⁷“Nada impede que o juiz, verificando antes da primeira audiência que há algum defeito na petição inicial, determine que o demandante venha a emenda-la no prazo de dez dias” e “Mesmo havendo revelia, pela não apresentação de defesa na audiência inicial, pode o juiz determinar que a peça vestibular seja emendada, desde que a inicial se apresente com defeitos e irregularidades que possam ser corrigidas pelo autor”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 260 e 261, respectivamente.

⁴¹⁸Súmula 395, especialmente quanto aos incisos I e III, do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

⁴¹⁹Orientação Jurisprudencial 286 da Seção de Dissídios Individuais – 1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

⁴²⁰“No dispositivo que estamos comentando (art. 83), o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 834.

⁴²¹**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º Inciso IV** - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴²²“O interesse social sempre presente nas ações coletivas, impõe essa efetividade do processo coletivo”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

coletivo, de natureza cautelar, antecipatória ou de mérito, de forma que se materialize a sua máxima efetividade.

Destarte, deve o juiz acompanhar a execução das medidas determinadas para que se alcance a prevenção, precaução e também a reparação dos danos acarretados à coletividade, o que não ocorre na prática, pois os processos de execução coletiva não são separados dos processos de execução individual, tampouco conta o juiz com estrutura suficiente para que possa se dedicar à execução coletiva.

Assim, tutela coletiva adequada,⁴²³ para ser efetiva, pressupõe que o magistrado possua estrutura também adequada para impulsionar a execução, pois essa em nada se assemelha à execução individual.

O princípio da máxima efetividade e integral reparação dos danos tem ainda especial e diferenciado enfoque em matéria de execução coletiva, pois nos termos do artigo 100 da Lei nº 8.078/90 – CDC, ainda que não tenham sido promovidas as execuções individuais, haverá a execução coletiva, por meio de um arbitramento do dano coletivo, ou seja, de qualquer forma, a reparação do dano será integral.⁴²⁴

E, por fim, somente será adequada a tutela que propiciar não só a prevenção e precaução dos danos coletivos, mas também **a efetiva reparação dos danos morais coletivos**, efeito que não é alcançado, apenas com a prolação da sentença de mérito, especialmente no que se refere à Justiça do Trabalho, tema do presente estudo.

5.2.6. Princípio da motivação adequada ou específica da decisão judicial

Não haveria que se destacar **o princípio da motivação da sentença como sendo específico do processo coletivo**, se não fosse para acrescentar alguma peculiaridade que o faz singular, pois como já visto no presente estudo, a exigência de fundamentação da sentença faz parte da história e da tradição do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido alçado à categoria de princípio constitucional pela Constituição de 1988.

⁴²³“Como a prestação efetiva da tutela do direito depende do provimento adequado, é claro que não há como falar em direito à tutela sem pensar em direito ao provimento que seja capaz de prestá-la.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

⁴²⁴“Outra faceta desse princípio está na chamada *fluid recovery*, recuperação fluída, segundo a disposição do art. 100 do CDC, sendo que mesmo não havendo liquidação e execução da totalidade dos titulares dos direitos individuais homogêneos, a reparação deverá ser integral, com os valores auferidos revertidos para o FDD”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 130.

O Projeto de Lei nº 5.139/09 ao dispor sobre os princípios que informam o processo coletivo, expressamente indicou, no artigo 3º, inciso V, “a motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados”, em clara inovação, pois o princípio não constara de nenhuma das propostas de codificação até então apresentadas.

Uma explicação é devida: embora o adjetivo “adequada” transpareça mais apropriado para qualificar a motivação exigida nas decisões judiciais proferidas nos processos coletivos, optou-se por também adotar-se o termo “específica”, exatamente em razão de ter sido esse o termo que foi adotado pelo referido Projeto de Lei.

A adoção do princípio de motivação adequada ou específica das decisões judiciais no processo coletivo, embora possa suscitar alguma perplexidade e dificuldade de seu alcance e interpretação, representa uma tendência do direito processual na atualidade, pois o **Projeto de Lei nº 8.046/10 – Novo Código de Processo Civil** também apresenta a mesma diretriz quanto a uma motivação que apresente as razões das suas escolhas, exatamente para os casos de aplicação de conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos.⁴²⁵

Logo, pode-se afirmar que em razão de ter o juiz de aplicar, cada vez com mais frequência, regras que contenham conceitos abertos ou indeterminados e cláusulas gerais⁴²⁶ contidas nos preceitos legais e, em especial, princípios muitos deles de estatura

⁴²⁵**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 472.** O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. **Parágrafo único.** Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁴²⁶“Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica do julgador*, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 385.

constitucional, que inevitavelmente colidem entre si,⁴²⁷ há uma nova exigência quanto aos requisitos que devem caracterizar a fundamentação das decisões judiciais.

É verdade que o requisito da motivação também deve estar presente nas decisões judiciais que envolvem típicos direitos subjetivos,⁴²⁸ mas nesse caso a atividade do juiz não possui uma margem tão grande de escolha, o que acontece quando tem que decidir sobre conflitos que envolvem princípios ou garantias fundamentais, ou seja, quando há mais de uma possibilidade de solução que pode ser validamente adotada pelo juiz.

Dessa forma, é correto afirmar que a motivação judicial se torna mais importante quanto maior a discricionariedade do julgador na aplicação dos princípios e dos conceitos abertos e indeterminados, aliás, como já reconhecia a doutrina antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.⁴²⁹

Se há na atualidade uma necessidade crescente de se conhecer os motivos que foram utilizados pelos juízes na prolação de suas decisões e não raro ocorram críticas e seja apontado que há um *déficit* de motivação judicial,⁴³⁰ a motivação adequada ou

⁴²⁷“Princípios contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que em uma ordem pluralista existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113.

⁴²⁸“Na fundamentação, o juiz deverá apreciar as provas existentes nos autos, desenvolvendo seu raciocínio lógico, fundamentando porque decidiu desta ou daquela forma, indicando as normas jurídicas aplicáveis ao caso examinado”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 367.

⁴²⁹“Vale acentuar que a necessidade de motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo, ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados como o de “bons costumes”, “exercício regular de direito”, “interesse público” e outros análogos; e que as hipóteses de discricionariedade concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha e, sobretudo senão terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: 2. série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87-88.

⁴³⁰“Nada obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada ‘motivação concisa’, autorizada pela jurisprudência das Cortes Superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite, agora, como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 123.

específica se revela ainda mais necessária nas decisões judiciais proferidas em face dos conflitos de interesses e direitos de natureza transindividual.

Com efeito, é em razão da própria natureza do conflito trazido para o processo coletivo, envolvendo uma multiplicidade de sujeitos que litigam sobre direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que muitas vezes se confundem e se modificam ao longo do tempo do próprio processo, que se intensifica a necessidade de clareza das decisões judiciais.

Essa a finalidade do princípio da motivação adequada ou específica ao processo coletivo: propiciar às partes o necessário conhecimento das escolhas feitas pelo juiz ao decidir o conflito, a fim de que possam saber qual norma privilegiou o julgador, qual princípio elegeu como aplicável àquele caso e por que o fez em detrimento de outros princípios, igualmente importantes e, não raro, de mesma estatura constitucional.

É também por meio do princípio da motivação adequada ou específica que se alcançará o necessário equilíbrio em face dos **princípios da flexibilização e adaptação do procedimento em atenção ao direito material objeto do litígio**⁴³¹, bem como ao **princípio da máxima efetividade do provimento jurisdicional**, que exigirá não apenas a superação de questões meramente formais em busca da sentença de mérito, mas também um provimento adequado à efetividade concreta desse provimento.

Alguns exemplos podem aclarar o que se está afirmando: se o juiz, numa ação coletiva decide ouvir as partes e mesmo testemunhas sobre fatos que precisem ser esclarecidos, antes de determinar a realização da prova técnica, deve apresentar às partes quais são esses fatos e quais os pontos que, de acordo com o seu entendimento, necessitam de informações e esclarecimentos, a fim de que os litigantes possam ter condições de apresentar os subsídios de que necessita o julgador para a instrução do feito.

Na mesma linha, se o juiz decide dar oportunidade à parte para proceder a uma regularização quanto a algum pressuposto processual ou, ainda, especificar a quem compete o ônus da prova quanto a determinado fato, deve também apresentar os fundamentos que embasaram essa decisão, de maneira que as partes tenham o conhecimento necessário das diretrizes que estão sendo tomadas pelo juiz.

⁴³¹Exemplo da importância da fundamentação em face da flexibilidade e adequação pode ser encontrado no parágrafo 4º do artigo 273 do CPC, que autoriza o juiz a revogar ou modificar, a qualquer tempo, a concessão da tutela antecipada, desde que o faça por decisão fundamentada. É pelo fundamento adotado pelo juiz que se legitima a decisão de modificação ou revogação.

O princípio da motivação adequada tem, assim, a primordial função de validar as decisões judiciais, justificando-as por meio da racionalidade,⁴³² ou seja, não é apenas garantia das partes, mas é também garantia do processo e da jurisdição coletiva, de forma que uma decisão que indique as razões pelas quais foi adotada uma solução em detrimento de outra, **será mais propícia a demonstrar que o juiz trilhou o caminho da melhor decisão possível**, já que não existe “uma única decisão possível”⁴³³ ou “uma única decisão correta”.⁴³⁴

Tal princípio deve ainda ser harmonizado com o **princípio da participação**, pois a sentença deverá refletir a preocupação do juiz com a repercussão de sua decisão para uma dada coletividade⁴³⁵ e também propiciar o entendimento daqueles que forem diretamente afetados pelo provimento jurisdicional, que não são apenas as partes – autor ideológico e réu do processo coletivo.

Se a sentença viabilizar a compreensão da sociedade quanto à solução dada ao caso concreto, estará concretizando o **princípio de amplo acesso à Justiça**, que não se limita a possibilitar o acesso ao Judiciário, mas exige que a resposta para o conflito de interesses seja capaz de propiciar a pacificação, de forma a solucionar e, mais importante, pacificar o conflito que é coletivo e, portanto, tem relevância social.

Eis aí um grande desafio para o juiz: examinar conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios de forma que aquele cidadão que for afetado pelo provimento jurisdicional coletivo, possa ter conhecimento de que forma foi o conflito decidido,

⁴³²“Assim, o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado contemporâneo, está em verificar se é possível justificar a decisão do juiz, ou melhor, encontra-se na definição daquilo que assegura a aceitabilidade racional dessa decisão.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49-50. (Curso de Processo Civil, v. 1).

⁴³³Hans Kelsen utilizou a metáfora da moldura para afirmar que várias soluções são possíveis dentro da moldura preestabelecida pela lei, todas de igual peso ou valor, sendo a decisão tomada pelo juiz que estabelece a lei para o caso concreto. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 207-211.

⁴³⁴“Alguns autores, especialmente Ronald Dworkin, sustentam que é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Trata-se de questão bastante controversa. Porém, aceita ou não a tese da “resposta correta”, o certo é que não se pode isentar o juiz do dever de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127. (Curso de Processo Civil, v. 1).

⁴³⁵“Especialmente tratando-se de ações movidas para a tutela de direitos coletivos, impõe-se ao juiz *um peculiar modo de pensar* o direito, tomando em conta não apenas a solução de “um” litígio, mas a repercussão que a sua decisão terá para os demais jurisdicionados. *A massificação dos direitos*, assim, é fator que não poderá passar despercebido, seja pelo legislador, seja pelo juiz”. MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 282.

aproximando-se do ideal de um **processo justo**,⁴³⁶ que possa ser compreendido pela sociedade.⁴³⁷

Logo, a concretização do processo justo passa, necessariamente, por duas características da sentença coletiva, quais sejam, **a clareza e a simplicidade**, qualidades que devem ser buscadas pelo juiz, mas não apenas por ele, pois também as partes, os advogados e os auxiliares do juízo devem cooperar por meio dos atos que praticam no processo, de maneira a não criar incidentes desnecessários que burocratizem as decisões judiciais.

Com relação à clareza da sentença, tal requisito não é estranho ao ordenamento brasileiro, ao contrário, foi expressamente previsto em vários Códigos de Processo Civil Estaduais ao lado do requisito da precisão,⁴³⁸ ambos sendo mantidos quando da unificação da legislação processual pelo Código de Processo de 1939.⁴³⁹

O Código de Processo Civil de 1973 e a Consolidação das Leis do Trabalho não indicaram os requisitos da clareza e da precisão da sentença,⁴⁴⁰ precisão que agora se pretende resgatar por meio de Projetos de Lei que dispõem sobre o processo em geral e o processo coletivo, esse por via da motivação específica da sentença, ou como aqui se defende, a motivação adequada da sentença às peculiaridades da lide coletiva.

⁴³⁶“Ademais, o *justo* é um valor que, embora não se defina, é alcançável por todos. A função do processo, é em última análise, *fazer justiça*. E quando, na situação concreta, não a faz, a consciência social inteira se manifesta. Não é preciso ser doutor em lei para sentir a justiça ou injustiça de uma decisão. Processo *justo*, nesse modo de ver, é aquele que realiza, dentro da técnica processual, uma composição da lide que satisfaça a concepção média da sociedade em torno do justo.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5, p. 51.

⁴³⁷“O juiz deve fundamentar convincentemente as suas decisões, de modo que não apenas as partes ou os demais órgãos jurisdicionais (recorridos ou para os quais se recorrem) sejam persuadidos do acerto da decisão, mas também a própria sociedade ou comunidade na qual o juiz se insere”. MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 282.

⁴³⁸Nesse sentido: artigo 499 do Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul; artigo 382 do Código de Processo Civil de Minas Gerais; artigo 273 do Código de Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal; artigo 330 do Código de Processo Civil e Comercial do Ceará e artigo 231 do Código de Processo Civil e Comercial do Paraná. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216-217. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

⁴³⁹**Código de Processo Civil de 1939: Artigo 280.** A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão.

⁴⁴⁰A doutrina do processo coletivo aponta que tais requisitos devem qualificar as decisões judiciais: “E é o ordenamento jurídico, como visto, que guiará, por seus princípios, a atividade jurisdicional. O juiz há de fundamentar suas decisões, **de modo claro e preciso**, justificando-as”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 62. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona). – sem destaque no original.

Quanto ao requisito da **simplicidade**, não há unanimidade entre os doutrinadores do Direito Processual do Trabalho, pois embora possa ser objetivo de todo e qualquer processo, e não apenas do processo do trabalho,⁴⁴¹ há quem defenda que constitui verdadeiro princípio a informar o processo laboral, devendo ser aplicado, inclusive, na motivação da sentença,⁴⁴² lição que poderia muito bem ter se inspirado em um dos antigos Códigos de Processo Civil Estaduais⁴⁴³ ou em recente recomendação do Corregedor Geral da Justiça do Trabalho.

Foi feita referência, no presente estudo, às escolhas do juiz diante de normas de caráter aberto, cláusulas gerais e princípios em colisão, o que exige a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para o balizamento ou ponderação de regras e princípios, de forma a também impactar na motivação das decisões judiciais, exigindo que a fundamentação seja apresentada de forma explícita, a fim de revelar qual o raciocínio desenvolvido pelo julgador.⁴⁴⁴

Embora a discussão esteja normalmente centrada na aplicação das normas e dos princípios, oportuno destacar que também os fatos trazidos para o processo passam pelo

⁴⁴¹Nesse sentido a lição de Sérgio Pinto Martins: “Vemos, portanto, que a ideia de simplificação de procedimentos é buscada em qualquer dos ramos da ciência processual e não apenas no processo do trabalho. Logo, não se justifica que o processo do trabalho tenha como princípio a simplificação de procedimentos, que deve ser procurada em qualquer tipo de processo, inclusive no processo civil e penal.” In MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 74.

⁴⁴²“Motivar de *modo objetivo*, aliás, é também dialogar com o princípio da simplicidade: a decisão judicial deve ser plenamente inteligível para os iniciados e suficientemente inteligível para os leigos. Nessa medida, uma fundamentação hermética, atulhada d latinismos, estrangeirismos e linguagem gongórica, por não ser clara e objetiva, decerto não atende bem ao princípio da motivação”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6878, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁴³**Código de Processo Civil de Minas Gerais. Artigo 382.** A sentença deve ser clara, concisa, sem divagações científicas, escripta, datada e assignada pelo juiz. In NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216 e nota de rodapé n. 346. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21), **grafia como consta do original.**

⁴⁴⁴“Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se *houver* uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica da ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao Direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, por que decidiu por uma direção ou sentido, e não por outros.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122-123.

crivo do juiz⁴⁴⁵ ao decidir o que é ou não relevante para a tomada de decisão,⁴⁴⁶ o que igualmente exige ponderação e, por consequência, a apresentação de uma argumentação racionalmente construída, legitimando a decisão judicial.

Para concluir, há realmente que se eleger o princípio da motivação adequada ou específica no processo coletivo, pois ele representará um necessário contrapeso aos princípios da flexibilização, da adequação e da máxima efetividade, equilibrando esses princípios de maneira que todos se tornem realizáveis, além de legitimar as decisões judiciais, otimizando os princípios do acesso à Justiça e da participação, por meio de uma salutar retomada dos requisitos da simplicidade e clareza das decisões judiciais.

5.2.7. Princípio da publicidade e ampla divulgação dos atos processuais

Como já visto no presente estudo, o princípio da publicidade que era reconhecido pela teoria geral do processo,⁴⁴⁷ foi consagrado pela Constituição que o elegeu como regra geral no que se refere a serem públicos os atos processuais (artigo 5º, inciso LX), de maneira a constituir um novo princípio constitucional do processo.⁴⁴⁸

O princípio da publicidade dos atos judiciais faz parte do próprio Estado Democrático de Direito, razão pela qual a Constituição assegurou, em acréscimo, que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e, também deverão ser

⁴⁴⁵O artigo 462 do Código de Processo Civil já autoriza que o juiz tome em consideração fatos que possam influenciar o julgamento da lide, de ofício ou a requerimento da parte, o que nada mais é que a necessária ponderação entre fatos, para a adoção do que é relevante para a decisão.

⁴⁴⁶“Com efeito, não é incomum, diante de um caso, que alguns fatos sejam considerados relevantes, e outros ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e ignorar outros?”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125.

⁴⁴⁷“O princípio da publicidade garante às partes, no processo do trabalho (como nas demais manifestações do processo judicial: civil, penal, fiscal, etc.), a divulgação oficial dos atos judiciais, a realização de audiências públicas e a possibilidade de consultas motivadas aos autos e documentos, com extração de certidões, ressalvados os casos legais de sigilo judiciário, nos termos da Constituição (artigo 93, IX, CRFB) e da legislação federal ordinária (e.g. artigo 155 do CPC).” FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6870, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁴⁸“Como novas garantias, a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais são elevadas em nível constitucional (arts. 5º, LX e 93 IX).” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 45.

fundamentadas todas as decisões judiciais (artigo 93, inciso IX), sendo as garantias de publicidade e motivação complementares entre si.⁴⁴⁹

No processo coletivo, o princípio da publicidade é aplicado de forma particular, pois é imperativa a divulgação quanto à existência da ação para tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, providência que tem por fim possibilitar que os possíveis beneficiários possam intervir como litisconsortes na respectiva ação (artigo 94, da Lei nº 8.078/90 - CDC), quando então serão atingidos pela coisa julgada mesmo se o julgamento se der pela improcedência (artigo 103, §2º, da Lei nº 8.078/90 - CDC).

Outra consequência da publicidade quanto à ação coletiva para tutela de interesses e direitos individuais homogêneos é a contagem de prazo para que o interessado possa requerer a suspensão da ação individual que já esteja em andamento, sem a qual não poderá se beneficiar do futuro provimento jurisdicional coletivo (Lei nº 8.078/90, artigo 104, *caput*).

Apenas esses dois exemplos são suficientes para demonstrar a particularidade da publicidade no processo coletivo, pois tal princípio tem como função não apenas garantir a ciência das partes da relação processual, mas também garantir que os potenciais interessados ou beneficiários do provimento coletivo relativo aos interesses e direitos individuais homogêneos tenham também conhecimento da existência dessa ação e possam tomar suas próprias decisões quanto ao direito individual que foi lesado.

O modelo adotado pelo Brasil se inspirou na *class action* do direito norte-americano,⁴⁵⁰ mas não o copiou, pois naquele sistema exige-se **a notificação pessoal** dos integrantes da classe, o que inviabiliza muitas ações coletivas, não apenas em razão da dificuldade de localização das pessoas, mas também do custo para a parte e do tempo despendido para que todas as notificações possam ser realizadas.

⁴⁴⁹“Há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais, trata-se de verdadeiro instrumento de eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 63.

⁴⁵⁰“É aquilo que o ordenamento norte-americano chama de *the best notice practicable under the circumstances*”, recomendando, ainda, *individual notice to all members who can be identified through reasonable effort*.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 881.

Por outro lado, a Lei nº 8.078/90 – CDC manteve a publicidade da ação coletiva por meio de “edital em órgão oficial”,⁴⁵¹ providência meramente formal como é notório, pois o cidadão comum não lê o diário oficial e, assim, o princípio não será concretizado por esse meio, fundamento que pode ser adotado para dispensar-se essa providência que acarreta ônus desnecessário para o processo, além do tempo para consumir-se a providência e sem que alcance qualquer resultado prático.

Mais adequado que o juiz determine **a publicidade por outros meios de divulgação também autorizados pela lei**, como rádio, jornal, televisão e, em se tratando de interesses e direitos dos trabalhadores, por via de divulgação na própria empresa, pelo tradicional meio de circulares ou via comunicação por correio eletrônico e redes sociais, mais adequados na atual era digital.

O princípio da publicidade tem ainda outro desdobramento no que se refere ao dever de informação ao Ministério Público de fatos que possam vir a embasar futura ação coletiva,⁴⁵² por parte de juízes e também de servidores públicos, representando dever funcional para esses e faculdade para as pessoas que não estiverem investidas em cargo público.⁴⁵³

Logo, é por meio do princípio da publicidade que se viabiliza a ciência do Ministério Público quanto às lesões aos interesses e direitos transindividuais, o que particulariza esse princípio em sede de processos coletivos, em face da relevância social que caracteriza a respectiva tutela.⁴⁵⁴

⁴⁵¹**Lei nº 8.078/90 – CDC. Artigo 94.** Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

⁴⁵²“Nunca é demais ressaltar que não haverá obrigatoriedade para o Ministério Público propor a demanda coletiva, nem mesmo de instaurar inquérito civil. Terá ele de avaliar a “conveniência e oportunidade” para essas condutas”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 131.

⁴⁵³**Lei 7.347/85 – LACP. Artigo 6º** Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. Artigo 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

⁴⁵⁴Referindo aos artigos 6º E 7º da Lei nº 7.347/85 afirmam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior. “Estes dispositivos traduzem um defer cívico, não sendo novidade no sistema, pois já se apresentavam quanto à tutela pena (art. 15 da Lei de Ação Popular; art. 40 do Código de Processo Penal). A novidade está em serem objeto de tutela civil, consequência clara da forte presença do interesse público primário nas demandas coletivas”. In DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 131.

No caso de lesão aos interesses e direitos de determinada categoria de trabalhadores, **os efeitos do princípio da publicidade** poderão ser ampliados via informação ao sindicato de classe e, dependendo da extensão do dano, à respectiva Federação e Confederação, para que possam tomar as providências necessárias para a defesa coletiva dos trabalhadores, pois igualmente legitimados para a ação coletiva na Justiça do Trabalho.⁴⁵⁵

Resta demonstrado, assim, que o princípio da publicidade tem diferenciada aplicação no processo coletivo, seja por meio da informação de fatos aos legitimados ativos para a ação coletiva, seja pela via da divulgação dirigida aos potenciais interessados na respectiva tutela coletiva.

Por outro lado, deve-se atentar que a legislação vigente nada dispõe sobre a **publicidade da sentença coletiva, quando do seu trânsito em julgado**,⁴⁵⁶ o que exigiu da doutrina grande esforço para defender uma interpretação sistemática e integração analógica, **com fulcro no princípio constitucional da publicidade**, a fim de que o juiz determinasse, ainda que sem previsão legal expressa, a publicação por edital da sentença transitada em julgado.⁴⁵⁷

Deve ser ressaltado que essa publicação da sentença transitada em julgado não deverá ser feita por edital, pois não alcançará o objetivo de cientificar os possíveis beneficiários da decisão coletiva, o que exigirá que a divulgação se dê de outra forma,

⁴⁵⁵Tese apresentada e aprovada durante o XV CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho. TEMA II - Relações coletivas de trabalho e democracia. Comissão 1. Tese n.01.2 Autora e responsável pela defesa perante a comissão temática: Maria da Graça Bonança Barboza - AMATRA XV. **EMENTA - AÇÕES INDIVIDUAIS QUE SE REPETEM - CONVENIÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA.** O juiz, constatando a existência de vários processos individuais, com idêntico polo passivo e identidade de pedidos e fundamentos, oficiará não apenas o Ministério Público do Trabalho, **mas também à entidade sindical representativa da respectiva categoria profissional**, visando a promoção de ação coletiva para defesa dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, medida que atende aos princípios de acesso à Justiça, efetividade e economia processuais, alinhando-se com o II Pacto Republicano e com os objetivos do CNJ-Conselho Nacional de Justiça. CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - XV CONAMAT. *Teses aprovadas.* Disponível em: <http://anamatra.tempsite.ws/conamat/teses_aprovadas.aspx>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁴⁵⁶**Lei nº 8.078/90 – CDC. Artigo 96. vetado.** Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93.

⁴⁵⁷“Ora, é evidente que o juiz deverá proceder à intimação da sentença e esta, no caso em tela, só poderá dar-se por meio de editais, devendo o juiz socorrer-se, por analogia, do disposto no artigo 94. Além do mais, cabe ao juiz dar efetiva aplicação ao princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º Inc. LX e art. 94, IX da CF), utilizando as técnicas que mais se coadunam com as ações coletivas.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 885.

podendo ser adotados além daqueles meios já previstos pela lei, quaisquer outros que se mostrem efetivos para ciência das partes interessadas.

Destaca-se, por oportuno, que **o princípio da publicidade pode não ser concretizado pela via da publicação da própria sentença coletiva**, pois em razão da sua extensão e complexidade, pode confundir e não informar os interessados quanto ao que restou decidido. Melhor que se faça um resumo da decisão, acrescentando-se informações quanto à habilitação e liquidação, da forma mais simples possível e sem perder de vista o perfil dos destinatários da tutela coletiva.

As informações quanto às providências seguintes ao trânsito em julgado aos beneficiados pela decisão judicial são de vital importância para a efetividade do provimento, pois no caso de tutela de interesses e direitos individuais homogêneos as próprias vítimas ou seus sucessores deverão promover a liquidação e a execução da sentença – artigo 97 da Lei nº 8.078/90 – CDC, sob pena de não o fazendo ser iniciada a execução coletiva da indenização devida pelo dano causado e não liquidado – artigo 100, caput, da Lei nº 8.078/90 – CDC.

A relevância e as peculiaridades do princípio da publicidade fez com que ele fosse adotado de forma expressa pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴⁵⁸ e, na sequência, pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009⁴⁵⁹ que, aprimorando aquela ideia original, elencou entre os princípios que regem o processo coletivo a “**publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade**”.

O aprimoramento se deu não apenas pela consagração do próprio princípio da publicidade a informar o processo coletivo, como também pela **garantia de divulgação dos atos no interesse da comunidade**, o que possibilita ao juiz decidir com certo grau de discricionariedade, qual ato do processo deve levar ao conhecimento público, decisão que deve se fundamentar no interesse da própria coletividade.

⁴⁵⁸ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 2º (...) letra o) ampla divulgação da demanda e dos atos processuais** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de *Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 453.

⁴⁵⁹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º (...) Inciso VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

E, nesse aspecto há evolução quanto ao princípio, pois passa a ser indicado como conceito aberto e deixado a critério do juiz a conveniência de lhe dar concretude, **o que tem especial aplicação em matéria de reparação dos danos morais coletivos**, seara na qual os interesses da coletividade ainda não foram considerados para fins da devida publicidade da respectiva decisão, devendo ser lembrado que a ciência da coletividade que foi lesada é essencial para que se alcance a adequada tutela em termos de precaução, prevenção e reparação dos danos morais coletivos, igualmente consagradas como princípio a informar o processo coletivo.⁴⁶⁰

A necessidade de aperfeiçoamento das regras atinentes à publicidade no processo coletivo não passou despercebida pela doutrina do processo, pois nos trabalhos que resultaram no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, dispôs sobre ser ônus do demandado informar os interessados no caso de decisão que antecipe os efeitos da tutela⁴⁶¹ e também de divulgar, nos casos de execução provisória, pelos meios da comunicação social, informação compatível com a extensão e gravidade do dano.⁴⁶²

Por outro lado, deixou **o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** de promover avanço necessário no que se refere à publicidade quanto à existência da ação coletiva, para fins de intervenção dos interessados, pois mantida a

⁴⁶⁰**Projeto de Lei 5.139/2009. Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios. (...) inciso IV. tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁶¹**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 30 (...) §2º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 460.

⁴⁶²**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 30 (...) §4º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 460.

ciência pela via do edital,⁴⁶³ mesmo meio adotado em caso de execução provisória da sentença.⁴⁶⁴

Por sua vez, o **Projeto de Lei nº 5.139/09** altera a forma de participação dos interessados na ação coletiva para tutela de interesses e direitos individuais coletivos,⁴⁶⁵ dispondo incumbir ao juiz determinar a comunicação direta aos interessados, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social,⁴⁶⁶ tais como correio, inclusive eletrônico, entre outras formas, observado o custo da medida, sem necessidade de identificação, nesse momento, dos titulares dos respectivos interesses e direitos.⁴⁶⁷

O referido Projeto de Lei preenche importante lacuna da legislação em vigor, quanto à publicidade dos atos processuais na fase de liquidação e execução da sentença nas

⁴⁶³ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 30.** Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo. *In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

⁴⁶⁴ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 30, §4º** Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, a expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos. *In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

⁴⁶⁵ O Projeto de Lei nº 5.139/2009 introduz no ordenamento brasileiro o instituto do *opt out* da *class action* do Direito norte-americano, o que significa que incumbirá ao possível beneficiário requerer sua exclusão da ação coletiva, até a publicação da sentença, para o fim de não se submeter aos efeitos da sentença coletiva (artigo 33, §3º) modificando, radicalmente, o sistema de participação do indivíduo e sua vinculação à sentença coletiva, matéria atualmente regulada pelos artigos 94 e 103, §§2º e 3º da Lei nº 8.078/90 – CDC. Sobre o *right to opt out das class action* do direito norte-americano em comparação com o sistema vigente no Brasil v. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Capítulo 5, item 5.6, p. 291-306.

⁴⁶⁶ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 13 caput.** Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a intimação pessoal do Ministério Público e, quando for o caso, da Defensoria Pública e, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos, a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos direitos ou interesses objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁶⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 13 (...).** Parágrafo único: A comunicação dos membros do grupo poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados direitos ou interesses, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ações coletivas de interesses e direitos individuais homogêneos, determinando incumbir ao réu dar ampla divulgação por meios de comunicação, além da notificação direta aos beneficiários com endereço conhecido, depois de realizar o depósito do valor das indenizações individuais.⁴⁶⁸

Sem dúvida que a forma mais eficaz de ciência aos interessados beneficiados pela sentença coletiva é a direta, por notificação ao endereço da pessoa, **medida que em termos de processo do trabalho é totalmente factível**, pois a reclamada detem, em regra, as informações necessárias para localizar os trabalhadores e informá-los sobre os valores que serão pagos individualmente, em razão do contrato de emprego mantido entre as partes.

Também em matéria de ações que tenham como objeto a fixação de indenização por danos difusos e coletivos inovou o Projeto de Lei nº 5.139/2009 ao dispor que na aplicação dos recursos a comunidade deverá ser ouvida, **em audiência pública**, sempre que isso for possível,⁴⁶⁹ o que revela a busca pela publicidade e participação da coletividade inclusive quanto ao melhor destino da reparação.

O instituto da audiência pública tem sido cada vez mais adotado pela Justiça brasileira, mobilizando a comunidade e ampliando a discussão de temas polêmicos de grande interesse social, com a participação e colaboração de entidades de classe, órgãos públicos, Tribunais de Contas, Ministério Público, entre outros.⁴⁷⁰

As iniciativas de reformas legislativas quanto à aplicação do princípio da publicidade no processo coletivo demonstram que há necessidade de sua aplicação em todas as fases do processo e que a ciência aos interessados no provimento seja feita de

⁴⁶⁸**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 43 (...)** §2º Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁶⁹**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45 (...)** §2º Na definição da aplicação da verba referida no *caput*, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁴⁷⁰Na página virtual do **Supremo Tribunal Federal** consta, na data da consulta abaixo indicada, a realização de **duas audiências públicas** para discutir o “programa mais médicos” e sobre “biografias não autorizadas”, além da informação sobre abertura de inscrições para participação de *amicus curiae* no julgamento sobre a constitucionalidade de planos econômicos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

forma efetiva⁴⁷¹ e não mais apenas de maneira tradicional, formal e presumida, por não ser capaz de concretizar os fins almejados pela lei.

Em suma, o princípio da publicidade tem aplicação diferenciada nos processos coletivos, devendo ser aplicado sempre que se fizer necessária a divulgação de atos e informações do processo no interesse da coletividade cujos interesses e direitos estiverem relacionados com o objeto da ação coletiva, ainda que sem expressa previsão legal, com fundamento nos artigos 5º, inciso LX e 93, inciso IX, da Constituição.

Deve-se considerar, por fim, **a importância do instituto da audiência pública como forma de dar publicidade ao processo coletivo e assegurar a participação da comunidade**, pois não é possível que se ajuíze uma ação coletiva ou se proceda ao julgamento da respectiva pretensão, sem que a coletividade interessada tenha sido ouvida a respeito da controvérsia.⁴⁷²

5.2.8. Princípio da prioridade de tramitação do processo coletivo em todas as fases e instâncias

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu no ordenamento constitucional uma nova garantia, assegurando o direito à razoável duração do processo e, ainda, de forma complementar, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º,

⁴⁷¹“O direito à informação aos interessados, no caso aos trabalhadores, aos sindicatos e à coletividade, dos assuntos de interesse público pertence aos direitos humanos fundamentais de 4ª. Dimensão, achando-se inserido em vários tratados internacionais.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 63.

⁴⁷²“Então, muito embora no projeto apresentado não tenha constado expressamente que “deverá o juiz designar audiências públicas” no decorrer de uma demanda coletiva, parece mais do que claro que devem os magistrados, aplicando diretamente o princípio da ampla participação social, designá-las sempre que possível. Recorde-se, aliás, que é a própria Democracia que está em jogo quando do processamento de demandas coletivas. Desta forma, como não se ouvir a sociedade interessada? Podem o promotor público ou o magistrado olvidar a prévia oitiva social antes do ajuizamento e ou do julgamento de uma ação coletiva?” VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 62.

inciso LXXVIII), garantia também assegurada por outras Constituições democráticas,⁴⁷³ e que tem impulsionado alterações nas legislações processuais,⁴⁷⁴ podendo ser mencionadas, a título exemplificativo, as reformas de Portugal⁴⁷⁵ e da Itália.⁴⁷⁶

O I Pacto Republicano, firmado entre os chefes dos três Poderes da República, logo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu como premissa o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do **princípio constitucional da razoável duração do processo** e pela prevenção de conflitos,⁴⁷⁷ representando, assim, a principal medida de concretização do referido princípio constitucional.

Uma dessas reformas, ainda em andamento, consiste na proposta do novo Código de Processo Civil brasileiro que igualmente consagra o princípio do tempo razoável do processo para a solução integral da lide, compreendendo a sentença e sua satisfação,⁴⁷⁸ tal

⁴⁷³**Constituição da República portuguesa. Artigo 20º 4.:** Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. (Redação após revisão de 1997.) **Artigo 20.5.** Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos. **Constituição Espanhola. Artigo 24.2:** Todos tem direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, a defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias (...). **Carta Canadense dos Direitos e Liberdades. Artigo 11, letra b:** Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável.

⁴⁷⁴“A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 58.

⁴⁷⁵A morosidade do aparelho judicial foi um dos principais motivos de insatisfação dos cidadãos com o Judiciário português – que motivou a recente reforma do processo civil naquele país. GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 25.

⁴⁷⁶“Os problemas mais graves da justiça civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas à duração do processo; dizem respeito aos *tempos de espera*, aos “tempos mortos”, muito mais que aos *tempos de desenvolvimento* efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil.” TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 63, jul./set. 1995.

⁴⁷⁷**I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.** “Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.” SENADO FEDERAL. *Em 2004, Planalto, Congresso e STF lançaram o 1º Pacto*. <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2009/04/17/em-2004-planalto-congresso-e-stf-lancaram-o-1o-pacto>>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴⁷⁸Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL. Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

como dispõe o Código de Processo Civil português,⁴⁷⁹ evidenciando uma preocupação do legislador não apenas com a obtenção da sentença, mas com a satisfação do julgado ou, em uma única palavra, com a **efetividade**.

Quanto ao **processo coletivo**, as propostas de codificação ou de reforma da legislação também adotaram como diretriz a sua **prioridade de tramitação**, uma delas dispondo sobre incumbir a decisão ao juiz,⁴⁸⁰ mas ambas indicando como requisito a relevância social,⁴⁸¹ o que não se mostrava adequado, pois a relevância social é característica própria de toda e qualquer ação de natureza coletiva.⁴⁸²

O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** apresentou evolução nesse ponto, pois continha disposição específica de tramitação prioritária de ações coletivas (sem qualquer requisito quanto ao interesse ou relevância social) frente às individuais, por meio de procedimentos eletrônicos,⁴⁸³ que visam “acelerar” o tempo de tramitação por meio da racionalização de tarefas burocráticas e pela eliminação do “tempo morto do processo”, identificado como sendo aquele em que a parte espera a realização de

⁴⁷⁹ **Código de Processo Civil Português, Artigo 2º 2:** “A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”. GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

⁴⁸⁰ **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). Artigo 22.** Precedência da ação coletiva. O juiz poderá dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. In CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). In: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice, p. 445-459.

⁴⁸¹ **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 16.** *Prioridade de processamento* – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 421-432.

⁴⁸² “Como já afirmamos as ações coletivas, somente pelo fato de serem coletivas, já são de interesse social e, assim, devem sempre receber prioridade de processamento”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 95.

⁴⁸³ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 10.** *Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos* – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

alguma providência, por exemplo, a expedição de mandado ou de notificações, ou mesmo a realização da audiência já designada.⁴⁸⁴

Por sua vez, o **Projeto de Lei nº 5.139/09**, além de ser fruto das propostas anteriores, resultou de objetivo expresso no II Pacto Federativo firmado no Brasil,⁴⁸⁵ tendo elegido o princípio da prioridade de processamento do processo coletivo em todas as instâncias, como decorrência da aplicação do princípio constitucional da duração do processo, além de indicar, também como princípio, a preferência de execução da sentença coletiva em face da execução individual.⁴⁸⁶

A prioridade da execução da sentença coletiva sobre a individual como princípio se deu em razão da necessidade, vista pelo legislador, de se prestigiar a execução coletiva, mas nesse aspecto não parece ter agido com acerto, pois qualquer execução de sentença, seja individual ou coletiva, deve ser priorizada pelo Judiciário, pois é a garantia que a parte tem de fazer valer seu direito, após reconhecimento judicial, o que constitui garantia do Estado Democrático de Direito.

Poderia o legislador do **Projeto de Lei nº 5.139/09** ter adotado a redação ora proposta, estabelecendo o **princípio da prioridade de tramitação do processo coletivo em todas as fases e instâncias**, sem a necessidade de fazer qualquer referência à execução individual, alcançando-se, da mesma forma, a finalidade de priorização da solução coletiva dos conflitos e sem reduzir a importância da satisfação da sentença de natureza individual.

⁴⁸⁴“O que faz uma ação de despejo demorar dois anos ou mais para ser julgada e, às vezes, outro tanto para ser executada, não é, como toda a convicção, o respectivo procedimento legal. Pelo contrário, a demora usual e intolerável registrada nesses processos – como, de resto, na quase totalidade dos feitos – somente pode ser debitada à não-observância dos procedimentos e prazos prescritos na lei. São as longas esperas pela expedição dos mandados, pelo seu cumprimento; pela conclusão dos autos ao juiz; pela prolação dos atos decisórios; pela intimação das partes; pela subida dos recursos(...)”.THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5, p. 57.

⁴⁸⁵**II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Anexo.** Matérias prioritárias. **3 - Acesso universal à Justiça:** 3.2 - Revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa. Assinado pelos representantes dos 3 poderes em 13-09-09. publicado em 25.06.09 no DOU. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴⁸⁶**Projeto de Lei nº 5.139/2009: Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios. II. Duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias. IX. Preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Não há dúvida de que a priorização do processo coletivo decorre da relevância social da tutela e, ainda, da concretização do princípio de acesso à Justiça⁴⁸⁷ e que é urgente dar-se um novo tratamento para as ações coletivas que não podem tramitar juntamente com as ações individuais, como se fossem uma delas, sujeitas aos mesmos prazos, embora a decisão interesse a toda uma coletividade e não apenas a um indivíduo.

E ainda, é também premente que a execução da sentença coletiva seja priorizada, pois o que se verifica na prática é que quando o processo coletivo é decidido no mérito, segue-se uma fase de incertezas quanto à liquidação, muitas vezes dificultosa no caso de interesses e direitos individuais homogêneos, ou de difícil e complexa execução, na hipótese de obrigações de fazer e não fazer relativas a danos de natureza difusa e coletiva.

Todos esses fatores contribuem para o desprestígio das ações coletivas no âmbito do Poder Judiciário, o que poderia ser revertido, independentemente da aprovação do referido Projeto de Lei, **por medidas administrativas dos Tribunais** que incluíssem as ações coletivas como prioridades de tramitação, abrangendo julgamento e satisfação do julgado.

Há que se registrar que existem iniciativas nesse sentido, mas elas ainda são isoladas, tanto que se destacaram como inovação,⁴⁸⁸ contribuindo para esse cenário o fato de o Conselho Nacional de Justiça, ter fixado metas com o objetivo de assegurar a duração

⁴⁸⁷“É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, ‘à tutela jurisdicional efetiva, adequada tempestiva’”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 237.

⁴⁸⁸“O Judiciário do Rio Grande do Sul está inscrito para a quinta edição do Prêmio Innovare, na categoria Tribunal. A Justiça gaúcha participará com o projeto que priorizou o julgamento das ações coletivas para cobrança das diferenças de remuneração das cadernetas de poupança decorrentes dos sucessivos planos econômicos. As decisões proferidas foram adotadas para as ações individuais, que tiveram seguimento convertido em liquidação provisória. A medida resultou em celeridade na prestação jurisdicional e economia de recursos públicos. Com a uniformização das decisões, ficou também afastada a insegurança jurídica advinda de sentenças conflitantes. Os processos foram, ainda, centralizados nas 15ª e 16ª Varas Cíveis do Foro Central de Porto Alegre.” PROJETO das ações coletivas no RS disputará Prêmio Innovare. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/4922-projeto-das-as-coletivas-no-rs-disputar-innovare>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

razoável do processo,⁴⁸⁹ mas sem estabelecer nenhuma meta específica para as ações coletivas. Ao contrário, a prioridade continua sendo o julgamento em escala de produção, dos processos ajuizados, sem qualquer diferenciação quanto ao objeto ou a relevância da questão social.

Deve-se ter clareza, por outro lado, que o maior problema do Judiciário na atualidade não é a falta de metas, mas o excesso delas, pois além da tramitação dos processos há mais tempo distribuídos, foram recentemente priorizadas as soluções dos processos distribuídos no próprio ano a que se referia a meta e as execuções na Justiça do Trabalho⁴⁹⁰.

O que se deve ter em conta é que o juiz, além de dar cumprimento às metas que são fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, deve também atender, com urgência, aos demais casos em que o próprio legislador impõe a tramitação mais célere, como nas ações interpostas por idosos ou portadores de doenças graves, que tenham pedido de antecipação de tutela e, ainda, as ações cautelares,⁴⁹¹ além das causas submetidas ao rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho, sendo concreto o risco de ter o Judiciário tantas prioridades, que nada mais possa ser priorizado.

Tal situação não pode obstar, entretanto, que seja dada tramitação mais célere às ações coletivas, que devem ser priorizadas em face das demais ações de natureza individual, em razão da relevância social da respectiva tutela, de maneira a se alcançar a

⁴⁸⁹“As metas de nivelamento do Poder Judiciário foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009. Ao final do Encontro, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Judiciário no ano de 2009. O grande destaque foi a Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005. Com a Meta 2, o Poder Judiciário começou a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça. Foi o começo de uma luta que contagiou o Poder Judiciário do país para acabar com o estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais.” METAS Nacionais. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>. Acesso em: 28 ago. 2013; 05 nov. 2013.

⁴⁹⁰No primeiro ano, 2009, foram fixadas 10 metas para o Judiciário, com apenas uma delas relacionada à produtividade judicial, a Meta 2, sendo todas as outras referentes ao alinhamento dos Tribunais quanto à gestão e planejamento. Em 2013 foram fixadas 18 metas, aumentando-se as metas de produtividade para todos os segmentos da Justiça, aplicando-se à Justiça do Trabalho: **Meta 1**. Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos em 2013. **Meta 2** – Julgar, até 31/12/2013, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2009. **Meta 13** - Aumentar em 15% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011. METAS Nacionais. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>. Acesso em: 28 ago. 2013; 05 nov. 2013.

⁴⁹¹“Para evitar que a duração do processo acarrete dano à parte cujo interesse encontra-se amparado no plano do direito material, o sistema regula a tutela de urgência. É esse, aliás, o fundamento da tutela cautelar em geral”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

máxima efetividade do provimento jurisdicional, com pacificação social, no menor tempo possível.⁴⁹²

A priorização de tramitação da ação coletiva, em todas as suas fases, poderá ter como resultado a redução do número de ações individuais, pois a tutela coletiva é capaz de prevenir futuros litígios individuais⁴⁹³ e, dessa forma, reduzir a intensa litigiosidade em nosso país.⁴⁹⁴

Deve também ser considerado que a inversão da prioridade das ações representada pelo princípio aqui defendido, poderá ter o salutar efeito de fazer com que o sindicato de classe, também legitimado para a ação coletiva, deixe de ajuizar ações individuais “em lotes”, mesmo diante da homogeneidade que caracteriza os interesses e direitos individuais dos trabalhadores, tudo a contribuir para a concretização do princípio da economia processual.

E, na outra ponta, há que se estudar um dimensionamento diferenciado nas estatísticas de produtividade dos magistrados,⁴⁹⁵ as quais não diferenciam uma audiência ou uma sentença proferida em uma ação individual daquela realizada num processo

⁴⁹²“Efetividade, por seu turno, é conceito que se liga diretamente ao tempo do processo. As ideias complementam-se. Processo efetivo é aquele que confere à parte a tutela em tempo razoável”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁴⁹³“Não seria nem um pouco razoável que o Poder Judiciário não desse prioridade às tutelas jurisdicionais coletivas, pois é no julgamento desses conflitos que ele terá o condão de dirimir, em um único processo e em uma única decisão, um grande conflito coletivo ou vários conflitos individuais entrelaçados por uma homogeneidade de fato ou de direito que justifique, seja por força de economia processual, seja para evitar decisões conflitantes, a tutela jurisdicional coletiva”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573.

⁴⁹⁴“Não seria nem um pouco razoável que o Poder Judiciário não desse prioridade às tutelas jurisdicionais coletivas, pois é no julgamento desses conflitos moleculares que terá o condão de dirimir, em um único processo e em uma única decisão, no mais das vezes, um grande conflito coletivo ou vários conflitos individuais entrelaçados por uma homogeneidade de fato ou de direito que justifique, seja por força da economia processual, seja para evitar decisões conflitantes, a tutela jurisdicional coletiva.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 55.

⁴⁹⁵“Por outro lado, fala-se no artigo 3º, inciso II, na prioridade do processamento das demandas coletivas. Muito embora possa também parecer óbvia tal prioridade, enquanto os Tribunais não regulamentarem melhor tal princípio, estabelecendo, por exemplo, pontuações distintas aos magistrados quando julgarem demandas coletivas (com um peso naturalmente do que o julgamento de demandas individuais), influenciando a própria promoção na carreira, dificilmente a prioridade vai passar do papel para a prática do foro judicial. A pilha dos processos coletivos continuará a crescer e a empoeirar”. VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 63.

coletivo, que exige mais trabalho e dedicação do juiz, fatores que não são até hoje devidamente aferidos e, por consequência, valorizados no âmbito do próprio Judiciário.

Sem dúvida que **o grande desafio do Judiciário para o século XXI será equilibrar celeridade com as garantias do processo⁴⁹⁶ e a busca pela efetividade,⁴⁹⁷** pois não se pode “acelerar” o processo deixando de se garantir o acesso à Justiça e o devido processo legal,⁴⁹⁸ princípios balizas do processo coletivo, tampouco será possível contentar-se com uma solução célere, mas que não seja adequada de maneira a alcançar a efetividade.

E esse equilíbrio se torna ainda mais difícil de ser alcançado no processo coletivo, caracterizado por um intenso conflito de natureza transindividual, que não raro envolve matérias complexas⁴⁹⁹ e que dependem de avaliações técnicas e provas periciais, devendo ainda ser assegurada a participação daqueles que serão afetados pelo provimento jurisdicional, tudo a exigir um olhar diferenciado e mais atento do juiz.

Parece claro, portanto, que um processo coletivo demandará mais tempo que um processo individual, embora seu resultado possa se multiplicar de forma benéfica para toda a coletividade, tempo que pode acarretar prejuízos à função pacificadora do processo,⁵⁰⁰ razões pelas quais a prioridade de tramitação é medida que se impõe, como forma de reduzir tais desvantagens.

⁴⁹⁶“Afinal, depara-se o Direito Processual contemporâneo com um dilema: o que é mais importante, *garantir* os litigantes dentro da ampliação do contraditório, ou *simplificar* os procedimentos, de maneira a valorizar cada vez mais a celeridade do processo?”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5, p. 62.

⁴⁹⁷“A demora representa ameaça à efetividade, pois prolonga o estado de insatisfação do direito, afastando a necessária identidade entre a tutela jurisdicional e o cumprimento espontâneo do direito”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

⁴⁹⁸“É exatamente isso que o legislador tem buscado com as técnicas de aceleração do processo. Conferir-lhe efetividade, diminuindo o efeito deletério do tempo, mas assegurando o respeito ao devido processo legal.” OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

⁴⁹⁹A “complexidade do assunto” é uma das variáveis que são consideradas pela jurisprudência da Corte de Direitos do Homem para concluir se foi ou não observado o tempo razoável de duração do processo, conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci em *Garantias do processo sem dilações indevidas*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239.

⁵⁰⁰O direito das partes em participar ativamente do processo, requerendo, produzindo provas, e impugnando, ou seja, *dialogar* com o juiz, que também deve analisar e decidir sobre os requerimentos e os pedidos, além de fundamentar suas decisões, o que acarreta, necessariamente, dilações do feito, “pois tudo toma *tempo* e tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

A celeridade é apontada como princípio do processo trabalho em razão da informalidade, oralidade e simplicidade que caracterizam esse tipo de processo,⁵⁰¹ mas o tempo reduzido de tramitação de um processo não poderá ser considerado um valor em si mesmo,⁵⁰² pois se a rapidez for dissociada dos princípios que informam o processo coletivo, poderá ter efeito contrário, sendo fonte de injustiças, frustrações e desprestígio das decisões judiciais.

Não se pode esquecer que o processo foi concebido para demandar tempo, pois exige a prática de atos complexos (como as citações, notificações, certidões, audiências, sentenças) que envolvem vários agentes públicos (servidores, oficiais de justiça e juízes) e que as várias tentativas de reformas processuais não conseguiram, ainda que postas em prática,⁵⁰³ atender de forma satisfatória à demanda por justiça da sociedade contemporânea.

A morosidade do Judiciário é um problema em diversos sistemas jurídicos⁵⁰⁴ e não

⁵⁰¹“A *celeridade* – hoje com *status* constitucional (artigo 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB) – é igualmente prestigiada, como não poderia deixar de ser, dada a sua tradição no processo do trabalho, que é sabidamente a mais célere macromodalidade processual (i.e., comparada “*in genere*” com o processo civil e com o processo penal). FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6878, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁰²“A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o laerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos, Não parece, porém, que se ente saudade deles”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 43-44.

⁵⁰³Exemplo é o procedimento sumaríssimo – seção II-A, artigos 852-A a 852-I introduzida na CLT pela Lei nº 9.957/2000, que representa tendência da legislação brasileira, conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque: “A preocupação com a efetividade do processo tem levado os processualistas a imaginar mecanismos destinados a superar os óbices a que esse objetivo seja alcançado. Dentre as técnicas possíveis, a sumarização da cognição vem angariando a simpatia da moderna ciência processual, principalmente se consideradas a atureza e as especificidades de determinadas relações substanciais”. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 23.

⁵⁰⁴“Na Europa Ocidental e na América do Norte, a despeito da alarmante lentidão verificada na justiça de vários países, o direito a um processo sem dilações indevidas vem consagrado em inúmeros textos legislativos, dos quais derivou fecunda elaboração doutrinária e jurisprudencial”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 238.

somente do processo brasileiro⁵⁰⁵, tampouco pode ser solucionada apenas com alterações da lei processual, pois outros fatores devem ser considerados, como a intensa cultura de litigiosidade da sociedade brasileira, a estrutura do Poder Judiciário⁵⁰⁶ e, principalmente, o papel do juiz a quem incumbe, em última análise, pacificar o conflito⁵⁰⁷ mediante a outorga de tutela adequada e tempestiva⁵⁰⁸ à coletividade.

Ainda que as reformas não cheguem a se concretizar, tem o juiz nos princípios de acesso à Justiça, economia processual e tempo razoável do processo, os fundamentos necessários para priorizar o processo coletivo, podendo invocar, em acréscimo, o disposto no artigo 125, inciso II, do CPC, que impõe o zelo pelo andamento célere do processo, buscando sempre o equilíbrio necessário entre celeridade, garantias do contraditório e efetividade.

5.2.9. Princípio da pacificação social

A efetividade e o tempo do processo têm sido o foco dos processualistas e das reformas das legislações no Brasil e no mundo, impulsionadas por uma postura mais crítica das sociedades quanto à prestação jurisdicional.

Nesse cenário parece ter sido esquecida, ou colocada em segundo plano, a finalidade maior do processo, a razão pela qual assumiu o Estado a função de julgar os cidadãos, retirando do indivíduo a possibilidade de buscar e fazer justiça pelos próprios meios, qual seja, a pacificação social.

⁵⁰⁵“É provável que nunca se tenha criticado tanto a pouca eficiência da Justiça entre nós como nos tempos atuais. A mídia e a opinião pública constantemente lamentam a demora e os elevados custos da prestação jurisdicional, destacando, com incomodante frequência, a incapacidade do aparelho judicial para responder com a desejável prontidão aos reclamos de justiça dos jurisdicionados”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5, p. 56.

⁵⁰⁶“É nos órgãos de aplicação do processo que devem se concentrar, no momento, os esforços de modernização. Urge recicla-los, mediante aprimoramento do pessoal e modernização das técnicas de organização de trabalho”, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5, p. 65.

⁵⁰⁷“Direito constitucional de ação é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado a partir da Constituição Federal. Esse devido processo constitucional será manejado pelos juízes, pessoas investidas da função jurisdicional, com o objetivo de atuar a vontade da lei, eliminar os litígios e pacificar”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.

⁵⁰⁸“O incremento dos poderes do juiz tem de ser encarado e utilizado como instrumento da boa prestação jurisdicional. O lado mais visível, mas não o único, é o da duração do processo, que tudo se há de fazer para não alongar mais que o necessário”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66.

A doutrina reconhece que o destino do processo é alcançar a “pacificação com justiça”,⁵⁰⁹ pois o processo enquanto instrumento tem escopos jurídicos, políticos e sociais com vistas à pacificação,⁵¹⁰ sendo apontado como “instrumento ético”, regido por normas jurídicas, e também de conduta, em razão de tal finalidade.⁵¹¹

A instrumentalidade do processo voltada apenas para a realização do direito material seria, portanto, uma concepção muito pobre,⁵¹² pois deve ser reconhecido que o processo constitui uma verdadeira “ferramenta pública”⁵¹³ que tem por fim maior alcançar a efetividade sob o ponto de vista da pacificação social.

E essa finalidade do processo tem se destacado em matéria de processo coletivo, que reflete conflitos sociais e cujo provimento irá atingir coletividades mais ou menos abrangentes, mas sempre de forma que a tutela outorgada seja fundamental para que se alcance a paz dentro daquele grupo social.

A pacificação será ainda mais importante se envolver, como é o caso dos processos coletivos trabalhistas, relações de caráter continuativo, em que as partes estarão se relacionando antes e depois do processo, cujo provimento poderá contribuir, ou não, para a estabilização dessas relações.

Dessa forma, tal como aponta a doutrina, nos conflitos envolvendo interesses e direitos transindividuais, mais que a tradicional “solução da lide” deve ser buscada a

⁵⁰⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

⁵¹⁰“O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificador com que o Estado a exerce. Na realidade, são de três ordens os escopos visados pelo Estado, no exercício dela: *sociais, políticos e jurídico*”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30.

⁵¹¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 62.

⁵¹²“A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 151.

⁵¹³“Daí a ideia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, ago. 2006.

mediação do conflito social⁵¹⁴ ou de forma mais direta ainda, o reconhecimento que em tais casos **“a sentença de mérito não é a única possibilidade nem a mais interessante”**.⁵¹⁵

Nessa linha de ideias, formas alternativas de solução do litígio como a conciliação e a mediação⁵¹⁶ realizadas no âmbito judicial deverão ser valorizadas para que se possa falar em **pacificação**⁵¹⁷ **com justiça em processos coletivos**, devendo a sentença de mérito ser proferida apenas se frustradas as propostas para uma solução negociada do conflito social.

É claro que para que tal ocorra será necessária uma mudança de perspectiva e de cultura de todos aqueles que, de alguma forma, estiverem envolvidos no conflito, sendo primordial que se sintam estimulados a dialogar entre si e não mais debater, no sentido de encontrarem por si próprios, soluções que possam resolver o conflito de interesses de forma integral, além de criar uma cultura de prevenção de novas controvérsias, tudo com o escopo maior da pacificação social.⁵¹⁸

Assim, incumbirá ao juiz um novo papel no processo, qual seja o de obter uma solução negociada, pela tradicional e mais difícil via da conciliação ou pela ainda

⁵¹⁴Para Kazuo Watanabe a Lei nº 8.078/90 – CDC procurou disciplinar de forma pormenorizada as ações coletivas porque, dentre outras razões, “o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução de lides”. In GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 787.

⁵¹⁵“Porém, não se pode chegar ao ponto de cancelar os poderes de disposição das partes no processo. A sentença de mérito não é o único ponto onde o processo deve chegar e nem necessariamente o mais interessante. A transação, por exemplo, pode trazer melhores resultados à pacificação social, ainda que cada parte renuncie a parcela de seu direito”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁵¹⁶Sobre as diferenças entre os dois institutos conferir: ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dos paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93-101.

⁵¹⁷“A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 34.

⁵¹⁸Nesse sentido: “Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis),vão sendo incrementados os meios alternativos de pacificação social – representados essencialmente pela *conciliação, mediação e arbitramento*”. “. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

desconhecida e, portanto, pouco aplicada via da mediação, cujo objetivo é neutralizar o conflito e promover uma convivência pacífica com vistas ao futuro,⁵¹⁹ escopo essencial em matéria de lide de natureza coletiva.

Como mostra a experiência prática, quando as próprias partes chegam a uma solução, a um acordo sobre o objeto controvertido, a efetividade sob o ponto de vista da pacificação é muito maior do que quando o juiz dá uma sentença, que pode frustrar ambas as partes, inclusive por não ser a decisão capaz de pôr fim ao conflito de interesses.⁵²⁰

A pacificação a ser alcançada pelo processo deveria ser considerada como verdadeiro valor e, portanto, como princípio, fundado na própria Constituição Federal,⁵²¹ mas tal não ocorre, pois a teoria geral do processo que sempre apontou a existência de princípios próprios do processo não a incluiu no respectivo rol.⁵²²

E a omissão foi perpetuada pelas propostas apresentadas para reforma do processo coletivo e pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009, que apesar de indicar a existência de princípios próprios aplicáveis à tutela coletiva em seu artigo 3º, não incluiu a pacificação social no respectivo rol.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 privilegiou as alternativas de solução do conflito coletivo, na esteira do que constou do **Anteprojeto de Código Brasileiro de**

⁵¹⁹“Tanto a mediação como a conciliação têm por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença. A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. A mediação privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre pessoas”. ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dos paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 94.

⁵²⁰“Como exemplificado em outra oportunidade, quando um juiz de direito sentencia determinado com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, encerra, para fins do direito positivado, um determinado litígio. Todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades entre os divorciandos/separandos, bem como para os filhos”. AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32.

⁵²¹Dispõe o artigo 4º da Constituição Federal que o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, entre outros princípios, pela solução pacífica dos conflitos (inciso VII) e se o país tem tal postura frente aos outros Estados, deve também privilegiar tal princípio no âmbito dos conflitos internos.

⁵²²CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. Capítulo 4 – p. 56-80.

Processos Coletivos⁵²³ pois adotou a obrigatoriedade de audiência preliminar, na qual o juiz tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas de composição, como a arbitragem, a mediação e um novo instituto, a avaliação neutra de terceiro, **mas desde que observada a natureza disponível do direito em discussão.**⁵²⁴

De fato, não há possibilidade de adoção de métodos alternativos **extrajudiciais** para a controvérsia objeto de uma ação coletiva, cuja tutela é postulada em razão de interesses e direitos transindividuais e, portanto, **indisponíveis pelas partes**, inclusive por estarem ausentes os titulares desses interesses e direitos, pois representados por um autor ideológico, que não pode transigir sobre tal objeto.

Destarte, o próprio requisito quanto à natureza disponível do direito em discussão afasta a possibilidade de adotar-se a arbitragem, a mediação e a avaliação neutra de um terceiro de caráter extrajudicial nos processos coletivos,⁵²⁵ não havendo qualquer razão lógica ou prática para a inserção desse dispositivo em um Projeto de Lei de unificação do processo coletivo.

⁵²³ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 25 Audiência preliminar** – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. §1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 453-464.

⁵²⁴ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 19.** Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores §1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵²⁵ Destaca-se a posição contrária de Enoque Ribeiro dos Santos ao defender a adoção de meios alternativos de solução do litígio de forma a propiciar a efetividade do processo coletivo: “Nesse sentido, ganham relevo formas alternativas de resolução do conflito, como as sugeridas nesta tese – a parcerização jurisdicional trabalhista–, e outras, como a mediação, a transação, inclusive a avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes”. In “SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 283.

Por outro lado, verifica-se a tentativa do legislador em adotar, mais uma vez e de forma obrigatória,⁵²⁶ a realização de **uma audiência preliminar na qual o juiz tentará a conciliação das partes**, no sentido de se alcançar uma transação quanto à forma de cumprimento das obrigações ou de apresentar garantias à coletividade,⁵²⁷ pois como já visto, não é possível a transação quanto ao próprio objeto em litígio.

A questão da audiência para tentativa de conciliação não apresenta nenhuma novidade para o processo do trabalho,⁵²⁸ mas não deve ficar restrita a uma única oportunidade durante a tramitação da ação coletiva, ao contrário, deverá ser adotada a regra constante da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, artigos 846 e 850, incumbindo **ao juiz realizar pelo menos duas tentativas de conciliação na fase de conhecimento das ações coletivas**, além de outras oportunidades em que, de acordo com o prudente arbítrio do juiz, seja propício para aproximar as partes, buscando uma negociação que possa resultar em conciliação.

E, para tanto, as reclamadas nas ações coletivas propostas perante a Justiça do Trabalho deverão fazer-se representar por procuradores ou prepostos com poderes de negociação e que atuem ativamente nesse sentido, pois todo o esforço feito pelo juiz com o intuito de conciliar ou mediar o conflito será inútil se comparecer em juízo um preposto

⁵²⁶“Voltemos ao exemplo da audiência outrora chamada de conciliação, hoje preliminar. Sua inserção no *iter* processual foi e é uma faca de dois gumes: se se consegue promover o acordo das partes, ela abrevia o pleito em medida considerável; caso contrário, só faz prolonga-lo, sem que outros eventuais benefícios compensem por força a desvantagem. A modificação introduzida pela Lei nº 10.444 no §3º do artigo 331, no sentido de permitir ao juiz que deixe de realizar a audiência, quando as “circunstâncias da causa” tornarem improvável a solução consensual, terá refletido, presume-se mudança de posição do legislador quanto à obrigatoriedade da realização, no âmbito de direitos disponíveis”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

⁵²⁷**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 19 (...) §3º** Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada. §4º Obtido o acordo, será esse homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵²⁸Para Guilherme Guimarães Feliciano entre os princípios fundamentais que formam a base do processo do trabalho se insere “o princípio da conciliabilidade (outrora explícito no artigo 114, *caput*, da CRFB, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, e hoje imanente ao artigo 5º, inciso LXXVIII, *in fine*, e ao artigo 114, §2º, ambos da CFRB). In FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* - RIDB, ano 2, n. 7, p. 6864, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

que seja apenas alguém indicado pela empresa, mas que não tenha efetivos poderes de negociação.⁵²⁹

No que se refere às formas alternativas de composição do litígio, também o **Projeto do Novo Código de Processo Civil** regula de forma detalhada a matéria, dispondo que o conciliador e o mediador são considerados auxiliares do juízo,⁵³⁰ com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e capacitados para a função,⁵³¹ com remuneração a cargo do respectivo Tribunal.⁵³²

Constata-se o intuito do legislador em fomentar os meios alternativos de conciliação e mediação no país⁵³³ embora tenha, corretamente, deixado a critério de cada Tribunal, pela via da organização judiciária, criar os respectivos setores de solução alternativa de litígio.⁵³⁴

Como medida facultativa e a critério de cada Tribunal, fica afastado o óbice de inconstitucionalidade, ao contrário do que constava do Projeto de Lei nº 94/2002, que analisado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, teve parecer contrário à sua

⁵²⁹A exigência de que à audiência preliminar comparecessem “procuradores habilitados a transigir” constou do **artigo 25 caput** do **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, mas não foi adotada pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, conforme se verifica do **artigo 19 e seus parágrafos** – acima transcritos.

⁵³⁰**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. CAPÍTULO III. DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA. Artigo 119.** São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

⁵³¹**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 137.** Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterá o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional. § 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵³²**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 142.** O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵³³**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 135.** A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵³⁴**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 134.** Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

aprovação, por impor a mediação obrigatória no processo de conhecimento, ferindo o princípio de acesso à Justiça,⁵³⁵ e por onerar as partes ou os cofres públicos com a remuneração dos mediadores,⁵³⁶ aspecto negativo mantido no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, há que se destacar que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ aprovou a Resolução nº 125 em 29-11-2010 com o objetivo de implantar “uma política de resolução adequada de disputas” por meio de ações específicas, entre elas, a disseminação de uma cultura da pacificação social e estímulo à prestação de serviços de autocomposição de qualidade (art. 2º).⁵³⁷

Dando cumprimento à Resolução nº 125, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ desenvolveu um **manual em mediação judicial**, tendo ainda fomentado semanas de conciliação em todo o Judiciário, realizado campanhas educativas dirigidas à população e implementado projetos-piloto de mediação em vários Tribunais do país.⁵³⁸

⁵³⁵**Nota Técnica nº 2/2007. Projeto de Lei nº 94/2002. Mediação. 1.** O Projeto de Lei nº 94/2002 tem por objetivo institucionalizar e disciplinar a mediação extraprocessual, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Classifica a mediação como sendo possível judicial ou extrajudicialmente e, ainda, prévia ou incidental ao ajuizamento de ações perante Poder Judiciário. 2. Em que pese o aspecto positivo da proposição, no sentido de se preocupar com o fomento ao entendimento e à composição dos conflitos, certo é que seu texto não atende ao interesse público. 3. Com efeito, ao dispor sobre a obrigatoriedade da mediação como regra no processo de conhecimento (art. 34), o projeto vai de encontro ao princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º da Constituição Federal. A facultatividade no acesso aos meios de mediação está, inclusive, consagrada no texto final da Comissão Especial constituída na Câmara dos Deputados para o exame da Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, que trata da segunda parte da Reforma do Poder Judiciário. Brasília, 24 de maio de 2007. **Ministra Ellen Gracie. Presidente.** NOTA Técnica nº 2/2007. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11209-nota-tica-no-2-media>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁵³⁶**Nota Técnica nº 2/2007. Projeto de Lei nº 94/2002. Mediação. 5.** Por fim, não é plausível se admitir a inserção, no ordenamento jurídico, de uma legislação complexa sobre o tema que, ainda mais, implique ônus para as partes, na forma de honorários devidos ao mediador (art. 38) ou de remuneração pelo Poder Público (art. 42), mormente quando consta do texto do Relatório Final da PEC nº 358/2005 (art. 116-A) o preceito de que da mediação não podem resultar despesas para os cofres públicos, e, via de consequência, também para as partes, de forma compulsória. Brasília, 24 de maio de 2007. **Ministra Ellen Gracie, Presidente.** NOTA Técnica nº 2/2007. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11209-nota-tica-no-2-media>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁵³⁷**Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11112013145136.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁵³⁸AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

De tudo o que foi aqui apresentado não se pode mais ignorar o movimento que se intensifica no país em prol de soluções alternativas de conflitos, que surgem em razão da incapacidade do Poder Judiciário de dar uma resposta célere e efetiva do ponto de vista da pacificação dos conflitos, de forma completa e duradoura, considerado em seus múltiplos aspectos, e não apenas nos limites em que é trazido para o processo.

Há que se considerar que a pacificação dos conflitos maximiza o princípio de acesso à Justiça,⁵³⁹ além de concretizar o princípio da máxima efetividade, e renova a importância do princípio da participação, pois as partes tendem a avaliar positivamente a solução do conflito na medida da sua participação no processo.⁵⁴⁰

Deve ficar claro que a posição aqui defendida é de se alcançar **a pacificação social**, tal como preconizado pela Constituição da OIT,⁵⁴¹ **por via de técnicas de conciliação e mediação judicial**, em razão da natureza dos interesses em conflito, o que somente será possível se houver uma mudança de cultura da própria sociedade brasileira, tendo o juiz relevante papel para que tal objetivo seja alcançado,⁵⁴² pois da sua atuação depende a

⁵³⁹ **Conselho Nacional de Justiça – CNJ:** “Inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos ou custos elevados, voltando-se a reduzir a denominada litigiosidade contida. Contudo, atualmente, a administração da justiça volta-se a melhor resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente positivadas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social.” In AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁵⁴⁰ **Conselho Nacional de Justiça – CNJ:** “Em pesquisa realizada com as partes atendidas pelo Programa de Mediação Forense do TJDF1 demonstrou que, entre aqueles que não alcançaram acordo na mediação judicial, mais de 85% (oitenta e cinco por cento) acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a resolver questões semelhantes no futuro, índice que chegou a 100% (cem por cento) entre aqueles que conseguiram transacionar.” In AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁵⁴¹ **Constituição da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Preâmbulo.** Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia). Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁵⁴² **Conselho Nacional de Justiça – CNJ:** “Nesse sentido, nota-se que o magistrado, além da função jurisdicional que lhe é atribuída assume também uma função gerencial, pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e acompanhamento para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento jurídico processual, ou, no mínimo, que os auxiliares (e.g. mediadores e conciliadores) estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos.” In AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

aproximação das partes, o incentivo ao diálogo e a incessante busca por soluções verdadeiramente pacificadoras.

5.2.10. Princípio da colaboração ou cooperação

Falar em colaboração em face do processo não constitui, propriamente, uma novidade.

De acordo com a teoria geral do processo, em razão do dever de imparcialidade, o juiz deveria se colocar “entre as partes, mas equidistante delas” e essas agiriam de forma a apresentar suas razões, “na forma de tese e antítese, incumbindo ao juiz a síntese”, numa relação dialética em que “as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas mas de colaboradores necessários”.⁵⁴³

Essa mesma teoria, em tempos mais recentes, indicava que o juiz agiria em “cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito” e de acordo com um “método de trabalho estabelecido em normas adequadas” e que “à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo”.⁵⁴⁴

Entretanto, a teoria geral do processo não apontava a colaboração como um dos princípios do direito processual,⁵⁴⁵ ao contrário da tendência que se observa nas propostas de codificação do processo coletivo e também no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.⁵⁴⁶

Com efeito, o **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** indicou a **cooperação** como um dos princípios a informar a tutela jurisdicional coletiva, não apenas como diretriz a ser observada pelas partes e seus procuradores, mas também por

⁵⁴³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 26.

⁵⁴⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

⁵⁴⁵Confira-se: Capítulo 4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL *In* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 23-42 e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56-80.

⁵⁴⁶NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

parte dos órgãos públicos no que se refere à produção da prova,⁵⁴⁷ pois poderiam ser requisitados a auxiliar o juízo, se por razões de ordem econômica ou técnica a prova não pudesse ser produzida pela parte, à qual o ônus competia, sendo indispensável para a formação do convencimento do juízo.⁵⁴⁸

Essa proposta foi acolhida pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009** que ainda a aperfeiçoou, pois sintetizou numa mesma disposição o que vinha indicado no **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** em três dispositivos (artigo 2º, letras *e* e *f* e artigo 12, §1º), indicando como um dos princípios da tutela coletiva o “dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva” (artigo 3º, inciso VII).

Apesar de não haver unidade quanto à denominação do princípio, pois o **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** o indica como **cooperação** enquanto o **Projeto de Lei nº 5.139/2009** aponta corresponder ao “dever de **colaboração**”, na prática não há qualquer diferença entre cooperar e colaborar, termos que são considerados sinônimos pela doutrina.⁵⁴⁹

O que é relevante e deve ser observado nas **propostas de positivação do princípio da colaboração**, é que essas representam uma mudança de paradigma para o **processo coletivo**,⁵⁵⁰ pois a colaboração passa a ser um dever de todos os que atuarem no

⁵⁴⁷ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 2º** *Princípios da tutela jurisdicional coletiva* – São princípios da tutela jurisdicional coletiva: (...) *e*) boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; *f*) cooperação dos órgãos públicos na produção da prova. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo 453-464, p. 453.

⁵⁴⁸ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 11.** *Provas* – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem. § 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 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. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 455.

⁵⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 137.

⁵⁵⁰ “Este princípio revela um verdadeiro divisor de águas entre a mentalidade instrumentalista e o formalismo-valorativo. Não basta mais servir apenas ao direito material, do processo se exige que sirva a justiça material, algo superior à lei”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 122.

processo, além de não ser mais considerado apenas do ponto de vista das partes para com o juiz, mas também do ponto de vista do juiz para com as partes e seus representantes.⁵⁵¹

Dessa maneira, ao juiz também incumbirá manter diálogo com as partes buscando a colaboração dessas para identificação dos fatos que são relevantes para o deslinde da controvérsia, com objetivo de delimitar a prova das questões que envolvem a matéria fática, e ainda permitir a colaboração das partes no que se refere à norma que deverá ser aplicada, de forma a melhor identificar sua extensão e implicações ao caso concreto.⁵⁵²

A cooperação das partes com tal finalidade rompe com alguns dos antigos brocardos do processo, como aquele que determinava incumbir às partes apresentar os fatos e ao juiz dar o direito – *da mihi factum, dabo tibi ius*⁵⁵³ e ainda aquele outro que impunha ao juiz conhecer o direito e aplicá-lo aos fatos que delimitavam a controvérsia – *iura novit curia*.⁵⁵⁴

E tais considerações apresentam total pertinência em face dos processos coletivos, em razão dos múltiplos interesses e direitos que se apresentam em conflito, atingindo classes, grupos ou mesmo toda a sociedade, resultando em fatos complexos⁵⁵⁵ a exigir a

⁵⁵¹“Não se trata, bem entendido, de propriamente estabelecer o *ordo* isonômico medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 63, jun. 2003.

⁵⁵²As assertivas são apresentadas com apoio nas lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira em Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

⁵⁵³“A formação do material fático da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora devam elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 140.

⁵⁵⁴“Todavia, nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial nessa matéria, podem e devem as partes aportar a sua cooperação também quanto à valorização jurídica da realidade externa ao processo, investigação que hoje de modo nenhum pode constituir labuta exclusiva do órgão judicial”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 142.

⁵⁵⁵“Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas pro cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas, capazes de ser empregados convenientemente na decisão. **Semelhante cooperação, resalte-se, ainda mais se justifica pela complexidade da vida atual**”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 63, jun. 2003, **sem destaque no original**.

aplicação das mais diversas normas, e sob os mais variados enfoques, muitas vezes de natureza técnica, cujo conhecimento não pode ser exigido do juiz.

Nessa perspectiva há uma necessária modificação da concepção do contraditório, que não mais se limita à ciência bilateral dos atos do processo e à possibilidade de contrariá-los, mas se amplia para permitir a **ativa participação das partes**, democratizando o processo e **concretizando o princípio da participação**.⁵⁵⁶

Dessa maneira é por meio do princípio da cooperação que se “qualifica o contraditório” possibilitando e viabilizando o provimento de mérito e evitando a extinção prematura de ações coletivas,⁵⁵⁷ privilegiando-se o **princípio da máxima efetividade da tutela coletiva**, por meio da obtenção de um provimento de mérito que possibilite a integral precaução, prevenção e reparação de danos.

A legislação processual de países como a Alemanha e a França⁵⁵⁸ servem de fundamento para que o juiz adote uma postura ativa de diálogo no processo,⁵⁵⁹ representando uma tendência do mundo contemporâneo no sentido de **incrementar os poderes do juiz na condução do processo**, aproximando os dois grandes sistemas jurídicos, no que se refere a uma nova concepção quanto ao princípio dispositivo das partes, próprio do sistema romano-germânico em face do reconhecimento dos poderes do

⁵⁵⁶“Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contradita-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144.

⁵⁵⁷“Traz o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 59.

⁵⁵⁸A referência é quanto ao §139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO da ZPO Alemã e ao artigo 16 do Novo Código de Processo Civil francês, feita por Fredie Didier Junior. In *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, notas de rodapé n. 90 e 91, p. 58 e 59.

⁵⁵⁹“O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso).” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 59.

juiz pelo próprio legislador, que o autoriza a atuar de forma ativa no processo, tal como ocorre no sistema anglo-saxão.⁵⁶⁰

Em **Portugal** a reforma do Código de Processo Civil introduziu o **princípio da colaboração** nas relações entre o magistrado, as partes e seus advogados, com o fim de obter a justa composição do litígio com brevidade e eficácia,⁵⁶¹ sendo considerada norma inovadora cujo realce “corresponde, nas intenções do legislador, à introdução de uma nova cultura judiciária que potencie o diálogo franco entre todos os sujeitos processuais, com vista a alcançar a solução mais ajustada aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional.”⁵⁶²

A doutrina daquele país indica que, em alguns casos, embora se observasse o princípio da colaboração no processo português, mesmo antes das reformas, interpretações feitas com base em regra do Código de Processo anterior, permitiam que ainda que a audiência fosse agendada depois de “combinada” com todos os envolvidos, fosse adiada, pela simples ausência de um dos advogados, concluindo que além da reforma legislativa será necessária “a **reforma das mentalidades** dos diversos intervenientes processuais” que implique no exercício “de cooperação entre os vários sujeitos”.⁵⁶³

A proposta do **Novo Código de Processo Civil brasileiro - CPC** segue essa linha evolutiva que já foi consolidada nos países acima citados, pois há previsão da garantia de participação ativa das partes, **em colaboração** entre si e com o juiz, a fim de que seja

⁵⁶⁰Referindo-se ao relatório do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra-Lisboa, de 25 a 31-08-1991, p. 484-486 dos respectivos anais, afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “Por sinal, Relatório relativamente recente sobre o ativismo judicial extrai da situação atual, dentro dessa linha de pensamento, as seguintes conclusões: a) declina o sistema inquisitorial de tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica-se uma aproximação dos sistemas anglo-americano e europeu no domínio da “*richterliche Rechtsforbildung*” e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; o ativismo do juiz exibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 59-60, jun. 2003.

⁵⁶¹**Código de Processo Civil português. Artigo 266º (PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO)** 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

⁵⁶²GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 88.

⁵⁶³GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 46.

alcançada a rápida solução da lide, por meio do cumprimento das decisões judiciais, de urgência ou de execução⁵⁶⁴ e ainda **contribuir** com o juízo para a identificação das questões de fato e de direito.⁵⁶⁵

Pode-se agora afirmar que em contrapartida aos poderes conferidos ao juiz por meio do princípio da adequação e da flexibilidade procedimental, justificados em razão da relevância da tutela coletiva, deve o magistrado atuar de forma a obter esclarecimentos, consultar e prevenir as partes⁵⁶⁶ em observância ao princípio da cooperação, o que se traduz em um **necessário equilíbrio entre forças**⁵⁶⁷, forma aprimorada da reconhecida paridade de armas dos litigantes⁵⁶⁸ e que fortalece o contraditório e “impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais”.⁵⁶⁹

O **esclarecimento** deve ser solicitado pelo juiz sobre quaisquer questões, pedidos, alegações, defesas e outras manifestações feitas no processo, sendo o exemplo dado pela

⁵⁶⁴ **Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 5º** As partes têm direito de participar ativamente do processo, **cooperando** entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵⁶⁵ **Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 8º** As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, **colaborando** com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵⁶⁶ De acordo com Fredie Didier Junior que afirma: “O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 59.

⁵⁶⁷ “Numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perserverar em busca do pronto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 148.

⁵⁶⁸ “Assaz relevante, outrossim, mostra-se a importância da liberdade atribuída ao juiz na aplicação do direito, pois atua como instrumento de grande valia para o equilíbrio das partes e garantia da “paridade de armas” na medida em que a ignorância do direito, seu desconhecimento ou errônea interpretação podem frustrar a tutela jurisdicional”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 66, jun. 2003.

⁵⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 59.

doutrina, com apoio no estudo de direito comparado,⁵⁷⁰ da dúvida que possa ter o magistrado quanto ao preenchimento de um requisito de validade, que poderia acarretar a extinção prematura do processo, se apreciada pelo juiz sem que fosse dada tal oportunidade à parte.

Dessa primeira assertiva decorre a necessidade de o juiz **consultar** sobre questões que possam obstar o pronunciamento de mérito, ainda que passíveis de conhecimento *ex officio*,⁵⁷¹ garantindo o direito de influenciarem no convencimento do juiz e dando concretude ao princípio do contraditório.⁵⁷²

A **prevenção** recomenda que o juiz indique as deficiências da postulação que possam dificultar ou acarretar a extinção do processo sem julgamento do mérito, apontando a doutrina que a prevenção em favor do aproveitamento da ação foi adotada pelos artigos 284 e 295, inciso V do Código de Processo Civil.⁵⁷³

O liame entre o princípio da colaboração e as providências determinadas pelo juiz com objetivo de obter esclarecimentos, realizar consultas ou prevenir a parte sobre deficiências de postulação é confirmado pelas disposições do atual Código de Processo Civil de Portugal que dispôs no mesmo artigo que elegeu o princípio da colaboração, sobre os poderes conferidos ao juiz para solicitar esclarecimentos às partes e seus representantes,

⁵⁷⁰“Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) – ver n.3 do §139 da ZPO alemã”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 60.

⁵⁷¹“Ser, ou não, sanável o vício não parece constituir critério adequado para distinguir os pressupostos processuais dos demais requisitos de desenvolvimento válido do processo. Primeiro – salvo algumas poucas exceções – a ausência de qualquer pressuposto processual pode ser desconsiderada pela aplicação de técnicas destinadas a sanar o vício. Está é, aliás, a tese a ser demonstrada. Além disso, a incompetência relativa e a suspeição, se alegadas, constituem óbice ao desenvolvimento regular do processo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Nota de rodapé n. 10 da p. 190.

⁵⁷²“Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 45.

⁵⁷³DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1, p. 61-62.

acerca da matéria fática ou de direito, de caráter obrigatório e com observância do contraditório.⁵⁷⁴

Ao que transparece há uma tendência evolutiva em andamento, o que se confirma, ainda, em face do Projeto do Novo Código de Processo Civil que igualmente dispõe sobre esclarecimentos e consulta às partes, dispondo que toda decisão ou sentença deverá ser precedida da oitiva das partes, com apenas duas exceções, tratar-se de medida de urgência ou concedida para evitar o perecimento do direito.⁵⁷⁵

Todas as medidas para obter o esclarecimento, a consulta e a prevenção sobre as alegações e questões debatidas no processo revelam **o intuito de colaboração que deve nortear o processo coletivo** (e também o processo civil em geral) com vistas à superação de formalidades e inconsistências sanáveis de modo a alcançar-se o objetivo maior do processo, que é o provimento de mérito, capaz de ser efetivo e apto a promover a pacificação social, sendo nesse sentido autorizada a ampliação dos poderes do juiz.⁵⁷⁶

Poder-se-ia objetar que tal postura do juiz comprometeria sua imparcialidade, o que não deve impressionar,⁵⁷⁷ pois além de fundamentar suas decisões nos princípios que informam o processo coletivo, deve ser lembrado que resta superada a questão da

⁵⁷⁴ **Código de Processo Civil português. Artigo 266º (PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO)** 2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no item 3 do artigo 519º GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

⁵⁷⁵ **Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 9º** Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. **Artigo 10.** O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. *NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵⁷⁶ “O juiz ultrapassa, assim, a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo” para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 58, jun. 2003.

⁵⁷⁷ “As considerações até agora desenvolvidas mostram-se suficientes, a meu juízo, para evidenciar o não comprometimento da parcialidade do magistrado com a assunção dos meios probatórios, desvio esse que, ademais, poderá ser perfeitamente controlado pelo contraditório, dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão em segundo grau de jurisdição”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 71, jun. 2003.

disponibilidade inclusive em matéria probatória,⁵⁷⁸ pois nessa matéria a iniciativa judicial se faz em razão do interesse público na atuação correta da lei,⁵⁷⁹ tal como ocorre em sede de processos coletivos.

O princípio da colaboração sob o enfoque de esclarecimentos, consultas e da prevenção foi adotado pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009** em varios dispositivos, por exemplo, ao dispor sobre a impossibilidade do juiz em decretar a extinção da ação por carência ou ausência de pressupostos “sem que seja dada oportunidade de correção do vício”.⁵⁸⁰

Ou ainda, ao determinar a designação de audiência preliminar com finalidade diversa daquela adotada pelo ordenamento processual, pois embora haja previsão de audiência para tentativa de conciliação – artigo 331 do CPC e, especialmente pelos artigos 846 e 850 da CLT, pela primeira vez foi especificado que nessa oportunidade serão “ouvidas as partes sobre os motivos e fundamentos da ação”,⁵⁸¹ de forma a possibilitar tanto os esclarecimentos como a consulta sobre os atos do processo.

⁵⁷⁸“A disponibilidade do direito respeita à relação de direito material. É equivocado, dessa forma, o uso corrente que se faz da expressão *princípio dispositivo*, para se designar, em contraposição ao *princípio inquisitório*, maior ou menor participação do juiz na produção das provas.” OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 87. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁵⁷⁹“O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 48.

⁵⁸⁰**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 9º** Não haverá extinção do processo coletivo por ausência das condições da ação ou de pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício, quando cabível, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis em prazo razoável a ser fixado pelo juiz. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁸¹**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 19.** Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores. §1.º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Há ainda autorização para que o juiz possa adequar as fases do processo até o momento da prolação da sentença,⁵⁸² e permitir a alteração do pedido e da causa de pedir até o saneamento do processo, a revelar a oportunidade que pode ser dada para consulta e prevenção em prol de uma decisão de mérito nas ações coletivas.

Em matéria de prova as inovações do **Projeto de Lei nº 5.139/2009** são ainda mais representativas da aplicação do princípio da colaboração, pois caso não seja possível uma solução negociada do conflito, deverá o juiz fixar os pontos controvertidos, decidir as questões pendentes e determinar as provas a serem produzidas pelas partes,⁵⁸³ o que significa que deve apresentar as diretrizes quanto ao seguimento que pretende dar ao processo, evitando assim que as partes sejam surpreendidas pela decisão judicial.⁵⁸⁴

O **Projeto de Lei nº 5.139/2009** vai além no que se refere ao princípio da colaboração nas ações coletivas, dispondo que **o juiz deverá indicar às partes qual a responsabilidade sobre a produção da prova**, considerando fatores técnicos e fáticos para apontar aquele que tenha mais facilidade para a pretendida demonstração,⁵⁸⁵ com o

⁵⁸²**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 10.** A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, obedecidas as modificações previstas nesta Lei. §1.º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁸³**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20.** Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: (...) **inciso III** - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁸⁴Embora a conclusão tenha sido feita em face das considerações sobre as questões de direito, a mesma lição se aplica, integralmente, à questão da responsabilidade e consequente ônus da prova: “Demais disso, não é admissível que os litigantes sejam surpreendidos por decisão judicial que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica por eles não percebida. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, as partes estarão melhor aparelhadas para defender o seu direito e influenciar na decisão judicial”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 68, jun. 2003.

⁵⁸⁵**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 20. (...)Inciso IV** - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração, podendo atribuir o ônus da prova ou seu custeio a quaisquer das partes. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

que visa ultrapassar obstáculos para a realização da prova, tal como dispõe o Código de Processo Civil português.⁵⁸⁶

De forma totalmente inovadora, o **Projeto de Lei nº 5.139/09** autoriza que as partes façam essa distribuição mediante ajuste prévio,⁵⁸⁷ que será submetido e poderá ser revisto pelo juiz⁵⁸⁸ ao qual incumbe, ainda, **esclarecer as partes sobre a distribuição e o ônus da prova**, mas assegura, por outro lado, o poder de o juiz determinar de ofício a produção de provas,⁵⁸⁹ sempre com observância do contraditório,⁵⁹⁰ tudo a demonstrar a preocupação do legislador com **o necessário equilíbrio entre os atos das partes e do juiz**, indispensável nesse novo modelo de processo.

Por outro lado, deve ficar claro que a mudança de paradigma será mais ampla se, nos termos do artigo 3º, inciso VII, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, **a cooperação for considerada como dever de todos que atuam no processo**, o que vai muito além da relação das partes com o juiz, pois também será aplicável ao Ministério Público, às associações, aos sindicatos, aos advogados das partes e de eventuais terceiros, peritos e outros entes que, de alguma maneira, se relacionarem com o processo coletivo.

⁵⁸⁶ **Código de Processo Civil português. Artigo 266º (PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO) 4.** Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo. GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

⁵⁸⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 20 (...) inciso V** - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁸⁸ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20 (...) inciso VI** - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova e das despesas com seu custeio, diante de fatos novos, observados o contraditório e a ampla defesa. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁸⁹“Sendo maior a relevância social e mais importantes os interesses postos em jogo, justifica-se, quanto mais, uma atitude extremamente ativa do juiz nas diversas fases do processo. Exemplificando-se com a fase instrutória, parece que a ingerência do juiz varia de acordo com a disponibilidade e a relevância social do direito discutido”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁵⁹⁰ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 20 (...) inciso VII** - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Conforme já defendido no presente estudo, **há um papel colaborativo a ser exercido pelo Sindicato de classe**, que deveria se tornar *parceiro*⁵⁹¹ do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores e, mesmo que não proponha a competente ação coletiva perante a Justiça do Trabalho, poderá atuar no interesse dos seus representados, se assim determinar o juízo, em qualquer fase do processo, mas especialmente na liquidação e execução, pois poderá viabilizar que a satisfação do julgado se dê de forma mais simples, célere e efetiva.

De suma importância a cooperação a ser prestada pelos **advogados das partes**,⁵⁹² pois diante da complexidade já referida das ações coletivas, terão papel decisivo para que os fatos sejam trazidos e provados de forma a permitir que o juiz dê a melhor solução possível para a controvérsia, além de ter as condições técnicas necessárias para identificar e apontar a correta norma a ser aplicada ao conflito coletivo de interesses.

E, ainda, incumbirá aos **advogados**, em grande medida, atuar de forma colaborativa com o juízo na busca de uma solução pacificadora do conflito, de maneira que a lide não seja perpetuada de forma desnecessária, em prejuízo da paz social almejada pela tutela

⁵⁹¹“É dizer, o projeto *equilíbrio* nas iniciativas judiciais para tutela dos valores metaindividuais acabou por não se implementar na prática, em grande parte pela retração dos entes políticos nesse campo, tudo resultando numa sobrecarga para o órgão ministerial, o qual, dada a indisponibilidade dos valores que constituem o objeto das ações de finalidade coletiva, não tem outra alternativa senão desdobrar-se para atender a tantas representações, denúncias e solicitações que lhe são encaminhadas por aqueles que, na verdade, também são legitimados ativos e portanto deveriam ser os *parceiros* no manejo das ações de finalidade coletiva!”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos coletivos à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 235.

⁵⁹²“Na visão cooperativista defendida nesse ensaio, cumpre alertar, porém, que sem a colaboração do advogado mesmo o juiz mais competente não estará inteiramente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Ainda com a melhor boa vontade, faltar-lhe-á tempo e o mesmo interesse dos representantes das partes para classificar o material por estas trazido, processá-lo e formá-lo com independência”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 72, jun. 2003.

coletiva, tal como preconiza a doutrina do direito comparado⁵⁹³ e consta do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.⁵⁹⁴

A colaboração do **Poder Público**, tal como previsto no inciso VII do artigo 3º do Projeto de Lei nº 5.139/2009, pode se concretizar por meio do auxílio do juiz na produção de prova técnica,⁵⁹⁵ já contando com exemplos na jurisprudência⁵⁹⁶ e, ainda, na destinação da condenação de valor pecuniário em prol da recuperação específica dos bens lesados,⁵⁹⁷ hipóteses que não excluem outras decorrentes da aplicação desse princípio.

Merece destaque doutrina trabalhista de vanguarda que defendeu a necessária colaboração entre o juiz do Trabalho e os membros do Ministério Público do Trabalho, de maneira a caracterizar uma *parceirização*⁵⁹⁸ na área trabalhista com o objetivo de alcançar

⁵⁹³“Em segundo lugar, pelas partes que, sem prejuízo das naturais divergências que possam existir quanto à matéria de facto ou quanto à solução jurídica do caso, devem encarar o processo como um simples instrumento necessário à busca da solução justa e não como um local limitado a esgrimir argumentos de duvidosa consciência, a deduzir incidentes ou oposições sem fundamento razoável ou a procurar dilatar ilegitimamente a conclusão do processo”. GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 91.

⁵⁹⁴**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 8º** As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e **abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios**. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁵⁹⁵**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 11. (...) § 5º** Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializadas na matéria. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 455.

⁵⁹⁶Ao comentar o artigo 11, §5º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos acima transcrito, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior afirmaram: “Esta ideia já frutificou na jurisprudência e muitos têm sido os casos em que, na prática, efetivamente se adota esta solução para possibilitar, sem prejuízo dos honorários periciais para o perito ou ônus repassados para o réu, sejam realizadas perícias complexas e custosas em ações coletivas com a colaboração das universidades federais e de outros órgãos públicos idôneos e isentos”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 123.

⁵⁹⁷**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 45** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. §1.º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁵⁹⁸“No mundo econômico, o termo “parceirização” consiste em neologismo utilizado no mercado de tecnologia da informação, especialmente em setores que exigem altos níveis de conhecimento e relacionamento (especialmente na área governamental).” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parceirização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livro de docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 253.

a justiça social nas ações coletivas, por meio da atuação em conjunto dos respectivos agentes políticos.⁵⁹⁹

A finalidade social da tutela coletiva impulsionaria a “*parceirização jurisdicional*” entre juízes do trabalho e membros do Ministério Público, mas a eles não se restringiria, pois seria ampliada, para envolver os demais legitimados ativos, como associações sindicais e sindicatos, além das empresas e mesmo outros órgãos,⁶⁰⁰ os quais já atuam, em diversas situações, em apoio ou colaboração com o *parquet* trabalhista.

A afirmação do princípio da colaboração será capaz de superar a concepção do processo como campo de guerra, onde a única coisa que importa é a derrota do adversário, o que não mais terá lugar no processo do século XXI, pois conforme antecipava a mais atenta doutrina: “o lema do processo *social* não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele: apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras”.⁶⁰¹

Dessa forma, ainda que cada parte continue agindo em diálogo colaborativo de acordo com seu próprio interesse,⁶⁰² que não converge com o interesse do juiz, que é o de impulsionar o processo de maneira célere e proferir uma decisão de mérito capaz de

⁵⁹⁹“A parceirização jurisdicional trabalhista tem como escopo promover mudanças no relacionamento entre os magistrados do Poder Judiciário e os membros do Ministério Público do Trabalho, de molde a torná-los uma espécie de parceiros na busca da realização da justiça social, nos processos e ações judiciais moleculares, em que estes agentes políticos atuam em conjunto, em suas respectivas circunscrições/jurisdicções, os primeiros, especialmente, nas Varas do Trabalho e os segundos, nas Procuradorias do Trabalho nos Municípios ou ainda nas Procuradorias Regionais nas sedes das capitais brasileiras.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parceirização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 254-255.

⁶⁰⁰Enoque Ribeiro dos Santos cita a existência de convênios firmados pelo Ministério Público do Trabalho com outros ramos do Ministério Público, bem como com a Receita Federal do Brasil, Departamentos Estaduais de Trânsito, Gerências Regionais do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego entre outros, além da própria mídia, quanto a divulgação de operações e correta divulgação dos fatos. In SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parceirização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 256-261.

⁶⁰¹O texto corresponde à conferência feita por José Carlos Barbosa Moreira em 14.9.1984 no V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro no Rio de Janeiro e foi publicada com o título Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 50.

⁶⁰²“As partes, em relação ao juiz, não tem papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justa solução da lide”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 26.

representar uma resposta efetiva e pacificadora para o conflito social,⁶⁰³ o fato é que todos poderão unir esforços no sentido de uma atividade colaborativa,⁶⁰⁴ que em termos de processo coletivo, significa alcançar a melhor decisão para todos, e não apenas para uma das partes, inclusive pelo fortalecimento dos meios alternativos de solução do conflito.

Assim, o interesse de cada parte há de ser defendido no processo de acordo com o princípio da colaboração, o que exigirá a observância do dever de lealdade, há muito reconhecido pela teoria geral do processo⁶⁰⁵ e pelo Código de Processo Civil brasileiro (artigos 14 a 18), além de ser considerado como **princípio** pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁶⁰⁶ e pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009.⁶⁰⁷

Há uma clara preocupação em **atrelar a colaboração das partes com a boa-fé e a lealdade processual**, o que se afirma não apenas com base nas propostas de codificação do processo coletivo brasileiro, mas também no Código de Processo Civil português,⁶⁰⁸ o que não é difícil de ser explicado, pois a finalidade de se garantir a participação colaborativa não será alcançada e, mais, poderá ser fator de manobras para procrastinar o feito, se não for exercido por todos que atuarem no processo, com responsabilidade e boa-fé.

⁶⁰³“Claro está, porém, a total diversidade de interesses entre o órgão judicial e as partes. O processo civil não atual no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 72-73, jun. 2003.

⁶⁰⁴“Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca por um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre órgão judicial e as partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 62, jun. 2003.

⁶⁰⁵“As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de suas finalidades”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 40.

⁶⁰⁶**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 2º** Princípios da tutela jurisdicional coletiva. **Letra e.** boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 453.

⁶⁰⁷**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios. (...) **inciso VIII** – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁶⁰⁸**Código de Processo Civil Português. Artigo 266.º-A (DEVER DE BOA-FÉ PROCESSUAL)**. As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior. GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

Destaca-se que se o novo enfoque social e colaborativo do processo acarreta uma ampliação dos poderes dos juízes isso não significa que a atuação judicial será aleatória e arbitrária,⁶⁰⁹ ao contrário, no próprio Projeto de Lei nº 5.139/2009 há limites claros para que se colham os esclarecimentos e informações das partes (na audiência preliminar), se permita a alteração do pedido ou da causa de pedir (até o saneamento do processo) ou se permita adequar o procedimento (até a prolação de sentença), além do que todos os atos deverão ser fundamentados em respeito ao princípio da fundamentação adequada ao processo coletivo e realizados de boa-fé com as garantias do contraditório, tudo a revelar uma nova concepção do processo e uma nova consciência do papel a ser exercido pelos juízes.⁶¹⁰

Por fim, o princípio da colaboração deverá nortear os atos de todos que atuarem no processo coletivo, não apenas na fase de conhecimento, em termos da matéria fática a ser considerada como relevante ou da norma aplicável, nas oportunidades para esclarecimento ou saneamento do feito, como também no cumprimento da decisão e para efetividade da tutela.

5.2.11. Princípio da relevância social

O reconhecimento da relevância social dos interesses e direitos de natureza transindividual alterou a própria teoria geral do processo,⁶¹¹ pois o objeto da tutela não mais corresponderia ao interesse individual de um titular determinado e conhecido, mas sim a uma pretensão sobre interesses e direitos coletivos cujos sujeitos, em alguns casos, sequer poderiam ser determinados, seja na fase de conhecimento, seja na de execução da sentença.

⁶⁰⁹Essa a preocupação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual”. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 59, jun. 2003.

⁶¹⁰“Esse ativismo em grande parte decorre da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo portanto razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa. **O excesso de formalismo conduziria, por outro lado, à exaltação das prescrições formais como fim em si mesmo, de modo manifestamente incompatível com as finalidades sociais do processo moderno**”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 60, jun. 2003, sem destaque no original.

⁶¹¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85.

Dessa maneira, passa a ser considerada **a relevância social** dos interesses e direitos em conflito como fundamental para legitimar a respectiva defesa coletiva, especialmente por meio do Ministério Público,⁶¹² o que se estende à Justiça do Trabalho, pois a tutela coletiva de interesses e direitos sociais, caracterizados por sua indisponibilidade, também legitimaram a atuação do *parquet* laboral.⁶¹³

Num segundo momento, o legislador brasileiro assegurou a tutela coletiva aos interesses e direitos individuais desde que tivessem a característica da origem comum,⁶¹⁴ somando-se a tal característica a necessária relevância social a justificar a respectiva defesa coletiva e a diferenciá-los dos interesses individuais puros,⁶¹⁵ inclusive no âmbito do Direito do Trabalho, no qual uma única lesão patronal pode atingir todo um grupo ou categoria de trabalhadores.⁶¹⁶

A relevância social foi considerada como um dos **requisitos da ação coletiva** pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁶¹⁷ pelo que foi duramente

⁶¹²“Como já ressaltado, somente a *relevância social* do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 818.

⁶¹³“(…) em última análise o que justifica a atuação do *parquet* perante a Justiça do Trabalho é o **fenômeno da indisponibilidade de direitos, resultado da exacerbada relevância social destes**” MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 51.

⁶¹⁴A tutela de interesses e direitos coletivos e difusos foi primeiramente autorizada, de forma abrangente, pela Lei nº 7.347/85 – LACP e, num segundo momento, a Lei nº 8.078/90 – CDC, acrescentou como objeto da tutela coletiva, os interesses e direitos individuais homogêneos, definindo-os no artigo 81, inciso III, como sendo aqueles de natureza individual mas com a mesma origem.

⁶¹⁵Conforme tivemos oportunidade de concluir: “**O que se afirma é que interesses individuais homogêneos não são idênticos aos interesses individuais puros, mas que correspondem a uma parcela desses últimos.** Explica-se: os interesses e direitos individuais somente são tutelados no plano coletivo **naquilo que eles têm em comum** ou, em outras palavras, naquela parte que for homogênea a todos os indivíduos, ou seja, os interesses individuais homogêneos correspondem a uma parte que é comum a todos os interesses individuais de determinado grupo, não obstante esses interesses mantenham as suas características e peculiaridades individuais.” In BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista*: novas perspectivas. São Paulo: LTr, 2010. p. 161.

⁶¹⁶“Mas, se a lesão patronal for genérica e atingir pluralidade de empregados, surgem aí os interesses individuais homogêneos que, pela origem comum, assumem aglutinação e relevância social suficiente para apartá-los daqueles interesses tipicamente individuais, propiciando, assim uma tutela formalmente coletiva”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*: doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 203-204.

⁶¹⁷**Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 2º Requisitos da ação coletiva.** São requisitos da ação coletiva. (...) **II. a relevância social da tutela coletiva**, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 426.

criticado,⁶¹⁸ e com toda razão, pois como aqui afirmado a relevância social é própria e inerente a toda ação coletiva, dispensando qualquer demonstração, razão pela qual não pode ser considerada requisito, mas sim princípio a informar a respectiva tutela.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos não dispôs sobre qualquer requisito da ação coletiva, mas considerou que **o interesse social**, que tem o mesmo sentido de relevância social para fins de tutela coletiva,⁶¹⁹ deveria ser **demonstrado** pelo legitimado ativo quando da propositura da ação coletiva⁶²⁰ e também para fins de admitir-se a ação coletiva passiva,⁶²¹ sendo igualmente objeto de oportuna crítica,⁶²² pois como interesse social é um conceito indeterminado, caso adotado pelo ordenamento brasileiro, dificultaria o ajuizamento de ações coletivas ou poderia servir de fundamento para a extinção prematura dessas ações.⁶²³

⁶¹⁸“3.2. O requisito da relevância social ou interesse social. 1. Não conhecemos nenhum sistema jurídico que exija, na legislação ou na jurisprudência, a relevância social ou o interesse social como requisito para tutela coletiva (ou mesmo para a propositura de qualquer tipo de processo). Sequer conhecemos teorias acadêmicas a respeito do tema. Trata-se de uma verdadeira aberração, não fazendo qualquer sentido prático, nem como política legislativa nem como inovação doutrinária”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 174.

⁶¹⁹Conforme tivemos oportunidade de escrever: “Finalidade social que é também entendida como ‘interesse social’, ‘relevância social’ ou ‘relevante interesse social’ e que não apresenta grandes dificuldades para sua identificação na hipótese da tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos, dada a própria natureza desses direitos”. In BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 269.

⁶²⁰**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 20. (...)§1º** Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 457.

⁶²¹**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe** – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b e c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 461-462.

⁶²²“Não se sabe exatamente o que o Anteprojeto USP pretende ao exigir que ‘qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social’. Nem mesmo é possível prever como tal requisito será interpretado nos tribunais. Como a expressão ‘interesse social’ é comumente utilizada no ordenamento brasileiro como princípio de atuação do Ministério Público, o seu uso poderá causar sérios problemas em sua interpretação”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 178.

⁶²³“Se esse dispositivo for transformado em lei no Brasil, o desenvolvimento das demandas coletivas ficará ainda mais tumultuado com a interferência indesejada de questões políticas alheias ao mérito das controvérsias coletivas”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 177.

O Projeto de Lei nº 5.139/2009, por sua vez, dispôs, de forma expressa, presumir-se a relevância social da tutela coletiva,⁶²⁴ corrigindo assim os equívocos das propostas anteriores, mas deixou de incluí-la no artigo terceiro que enumerou os princípios da tutela coletiva.

Ora, se é a relevância social que fundamenta a tutela coletiva dos interesses e direitos transindividuais, dispensando qualquer demonstração nos autos, pois não é “requisito” do processo coletivo, **deveria ter sido considerada pelo legislador como verdadeiro princípio a informar o processo coletivo.**

E ainda, é a relevância social inerente aos interesses e direitos transindividuais, que justifica seja assegurado **o amplo acesso à Justiça**, pois interessa a toda a sociedade que tais interesses e direitos tenham a garantia, não apenas formal, mas concreta e ampla, de acesso a uma ordem jurídica justa.

Nessa linha, é a relevância social dos interesses e direitos em conflito que direciona o processo com o fim de obter-se uma sentença de mérito⁶²⁵ e para que se obtenha a efetiva prevenção, precaução e reparação dos danos, materiais e morais, acarretados à coletividade,⁶²⁶ de maneira a consolidar **o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva.**

Igualmente deve ser lembrado que é a relevância social dos interesses e direitos de natureza transindividual que autoriza o ajuste do procedimento, de maneira que esse seja flexibilizado ou adaptado a uma realidade que evidencia um conflito de múltiplos aspectos, o que fundamenta o **princípio da adequação e da flexibilidade procedimental.**

Há que se considerar, ainda, que o **princípio da motivação adequada ou específica ao processo coletivo** tem na relevância social da tutela também sua justificação,

⁶²⁴**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 2º §1º** A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica, ou jurídica. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁶²⁵“Por fim, gostaria apenas de ressaltar a importância da previsão contida no parágrafo 1º do mesmo artigo 2º do projeto hoje discutido. Segundo tal dispositivo, ‘A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica, ou jurídica’. A intenção da comissão foi a de pontificar que o efetivo julgamento de mérito das demandas coletivas interessa a toda a sociedade civil, a todo o país”. VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 58.

⁶²⁶**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 3º (...) Inciso IV** - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

pois é em razão da importância da tutela para a coletividade que deverá o juiz demonstrar as razões das suas escolhas, questão decisiva para o fim idealmente concebido de **pacificação social** por meio do processo.

Da mesma forma, é a relevância social dos interesses e direitos em conflito que justifica a **ampla divulgação dos atos processuais que interessam à coletividade**, de forma destacada e distinta dos processos individuais, pois resulta no dever de informação ao Ministério Público de fatos que possam vir a embasar futura ação coletiva (Lei nº 7.347/85 – LACP, artigos 6º e 7º) e, também, na divulgação que tem por objetivo cientificar os indivíduos que serão afetados pelo respectivo provimento jurisdicional (Lei nº 8.078/90 – CDC, artigo 94) e ainda para a contagem do prazo para suspensão da ação individual que estiver em andamento (Lei nº 8.078/90, artigo 104, *caput*).

Por fim, mas não menos importante, ao contrário, a relevância social dos interesses e direitos transindividuais exige uma “postura ativa” do juiz na condução do processo coletivo, pois dessa atuação dependerá, em grande medida, uma decisão que seja efetiva do ponto de vista da coletividade e, em consequência, apta a produzir o efeito de pacificação social.⁶²⁷

E essa postura ativa é reconhecida pelo próprio ordenamento, já que por não ser admitida a desistência da ação coletiva, incumbirá ao juiz notificar o Ministério Público ou outro legitimado, para assumir a titularidade ativa (Lei nº 7.348/85, artigo 5º, §3º), não tendo a legislação brasileira indicado solução para o caso de outro legitimado também não assumir a ação coletiva,⁶²⁸ indisponibilidade da ação que foi mantida pelo Projeto de Lei nº

⁶²⁷“A relevância do interesse posto em jogo exige do juiz postura ativa, pois a aplicação do direito ao caso concreto – atuação da vontade do Estado – repercutirá de modo disseminado na sociedade”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁶²⁸**Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). Artigo 3º Item 3.2.** Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa (*vide* arts. 5º e 6º). Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento do mérito. *In* CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). *In*: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice, p. item 3.2 – p. 448.

5.139/2009 que ainda destacou, quanto a tal aspecto, o princípio da ampla publicidade no interesse da coletividade.⁶²⁹

Destarte, a postura mais ativa do juiz no processo coletivo,⁶³⁰ encontra fundamento na própria natureza dos interesses e direitos que são objeto da lide, pois esses são marcados pela **relevância social e indisponibilidade que caracterizam os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**, tal como ensina a doutrina⁶³¹ e reconhece a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST.⁶³²

Em suma: a relevância social deve ser reconhecida como verdadeiro princípio, pois representou uma das razões pelas quais a tutela coletiva foi positivada pelo ordenamento, estando ainda interligada com os demais princípios que informam e norteiam o processo coletivo, especialmente o princípio baliza de amplo acesso à Justiça, justificando, por fim, um papel mais ativo do juiz diante dos interesses e direitos da coletividade.

⁶²⁹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 8º** Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de 15 dias. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁶³⁰“Coteje-se, por exemplo, uma ação coletiva que vise à defesa do meio ambiente ou do patrimônio histórico de uma cidade e uma ação civil que verse sobre colisão de automóveis. Parece evidente que a atuação do juiz, no primeiro caso, deva ser muito mais ativa do que no segundo”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

⁶³¹“Com isso, o direito individual homogêneo, concebido da forma como estamos propondo, resgata a doutrina tradicional do direito subjetivo, e a realça no moderno direito civil constitucional, retirando-lhe o caráter individualista e patrimonial e atribuindo-lhe a marca da coletividade e da indisponibilidade”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 188.

⁶³² **EMENTA. RECURSO DE REVISTA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.** A legitimidade do Ministério Público do Trabalho, na defesa de interesses individuais homogêneos, em ação civil pública, já está consagrada, na doutrina e na jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e do Excelso Supremo Tribunal Federal. O Douto Ministério Público tem a legitimidade reconhecida, conforme previsão tanto na Constituição Federal, art. 127 c/c 129, inciso II, quanto na LC 75/93, que conferiu tal legitimidade para a defesa dos interesses difusos e coletivos na Justiça do Trabalho, sendo os interesses individuais homogêneos espécie de interesses coletivos *lato sensu*. Constatando-se que se trata de determinação de pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, é de verificar que a matéria se encontra inserida naqueles direitos que visam a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que torna legitimado o douto Ministério Público. Recurso de revista não conhecido. **Processo:** RR - 76500-68.2004.5.24.0004 **Data de Julgamento:** 11/12/2007, **Relator Ministro:** Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 08/02/2008. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br/consultaunificada>. Acesso em: 5 nov. 2013.

5.2.12. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

Deve ser aclarado, de plano, que o princípio é identificado como proporcionalidade e razoabilidade, sem qualquer diferenciação significativa entre ambos e sem separá-los em princípios distintos,⁶³³ pois o que interessa ao presente estudo é demonstrar que deve ser considerado como princípio a informar o processo coletivo, por ter aplicação diferenciada em matéria de tutela de interesses e direitos transindividuais.

Com efeito, pode-se afirmar que é em razão da adoção de princípios e direitos fundamentais pelas Constituições democráticas que surge o problema prático de dar concretude a tais normas constitucionais, cuja solução não poderia ser mais encontrada na subsunção de normas,⁶³⁴ exigindo novas técnicas de interpretação, mediante o balanceamento entre interesses, valores e princípios, em razão do conflito verificado num dado caso concreto.⁶³⁵

Essa técnica envolve um procedimento de ponderação⁶³⁶ que de acordo com doutrina autorizada desenvolve-se em três etapas, a primeira, quando o intérprete identifica as normas relevantes e o possível conflito em face do caso concreto; na segunda, examina os fatos, circunstâncias e demais elementos fáticos e, finalmente, na terceira, decide sobre

⁶³³“Nesse contexto, *razoabilidade* e *proporcionalidade* praticamente se confundem, conquanto haja autorizada doutrina que pretenda reconhecer diferenças conceituais entre um e outro princípio”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6867, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁶³⁴“Durante muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

⁶³⁵“A proporcionalidade surge como uma necessidade que advém de um problema prático: conflito entre dois ou mais princípios constitucionais em um caso concreto”. DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 273.

⁶³⁶“A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.

quais normas devem prevalecer e em que proporção em face das demais, ou seja, aplica a proporcionalidade ou razoabilidade.⁶³⁷

O que é relevante destacar quanto ao resultado obtido pelas etapas da ponderação é que as normas envolvidas não perdem a sua validade, apenas deixam de ser aplicadas, em menor ou maior grau e em uma dada situação fática, razão pela qual é forma de interpretação própria de princípios e direitos fundamentais de natureza constitucional.⁶³⁸

E ainda, a importância do **princípio da colaboração** em matéria de esclarecimentos, consulta e prevenção da matéria fática e da norma aplicável às partes, em face da etapa de atribuição de pesos para a tomada de decisão judicial que vai envolver um raciocínio complexo do juiz, deverá ser apresentada por meio de fundamentação, conforme exige o **princípio da motivação adequada ao processo coletivo**.

Não há dúvida de que a principal aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade é de caráter instrumental, especialmente em razão da colisão de princípios, não apenas constitucionais,⁶³⁹ mas dos princípios que informam cada ramo do processo, como ocorre com o processo coletivo, conforme se procurará demonstrar a seguir.

É a proporcionalidade que harmonizará princípios de igual valor para a coletividade e que não podem ser sacrificados, como a economia processual em face da necessidade de participação da sociedade, pois nesse caso é a economia que deverá ceder espaço para que se dê a participação, que se efetiva por meio do princípio da ampla divulgação e

⁶³⁷“É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de peso, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 117-118.

⁶³⁸“É pela boa aplicação do princípio da proporcionalidade-igualdade que o magistrado irá realizar a interpretação da Constituição, ponderando os princípios e os direitos fundamentais que estejam em conflito aplicando-os aos interesses postos em causa. Através dessa ponderação e da pesagem dos direitos e interesses, verificará o magistrado para que lado deverá pender a balança e decidir qual dos interesses do caso concreto que, embora legitimamente tuteláveis, deverá ceder ao outro, sempre observando o meio menos gravoso à parte, quando por diversos modos poderá ser outorgado direito à outra”. SZANIAWSKI, Elimar. Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 71, 2000.

⁶³⁹“Os inúmeros estudos feitos nas últimas décadas sobre a estreita relação que há entre “processo” e “Constituição” permitem estender a qualificação do *Bundesverfassungsgericht* – “direito constitucional aplicado” – a todos os ramos do direito processual, de modo a tornar inquestionável o emprego do princípio de proporcionalidade em toda a dimensão não material do Direito”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248.

publicidade, pela via de publicações na imprensa, notificações aos interessados e audiências públicas, atos custosos para o processo.

Na mesma linha, será necessário harmonizar-se **o princípio da adequação e da flexibilidade procedimental com a priorização da ação coletiva**, pois muitas vezes será necessário sacrificar o tempo do processo, em prol de uma medida que resulte em maior efetividade da tutela coletiva.

Ainda, a máxima efetividade da tutela deverá ser ponderada pelo juiz, pois poderá ser necessário praticar os atos processuais que culminem com a prolação da sentença de mérito, ou investir tempo e esforços em técnicas alternativas para solução do litígio, sendo a escolha determinada pelas peculiaridades do caso concreto.

Há que se considerar ainda, que não obstante a aplicação do princípio em questão tenha caráter instrumental, no sentido de interpretação e aplicação de outras normas e princípios, tem sido invocado como “um parâmetro de justiça – e nesses casos assume uma dimensão material”.⁶⁴⁰

É em sua dimensão material que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade assume aplicação destacada em face da tutela coletiva que reconhece e determina a reparação dos danos acarretados à coletividade,⁶⁴¹ pois para arbitramento da respectiva indenização deve o juiz ponderar entre diversos critérios e aplicá-los de forma proporcional, de acordo com o que estabelece a Constituição (artigo 5º, incisos V e X) e o Código Civil (artigo 944).

Dessa forma, terá o juiz que arbitrar indenização proporcional ao respectivo dano, demonstrando o raciocínio desenvolvido na ponderação de valores, princípios e também regras, questão de fundamental importância em tema de danos acarretados à coletividade, em face da complexidade e extensão que envolvem os critérios que deverão ser ponderados

⁶⁴⁰“O princípio referido na jurisprudência como *da proporcionalidade ou razoabilidade* é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material – porém mais comumente desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132.

⁶⁴¹Enoque Ribeiro dos Santos confirma que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser considerados como um dos critérios no arbitramento da indenização pelo dano moral coletivo, não apenas pelo juiz do trabalho, mas também pelo Ministério Público nas peças iniciais das ações civis públicas. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 101-102.

pelo juiz e apresentados às partes por meio de fundamentação adequada, inclusive para fins de controle pelas instâncias superiores.⁶⁴²

Há ainda, outra aplicação material do princípio da proporcionalidade e razoabilidade específica às ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, pois para a hipótese de não haver habilitações individuais em número proporcional à gravidade do dano, será promovida a liquidação e a execução coletivas, mediante arbitramento judicial - Lei nº 8.078/90 – CDC – artigo 100 e seu parágrafo único, além de ser o princípio passível de outras incidências, como aponta a doutrina do processo coletivo.⁶⁴³

O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** consagrou a proporcionalidade e razoabilidade a informar o processo coletivo,⁶⁴⁴ não sendo esse o entendimento do legislador do **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, pois não há qualquer referência a tal princípio no rol constante do artigo terceiro, o que não impede a aplicação desse princípio ao processo coletivo, mesmo porque tal rol não é taxativo, ao contrário, autorizou expressamente a aplicação de “outros princípios”, norma cuja natureza é de cláusula aberta.

Em apoio a essa assertiva pode ser invocada a doutrina do Direito Constitucional que aponta inexistir qualquer prejuízo na aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade em razão de não ter sido ele previsto de forma expressa pela Constituição de

⁶⁴²“A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão, ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 120-121.

⁶⁴³“No processo coletivo, a proporcionalidade exerce um papel importantíssimo, notadamente quando na análise do valor da *fluid recovery*, fixação do juízo competente, verificação da adequação da notificação, concessão de tutela de urgência, etc”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANÉTI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 144.

⁶⁴⁴**Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Artigo 2º Princípios da tutela jurisdicional coletiva** – São princípios da tutela jurisdicional coletiva: (...) **v) proporcionalidade e razoabilidade**. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464, p. 453.

1988,⁶⁴⁵ pois constituiria “norma constitucional não escrita”,⁶⁴⁶ ou seja, esse princípio pode estar implícito na Constituição, sem que seja alterada sua importância em tema de interpretação e aplicação da lei.⁶⁴⁷

Assim, a ausência de expressa previsão constitucional ou legal quanto ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade não acarreta qualquer prejuízo para sua aplicação nas decisões dos Tribunais,⁶⁴⁸ não obstante possa a omissão legislativa estar com os dias contados, pois o **Projeto do Novo Código de Processo Civil** dispôs sobre o princípio da razoabilidade, entre outros princípios como o da dignidade da pessoa humana, que poderão ser invocados pelo juiz ao interpretar e aplicar a lei.⁶⁴⁹

Como destacado no início desse tópico, procurou-se fundamentar que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade tem aplicação específica no processo coletivo,⁶⁵⁰ não sendo objetivo aprofundar as considerações sobre tão importante e instigante princípio, que

⁶⁴⁵“A ausência de uma referência explícita ao princípio do texto da atual Carta não representa obstáculo algum ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualifica-lo como “norma fundamental” se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo “posta” (positivada) e “pressuposta” (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).” GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249-250.

⁶⁴⁶TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 2, abr./jun. 1996.

⁶⁴⁷“Daí termos acima referido a esse princípio como “princípio dos princípios”, verdadeiro *principium* ordenador do Direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso país não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no §2º do artigo 5º da Constituição Federal”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 242.

⁶⁴⁸“Referência expressa ao princípio, com a denominação “**critério de razoabilidade**”, ocorreu no voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alkmin, considera o *leading case* em matéria de aplicação do princípio: ao manifestar-se sobre a Lei nº 4.116/62, que estabelecia exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis, ficou assentado que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 136.

⁶⁴⁹**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 6º** Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁶⁵⁰“O princípio da proporcionalidade passa a ser, portanto, fundamental, pois é por seu intermédio que há a conciliação entre princípios conflitantes, aferindo-se qual deve prevalecer no caso concreto. A sua incidência no direito processual e, principalmente, no *direito processual coletivo* é hoje diretriz interpretativa imprescindível”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 565.

após a Constituição de 1988 teve a atenção da doutrina, constituindo fonte importante de pesquisa sobre o tema.⁶⁵¹

E para encerrar, deve-se destacar que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade constitui diretriz para que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, busque o justo equilíbrio entre os meios que serão empregados e os fins que deverão ser alcançados por meio da sua decisão,⁶⁵² sendo nesse sentido, também lição de autorizada doutrina trabalhista, que preconiza que o juiz adote um critério adequado entre meios e fins, objetivando dar concretude aos princípios de acesso à Justiça e pacificação social,⁶⁵³ no sentido aqui defendido.

⁶⁵¹Sobre o tema, v.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo. a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona).; BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁵²“O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

⁶⁵³“Nesse diapasão, pode-se bem entender o princípio da proporcionalidade como um *dispositivo de calibragem* do sistema (Tércio Sampaio Ferraz Jr.) pelo qual o juiz do Trabalho se obriga, na interpretação/aplicação da norma processual trabalhista, a observar um critério razoável de adequação entre meios e fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições ou sanções inapropriadas ou em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento da finalidade pública do processo (i.e., o acesso à ordem jurídica justa e a pacificação social”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6867, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

CAPITULO II. A REPARAÇÃO⁶⁵⁴ DO DANO MORAL COLETIVO

A complexidade inerente às ações coletivas acarreta, não raras vezes, tumultos processuais, prejuízos para as partes, perda de tempo, gastos desnecessários ou excessivos e, mais grave, ao final, ainda que prolatada a esperada sentença de mérito e cumprido o seu provimento, não é alcançada a efetividade esperada pela coletividade.

Exatamente esse aspecto, **a percepção da coletividade quanto à efetividade do provimento**, transpõe como uma das mais intrincadas questões do processo coletivo, pois se no processo individual a parte tem claramente essa percepção, nos processos que envolvem conflitos de natureza transindividual, não se alcança com facilidade o escopo do processo coletivo, representado, em última análise, **pela máxima efetividade com pacificação social**.

Especialmente quanto ao **dano moral coletivo** não é simples alcançar-se tal objetivo, pela própria caracterização desse tipo de dano e a forma de ressarcimento, pretendendo-se demonstrar que adotando o juiz a opção legal quanto à destinação da indenização pecuniária, não há percepção da coletividade lesada de que houve qualquer reparação, restando comprometida, em consequência, a própria finalidade de pacificação social.

A reparação do **dano moral coletivo decorrente das relações de trabalho**⁶⁵⁵ é questão ainda mais complexa, pois embora o dano atinja um grupo ou uma categoria de trabalhadores, ou mesmo toda a classe dos trabalhadores brasileiros, não ocorre qualquer compensação aos danos sofridos por essa coletividade, nos casos em que é adotada a forma tradicional de destinação da respectiva indenização para um fundo de natureza estatal.

⁶⁵⁴“Reparar” não tem significado diferente de “indenizar” para fins de responsabilidade civil no nosso ordenamento. A opção por “reparar” foi inspirada na lição da doutrina francesa que afirmou que reparar com relação ao dano moral não tem o significado de “repor as cousas no seu estado normal, ou fazer desaparecer o dano, tendo sentido muito mais restrito – o de obter motivos de satisfação equivalentes ao que foi sacrificado; e isto o dinheiro pode proporcionar. É a finalidade *satisfatória* da indenização dos danos”. Alcino de Paula Salazar, citando a lição de H. e L. Mazeaud, in SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 51, destaque como no original.

⁶⁵⁵“Não pode o dano moral ser apenas proveniente do Direito do Trabalho, pois o dano moral pode ser decorrente do contrato de trabalho, como na hipótese de acidente do trabalho. Nesse caso, o acidente de trabalho não é pertencente ao Direito do Trabalho, mas ao Direito Previdenciário ou Acidentário”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Introdução.

Há que se pensar em alternativas em prol de uma efetiva reparação do dano moral coletivo acarretado aos trabalhadores enquanto coletividade e, ainda que a matéria seja de natureza processual, não há como se abordar o tema sem examinar, ainda que brevemente, questões como a definição do dano moral coletivo, o embasamento no ordenamento legal e sua configuração na prática, de acordo com a jurisprudência dos tribunais brasileiros.

E, para que se alcance a almejada efetividade da reparação do dano moral coletivo **será imprescindível que o juiz conheça e aplique os princípios do processo coletivo**, pois esses darão o embasamento necessário para a superação dos obstáculos existentes para consecução de tal objetivo.

1. Dano moral individual e coletivo: base legal, diferenciação e evolução na doutrina e na jurisprudência

Até o advento da Constituição de 1988 o Brasil contava com algumas leis específicas⁶⁵⁶ que previam a reparação pelo dano moral, não tendo a Constituição de 1969 ou o Código Civil de 1916⁶⁵⁷ consagrado a indenização do dano moral de forma expressa, razão pela qual a jurisprudência⁶⁵⁸ dominante não admitia o ressarcimento do dano moral

⁶⁵⁶Lei nº 5.250/1967- Lei de Imprensa (Declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30-04-2009) dispunha em seu artigo 49: Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I – os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, II e IV, no art. 18, e de calúnia, difamação ou injúrias; II – os danos materiais, nos demais casos. Também dispunham sobre a reparação de danos não patrimoniais, anteriormente à Constituição Federal: **Lei nº 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações** (revogado pela Lei n. 9.472 de 16-07-1997), artigos 81 a 88; **Lei nº 4.737/1965 - Código Eleitoral**, artigo 243, parágrafos 1º e 2º; **Lei nº 5.988/1973 - Lei sobre direitos autorais** (revogada pela Lei n. 9.610/98), dedicou um capítulo para regular os direitos morais do autor - artigos 25 a 28, assegurando no artigo 126 a reparação por danos morais; **Lei nº 6.453/77 – Lei sobre responsabilidade civil e criminal por danos nucleares** que dispunha no §1º do artigo 10 que os “danos pessoais” seriam executados separada e preferencialmente aos danos materiais.

⁶⁵⁷Embora pudesse ter sido a reparação pelo dano moral consagrada no Brasil ainda na vigência do Código Civil de 1916, em razão do caráter geral do seu artigo 159 e, portanto, não excludente do dano imaterial. Em apoio a essa afirmação: “Vê-se que, não obstante a posição negativa inicialmente adotada pela jurisprudência, fazia-se possível afirmar que, diante das normas integrantes do Código Civil de 1916, tendo por base a regra geral do art. 159, admitia o ordenamento jurídico a reparação dos danos patrimoniais e morais”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 110.

⁶⁵⁸“Sobretudo no Supremo Tribunal Federal negava-se o direito à indenização a *qualquer* dano moral. Em 1913, por exemplo, o STF, ao julgar o Agravo n.1.723, negou indenização por dano moral a um ferroviário, chefe de família, que perdera a vida em acidente de trabalho. Considerou-se, então, a indenização por dano moral uma *extravagância do espírito humano*. Vencido restou o Ministro Pedro Lessa, não sem razão considerado por Ruy Barbosa ‘o mais completo de nossos juízes’.” DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 8, jan. 2000.

que não implicasse também no ressarcimento material,⁶⁵⁹ ao contrário do que já ocorria em outros países,⁶⁶⁰ embora a doutrina defendesse o cabimento de tal forma de reparação.⁶⁶¹

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tivesse evoluído durante o século passado e admitisse a reparação do dano moral para algumas hipóteses,⁶⁶² apenas com o advento da Constituição de 1988, que expressamente dispôs sobre o dano moral no artigo 5º, incisos V e X, consagrando de forma ampla e geral a sua reparação,⁶⁶³ ainda que exclusivamente moral,⁶⁶⁴ é que restou superada qualquer resistência quanto a ser o dano moral indenizável.

No plano infraconstitucional, a reforma do Código Civil promulgada em 2002, alinhada com o novo regramento constitucional, consagrou a reparação do dano decorrente de ato ilícito, ainda que exclusivamente moral (artigo 186), e ampliou a responsabilidade civil para abranger a mesma responsabilidade pelo ato que exceder os limites do seu fim social ou econômico, bem como a boa-fé ou os bons costumes (artigo 187).

⁶⁵⁹Nesse sentido as lições de Yussef Said Cahali com base em acórdão do Supremo Tribunal Federal da década de 40 do século passado, que registra entendimento de não ser indenizável o dano moral que não tivesse qualquer repercussão patrimonial, como no caso examinado, de morte de filho que não contribuía para o sustento da casa. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49-51. A mesma decisão é comentada por Xisto Tiago de Medeiros Neto: “Reflete a postura restritiva que prevalecia nessa fase a emblemática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 12.029/56, não admitindo ser o dano moral reparável por si mesmo, e a revelar, ainda, o receio quanto a acolher-se a sua plena autonomia em relação ao dano material.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 108.

⁶⁶⁰Conforme, por todos, Rui Soares Pereira, em *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações do Direito Civil Português*. Coimbra Editora, 2009. p. 101-109. O autor apresenta detalhada evolução da jurisprudência do STJ sobre o dano moral em Portugal, citando uma decisão da década de 1940 que reconheceu a dor moral do filho pelo atropelamento mortal de sua mãe, fixando indenização, considerando a Corte “que a circunstância de a vítima ser quase septuagenária e doente não atenua a gravidade do acidente produzido por esmagamento e devido a excesso de velocidade”- p. 102. Ainda, traz importantes informações sobre a evolução do tema na doutrina e jurisprudência da França, Espanha e Itália – p. 110-164.

⁶⁶¹Xisto Tiago de Medeiros Neto aponta que em tema de dano moral, antes da vigência da atual Constituição, o avanço foi menor na jurisprudência do que na doutrina, apontando como defensores de uma interpretação dos artigos 76 e 159 do Código Civil de 1916 de forma a autorizar a reparação do dano não patrimonial Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro e Mário Moacyr Porto. In MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 108-109.

⁶⁶²Como, por exemplo, a reparação moral pela perda de filho menor, consagrada por meio da Sumula nº 491 do Supremo Tribunal Federal no ano de 1969.

⁶⁶³“A obrigação de reparar o dano moral passou a ser regra geral do ordenamento brasileiro”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 152. “A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, abriu-se novo horizonte quanto à concepção e ao tratamento jurídico relativo aos danos morais”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 113.

⁶⁶⁴“Com a Constituição de 1988, restou expressamente consagrada a ampla reparabilidade do dano moral, sem qualquer interdependência com o dano material, ou seja, o dano moral puro, que existe por si só.” SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.

A Constituição ao eleger a dignidade humana como valor e direito fundamental (artigo 1º, inciso III) e assegurar o direito à indenização material ou moral decorrente da violação a valores como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade das pessoas (artigo 5º, inciso X), fez com que todas as atenções se voltassem para o **dano moral individual**.

Com relação ao **dano moral coletivo**, embora o artigo 5º, inciso V, da Constituição de 1988 seja atualmente considerado como a base constitucional que também fundamenta a reparação pelos danos não patrimoniais acarretados à coletividade,⁶⁶⁵ pois como direito e garantia fundamental não poderia sofrer interpretação restritiva,⁶⁶⁶ foi apenas com o advento da Lei nº 8.078/90 - CDC⁶⁶⁷ que a reparação ampla do dano moral aos interesses e direitos de natureza transindividual restou consagrada no plano infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁶⁸

Mesmo assim, dúvidas ainda remanesciam sobre a reparação do dano moral coletivo de forma geral, especialmente porque não foi alterada a redação original do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 7.347/85 – LACP que continha apenas o termo “dano”, abrindo espaço para, mais uma vez, ser feita uma interpretação restritiva quanto a tal direito,⁶⁶⁹ o que somente seria definitivamente superado por meio da Lei nº 8.884/94 que alterando a redação do referido artigo, acrescentou os adjetivos “patrimoniais” e “morais” ao termo “dano”.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵“Embora tanto o dano moral individual como o dano moral coletivo tenham seu fundamento de validade no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, considerando os próprios dizeres do título do Capítulo I da Constituição (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), no plano infraconstitucional baseiam-se em institutos diferenciados, como estamos a desenvolver”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 86, 2012.

⁶⁶⁶“A amplitude do texto constitucional é incompatível com as restrições anteriores, seja no tocante à reparação do dano puramente moral, *seja nos limites impostos à indenização*.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 152, letra “b”.

⁶⁶⁷**Lei nº 8.078/90 - CDC, artigo 6º, incisos VI e VII**, que dispuseram ser direito do consumidor a reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

⁶⁶⁸“Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), sedimentou-se, de maneira explícita, no plano infraconstitucional, a base legal para a tutela efetiva do dano moral coletivo.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 173.

⁶⁶⁹Interpretação restritiva que não se justificava em face da própria Constituição, artigo 5º, incisos V e X, bem como em razão da Lei nº 8.078/90 – CDC, artigo 117 ter disposto sobre a integração com a Lei nº 7.347/85 – LACP – artigo 21, formando o que posteriormente se denominaria de *microsistema* de ações coletivas.

⁶⁷⁰Hugo Nigro Mazzilli confirma que surgidas “inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil publica da Lei n. 7.347/85 também alcançaria ou não os danos morais, o legislador resolveu explicitar a *mens legis*”. In MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 130.

Assim, é apenas no final do século XX que se iniciam os estudos sobre o dano moral coletivo no Brasil, o que demonstra que a efetividade de um direito não depende apenas de sua regulação pelo ordenamento e de seu *status* de direito e garantia fundamental, mas de um ambiente cultural e social favorável à assimilação desse direito.

Não obstante, o Brasil está entre os países que mais avançaram em matéria de **reconhecimento do dano moral coletivo**, pois em alguns países da Europa não há ainda previsão legal ou construção da jurisprudência quanto à reparação de danos acarretados ao patrimônio imaterial da coletividade,⁶⁷¹ o mesmo ocorrendo nos Estados Unidos da América, tido como referência mundial em tema de ações coletivas.⁶⁷²

Dessa maneira, a própria evolução do instituto do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro pode explicar a razão pela qual o dano moral coletivo é estudado a partir da concepção do dano moral individual, embora a comparação deva ser feita com reservas, ante as significativas diferenças entre os dois institutos, além da natural dificuldade de compreensão dessa denominação, pois a moral ou a ética seria exclusiva do indivíduo.⁶⁷³

Ainda que se deva concordar que andaria melhor a Constituição se tivesse adotado a denominação dano não patrimonial⁶⁷⁴ ou extrapatrimonial,⁶⁷⁵ ou tivesse a Lei nº 8.078/90 -

⁶⁷¹Fernanda Orsi Baltrunas Doretto cita a França e Portugal como exemplos na Europa onde são admitidas ações com pedido de indenização por danos morais coletivos, ao contrário da Itália e da Alemanha, que não possuem regulação sobre essa matéria. Na América do Sul, a Argentina é citada pela referida autora como país que, tal como o Brasil, conta com previsão constitucional garantindo a reparação do dano moral coletivo. In DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano moral coletivo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008. p. 85-101.

⁶⁷²“No entanto, ainda que esse tipo peculiar de ação tenha levado às cortes americanas uma série de inovações procedimentais, como a agregação de várias ações com o mesmo objetivo, isso não significa um desenvolvimento do conceito de dano moral coletivo”. DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano moral coletivo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008. p. 85.

⁶⁷³“A expressão *dano moral* é criticada em razão da polissemia da palavra moral, que tem vários significados e aceitações num âmbito histórico e cultural”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

⁶⁷⁴Nesse sentido Sérgio Cavalieri Filho que identifica o dano moral com a lesão a qualquer bem personalíssimo, razão pela qual entende mais adequada a expressão “dano não patrimonial” do Direito português. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102.

⁶⁷⁵“O uso da expressão dano moral coletivo à passível de crítica. Mais apropriado seria adotar-se a terminologia *dano extrapatrimonial coletivo*, por traduzir, sem dúvida, a amplitude semântica adequada ao alcance da matéria”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 151. Mas há quem critique a adoção da denominação extrapatrimonial como Luciano Martinez: “Anotese aqui a impropriedade da classificação segundo a qual o dano material seria patrimonial e o dano imaterial extrapatrimonial. Quem parte dessa perspectiva está estreitando o conceito de patrimônio, tomando-o apenas na sua dimensão contábil, nos estritos termos constantes da escrituração contábil”. MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. In: MALLETT, Estevão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coords.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 112.

CDC consagrado tais expressões como sinônimas do dano moral,⁶⁷⁶ o fato é que a adoção dessas denominações pela doutrina e pela jurisprudência pode acarretar ainda maior confusão terminológica,⁶⁷⁷ especialmente em razão da já referida “assimilação de direitos”, pois a expressão dano moral coletivo é a que se encontra consagrada na prática.⁶⁷⁸

Por essas razões, no presente estudo será adotada a expressão **dano moral coletivo**, embora se reconheça que as expressões “dano não patrimonial coletivo” e “dano extrapatrimonial coletivo” poderiam ser utilizadas com o mesmo sentido, qual seja, o de indicar a ocorrência de um dano que não é material ou patrimonial e, portanto, atinge bens imateriais, valores além dos próprios sentimentos da coletividade.

Tal opção pela adoção da expressão dano moral coletivo tem ainda um fundamento filosófico,⁶⁷⁹ pois não parece correto excluir-se o componente ético das coletividades, representado pelos valores históricos, culturais, religiosos, familiares, das pessoas que as compõem e que refletem, em última análise, a dimensão moral dessa mesma sociedade, como a honra e a dignidade coletivas, tal como reconhece a doutrina⁶⁸⁰

⁶⁷⁶“No direito Português é comum usar indistintamente as expressões dano não patrimonial e dano moral, definindo-os, por oposição ao dano patrimonial, como insuscetíveis de avaliação pecuniária ou econômica”. PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações do Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 14.

⁶⁷⁷O problema da “flutuação” terminológica quanto ao dano moral não é restrita ao Brasil ou Portugal: “Em França e em Espanha, a figura é apelidada, respectivamente, de “*préjudice moral*” e “*daño moral*”. Já em Itália, com o actual Codice Civile Italiano, utiliza-se preferencialmente a expressão legislativa “*danno non patrimoniale*” (artigo 2059º) e na Alemanha de acordo, de acordo com o §253 do BGB, fala-se em “*der nicht Vermögensschaden ist*” ou “*immaterieller Schaden*”. Nos países anglo-saxônicos opta-se pela expressão “*non pecuniary losses*”. PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações do Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 227-228.

⁶⁷⁸“Na prática, porém, é usada a expressão *dano moral*.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

⁶⁷⁹Tal como já afirmava Ávio Brasil: “*Moral*, em Direito, seja qual for o sentido que se lhe queira atribuir, encerra matéria que se não pode desligar das concepções filosóficas. Está, pois, na ordem da Filosofia. E em Filosofia, a *Moral*, quer encarada nas observações metafísicas de Kant, quer através do naturalismo ou do organicismo de Darwin ou Sepencer, quer vislumbrada pelo racionalismo cartesiano de Descartes, Malebranche, Spinoza, pelo neocriticismo de Renouvier, ou por qualquer escola ou sistema, ela tem, mesmo aceitando o método racional do *que é*, do *que deve ser*, do *que pôde ser* ou *será*, uma única tendência, qual seja no sentido rigorosamente *idèal*”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 30 – **grafia como consta do original**.

⁶⁸⁰Carlos Alberto Bittar Filho aponta que a honra é um dos valores que pode ser objeto do dano moral coletivo: “Sob o prisma coletivo, também se vislumbra, claramente a honra, aliás, em ambas as modalidades (objetiva e subjetiva). Ora, assim como cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade – agrupamento de pessoas e, portanto, de núcleos de valores – deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); assim como cada homem estima de si próprio, também a coletividade apresenta sua auto-estima.” BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 54, out./dez. 1994.

e a jurisprudência da mais alta Corte da Justiça do Trabalho.⁶⁸¹

Com relação ao dano moral individual, a doutrina enfatiza em regra o **seu aspecto subjetivo**, valendo-se inclusive da expressão extrapatrimonial⁶⁸² para descrever o dano que atinge a personalidade em seus aspectos mais íntimos,⁶⁸³ o homem em seus valores físicos e também espirituais,⁶⁸⁴ tais como a imagem, a honra, o direito à intimidade e à privacidade, todos com fundamento na própria dignidade da pessoa humana.⁶⁸⁵

Mas o dano moral individual pode também ser **objetivamente** considerado quanto à lesão relativa à honra objetiva da pessoa, à imagem que ela tem no respectivo meio social,⁶⁸⁶ seja no aspecto privado, quanto ao nome, à honra ou ao sigilo, seja no aspecto público, como direito à vida e ao trabalho,⁶⁸⁷ representando evolução da original concepção subjetivista, para abranger outros aspectos da dignidade da pessoa humana, teoria que possibilitou o reconhecimento de que tanto a pessoa jurídica como a coletividade podem ser vítimas de dano moral.⁶⁸⁸

⁶⁸¹“Recurso de Revista. Trabalho em condições degradantes. Indenização por dano moral coletivo. (...) Não há como negar, diante dos fatos registrados no acórdão regional, a existência de violação aos princípios e direitos fundamentais mínimos previstos na Constituição federal, haja vista que a submissão de trabalhadores, ainda que sem vínculo empregatício, a condições de trabalho degradantes e desumanas repugnam à coletividade e afrontam a honra e a dignidade coletiva dos trabalhadores arrematados pelas primeira e segunda Reclamadas, cuja atitude empresarial é repudiada pelo ordenamento jurídico.” RR98300-57.2006.5.12.0024,7ª T, Min. Rel. Maria Doralice Novaes, DJ 27.8.2010. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 ago. 2013 – sem destaques no original.

⁶⁸²Para Caio Mário da Silva Pereira, dano moral é a “ofensa a direito de natureza extrapatrimonial – ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 88.

⁶⁸³Carlos Alberto Bittar qualifica o dano moral “em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valorização da pessoa no meio em que vive e atual (o da reputação ou da consideração social).” BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41.

⁶⁸⁴No dizer de Clayton Reis, “Trata-se de uma lesão que atinge os valores físicos e espirituais, a honra, nossas ideologias, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim, aquela que afeta de forma profunda não os bens patrimoniais”. REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 205.

⁶⁸⁵Essa a doutrina de Carlos Alberto Menezes e Sérgio Cavaliere Filho: “O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade a privacidade, à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. Essa, sem dúvida, é a matriz constitucional para o conceito de dano moral.” MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 13, p. 103.

⁶⁸⁶SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 70.

⁶⁸⁷Nesse sentido LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 24-25.

⁶⁸⁸MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 68-71.

A **doutrina trabalhista** sobre o dano moral individual adota as mesmas definições e características já apontadas pela doutrina civilista do dano moral,⁶⁸⁹ destacando os seus múltiplos aspectos subjetivos,⁶⁹⁰ afetando direitos da personalidade dos sujeitos de uma relação de emprego,⁶⁹¹ não obstante reconheça que na maioria dos casos o ofendido é o empregado, justamente pelas peculiaridades da relação de trabalho.⁶⁹²

Apesar de algumas tentativas de identificação de um *dano moral trabalhista*, a partir da existência de uma relação de trabalho entre as partes,⁶⁹³ na prática não há qualquer característica que possa diferenciar e, portanto, justificar a existência de um dano moral com tal especificidade,⁶⁹⁴ apenas por ser afeto ao trabalhador e decorrer de uma relação de trabalho.⁶⁹⁵

⁶⁸⁹Embora inove ao propor que o dano moral seja considerado como dano pessoal: “Deve-se, pois, perceber o qualificativo de pessoal, o dano que lesa a integridade física, psicológica, afetiva, intelectual, ética e social da pessoa humana”. OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 29-30.

⁶⁹⁰Portanto, o dano moral individual, na seara trabalhista, tem natureza subjetiva. A sua caracterização no mundo dos fatos não prescinde de elementos vinculados ao sofrimento do lesado, tais como a dor moral, a humilhação, a vergonha, o constrangimento, enfim, todos os fatos ou atos que efetivamente tenham proporcionado uma lesão na alma ou no espírito do ofendido”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 84, 2012.

⁶⁹¹CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do trabalho*. 26. ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 351.

⁶⁹²“Não há dúvida, portanto, de que o dano moral, mais do que em outros ramos do Direito, tem absoluta pertinência quanto à aplicação no âmbito do Direito do Trabalho. Aliás, nesse ramo do Direito há muito tempo se reclamava a necessidade de mecanismos para coibir práticas ofensivas aos sujeitos da relação de trabalho, sendo certo, outrossim, que embora com maior frequência seja o empregador o ofensor, pode ocorrer o contrário, ou seja, de o empregado praticar dano moral contra o empregador ou seu preposto, devendo, também, responder pelos danos decorrentes.” MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 397.

⁶⁹³João Oreste Dalazen, depois de destacar que o dano moral é aquele que afeta direitos personalíssimos e apontar suas espécies quanto ao dano estético, o dano à intimidade e o dano psíquico, entre outros, afirma que: “Reputo *dano moral trabalhista*, por conseguinte o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação a direitos ínsitos à personalidade, “*como consequência da relação de emprego*.” DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 7, jan. 2000. Segue a mesma linha, Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Por dano moral trabalhista entenda-se aquele ocorrido no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão da sua existência, envolvendo os dois polos desta relação jurídica (de emprego), ou seja, o empregador e o empregado”. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006. p. 24.

⁶⁹⁴“A denominação do tema não pode ser dano moral no Direito do Trabalho, pois este não trata de dano moral. A matéria é inerente ao Direito Civil, no campo da responsabilidade civil.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Introdução.

⁶⁹⁵Mauro Schiavi confirma que embora respeite posições em contrário, não há um dano moral trabalhista, mas sim um dano moral decorrente da relação de trabalho e refere lição do Professor Amauri Mascaro Nascimento, para quem dano moral teria o mesmo conceito, no Direito Civil e no Direito do Trabalho. SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 118.

Há ainda que se apontar a resistência inicial do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar o dano moral individual⁶⁹⁶ e, mais ainda, quando esse decorria de acidente de trabalho,⁶⁹⁷ como obstáculo para o desenvolvimento da doutrina trabalhista nessa matéria, embora nos dias atuais, esteja disseminada uma cultura de postulação do dano moral nas reclamações trabalhistas,⁶⁹⁸ o que tem sido objeto de crítica pela doutrina.⁶⁹⁹

Esse cenário explica porque apenas recentemente **o tema dos danos morais coletivos** foi estudado pela doutrina, que mesmo assim reconhecia existirem muitas dúvidas sobre a matéria,⁷⁰⁰ exigindo um maior esforço dos juízes, que se viram diante de pedidos de reparação de danos aos valores e direitos fundamentais da sociedade, sem que pudessem contar com uma doutrina consolidada sobre o tema.

Esses bens coletivos estão tutelados pela lei e pela Constituição, podendo ser citados, a título meramente exemplificativo, o direito a um meio ambiente propício ao desenvolvimento humano, o direito à saúde e à educação, os direitos dos consumidores e, no que se refere ao trabalho humano, o próprio direito de ter um trabalho digno, que

⁶⁹⁶De acordo com João Oreste Dalazen, o Supremo Tribunal Federal apenas no ano de 1998 consagrou o entendimento de ser da Justiça do Trabalho a competência para julgar pedido de dano moral decorrente da relação de emprego, referindo-se ao RE 238.737-4 (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento unânime, publicado no DJU em 5.2.98). Mas também destacava que no seu entendimento a Justiça do Trabalho não tinha competência para julgar pedido de dano moral decorrente de acidente de trabalho, com base no artigo 109, I, da Constituição, opinião expressada antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 14, jan. 2000.

⁶⁹⁷Somente com a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi consagrada a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho. Em razão dessa alteração constitucional, o Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento para esclarecer que a interpretação até então conferida ao artigo 109, inciso I, da Constituição Federal tinha como base o texto constitucional anterior, estabelecendo que a partir da referida Emenda a competência para julgar ações em que os trabalhadores postulavam indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho era da Justiça do Trabalho. STF pleno. Conflito de Competência nº 7.204-1-MG; Rel.: Ministro Carlos Ayres Britto, DJ 09 dez. 2005.

⁶⁹⁸Mauro Schiavi constata que após o início dos estudos a respeito do dano moral trabalhista na década de 90 do século XX, “se iniciou uma intensa litigiosidade na Justiça do Trabalho para a reparação dos danos morais decorrentes da relação de trabalho”. E acrescenta: “Hoje, dificilmente uma reclamação trabalhista não traz no seu bojo, no rol de pedidos, uma reparação por danos morais”. SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 117.

⁶⁹⁹“Aquilo que antes na Justiça do Trabalho era exceção, passou a ser regra. Em muitos processos, há pedido de dano moral, a ponto de caminharmos também para uma indústria de processos sobre dano moral, como ocorre nos Estados Unidos, alguns sem fundamento nenhum, inclusive em postulações com valores excessivos”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. *Nota do autor*.

⁷⁰⁰“Dúvida ainda existe, todavia, quando se fala em dano moral coletivo. E o que seria, então, o dano moral coletivo? Não existe um conceito legal nem doutrinal assentado sobre ele.” MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 329.

preserve a vida e a saúde, não tolere qualquer forma de discriminação ou assédio moral e não admita a exploração do trabalho infantil ou análogo ao de escravo.

A doutrina tem enfatizado a violação aos valores⁷⁰¹ de uma comunidade como caracterizadora do dano moral coletivo,⁷⁰² ressaltando ainda os sentimentos negativos resultantes da lesão à coletividade,⁷⁰³ como a indignação ou a consternação social, entre outros sentimentos próprios da esfera moral de uma coletividade,⁷⁰⁴ mas tem sido enfática ao afastar esse aspecto como determinante para a caracterização ou não do dano coletivo.⁷⁰⁵

⁷⁰¹Raimundo Simão de Melo apresenta a seguinte definição: “Conclui-se, portanto, que dano moral coletivo é a lesão significativa, com reflexo e prejuízo na esfera de valores coletivos socialmente concebidos e protegidos juridicamente”. In MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 329.

⁷⁰²Para Carlos Alberto Bittar Filho “o dano moral coletivo a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.” In BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 55, out./dez. 1994. **No mesmo sentido**: “O dano moral coletivo constitui a agressão a bens e valores jurídicos comuns a toda a coletividade ou parte dela.” ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 64.

⁷⁰³“Dano moral coletivo é o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas”. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br.> Acesso em: 20 ago. 2013.

⁷⁰⁴De acordo com João Carlos Teixeira, dano moral coletivo representa “a injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinge a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo toda a sociedade, causando-lhes sentimento de repúdio, desagrado, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sentimento psicofísico”. TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo na relação de emprego. In: NORRIS, Roberto (Org.) *Temas polêmicos de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 129.

⁷⁰⁵“Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 159-160. Da mesma forma: “Aliás, assim como a dor, sofrimento ou outro equivalente psíquico mostra-se eventual decorrência do dano individual, o sentimento de repulsa e indignação social também se apresenta como mera e possível decorrência do dano moral coletivo”. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 63.

É verdade que foi a partir do desprendimento dos sentimentos decorrentes do dano moral, que foi viabilizado o reconhecimento de que as pessoas jurídicas⁷⁰⁶ e, num segundo momento, também as coletividades, poderiam ser vítimas do dano moral, considerando-se a ofensa ou a lesão sob o aspecto puramente objetivo.

Na **doutrina trabalhista** não é unânime o reconhecimento de ser indenizável o dano moral coletivo, pois há entendimento no sentido de que “não é possível identificar qual pessoa da coletividade sofreu dano moral, que é personalíssimo”, afirmação feita com base em interpretação do próprio ordenamento jurídico, que garantia a reparação à pessoa humana e não à coletividade, além da condenação acarretar *bis in idem* de reparações, uma pelo dano moral coletivo e outra pelo dano moral individual.⁷⁰⁷

Não obstante o respeito que mereça tal doutrina, defende-se que há de ser considerado que o dano moral coletivo repercute em uma classe, categoria ou comunidade de pessoas e é sempre indivisível, ainda que se possa também vislumbrar do fato que o originou um dano aos indivíduos, que será de natureza divisível e, portanto, de natureza diversa e que não se confunde com aquele de natureza global.

Nesse sentido, também há lição da doutrina trabalhista no sentido de que o dano moral coletivo se caracteriza pela ofensa a valores fundamentais da sociedade,

⁷⁰⁶Jorge Shiguemitsu Fujita apresenta estudo detalhado sobre a evolução no direito brasileiro e no direito comparado no que se refere ao reconhecimento do dano moral sofrido pela pessoa jurídica e apresenta conclusão que se fundamenta no artigo 52 do Código Civil brasileiro e na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “Embora existam opiniões discordantes a respeito da existência de danos morais perpetrados em desfavor de uma pessoa jurídica, alegando não possuir existência psicofísica e ética, ou um substrato biológico, psíquico e espiritual, desprovida de quaisquer sentimentos, entendemos que a atual Constituição Federal e, sobretudo, o Código Civil de 2002 não dão margem a qualquer dúvida a esse respeito. Ademais, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça é taxativa: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” – FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Dano moral causado à pessoa jurídica no direito brasileiro. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 9, n. 16-17, p. 125, jan./dez. 2009.

⁷⁰⁷“Não é possível identificar qual pessoa da coletividade sofreu dano moral, que é personalíssimo. O inciso X do artigo 5º da Constituição usa a palavra pessoas, que devem ser determinadas e não uma coletividade. O inciso III do artigo 1º da Lei Maior faz referência a dignidade da pessoa humana. Não faz menção a dignidade da pessoa jurídica ou da coletividade.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

especialmente à dignidade da pessoa humana,⁷⁰⁸ de maneira a também produzir sentimentos negativos na coletividade.⁷⁰⁹

Com efeito, é em razão da grave ofensa à dignidade da pessoa humana que a reparação do dano moral coletivo decorrente do trabalho em condições análogas a de escravo representa uma das maiores conquistas em matéria de garantia de direitos aos trabalhadores no país, contando, inclusive, com reconhecimento internacional.⁷¹⁰

Por outro lado, tal como referido quando da análise do dano moral individual, também não há que se falar em um *dano moral coletivo trabalhista*⁷¹¹ apenas por decorrer de fato relacionado às relações de trabalho, pois esse dano também se caracteriza pela lesão a interesses e direitos transindividuais⁷¹² decorrentes da relação de trabalho ou que afetam, de forma mais generalizada, uma classe ou categoria de trabalhadores.

⁷⁰⁸“Com efeito, o dano moral coletivo apresenta-se como um pleito nas ações moleculares, ou seja, ações civis públicas ou ações civis coletivas, a serviço da proteção de interesses maiores da coletividade, da maior dignidade possível às futuras e presentes gerações, envolvendo o direito à vida, à saúde, à educação, ao meio ambiente digno, à segurança, à honra, à intimidade, enfim, à dignidade da pessoa humana, fundamento de validade do Estado Democrático de Direito”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 88, 2012.

⁷⁰⁹“Apresentadas tais considerações, torna-se possível conceituar *dano moral coletivo como a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e despreço pela ordem justa.*” COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 71.

⁷¹⁰“Juntamente com o Cadastro Nacional de empregadores eu submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo (Portaria n. 540/04-TEM), o dano moral coletivo é apontado como uma das grandes vitórias da sociedade brasileira no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo com reconhecimento internacional”. Esse reconhecimento consta do Relatório Global do Seguimento da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho – 2005 – Sumário Brasil. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 195 e nota 26.

⁷¹¹“A nosso ver, como já externamos nossa posição, não há o chamado *dano moral coletivo trabalhista*, mas sim um dano moral coletivo que decorre de uma relação de trabalho, não sendo esse dano ontologicamente diverso do dano moral coletivo que eclode em outra esfera jurídica” Mauro Shiavi. *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*. 4ª. ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2011. p. 195.

⁷¹²“O dano moral coletivo, por se enquadrar no instituto do Direito Coletivo do Trabalho, relaciona-se aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e pode ser manejado nas ações moleculares ou em processos administrativos (Inquéritos Civis), titularizados pelo Ministério Público do do Trabalho”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 87, 2012.

O liame entre dano, dor e reparação marcou a evolução e o reconhecimento do dano moral individual pelos Tribunais brasileiros,⁷¹³ o mesmo se dando com relação ao dano moral coletivo, no qual também é identificado um sentimento negativo quando valores da coletividade não são respeitados.⁷¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento histórico, não reconheceu o dano moral coletivo decorrente de lesão ao meio ambiente, sob o fundamento de que os sentimentos de dor e sofrimento eram próprios do dano moral individual e, portanto, seriam incompatíveis com a noção de *transindividualidade*,⁷¹⁵ julgamento que serviria de paradigma para que outras decisões deixassem de reconhecer a existência do dano moral coletivo.⁷¹⁶

Não obstante o resultado final desse julgamento, ocorrido no ano de 2006, foram registrado dois votos divergentes que assentaram a existência de **um sentimento difuso e coletivo**, “consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de

⁷¹³“A tese da responsabilidade, pelo dano moral causado, encaminhada no sentido de reparação, encontra óbices sérios, pela dificuldade de estabelecer-se a compensação, incomparável com se mostra a transformação em dinheiro do que perdura no domínio da honra e do sentimento”. ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Prefácio. In: BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 15. No mesmo sentido a doutrina de Agostinho Alvim que reconhecia: “O sentimento de justiça impulsiona no sentido de admitir-se a indenização por dano moral; mas a dificuldade da aplicação da teoria aos casos ocorrente faz retroceder”. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 224.

⁷¹⁴“Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente na importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade” RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 82, jan./mar. 1998.

⁷¹⁵“Processual civil. Ação civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. REsp nº 598.281-MG, 1ª.T., Rel. para acórdão Min. Teori Zavaschi, j. 05/05/2006. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013. O impacto dessa decisão que não reconheceu o dano moral coletivo é referido por vários autores, entre eles: RIBEIRO, Saulo Telles. *Das questões relevantes sobre o dano moral coletivo*. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. p. 7-11. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013; MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. In: MALLETT, Estevão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coords.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 116; BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. p. 2. Disponível em: <www.mpba.mp.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013 e MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 260-267.

⁷¹⁶Decisões da 1ª. Turma do STJ no REsp n. 821.891-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 08.04.2008; REsp. nº 971.844-RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.12.09 e REsp 1.109.905-PR, Rel.Min. Hamilton Carvalhido, j. 14.5.2010. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

determinada lesão ambiental”,⁷¹⁷ sentimento esse que perpassaria todos os membros da comunidade afetada pela lesão, de forma a caracterizar o dano moral coletivo.⁷¹⁸

Na outra mão, no mesmo ano de 2006, quando pela primeira vez o **Tribunal Superior do Trabalho** enfrentou a questão do dano moral coletivo⁷¹⁹ decorrente da prática do empregador em promover lides simuladas para obter quitação de direitos trabalhistas, reverteu o julgamento desfavorável de segunda instância e restabeleceu a sentença, que havia condenado a empresa por dano moral coletivo.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, enfrentaria de novo a questão do dano moral coletivo em matéria ambiental no ano de 2007, oportunidade em que reconheceria a lesão a direitos não patrimoniais de população afetada pela degradação do meio ambiente, cuja reparação não era excluída pelo ordenamento jurídico.⁷²⁰

Essa mesma Corte, em julgamento do ano de 2009, declarou que não se poderia exigir demonstração de que a coletividade sentiria uma dor decorrente da lesão a interesses e direitos transindividuais, o que não importava em negar a existência de um “o sentimento

⁷¹⁷O voto divergente do Ministro Luiz Fux consignou ainda, entre outros fundamentos que: “O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo – v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no **sentimento da comunidade de determinada região**, quer como v.g. a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano”. REsp nº 598.281-MG, 1ª.T., Rel. para acórdão Min. Teori Zavaschi, j. 05/05/2006. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013 – sem destaques no original.

⁷¹⁸Voto divergente do Ministro José Delgado, do qual se destaca a seguinte passagem: “Com efeito, a manifestação dos danos morais ambientais vai se evidenciar da mesma maneira que os danos morais individuais, ou seja, com um sentimento de dor, constrangimento, desgosto, infelicidade, angústia, etc. A única diferença diz respeito ao titular desses sentimentos. Enquanto no dano moral individual o lesado será o sujeito unitário – individualizado – no dano moral ambiental esse sentimento negativista perpassará por todos os membros de uma comunidade como decorrência de uma atividade lesiva ao meio ambiente.” REsp nº 598.281-MG, 1ª.T., Rel. para acórdão Min. Teori Zavaschi, j. 05/05/2006. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁷¹⁹Nesse sentido a observação de Xisto Tiago de Medeiros Neto, com referência ao processo RR-1156/2004-004-03-00.9. Rel. Ministro Alysio Corrêa da Veiga, DJ 1/11/2006. *In* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 164.

⁷²⁰Voto da Ministra Nancy Andrighi, do qual se destaca a seguinte passagem: “A degradação ambiental, por exemplo, deve ser compensada, pois a perda do equilíbrio ecológico, ainda que temporária, não pode ser reduzida a um valor econômico. Mesmo que possa se identificar o custo da despoluição de um rio, não se precifica a perda imposta à população ribeirinha que se vê impossibilitada, durante meses, de nadar em suas águas outrora límpidas. Por tudo isso, deve-se reconhecer que nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extra-patrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.” REsp 636.021/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 13.11.07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade a ideia do coletivo”.⁷²¹

2. Os princípios do processo coletivo e a percepção do “sentir coletivo” pelo juiz do Trabalho

A evolução jurisprudencial nessa matéria demonstra que a Justiça do Trabalho sempre esteve à frente no que se refere ao reconhecimento do dano moral coletivo,⁷²² além de também destacar a existência de um sentimento coletivo em seus julgamentos,^{723 724} que é afetado pela lesão à dignidade dos trabalhadores e aos valores sociais do trabalho, assegurados pela Constituição Federal.

No entanto, ainda que não se deva exigir a demonstração da existência de sentimento negativo para configuração do dano moral, **não se deve excluir dos**

⁷²¹“É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costume e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade a ideia do coletivo”. Recurso Especial n. 1.057.274-RS (2008/0104498-1). 2ª. Turma, j. 01-12-2009. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 28.2.2010. Acesso em 23 de agosto de 2013.

⁷²²Erlan José Peixoto do Prado traz importantes informações sobre as primeiras ações civis públicas propostas no ano de 2001 na Justiça do Trabalho, tendo como autor o Ministério Público do Trabalho, com pedido de dano moral coletivo decorrente de trabalho análogo ao de escravo no Estado do Pará, apontando que já no ano de 2002, uma dessas ações foi julgada procedente: processo n. 00491-2002-117-8-00, publicada no DJU em 19-12-2002. In PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 195-196.

⁷²³“Dano moral coletivo. Possibilidade. Uma vez configurado que a ré violou direitos transindividuais de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade”. TRT 8ª. Região. Acórdão da 1ª. T. RO 5309/2002, origem 2ª. V.de Marabá, j. 17.12.02, publ. DOEPA 19.12.02, Relator Luis José de Jesus Ribeiro. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁷²⁴“Dano moral Coletivo. Caracterização e *quantum* indenizatório. 1. A reparabilidade do dano moral coletivo não pode ter as mesmas premissas do dano moral tradicional, já que este, baseado no Código Civil, é dotado de cunho meramente patrimonialista e individualista, não enxergando, assim, os valores transindividuais de um sentimento coletivo”. TST – AIRR 90040-64.2006.5.04.0007, 7ª. T. Min. Rel. Maria Doralice Novaes, DJ 30.10.2010. Também com fundamento no abalo da honra e dignidade da coletividade de forma a caracterizar o dano moral coletivo os seguintes arestos: AIRR 561/2004-096-03-40.2, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª. T. DJ de 19-10-07 e AIRR-169/2005-221-06-40.1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª. Turma, DJ 07/03/08. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

juízos a consideração quanto à existência desse sentimento,⁷²⁵ inclusive no que se refere à coletividade.

Isso porque é por meio da apreensão de um “sentir coletivo” que se poderá aferir o impacto e a repercussão do dano moral numa dada comunidade ou mesmo em toda a sociedade.⁷²⁶

Essa assertiva pode ser confirmada pela sensibilidade demonstrada pela juíza Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa ao julgar ação civil pública⁷²⁷ que resultou “na maior condenação já decretada pela Justiça do Trabalho” e de grande repercussão nacional e internacional, como ela própria constatou posteriormente, quando da publicação da histórica decisão em periódico da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª. Região – Amatra XV.⁷²⁸

Consta da fundamentação da sentença a análise dos documentos que comprovavam a exposição dos trabalhadores a agentes químicos e seus riscos para o ser humano e, no que mais interessa para o presente estudo, o sentimento que foi captado pela magistrada, não apenas daquela comunidade de trabalhadores e de suas famílias, contaminadas ao longo de várias décadas, mas de toda uma cidade:

⁷²⁵Esse não é o entendimento de Saulo Telles Ribeiro: “Não desmerecendo os brilhantes trabalhos de eminentes doutrinadores e juristas que, desbravando essa nova vertente denominada dano moral coletivo, recorreram aos conceitos tradicionais de dano moral em sentido estrito, fato é que a tentativa de encontrar justificativa em um sentimento coletivo, passível de ser ofendido, como fundamento para a caracterização do dano moral coletivo, é ainda um reflexo das controvérsias doutrinárias acerca da noção de ‘dano moral’, utilizada pelo legislador para se referir a ofensa a direitos coletivos ou difusos, mas que, todavia, não se amolda adequadamente à realidade coletiva, despida de personalidade jurídica.” In RIBEIRO, Saulo Telles. *Das questões relevantes sobre o dano moral coletivo*. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. p. 13. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

⁷²⁶“Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais, afeta-se a boa imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. Tal intranquilidade e sentimento de desapeço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém dúvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas?” RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 82, jan./mar. 1998.

⁷²⁷Processo nº 0022200-28.2007.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª. Região e Processo nº 0068400-59.2008.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pela ATESQ – Associação dos Trabalhadores Expostos à Substâncias Químicas e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Plásticos, Abrasivos e Similares de Campinas e Região, ambos em face das empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

⁷²⁸TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 252-303, 2011.

“Há um fato recente que bem demonstra a pertinência da fixação do dano moral coletivo.

Em 20.4.2010 ocorreu uma explosão no Golfo do México, na qual faleceram 11 empregados da empresa British Petroleum. A partir daí, incomensurável quantidade de petróleo passou a ser despejada no mar, de forma, por longo período, incontrolável, gerando uma mancha de óleo, mortandade de animais e inúmeros outros prejuízos.

Do fato decorreu uma comoção mundial. Diuturnamente acompanhávamos, pela mídia, as notícias a respeito do vazamento de óleo.

Pois bem. Guardadas as proporções, foi justamente essa a comoção que sentiram e ainda sentem a população e os trabalhadores de Paulínia em face da contaminação produzida no Recanto dos Pássaros. Há uma sensação de perda coletiva, de impotência, a mesma, diga-se, sentida nos desastres de grandes proporções, como aquele anteriormente narrado.⁷²⁹

Somente foi possível à magistrada aferir esse “sentir coletivo” por ter assumido uma participação ativa no processo, realizando inúmeras audiências e reuniões com as partes e a comunidade, na Vara do Trabalho e também na sede do Ministério Público e, ainda, negociando um acordo por quase um ano sem, entretanto, lograr obter a conciliação, tudo conforme registrado no relatório e na fundamentação da sentença.

Parece evidente que somente **um juiz com papel ativo na condução do processo**, em constante diálogo não apenas com as partes, mas com todos aqueles que participaram do processo coletivo, que envida os melhores esforços para obter uma conciliação,⁷³⁰ tem condições de proferir uma sentença capaz de ser efetiva do ponto de vista da necessária compensação à coletividade lesada.

Essa sentença é tomada como paradigma no presente estudo não por sua repercussão econômica, aspecto mais destacado pela mídia, mas em razão do grande drama vivenciado por toda uma coletividade de trabalhadores, cujo “sentir coletivo” foi captado pela magistrada que a proferiu e que constitui demonstração cabal de como a Justiça do

⁷²⁹TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 295, 2011, p. 295, **sem destaque no original**.

⁷³⁰“Novas audiências foram realizadas em 3.7.2007 e em 13.9.2007 em razão de diversas propostas de composição efetivadas, tanto pelas partes, quanto por esta magistrada. Foram, ainda, realizadas inúmeras reuniões com o escopo de buscar a conciliação das partes em conflito, das quais participaram representantes do Sistema Único de Saúde (SUS) e das Secretarias Municipais de Saúde, tal a gravidade do problema narrado na presente ação”. TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 256, 2011.

Trabalho pode atuar por meio das ações coletivas de maneira a efetivar direitos de natureza transindividual de grande relevância social.

Podem ainda ser deduzidos dessa histórica decisão a aplicação dos princípios que informam o processo coletivo e que foram adotados implícita e intuitivamente no decorrer do processo, como o já referido **princípio da participação** ativa da juíza e das partes envolvidas; o **princípio da colaboração** na busca de uma solução que atendesse os interesses das partes, além do **princípio da relevância social** dos interesses e direitos que foram objeto da tutela, notadamente a saúde dos trabalhadores e de suas famílias.

Destaca-se ainda a aplicação do **princípio da publicidade** concretizado por meio de diversos comandos da sentença com o objetivo de cientificar os interessados e beneficiários da tutela concedida;⁷³¹ o **princípio da motivação**, atendido por meio da detalhada fundamentação e da apresentação do raciocínio desenvolvido pela juíza, inclusive quanto aos critérios adotados para arbitrar as indenizações, com apoio nos **princípios da razoabilidade e proporcionalidade**.

Por último, por ser o mais importante, o destaque para o atendimento do **princípio da pacificação social**, pois a sentença ora estudada representou uma resposta às dores, angústias e ao desalento dos trabalhadores e de suas famílias, sentimentos tão bem captados pela magistrada e registrados na decisão.⁷³²

Como se vê não é possível pretender alcançar o ideal da única sentença correta para os casos difíceis,⁷³³ mas é viável que seja proferida **a melhor sentença possível**, que superando obstáculos processuais enfrenta o mérito da complexa e humana controvérsia envolvendo interesses e direitos transindividuais, outorgando adequada tutela coletiva, em atenção **ao princípio da máxima efetividade**.

⁷³¹ Como a divulgação da medida que antecipou os efeitos de tutela e da decisão de mérito, buscando a ciência e a habilitação dos beneficiados pela decisão, por meio de mídias escritas como jornais locais; canais de televisão de maior audiência e meios eletrônicos e finalmente, comando dirigido ao Ministério Público do Trabalho para que modificasse sua página na internet para viabilizar a habilitação também por esse meio. TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 301-302, 2011.

⁷³² “Asseverar que a existência do sofrimento, da dor, da angústia destes trabalhadores necessitaria de prova efetiva, viola o princípio da razoabilidade; viola, aliás, o sendo comum.”. TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 300, 2011.

⁷³³ A tese da única solução possível para os *hard cases*, como já referido no Capítulo II – princípios do processo coletivo é de Ronaldo Dworking em *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Evidencia-se, na sentença analisada, clara discricionariedade judicial, que não se confunde com arbitrariedade ou com uma ética própria do juiz, tampouco com a discricionariedade característica da administração, pois a decisão foi fundamentada em disposições legais, normas internacionais e, principalmente, na Constituição Federal, tendo ainda preservado os valores mais importantes do ordenamento jurídico.⁷³⁴

A sentença conformou-se, assim, com o que se chama consciência jurídica geral,⁷³⁵ visando à melhor decisão para a complexa lide envolvendo danos ambientais e a saúde dos trabalhadores e de suas famílias, de maneira a atender o sentimento e o anseio de justiça daquela comunidade.

Em síntese da tese aqui proposta, há que ficar claro que os sentimentos causados aos indivíduos ou à coletividade em razão da lesão aos interesses e direitos individuais ou transindividuais, não constituem requisito para a configuração do dano moral, mas não podem ser ignorados pelo juiz, ao qual incumbe **um papel ativo** capaz de captar o “sentir coletivo”, a fim de proferir uma decisão que concretize **o princípio da pacificação social**, fim maior do processo.

3. Indenização por dano moral coletivo: critérios para arbitramento, natureza da reparação, destinação e limites do pedido

A breve análise da evolução do instituto do dano moral no nosso ordenamento, na doutrina e também na jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a apresentação de uma primeira tese quanto aos sentimentos que decorrem da lesão em massa, que não devem deixar de ser considerados pelo juiz ao proferir suas decisões, representam a base

⁷³⁴“Daí poder-se dizer que o administrador age guiado pela conveniência política, enquanto o juiz tem a sua atuação pautada pela conveniência jurídica, ambas, saliente-se, compatíveis com legalidade e os valores a ela imanentes, pois a discricionariedade, vale repisar, é a liberdade de agir nos limites tratados pelo sistema jurídico”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127 – nota 314.

⁷³⁵“Nos casos limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir a ‘consciência jurídica geral’”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125. Alf Ross já constatara a existência de uma consciência jurídica, de natureza material e também formal, que “falariam” ao juiz no momento em que ele decide. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 168-169.

necessária para que outros desafios possam ser superados em prol da efetividade da indenização do dano moral coletivo.

O primeiro deles diz respeito **aos critérios para fixação da indenização por danos morais**, questão que se torna ainda mais complexa em matéria de dano moral coletivo, por envolver a lesão a interesses e direitos transindividuais, caracterizados pela indeterminação daqueles que possam ter suportado os prejuízos.

Na sequência será estudada **a natureza e a finalidade da indenização fixada a título de dano moral coletivo**, a fim de demonstrar ser possível alcançar-se uma efetiva reparação em prol da coletividade lesada.

Outro problema a ser enfrentado e que **afeta especificamente o juiz do Trabalho** refere-se à **destinação da indenização dos danos morais coletivos**, pois ainda que seja deferido o pedido formulado na inicial da ação coletiva e executado o seu provimento, o que se verifica, na prática, é a ausência de efetividade para a coletividade.

Por fim, pretende-se examinar se **os limites do pedido dos danos morais coletivos** constituem um obstáculo para que o juiz defira indenização em prol de uma maior efetividade, tudo à luz do ordenamento jurídico, da construção da jurisprudência trabalhista e ainda de importantes lições do direito comparado.

3.1. Critérios para arbitramento da indenização

Quanto aos **critérios para fixação da indenização** o que se pode afirmar com segurança é que o dano moral se diferencia do dano material⁷³⁶ pois, ao contrário desse, não é mensurável por meio de critérios econômicos e, portanto, sua quantificação não se faz na forma de uma simples operação matemática.⁷³⁷

⁷³⁶“Assim, tendo em vista o seu conteúdo, tais danos podem ser categorizados como *emergentes*, justificativos de reparação do que realmente se perdeu, ou *impedientes*, motivadores de compensação do que razoavelmente se deixou de ganhar. Há nessa seara *um dano que atinge o patrimônio material, tangível, físico*.” MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. In: MALLET, Estevão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coords.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 112.

⁷³⁷“A principal distinção dos danos patrimoniais em relação aos danos não patrimoniais é que os primeiros são passíveis de valoração econômica, enquanto os segundos, não”. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 339.

A dificuldade para fixação da indenização por dano moral não é uma questão nova, ao contrário, sempre fez parte das preocupações dos doutrinadores brasileiros desde o momento em que foi necessário defender o direito a tal forma de reparação, ainda sem o apoio da jurisprudência.⁷³⁸

Mesmo depois do advento da Constituição de 1988, que consagrou o direito à reparação do dano moral como garantia fundamental, a questão dos critérios que balizam a fixação da respectiva indenização continua no centro dos debates da doutrina e também da jurisprudência, em razão do receio advindo do arbitramento judicial.^{739 740}

Se há que se temer algum arbítrio, esse deve ser maior com relação ao legislador,⁷⁴¹ pois não é viável que uma tarifação preestabelecida em lei, atenda às múltiplas implicações e variáveis envolvendo a reparação do dano moral de natureza individual e, mais ainda, o dano moral coletivo.⁷⁴²

Não obstante, tentativas de se obter valores fixados pela lei não são totalmente estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, constaram do anterior Código Civil,⁷⁴³ bem como da legislação ordinária, sendo exemplos a **Lei nº 5.250/1967 – Lei de**

⁷³⁸“As dificuldades que os juízes encontram para decidir sem uma fórmula e a repugnância louvável de lançar mão do arbítrio, constituem a causa principal dessa relutância dos tribunais.” ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 224.

⁷³⁹Silvio Rodrigues apontou que para muitos deixar ao arbítrio do juiz graduar a dor moral e fixar a indenização, representa uma “grande inconveniência”, embora não compartilhasse dessa opinião, pois para o grande civilista: “tal decisão decerto representará o sentir de toda uma elite intelectual, representada pelo referido Poder Judiciário. Não me assusta o argumento do excessivo poder concedido pelo legislador ao juiz”. In RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 192.

⁷⁴⁰Américo Luís Martins da Silva mostra que as resistências da doutrina brasileira quanto à reparação do dano moral estavam fundadas no argumento ético de que a dor não teria preço; em um argumento jurídico no que se refere a um enriquecimento sem causa do ofendido, mas também na objeção de que se concederia demasiado poder aos juízes, ou seja, em um argumento político, reconhecendo, entretanto, restarem superadas todas essas objeções que foram levantadas no passado. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55-62.

⁷⁴¹“Deve-se temer o arbítrio do juiz? Claro que sim. Toda concessão de arbítrio deve ser vista com cautela. Nem sempre ele, juiz, sabe lidar com números e valores. Mas não há saída. Caso contrário, põe-se por terra todo o instituto e sua eficácia. (...) Pior seria o arbítrio do legislador, que sempre impõe indenizações tarifadas, insuficientes, como acontece com o seguro obrigatório em acidentes de veículos ou em acidentes do trabalho.” AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *O dano moral e sua avaliação*. p. 6. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6990-6989-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁷⁴²Essa não é, contudo, a opinião de João Oreste Dalazen, que teme exatamente o arbítrio do juiz e, embora não defenda “uma incompatível reparação tarifária”, entende que “legislação infraconstitucional deveria fixar patamar mínimo e máximo (piso e teto), bem como delinear objetivamente os elementos para aferição e dosagem do valor do dano moral”. DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 13, jan. 2000.

⁷⁴³Como se via do parágrafo único do artigo 1.547 do Código Civil revogado: “se não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).”

imprensa⁷⁴⁴ e a **Lei nº 6.453/1977**, essa última sobre responsabilidade civil e criminal por **danos nucleares**.⁷⁴⁵

Após o advento da Constituição de 1988, doutrina das mais abalizadas apontou a inconstitucionalidade dos artigos 51 e 52 da Lei nº 5.250/67 - Lei de Imprensa, por representar uma “tarifação” e “tetos” incompatíveis com a Constituição,⁷⁴⁶ sendo também esse o entendimento que acabou sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁴⁷

Com efeito, o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem **proporcional** ao agravo, o que afasta qualquer possibilidade de existir uma prévia especificação de valores da indenização pela lei, pois além de serem vários os interesses e direitos passíveis de lesão, há uma multiplicidade de fatores que envolvem a prática do ato lesivo e seu impacto na vida dos indivíduos.

O atual Código Civil, em consonância com o disposto na Constituição, estabelece, no artigo 944 que “**a indenização mede-se pela extensão do dano**”, sem fazer qualquer restrição ou especificação, razão pela qual é aplicável ao dano individual e também ao

⁷⁴⁴**Lei nº 5.250/67 – Lei de imprensa** (declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de 30-04-2009) **Art. 51.** A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a dois salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, nos II e IV); II - a cinco salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III - a dez salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a vinte salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). **Art. 52.** A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

⁷⁴⁵**Lei nº 6.453/77** que dispõe a sobre responsabilidade civil e criminal por danos nucleares. **Art. 9º** A responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear é limitada, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Parágrafo único - O limite fixado neste artigo não compreende os juros de mora, os honorários de advogado e as custas judiciais. **Art. 10** - Se a indenização relativa a danos causados por determinado acidente nuclear exceder ao limite fixado no artigo anterior, proceder-se-á ao rateio entre os credores, na proporção de seus direitos.

⁷⁴⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 153.

⁷⁴⁷Sumula 281 do STJ editada no ano de 2004: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Posteriormente, no ano de 2.009, o Supremo Tribunal Federal declararia a inconstitucionalidade da referida lei.

coletivo, material ou moral, constituindo **regra geral** que exige a aplicação dos **princípios da proporcionalidade e razoabilidade** pelo juiz.⁷⁴⁸

Terá o juiz que ponderar, com bom senso e equilíbrio, os elementos envolvidos no fato que acarretou a lesão, como o grau de culpa da vítima, a desproporção entre o dano e a culpa do ofensor, esta a ser considerada de forma equitativa pelo juiz, conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo 944 do atual Código Civil.

Tem-se aqui exemplo de disposição legal que estabelece uma cláusula geral, autorizando o juiz a agir com margem de **discricionariedade** e também **criatividade** não no sentido de criar o direito,⁷⁴⁹ mas de criar uma interpretação que seja conforme o direito, especialmente quanto aos critérios que deverão nortear a reparação do dano, pois incumbe ao juiz determinar, diante das peculiaridades do caso concreto, qual será a mais efetiva e adequada forma de reparação do dano moral coletivo.⁷⁵⁰

A doutrina confirma que o dano moral é indenizado mediante arbitramento judicial,⁷⁵¹ incumbindo ao juiz fixar e dosar critérios,⁷⁵² de acordo com as circunstâncias

⁷⁴⁸Na clara e precisa lição de Ada Pellegrini Grinover: “A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

⁷⁴⁹E, nesse contexto, se afastando da criação da norma por precedente como ocorre no sistema da *common law*, mas admitindo-se que há uma “inevitável criatividade da função judiciária” no sistema romano-germânico, como já reconhecia CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 111-128.

⁷⁵⁰“Cabe assim ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.” SILVA, Ricardo Gariba. *O dano moral e sua liquidação*. Artigo científico.p. 6. Disponível em: <<http://www.forp.usp.br/restauradora/etica/dm.html>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁷⁵¹“O valor da indenização por dano moral tem sido fixado por arbitramento do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso, já que não existe, ainda, dispositivo legal estabelecendo parâmetros objetivos a respeito”. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 235.

⁷⁵²“A opção vigente é o sistema aberto, qual seja, o arbitramento pelo Poder Judiciário, cabendo ao juiz fixar e dosar critérios para apurar o valor da indenização por danos morais de acordo com o caso concreto submetido a sua apreciação”. TEIXEIRA JÚNIOR, José Guido. *Quantificação dos danos morais e materiais*: e o acidente do trabalho no setor sucroalcooleiro. São Paulo: LTr, 2011. p. 147.

do caso concreto,⁷⁵³ mediante “um sistema aberto e não tarifário”,⁷⁵⁴ tendo o atual Código Civil autorizado que a fixação de indenização seja feita “equitativamente”.⁷⁵⁵

O dano moral é disciplinado pela legislação de diversos países,⁷⁵⁶ como por exemplo o Direito Civil português,⁷⁵⁷ mas é tão antigo que pode ser identificado em passagens da Bíblia,⁷⁵⁸ embora se possa apontar que é no Direito romano que se encontra a origem do instituto na forma jurídica, tal como o concebemos na atualidade, incluindo a previsão do arbitramento da indenização pelo juiz.⁷⁵⁹

A jurisprudência trabalhista igualmente tem assentado que a indenização é fruto de arbitramento judicial, destacando que o juiz deve observar os critérios da prudência e do bom senso,⁷⁶⁰ podendo se afirmar estar à frente da própria doutrina, que tem se valido dos

⁷⁵³“Reitere-se, em observação derradeira, que a caracterização do dano moral coletivo exige a conduta antijurídica atribuída ao ofensor e lesiva a direito transindividual apresente razoável significância social, desbordando das fronteiras da tolerabilidade, situação que será verificada e apreciada pelo órgão judiciário, em cada caso específico”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 184.

⁷⁵⁴“Presentemente, prevalece no Direito brasileiro, como sabemos, a avaliação do dano moral por *arbitramento* do Juiz, com fulcro no artigo 1.553 do Código Civil, *sem* limites ali predeterminados. De sorte que é um *sistema aberto* ou *não* tarifário, e, que se confia *exclusivamente* à prudente discricionariiedade do Juiz a fixação do valor, ainda que segundado por laudo pericial”. DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 12, jan. 2000.

⁷⁵⁵Artigo 953, parágrafo único, do Código Civil: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

⁷⁵⁶“Anotese, também desde logo, que o princípio da reparabilidade dos danos morais vem sendo paulatinamente consagrado pela maioria dos países civilizados, variando suas legislações unicamente quanto à amplitude que lhe conferem”. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31. Essa assertiva é confirmada pelo estudo detalhado de Américo Luís Martins da Silva em *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93-152 e, também por MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8-14.

⁷⁵⁷Nesse sentido, confirmam-se as lições de PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações do Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 89-91 e 97-98.

⁷⁵⁸MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5-7.

⁷⁵⁹Conforme lições de Mauro Schiavi em *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 58; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30-31 e SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73-85.

⁷⁶⁰INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. VALOR. Inviável o confronto de teses, tendo em vista que o aresto colacionado não traz as mesmas premissas fáticas descritas pela Corte revisora para fixar o valor da indenização de danos morais. Não há se falar em violação dos artigos 5º, V, da Lei Maior e 944, do CC. Isso porque os preceitos não definem uma tarifação para a proporcionalidade da indenização pelo dano sofrido, o que é reservado ao prudente arbítrio do julgador. Além disso, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a reapreciação, em sede de instância extraordinária, do montante arbitrado para a indenização de danos morais depende da demonstração do caráter exorbitante ou irrisório do valor fixado. Não vislumbro, no caso concreto, extrapolação dos limites superiores ou inferiores da razoabilidade e da proporcionalidade no valor arbitrado para indenização de danos morais. Processo: RR nº64800-39.2003.5.09.0654. Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010. Não conheceu quanto a alegação de ofensa à constituição. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2013.

julgamentos dos tribunais para construir uma teoria quanto à reparação dos danos morais.⁷⁶¹

A posição atual do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a indenização por dano moral é objeto de juízo de equidade, incompatível com toda e qualquer tarifação fixada pela lei,⁷⁶² tendo também reconhecido a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, oportunidade em que destacou o **princípio da proporcionalidade** em matéria de reparação do dano moral.⁷⁶³

No que se refere à Justiça do Trabalho há diretriz estabelecida para a jurisprudência de todas as instâncias pelo **Enunciado 51** da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho,⁷⁶⁴ quanto a ser o dano moral arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, o que se conforma tanto com a Constituição Federal (artigo 5º, inciso V), como com o disposto no Código Civil Brasileiro (parágrafo 1º do artigo 953 e artigo 954).

Não obstante restar assentado tanto pela doutrina como pela jurisprudência que após a promulgação da Constituição de 1988 e publicação do atual Código Civil Brasileiro, **o dano moral não se sujeita a prévia tarifação**, tentativas legislativas nesse sentido são uma constante no Parlamento brasileiro, como se verifica por meio do Projeto de Lei n. 7.124/2002 (cuja origem foi o Projeto de Lei do Senado n. 150/1999) que estabelecia uma

⁷⁶¹Para Raimundo Simão de Melo foi a atuação intensa do Ministério Público que propiciou a consolidação de uma jurisprudência inovadora em matéria de dano moral, destacando a atuação do *parquet* laboral. In MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. São Paulo: LTr, 2004. p. 335.

⁷⁶²Xisto Tiago de Medeiros Neto, referindo-se ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 447.584, Rel. Min. César Peluso, julgamento em 28.11.2006, afirma: “Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem corretamente interpretado que ‘toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República’”. In MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 211 e nota de rodapé n. 129.

⁷⁶³ADPF 130/DF – Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ministro Relator Carlos Britto, j. 30-04-2009 pelo Tribunal Pleno, publicação 06-11-2009, destacando-se da ementa do acórdão: “5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em : 04 set. 2012.

⁷⁶⁴**ENUNCIADO 51. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO.** O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo. In MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

gradação de valores para indenização dos danos morais e que acabou arquivado por inconstitucionalidade.⁷⁶⁵

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 523/2011 que disciplina o dano moral da pessoa natural e pessoa jurídica e igualmente pretende impor uma “tarifação” da indenização a ser observada pelo juiz, adotando valores ainda menores do que aqueles constantes no Projeto de Lei nº 7.124/02.⁷⁶⁶

É verdade que os dois Projetos de Lei acima indicados tinham como objetivo a tarifação do dano moral individual e nada dispunham sobre o dano moral coletivo,⁷⁶⁷ mas há que se reiterar que mesmo no caso do dano moral individual essa tarifação ofende o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição, tal como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, não padeceria de inconstitucionalidade preceito de lei se estabelecesse parâmetros que pudessem ser considerados pelo juiz no arbitramento do dano moral,⁷⁶⁸ individual ou coletivo, desde que o fizesse em termos não taxativos⁷⁶⁹ e adotasse as diretrizes que já foram reconhecidas pela jurisprudência e confirmadas pela doutrina.

No que se refere ao dano moral coletivo, devem ser afastados alguns dos parâmetros que são apontados pela doutrina para reparação do dano moral individual,

⁷⁶⁵**Projeto de Lei nº 7.124/02** pretendia fixar o valor de danos morais individuais de acordo com a seguinte gradação: a) ofensa de natureza leve: R\$20.000,00; b) ofensa de natureza média: de R\$20.000,00 a R\$90.000,00; e c) ofensa de natureza grave: de R\$90.000,00 a R\$180.000,00, mas foi arquivado por inconstitucionalidade em 06-10-2010. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2013.

⁷⁶⁶**Projeto de Lei nº 523/11, Artigo 6º § 1º** Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I - ofensa de natureza leve: até dez mil reais; II - ofensa de natureza média: até quarenta mil reais; III - ofensa de natureza grave: até cem mil reais. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2013.

⁷⁶⁷Na redação original do **Projeto de Lei nº 523/11** constava expressa disposição excluindo o dano moral coletivo nos seguintes termos: “Art. 7º Nas ações coletivas ou aquelas com efeito *erga omnes* não há limite máximo para arbitramento de valor pecuniário apto a reparar o dano indenizável, podendo ser requerido aquele que a parte entender de direito ou arbitrado aquele julgado adequado.” Tal dispositivo não consta do projeto que foi encaminhado para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2013.

⁷⁶⁸Em apoio a essa tese o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, que defendeu *harmonizar-se* com a Constituição, **critérios gerais** que constavam do **Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei n. 4.417/62 e a Lei de Imprensa – Lei 5250/67** In GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 167-168.

⁷⁶⁹Confirmam essa possibilidade as disposições do Código Civil Brasileiro sobre a indenização do dano, artigos 944 a 953, que em termos não taxativos ou de cláusulas abertas estabelecem, de acordo com a natureza do dano, critérios para seu ressarcimento.

como as condições específicas da vítima, que podem influenciar nos efeitos da ofensa aos direitos de personalidade e, ainda, a concorrência do ofendido para a ocorrência do dano.⁷⁷⁰

Isso porque em sede de dano moral coletivo basta a ocorrência de ato ilícito que ofenda interesses ou direitos de natureza transindividual, pois tal como o dano moral individual esse é um dano *in re ipsa*⁷⁷¹, ou seja, deve ser considerado objetivamente, não exigindo para seu reconhecimento que seja feita comprovação de prejuízos (de ordem extrapatrimonial) que teriam sido suportados pela coletividade.⁷⁷²

Assim, na fixação da indenização do dano moral coletivo não é possível que o juiz “se coloque no lugar do ofendido” como corretamente aponta a doutrina⁷⁷³ e refere a jurisprudência,⁷⁷⁴ pois em assim agindo o faz como ser humano e com sentimento de solidariedade a fim de ter a dimensão do dano moral individual, embora não se afaste a possibilidade do julgador aferir o “sentir coletivo”, pois não é um ser deslocado da comunidade em que atua, tal como se defende no presente estudo.

Chama-se a atenção para o fato de que o dano moral coletivo não deve ser reconhecido ou reparado sob a ótica do dano moral individual, em outras palavras, o dano

⁷⁷⁰OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 238.

⁷⁷¹Conforme as lições de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “Os danos morais, em si mesmos, não se provam. Trata-se de um dano *in re ipsa*, ou seja, é o dano que *se compreende*, de certo modo em sua própria causa. O que se há de comprovar é a ocorrência de acontecimento que provoca dano moral, mas não atributos, dimensão ou qualidade destes”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A prova do dano moral da pessoa jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 803.

⁷⁷²“Nesse sentido, não se cogita de prova do prejuízo para a configuração do dano moral coletivo, considerando que o dano se evidencia da ocorrência do próprio fato da violação – este sim (o fato em si) passível de comprovação.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 181.

⁷⁷³“Para se estabelecer uma exata dimensão dos danos extrapatrimoniais é necessária uma reflexão sobre o seu conteúdo axiológico, capaz de assegurar uma análise mais acurada e distanciada dos mecanismos orientados em direção a uma aferição de bens econômicos. Nesse sentido, é imprescindível que o julgador se posicione na condição da vítima, porque sempre vivenciamos de forma mais profunda os fatos da nossa existência que se passam na nossa intimidade.” REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 114-115.

⁷⁷⁴“Dano moral – Indenização – Fixação. Provavelmente por uma questão de cultura, a que não escapa a realidade de que o nosso País é pobre, com gritantes desigualdades sociais, não raro a indenização fixada em sede de dano moral não repara, com a razoabilidade desejável, a dor e o sofrimento experimentados por quem suportou seus efeitos. E isso cumpre seja evitado, pois essa pode ser ‘a melhor forma de matar o instituto da responsabilidade civil’ (Rui Manoel de Freitas Rangel). Para se entender melhor a dor, o sofrimento e as angústias então sentidas, de mister o colocar-se, apesar da pobreza da expressão, na ‘pele’ do lesado, o que deve possibilitar, com maiores tranquilidade e segurança, a fixação da indenização devida”. TRT da 15ª. Região – Campinas. Processo RO nº 473/2005.124.15.00-6. 3ª.T. Rel. Francisco Alberto da Motta P. Giordani. Publicação no D.J. em 24.3.2006. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2013.

moral coletivo não representa o conjunto dos danos morais individuais e não se obtém o valor da respectiva indenização por meio de **somatória dos possíveis danos individuais**,⁷⁷⁵ embora esses possam existir (e normalmente existem) em razão do mesmo fato ilícito.⁷⁷⁶

A jurisprudência confirma que não se pode arbitrar o valor do dano moral coletivo com base no valor dos possíveis danos individuais ou tomar parâmetros de natureza tipicamente subjetiva, como valor do salário ou da remuneração e multiplicar pelo número de lesados,⁷⁷⁷ pois esse cálculo não representaria o dano acarretado à coletividade, mas sim os danos suportados pelos indivíduos unidos pela homogeneidade da lesão.

Não há dúvida de que para o juiz é “tarefa espinhosa”⁷⁷⁸ fixar a indenização pelo dano moral ou, ainda, é “questão delicada e penosa quando se cogita dos *critérios* para liquidação do dano moral”,⁷⁷⁹ mas deve-se reconhecer que **as dificuldades são ainda maiores quanto à fixação da indenização do dano moral coletivo**.

Isso porque terá o juiz que considerar uma lesão que atingiu interesses e direitos transindividuais e, portanto, sem titulares definidos, além de ter de adotar um desprendimento do dano moral individual e, notadamente, pela **maior expressão**

⁷⁷⁵Nesse aspecto residiria o ponto central da confusão conceitual entre dano moral individual e dano moral coletivo para Enoque Ribeiro dos Santos em A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 85, 2012.

⁷⁷⁶“Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade.” BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 52, out./dez. 1994.

⁷⁷⁷“Agiganta-se desse delineamento factual a certeza de a Turma ter-se guiado pelos prejuízos que cada um dos estagiários teria sofrido, com o desvirtuamento do estágio, tanto quanto a de ter-se valido do salário mínimo para a quantificação da multicitada indenização. Ocorre que, no caso de dano moral coletivo, o critério a ser observado no arbitramento da indenização não é o prejuízo experimentado individualmente por cada estagiário e sim a lesão causada à universalidade dos trabalhadores, afastada, ainda, a possibilidade de se utilizar como parâmetro o valor do salário mínimo, por força do teor cogente da norma do inciso IV do artigo 7º da Constituição, ao vedar sua vinculação para qualquer fim.” TST-E-ED-RR-94500-35.2004.5.05.0008. Embargante: ESTADO DA BAHIA. Embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. Ministro Relator designado BARROS LEVENHAGEN. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁷⁷⁸SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 275.

⁷⁷⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 167.

econômica⁷⁸⁰ dos valores que sempre envolvem uma indenização por dano moral coletivo, a exigir a prudência e a cautela do juiz, por meio da aplicação dos **princípios da proporcionalidade e razoabilidade**.

Mas essa reconhecida dificuldade não tem impedido que critérios sejam apontados pela doutrina, pois há que se reconhecer que não é possível arbitrar-se uma reparação para um dano de dimensão coletiva sem que sejam considerados parâmetros ou critérios, inclusive de natureza patrimonial, pois se há unanimidade entre os doutrinadores é quanto a ser considerada a **“situação econômica do ofensor”**.⁷⁸¹

Na realidade, é que tanto esse critério, relativo à capacidade econômica do ofensor, como os demais considerados para aferição do dano moral individual, e que já constavam da legislação ordinária vigente antes da Constituição de 1988⁷⁸² podem, com as devidas adaptações, ser considerados para arbitramento do dano moral coletivo.⁷⁸³

Assim, a **natureza e a gravidade da lesão**⁷⁸⁴ também devem ser consideradas como critérios para aferição do dano moral coletivo, possibilitando a fundamentação quanto aos valores e direitos fundamentais para a sociedade, sua proteção pelo ordenamento nacional ou internacional, além dos aspectos que envolvem a própria lesão, tudo visando demonstrar a real necessidade de reparação do respectivo dano.

⁷⁸⁰Essa preocupação se verificou também quanto ao dano moral individual, a partir do início do século XXI, quando a Justiça do Trabalho passou a enfrentar cada vez mais ações envolvendo esse novo pedido: “Salta à vista que condenações a cifras milionárias desse jaez (verdadeiras loterias), suscitam, inclusive, o perigo evidente de “industrialização” do dano moral. Aliás, já se nota na Justiça do Trabalho um crescimento em progressão geométrica dos litígios sobre dano moral”. DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 11, jan. 2000.

⁷⁸¹Como reconhecem, entre outros: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208-209; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 168; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 345.

⁷⁸²Lei nº 4.117/62 – Código Nacional de Telecomunicações. Artigo 84 “Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”.

⁷⁸³BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994.

⁷⁸⁴Crerios que são apontados por: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208-209; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 345. Apontando, apenas, o critério da gravidade da lesão: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994.

Da mesma forma a ocorrência de **culpa**⁷⁸⁵ **ou dolo**, e por consequência os respectivos graus, além da **reincidência no ato ilícito**,⁷⁸⁶ devem sem dúvida ser apontados, pois o descaso com a coletividade ou a intenção clara em prejudicá-la, bem como a reiteração desses comportamentos, exigirão uma maior reação do Judiciário.

Importante critério é proposto como princípio do processo coletivo pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009** relativo à **punição pelo enriquecimento sem causa do ofensor**,⁷⁸⁷ no mesmo sentido de “proveito obtido com a conduta ilícita”,⁷⁸⁸ o que impõe algumas reflexões quanto ao significado e finalidade desse princípio.

A primeira delas é que a positivação do critério de punição pelo enriquecimento sem causa representará significativo avanço para efetividade da tutela coletiva, pois a reparação que é feita de acordo com a extensão do dano coletivo (artigo 944 do Código Civil), abrangerá, também por força de lei, o **caráter punitivo** em razão do proveito econômico decorrente do ato ilícito.

Mas outras considerações devem ser apresentadas nesse momento, especialmente quanto à possibilidade de ser fixada indenização em razão do enriquecimento sem causa do empregador, quando esse não cumpre com a legislação social e protetiva do trabalho, o que foi identificado de forma pioneira pela doutrina trabalhista como dano social ou “dumping social”.⁷⁸⁹

⁷⁸⁵ A culpa do ofensor deve ser considerada no arbitramento do dano moral de acordo com as lições de Ada Pellegrini Grinover em *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 168.

⁷⁸⁶ A culpa, dolo e a reincidência são apontados por Xisto Tiago de Medeiros Neto que acrescenta quanto a essa última: “Ademais, a verificação da reincidência do ilícito vem a demonstrar o desprezo reprovável do autos quanto às regras e princípios integrantes do ordenamento jurídico, constituindo aspecto inaceitável para o sistema de justiça, a exigir, também, o incremento da parcela da condenação”. In MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208-209.

⁷⁸⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 3º** A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: (...) inciso IV: tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como **punição pelo enriquecimento ilícito**. Sem destaques no original. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁷⁸⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208-209.

⁷⁸⁹ De acordo com Jorge Luiz Souto Maior as agressões ao Direito do Trabalho além de prejudicar diretamente os trabalhadores, prejudicam outros empregadores que cumprem a Lei: “Óbvio que esta prática traduz-se como *dumping social*, que prejudica toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1320, nov. 2007.

A palavra “dumping”, de origem inglesa, é estudada pela economia e caracteriza-se pela ilícita prática empresarial de colocar produtos com baixo custo para conquistar um determinado mercado,⁷⁹⁰ sendo o “dumping social” caracterizado pelo fechamento de unidades produtivas em países onde há maior proteção legal aos trabalhadores e a conseqüente transferência para países nos quais a exploração da mão de obra é ainda tolerada.⁷⁹¹

Importante diretriz jurisprudencial sobre a possibilidade de reparação e responsabilização do empregador por “dumping social” consta do Enunciado nº 04 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília no ano de 2007, com a seguinte redação:

04. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art.404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como aliás, já previam os arts. 652, “d”, e 832, §1º, da CLT.

⁷⁹⁰“*Dumping* é uma palavra inglesa que deriva do termo “*dump*” que, entre outros, tem o significado de despejar ou esvaziar. A palavra é utilizada em termos comerciais (especialmente no Comércio Internacional), para designar a prática de colocar no mercado produtos abaixo do custo com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas de mercado.” SIGNIFICADO de “Dumping”. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/dumping/>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁷⁹¹“A prática de *dumping social* é normalmente identificada pela ciência da Economia quando empresários encerram suas atividades em locais onde os salários são muito elevados. Deslocam então a atividade produtiva para outras regiões de mão de obra barata, normalmente porque lá os referenciais normativos são precarizados. A prática é contrária à idéia do *fair trade*, pelo qual o mercado internacional deve evitar consumir produtos que não efetivam direitos trabalhistas mínimos”. SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 584, maio 2011.

No que se refere à jurisprudência da Justiça do Trabalho, embora existam julgados que reconheçam a ocorrência de “dumping social”,⁷⁹² o que se verifica é que a referida prática ilícita serve como fundamento para as mais variadas condenações, principalmente em processos individuais, como para deferimento das multas dos artigos 467 e 477 da CLT,⁷⁹³ para majorar indenização por dano moral individual⁷⁹⁴ ou para reconhecer a ilicitude da terceirização.⁷⁹⁵

Da mesma forma, no que se refere à aplicação do conceito nos processos coletivos, esse pode se prestar como reforço da fundamentação para deferir a indenização pelo dano

⁷⁹²“As decisões sobre o tema começaram a ser proferidas no ano de 2008 e espalham-se por todas as regiões do País, tendo em 31 de agosto de 2009 ocorrido o primeiro trânsito em julgado na condenação sobre o tema no Recurso Ordinário 00866-2009-063-03-00-3, proferido pela 4ª. Turma do TRT da 3ª. Região, o que, ao que tudo indica, será o primeiro de vários precentes condenatórios.” SILVA, Suzana Costa; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. Dano moral coletivo decorrente da prática de dumping social. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 8, p. 962, ago. 2010. Mesmo julgado é destacado por Rodrigo Trindade de Souza: “A necessidade de oferecer resposta adequada ao *dumping social* foi devidamente avaliada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário n.00866-2009-063-03-00-3. Vericou a 4ª. Turma que a prática empresarial de precarizar diversos direitos trabalhistas criou situação de concorrência desleal dentro de certa comunidade”. SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 583, maio 2011.

⁷⁹³“Em relação as multas dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT, para que se tenha por legítima a dúvida acerca, do direito controvertido há que se ponderar sobre a razoabilidade dos fatos que ensejaram a necessidade da solução judicial. Tratando-se de clara fraude aos direitos do trabalhador, deixa de existir fundamento legal para a consecução de efeitos lícitos, consoante o disposto no art. 9º da CLT, não sendo escusáveis as multas dos artigos 467 e 477, §8º, da CLT. Se assim não se proceder, estar-se-á incentivando a fraude, penalizando-se desproporcionalmente o empregador que paga as verbas rescisórias corretamente e no prazo legal, enquanto isenta-se de pena o fraudador, em autêntico dumping social.” Processo: RR - 94300-38.2008.5.17.0013 Data de Julgamento: 27/11/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/11/2013. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

⁷⁹⁴“As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 136, 137 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT. (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, TST, Enunciado nº 4). (...)Assim, acolho o pedido de majoração do *quantum* indenizatório e reformo a r. sentença recorrida para condenar a reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais ao reclamante no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).” Processo: RR - 962-93.2010.5.15.0110 Data de Julgamento: 06/11/2013, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

⁷⁹⁵“Em razão da terceirização ilícita, culminando na desvalorização do trabalho e ofensa à dignidade do trabalhador, tendo em vista a sonegação de direitos trabalhistas instituídos pelos instrumentos coletivos da 2ª reclamada, entendo caracterizado o *dumping social*, uma vez que notórias a vantagem de mercado e a concorrência desleal obtida pelas empresas rés em detrimento de alijamento dos direitos trabalhistas.” Processo: Ag-AIRR - 588-72.2012.5.03.0003 Data de Julgamento: 06/11/2013, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2013. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

moral coletivo e não para fundamentar uma indenização suplementar a esse título, e mesmo assim, com a devida fundamentação quanto ao “dumping social”, pois não é sinônimo de dano moral coletivo, mas causa desse dano.⁷⁹⁶

Dessa forma, a positivação do critério do enriquecimento sem causa como princípio a informar o processo coletivo poderá dar um novo impulso para o aprofundamento dos estudos pela doutrina sobre o “dumping social” e para a uniformidade na aplicação do conceito pela jurisprudência trabalhista, razão pela qual foi apontado como indicativo de evolução do direito processual coletivo.

Por outro lado, duas últimas questões sobre o tema “dumping social” não podem deixar de ser pontuadas no presente estudo: a possibilidade da condenação a tal título ser arbitrada em separado da reparação pelo dano moral coletivo e o possível deferimento “de ofício” e em ações individuais.

O dispositivo do Projeto de Lei nº 5.139/2009 em comento é expresso ao indicar que o enriquecimento sem causa ensejará punição ao ofensor, o que não chega a causar surpresa, pois como visto tanto a reparação do dano moral individual como o dano moral coletivo autorizam a fixação de indenização considerando-se a culpa do ofensor, além de ser pacífico, na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, o efeito de punição para o ofensor.

Entretanto, essa conclusão não autoriza que seja deferida, em razão do enriquecimento sem causa do ofensor, **indenização adicional àquela que foi arbitrada pelo juiz ao constatar a ocorrência de dano moral**, solução defendida pela doutrina trabalhista com base no instituto conhecido como *punitive damages* do direito norte-

⁷⁹⁶“Quanto ao **dano moral coletivo**, a questão foi exaustivamente esclarecida no subitem 2.8 do acórdão embargado (fls. 3.354/3.355), em que se destacou que o *dumping* social ou dano moral coletivo constituem o reconhecimento da evolução teórica do sistema de responsabilidade social, pois não se restringem apenas às demandas individuais e integram o objeto do Direito Público do Trabalho, circunstâncias que afastam de plano qualquer omissão do julgado. Quanto à pretensão principal (exclusão da condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos), o conhecimento do recurso não se viabiliza.” Processo: RR - 110200-86.2006.5.03.0024 Data de Julgamento: 05/06/2013, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

americano,⁷⁹⁷ embora também se colha lição quanto a ser possível a majoração das indenizações arbitradas pela Justiça do Trabalho com base nesse mesmo instituto.⁷⁹⁸

Isso porque não se pode esquecer que o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição e artigo 944 do Código Civil, interpretados de forma sistemática, levam à conclusão de que o sistema brasileiro autorizou a indenização pelo dano moral individual ou coletivo cujo arbitramento será proporcional à extensão do dano e deverá ser arbitrada de forma equitativa pelo juiz.⁷⁹⁹

No mais, mesmo quem defenda a adoção da indenização adicional a título de *punitive damages* reconhece que decisão da Suprema Corte Norte-Americana estabeleceu claros limites para a condenação a tal título,⁸⁰⁰ não se podendo esquecer que, mesmo assim, a crítica é recorrente quanto aos valores exorbitantes que são arbitrados a tal título naquele país, inclusive pela doutrina⁸⁰¹ e jurisprudência⁸⁰² brasileiras, o que teve como

⁷⁹⁷“O instituto do *punitive damages* não se confunde com o efeito punitivo produzido e esperado como consequência da condenação imposta de ressarcimento de danos morais ao indivíduo ofendido.” SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 578, maio 2011.

⁷⁹⁸“Cabe ao juiz trabalhista, imbuído de sua missão social, evitar que condutas perniciosas continuem a ser reiteradas e, ao fixar a indenização por dano moral, atentar para o caráter punitivo diante do patrimônio do ofensor. Uma indenização maior pode representar o cessar de uma conduta antissocial, como o risco de morte a diversos trabalhadores”. NASCIMENTO JÚNIOR, Adil Guedes do. Dano moral no direito do trabalho: a majoração do *quantum* indenizatório à luz do *punitive damage*. *Revista Eletrônica*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 1-42, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cfd7c5-daac-4302-826f-e8d28d679c70&groupId=10157>.

⁷⁹⁹“Por isso mesmo é que a evolução do Direito se processa no sentido de ampliar-se o poder do Juiz na definição da hipótese sujeita à norma legal e, bem assim, na determinação da regulamentação a aplicar-se ao caso. E foi exatamente o que fez, acertadamente, o novo Código Civil, com a constante alusão a figuras de caráter geral, como “critério equitativo”, “boa-fé”, etc, tal como se dá tanto no artigo 944, parágrafo único, como no artigo 953, parágrafo único e nas demais hipóteses já mencionadas” MALLET, Estêvão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 22, p. 69, jun. 2003.

⁸⁰⁰“Pretendendo esclarecer a questão para futuros casos, a Suprema Corte norte-americana concedeu a avocação do processo, e teve a oportunidade de estabelecer três balizadores gerais em *punitive damages*: a) grau de repreensão da conduta; b) correspondência entre as condenações punitivas e o efeito do prejuízo produzido; c) a magnitude de sanções civis e criminais por condutas similares” SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 573, maio 2011.

⁸⁰¹“Há pouco tempo noticiou-se julgamento tomado nos Estados Unidos da América em que se fixou indenização que, senão me equivoco, chegou a 80 bilhões de dólares ou coisa parecida. Isso só pode ocorrer em país em cuja legislação não exista regra como a do parágrafo único do artigo 953, no nosso novo Código Civil”. MALLET, Estêvão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 22, p. 69, jun. 2003.

⁸⁰²“Todavia, no dano moral, a correspondência entre a ofensa e o dano é bem mais difícil, requerendo ponderação e bom-senso do julgador, a fim de que não se cometam excessos, como nos Estados Unidos, onde existe uma quantidade infundável de aventuras judiciais, por meio dos chamados *punitive damages*, fruto de estarrecedoras decisões dos pretórios americanos.” Processo: AIRR 301/200-022-15-40.7. Julgamento 3ª. T. em 10-06-2009. Ministro Relator: Alberto Luiz Breciani de Fontan Pereira. Publicado no DEJT em 31.07.2009.

consequência a limitação das hipóteses de cabimento de tal forma de indenização por meio da legislação em alguns Estados norte-americanos.⁸⁰³

Logo, há que se dar razão para a doutrina trabalhista que interpretando o então recém-publicado Código Civil Brasileiro afastou a possibilidade de adoção do instituto da *punitive damages* pelo ordenamento pátrio,⁸⁰⁴ entendimento que permanece válido, embora também existam manifestações no sentido de ser possível a condenação a tal título no ordenamento brasileiro.⁸⁰⁵

Portanto, o juiz ao considerar a extensão do dano moral coletivo deverá verificar, também, se há evidências de enriquecimento sem causa do ofensor, **critério que vem se somar àqueles já reconhecidos pela doutrina e jurisprudência**, como a capacidade econômica e a culpa do ofensor e para os quais concorre a prática ilícita do “dumping social”, **arbitrando única indenização a título de dano moral coletivo**.

Em consequência, não se pode concordar com a doutrina trabalhista que defende ser possível o deferimento de indenização por “dumping social” em ações de natureza individual,⁸⁰⁶ pois nesse caso restaria violado o princípio do devido processo legal, considerado como princípio baliza a informar o processo coletivo.

⁸⁰³“O caráter punitivo em indenizações por dano moral tem aplicação consolidada em todos os ramos do direito americano. São, porém, uma questão de regra local, variando de estado para estado. Em alguns, é determinado exclusivamente com base na jurisprudência; em outros, como Califórnia, Texas e New Jersey, é regulado por atos normativos”. NASCIMENTO JÚNIOR, Adil Guedes do. Dano moral no direito do trabalho: a majoração do *quantum* indenizatório à luz do *punitive damage*. *Revista Eletrônica*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 1-42, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cf7c5-daac-4302-826f-e8d28d679c70&groupId=10157>.

⁸⁰⁴“De outro lado, desejo ainda assinalar, em torno do parágrafo único, do artigo 953, que, em face do novo Código, a indenização, no caso de dano moral – e agora fica absolutamente claro – é fixada equitativamente. Não deve servir, portanto, como fonte de enriquecimento para o lesado, embora não possa, tampouco, ter feição meramente simbólica. Haverá de ostentar expressão monetária, mas sempre de modo equitativo, o que afasta a idéia da indenização punitiva, tanto em voga no direito norte-americano (*punitive damages*)”. MALLETT, Estêvão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 22, p. 69, jun. 2003.

⁸⁰⁵“Posto isto, defende-se a introdução do “punitive damage” no sistema jurídico brasileiro, reclamando do Estado-juiz mais seriedade e compromisso no tratamento da avaliação do dano moral, revestindo-o com o manto do aspecto punitivo, a fim de que se tenha promovida a Justiça e, exemplarmente, edificada uma luta pela cidadania, que começa, sempre, pelo respeito a moral, hora e dignidade das pessoas.” CREMONEZE, Paulo Henrique. *Dano moral: quantificação da indenização segundo a doutrina do punitive damage*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18529/dano-moral-quantificacao-da-indenizacao-segundo-a-doutrina-do-punitive-damage>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁸⁰⁶SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1317-1323, nov. 2007 e SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 572-587, maio 2011.

Ainda que assim não se entenda, seria difícil para o juiz reunir os elementos necessários para se convencer da existência do “dumping social”, no sentido aqui referido, de prática empresarial que corresponde à concorrência desleal mediante a precarização de direitos sociais, caracterizadora de um enriquecimento sem causa do ofensor, em um processo de natureza individual.

No mais, o objeto da reclamação individual pode abranger os danos morais sofridos pela pessoa do trabalhador, inclusive em razão da precarização e do desrespeito aos direitos sociais, que não se confunde com os danos acarretados à coletividade e que fundamentam o próprio instituto da *punitive damages*.⁸⁰⁷

Em consequência, não se comunga do entendimento de que o dano por “dumping social” ensejaria **uma indenização que possa ser deferida em processo individual e em favor de um único Reclamante**,⁸⁰⁸ pois se for devida uma reparação por dano moral nesses casos, essa terá que considerar a extensão do dano à coletividade lesada, e não ao trabalhador individualmente considerado.

Por outro lado, a consideração do enriquecimento sem causa do ofensor com base no princípio do processo coletivo, poderá ser considerado como uma das evidências da prática de “dumping social”, independentemente de pedido ou de consideração nesse sentido na inicial, o que não significa que poderá ser trazido para o processo pelo juiz apenas quando da prolação da sentença.⁸⁰⁹

Com efeito, existindo evidências nos autos da ação coletiva que levem o juiz a suspeitar da ocorrência de “dumping social”, deverá direcionar as partes para que deduzam suas alegações e produzam suas provas nesse sentido, em atenção **ao princípio da**

⁸⁰⁷“Pode-se resumir na afirmação de que *punitive damages* devem ser fixados quando se puder identificar hipótese em que a conduta a ser punida seja universal e profundamente reprovada e que, portanto, represente potenciais danos a uma coletividade”. SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 574, maio 2011.

⁸⁰⁸“Sem eliminar outros possíveis efeitos, especialmente no que tange à determinação da prática de obrigações de fazer para informação aos consumidores do ilícito cometido ou ara resgatar a autoridade do preceito fundamental da dignidade humana, a fixação de uma pena pecuniária ao agressor contumaz e convicto da ordem jurídica trabalhista, com destinação para o autor da ação individual, parece-me o modo mais adequado de reparar o dano social, por ser uma decisão mais facilmente executável” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1323, nov. 2007.

⁸⁰⁹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1321, nov. 2007 e SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 572-587, maio 2011.

colaboração, ou seja, a questão deverá ser submetida ao devido contraditório, o que não se coaduna com uma condenação de ofício.

Em suma o “dumping social”, prática empresarial ilícita que acarreta danos à sociedade, recentemente reconhecido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região,⁸¹⁰ em julgamento amplamente noticiado pela mídia eletrônica,⁸¹¹ poderá ser considerado pelo juiz como **um dos critérios no arbitramento da indenização por dano moral coletivo**, com fundamento no **princípio da punição pelo enriquecimento sem causa do ofensor**.

Todavia, “dumping social” não constitui fundamento para o deferimento de indenização acessória ou paralela em favor de um único trabalhador, em ações de natureza individual, arbitrada de ofício na sentença, ainda que se tenha que reconhecer a imensa autoridade daqueles que assim se posicionam na doutrina trabalhista.

Por fim, há que se considerar como critério **a repercussão da lesão aos interesses e direitos transindividuais**,⁸¹² ou ainda, o impacto negativo sofrido por uma dada coletividade,⁸¹³ pois é por meio desse “sentir coletivo” que poderá o juiz se aproximar da mais justa reparação.

Constituem fatores que influenciarão o arbitramento: o fato do dano ter ficado restrito a um grupo de pessoas ou, ao contrário, ter se estendido a outras coletividades; o momento da sua ocorrência, ou seja, se é verificável no momento presente, ou pertence ao passado e, ainda, se há indícios que poderão se perpetuar no futuro, o que ocorre com

⁸¹⁰Processo nº 0001993-11.2011.5.15.0015. TRT 15ª. Região. Recurso Ordinário em ação civil pública. Ministério Público do Trabalho x Magazine Luiza. Relator João Alberto Alves Machado. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁸¹¹MAGAZINE Luiza sofre condenação de R\$ 1,5 mi por dumping social” Disponível em: <http://www.jornalcidadesonline.com/noticias1067.html>; MAGAZINE Luiza condenado por dumping social. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=100106> e JUSTIÇA mantém condenação do Magazine Luiza ao pagamento de R\$ 1,5 mi por dumping social. Disponível em: <http://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/112071265/justica-mantem-condenacao-do-magazine-luiza-ao-pagamento-de-r-15-mi-por-dumping-social>. Todos acessados em: 09 dez. 2013.

⁸¹²O quinto e último requisito seria “o grau de reprovabilidade social da conduta adotada”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208-209.

⁸¹³“A quantificação deve levar em conta não só a extensão, natureza, gravidade e repercussão da ofensa, mas também a situação econômica do ofensor, o grau de culpa presente em sua conduta, a intensidade e as dimensões do efeito negativo do dano infligido à coletividade”. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eintr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_Llfs8QS-mYGYAw&usq=AFQjCNGubQ89cjY2fb60Jdp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

frequência quanto aos danos provocados ao meio ambiente, nele incluindo-se o meio ambiente do trabalho.

Apresentados os critérios que são, ainda que com denominações diferentes, adotados pela doutrina como referenciais para a reparação do dano moral coletivo, verifica-se que há na jurisprudência trabalhista, pleno acolhimento dessas diretrizes para fins de arbitramento do dano moral coletivo, conforme se procurará demonstrar.

Primeiramente, com relação ao processo coletivo relativo à “**contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia – SP**”, acima destacado, constata-se que os critérios da natureza e gravidade do dano, envolvendo a contaminação do meio ambiente que afetou a saúde de milhares de trabalhadores, além da grave culpa das empresas, que desde a década de 70 do século passado, tinham conhecimento do alto poder tóxico dos produtos que fabricavam, foram objeto de destaque naquela histórica decisão da Justiça do Trabalho.⁸¹⁴

Igualmente, a repercussão da lesão, que extrapolou o âmbito trabalhista, atingindo as famílias dos trabalhadores e toda uma comunidade, por contaminação do meio ambiente, foi objeto de destaque pela referida sentença, para fins de arbitramento da indenização, que considerou ainda o lucro das empresas reclamadas, para fixar o montante líquido da indenização por danos morais coletivos.

Mas o que mais chama a atenção nessa sentença, com relação aos critérios adotados para arbitramento da indenização pelo dano moral coletivo, é ter sido considerado **o valor que fora despendido pelos cofres públicos, no caso pelo Sistema Único de Saúde**, no tratamento dos trabalhadores doentes e que teria servido de fundamento, inclusive, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.⁸¹⁵

⁸¹⁴“E não há como negar que a conduta das demandadas trouxe abalo moral aos trabalhadores, que desconheciam a toxidade dos compostos por eles manipulados e que foi despejado em seu ambiente de trabalho. As rés, entretanto, conheciam o problema e o omitiram”. TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 299, 2011.

⁸¹⁵“E, como já aponte na decisão que antecipou os efeitos da tutela, são os cofres públicos que estão arcando indevidamente com o tratamento dos trabalhadores, desonerando as rés. E o Sistema Único de Saúde arcando com uma conta que não é sua, presta um atendimento parcial aos trabalhadores, visto que não tem condições de prover todos os exames e o atendimento por uma equipe multidisciplinar de atenção à saúde, com anotação e tabulação das ocorrências e dos atendimentos realizados aos expostos à contaminação produzida pelas rés.” TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 287, 2011.

Essa decisão confirma a importância do juiz considerar o critério da **repercussão da lesão aos interesses e direitos transindividuais** da forma mais ampla possível, pois há casos em que essa lesão ultrapassa os limites da relação de trabalho, atingindo toda a sociedade, que acaba arcando com um custo que não é considerado no arbitramento do dano coletivo.

E o Judiciário Trabalhista tem se mostrado atento a tal repercussão, como se vê também de outra importante sentença em matéria de dano moral coletivo a que foi condenada, entre outras empresas, a maior mineradora do país e que igualmente teve grande repercussão nacional,⁸¹⁶ na qual o juiz considerou **o custo da própria Justiça**, em razão do número crescente de ações individuais propostas, todas com idêntico objeto,⁸¹⁷ sem que as empresas manifestassem qualquer disposição para solucionar o problema.⁸¹⁸

O esforço dos juízes que atuaram nas ações individuais e os diversos mecanismos que tentaram para dar uma resposta em termos de efetividade, também foram relatados nessa decisão, a qual acabou por revelar o sentimento do próprio Judiciário após anos de tentativas frustradas e que foi bem resumido pelo juiz como sendo de uma “cidadania cansada”.⁸¹⁹

⁸¹⁶Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. 1-7-2012.

⁸¹⁷“Como bem explicitado alhures, milhares de processos abarrotam – e se encontram em vias de inviabilizar – o Judiciário Trabalhista em Parauapebas, sede do Projeto Carajás. Para fazer face a essas milhares de reclamações houve a necessidade de criação de mais uma Vara do Trabalho, no recente ano de 2007, igualmente já congestionada, para tratar dessa questão que perpassa todas as reclamações trabalhistas aqui ajuizadas.” Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. p. 161. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

⁸¹⁸“Todo esse processo resulta, conforme já afirmado, da política administrativa elaborada ao longo dos anos pela tomadora dos serviços, a companhia VALE S. A., para sonegar o pagamento da itinerância. Tal processo se consubstanciou em forte e uniforme orientação para que todas as prestadoras de serviço não efetuassem o pagamento, nem tampouco transigissem a respeito da itinerância. Eventual pagamento ou acordo poderia refletir enfraquecimento da tese da inexistência das horas *in itinere*.” Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. p. 162. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

⁸¹⁹“O próprio esforço coletivo resultante da presente ação também é expressão do prejuízo institucional causado. O Juízo ainda tentou a racionalização da discussão com a suspensão das reclamações individuais. Não sendo possível, o prazo de solução coletiva obrigatoriamente se estendeu em função do trato concomitante de milhares de reclamações individuais. É a *cidadania cansada*, aqui já mencionada, mais uma vez, buscando por soluções mais efetivas.” Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. p. 162. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

Outros custos sociais foram também tomados como critérios dessa lesão coletiva, como o não recolhimento aos cofres públicos da parcela devida a título de FGTS e das contribuições previdenciárias incidentes sobre as horas *in itinere* que não eram pagas aos trabalhadores,⁸²⁰ tudo a fim de demonstrar que a sociedade como um todo foi também atingida pela sonegação dos direitos trabalhistas, de forma a fundamentar a reparação do dano moral coletivo.

No que se refere à jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, confirma-se que os critérios da gravidade do dano, a intensidade da repercussão da lesão na comunidade e a posição socioeconômica do ofensor são considerados na apreciação dos recursos que se insurgem em face do valor arbitrado a título de dano moral coletivo.⁸²¹

Merece, entretanto, destaque a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região⁸²² que bem avaliou **a natureza e a gravidades da lesão à coletividade de trabalhadores**, na forma de grave contaminação do meio ambiente do trabalho, além de **estabelecer o nexa dessa contaminação com a doença profissional leucopenia que foi desenvolvida por trabalhadores**, em número considerado “assustador” por aquela Corte

⁸²⁰“Outras lesões de natureza coletiva, embora de natureza diversa, podem se adicionar. A sonegação de verbas trabalhistas implicam em direto prejuízo de importantes contribuições sociais vinculadas às relações de trabalho, incidentes sobre a folha de salários.” Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz Jônatas dos Santos Andrade. p. 161. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

⁸²¹“Diante dos fatos comprovados, mediante farta documentação que sequer foi impugnada pelo demandado, considerada a valoração de prova supra e a subsunção normativa aos fatos, tenho por evidenciado o dano moral coletivo, a atuação ilícita do réu e o nexa causal, destacada a conduta culposa do demandado, que vem descumprindo há anos as normas de medicina e segurança do trabalho, agindo de modo ilícito, sem adimplir sua obrigação de zelar pela integridade física de todas as pessoas que circulavam naquele meio ambiente, inclusive impondo risco além do que o ordenamento jurídico tem por ordinário naquela atividade, sendo alvo destacado desse risco todos os trabalhadores do demandado. O dano do acidente fatal, pois, reflete uma vertente coletiva que ensejou a ação do poder público (DNPM e DRT), bem como o ajuizamento da presente pelo *Parquet*.” Recife, 16 de junho de 2011. TRT 6ª. Região. PROCESSO nº TRT-0000028-82.2010.5.06.0144. 1ª. Turma. RELATOR: Bartolomeu Alves BEZERRA. Julgamento de 16-06-2011. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2013.

“Indenização por danos morais – critérios de arbitramento. Não há parâmetro rigoroso insculpido na lei para o arbitramento da indenização por danos morais, pelo que o valor da reparação há de ser arbitrado por juízo de equidade, levando-se em consideração alguns critérios, tais como: a gravidade do ato danoso, a intensidade de sua repercussão na comunidade, o desgaste provado no ofendido, a posição socioeconômica do ofensor, etc.” TRT 3ª. Região. PROCESSO nº TRT - RO-455/2004.031.03.00-9, Relator Maurício J. Godinho Delgado. Publicado no DJ 7.10.05. TRT DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁸²²Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x COSIPA. TRT. 2ª. Região. RO 01042.1999.2555.02.00-5 – Ac. 6ª. T., 20070504380, 19.06.07. In REVISTA LTr, São Paulo, v. 71, n. 9, p. 1142-1148, set. 2000.

que ainda destacou **a culpa da empresa reclamada** caracterizada pelo flagrante desrespeito às leis de proteção à vida e saúde dos trabalhadores.

Foi considerada, nessa importante decisão regional, **a repercussão coletiva dos danos** “pretéritos e atuais, causados ao meio ambiente do trabalho em toda a sua latitude, com suas repercussões negativas e já conhecidas à qualidade de vida e saúde dos trabalhadores e seus familiares” e, finalmente, a capacidade econômica da empresa, adotando-se percentual mínimo do seu lucro-líquido, para fundamentar o arbitramento da indenização do dano moral coletivo.

Importante que seja destacada a relevância social dos interesses e direitos que foram objeto da tutela, mas também por ter o Tribunal Regional da 2ª. Região **afastado a improcedência do pedido do dano moral coletivo decretada pela sentença** e realizado minudente análise de fatos e provas para embasar a condenação, de forma a revelar o importante papel dos Tribunais do Trabalho em tema de danos morais coletivos.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho, ao examinar os recursos que discutem o valor arbitrado dos danos morais coletivos, fixa critérios que são estudados e confirmados pela doutrina,⁸²³ como a culpa e a resistência do ofensor em cumprir e observar a legislação e sua capacidade econômica,⁸²⁴ além da repercussão do dano à comunidade lesada.⁸²⁵

⁸²³MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 207-212.

⁸²⁴“A indenização por dano moral inclusive por dano moral coletivo deve observar o critério estimativo, diferentemente daquela por dano material, cujo cálculo deve observar o critério aritmético. Na sua fixação deve o juiz se nortear por três vetores, quais sejam, a gravidade do dano causado, a estatura econômico-financeira do ofensor e o intuito inibidor de futuras ações lesivas à honra e boa fama da coletividade da mão-de-obra. Tendo por norte a lesividade inerente aos ilícitos praticados pela recorrente, com a não-observância da legislação trabalhista, pela utilização do trabalho de um menor de 16 anos, ausência de registro de vários empregados e a exigência de assinaturas em documentos totalmente em branco ou não preenchidos, somada à sua estatura econômico-financeira, tanto quanto o caráter pedagógico inerente à indenização, depara-se com a razoabilidade e a proporcionalidade da importância então arbitrada em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), pelo que não há como se divisar a pretensa violação literal e direta do art. 944 do Código Civil.” TST-ROAR-60/2006-000-10-00.1. Recorrente EMPREITEIRA UNIÃO LTDA. e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Julgamento: 02 de junho de 2009. Ministro Relator Barros Levenhagen. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2013.

⁸²⁵“De fato, o ato da reclamada não só lesionou os princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, comprometendo a qualidade de vida dos trabalhadores, como também violou diversos valores sociais, na medida em que a prática atingiu também, como é curial, a vida familiar, a vida comunitária e a sociedade como um todo”. TST. AIRR nº 90040-64.2006.5.04.007. 7ª. Turma. Rel. Juíza convocada Maria Doralice Novaes, p. 1. Publicado no DJU em 30-10-2010. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 set. 2013.

De qualquer maneira, mesmo com os critérios apontados pela doutrina e também pela jurisprudência, está o juiz diante de uma decisão com ampla margem de discricionariedade que envolverá, além de outros princípios do processo coletivo, a aplicação dos princípios da proporcionalidade⁸²⁶ e razoabilidade.⁸²⁷

Não há dúvida que tem o juiz importante papel em matéria de indenização por dano moral coletivo,⁸²⁸ pois deve, num primeiro momento, reconhecer a existência do dano como consequência do ato ilícito e, num segundo passo, realizar a ponderação entre os diversos parâmetros acima apontados, pautando-se pela devida proporcionalidade e razoabilidade⁸²⁹ entre o montante arbitrado da indenização e o dano acarretado à coletividade.

E esse raciocínio que culminará no arbitramento da indenização, incluindo os critérios considerados pelo juiz, deve constar de forma clara⁸³⁰ na sentença, de acordo com o **princípio da motivação adequada**, exatamente em razão da presença da discricionariedade judicial, refletida nas opções que tem o julgador de adotar esse ou aquele critério,⁸³¹ dar mais peso a um que a outro, valorando-os em face do caso concreto.

⁸²⁶Ada Pellegrini Grinover ensinou que em razão do disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição poderia o juiz com base na “ideia de proporcionalidade” utilizar os critérios da Lei nº 5.250/67 – Lei de Imprensa, para arbitrar a indenização de dano moral. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 152-153.

⁸²⁷Xisto Tiago de Medeiros Neto, com base em *José Augusto Garcia*, afirma que o dano moral não exige prova, mas a demonstração de um quadro fático que seja potencialmente capaz de ensejar o dano moral, aferível por um critério de razoabilidade. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 184.

⁸²⁸Tal como já constatava Ada Pellegrini Grinover ao destacar o papel do juiz na mensuração do dano moral, do qual se espera um “prudente arbítrio” no exercício do poder discricionário que lhe foi concedido pela lei. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 153.

⁸²⁹Carlos Alberto Bittar Filho confirma a dúplici finalidade da reparação do dano moral coletivo e que “para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como v.g. a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato”. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994.

⁸³⁰“Como se vê pela transcrição acima, o valor arbitrado à reparação foi fixado com base em critérios razoáveis e com total transparência, levando em conta a extensão da gravidade, sua repercussão social e o porte da empresa”. TST. AIRR nº 90040-64.2006.5.04.007. 7ª. Turma. Rel. Juíza convocada Maria Doralice Novaes, p. 10. Publicado no DJU em 30-10-2010. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 set. 2013.

⁸³¹Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover em artigo pioneiro, citando doutrina nacional e do Direito comparado, quando afirmou que a lição do Direito Administrativo tem inteira aplicação aos atos judiciais quando caracterizados pela discricionariedade, pois “é mais relevante a motivação dos atos discricionários exatamente *para ensejar o controle dos critérios adotados* na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 167.

Assim é por meio da motivação adequada que se concretiza o princípio do devido processo legal⁸³² e demais princípios do processo coletivo,⁸³³ pois é a partir da apresentação dos critérios que fundamentaram a reparação do dano moral, de forma clara e coerente com as provas e elementos existentes nos autos, que resta legitimado seu poder discricionário, afastando qualquer alegação de arbitrariedade da sua decisão.⁸³⁴

A aplicação do princípio da motivação adequada viabiliza também o controle do Tribunal *ad quem* quanto à proporcionalidade da indenização em face do dano acarretado à coletividade, de maneira que possam ser corrigidas eventuais condenações que se mostram excessivas ou irrisórias,⁸³⁵ sob a ótica dos parâmetros ou critérios acima indicados.

A doutrina de um modo geral⁸³⁶ e especificamente a doutrina trabalhista⁸³⁷ tem apontado os riscos que advêm da desproporção das indenizações arbitradas a título de dano moral, especialmente nos casos em que o juiz não demonstra ter se guiado pelos princípios

⁸³²“Faz-se imperativo, outrossim, que essa decisão judicial seja motivada, fundamentando-se em elementos criteriosos quanto à composição do *quantum*, como exigência da cláusula constitucional do *due process of law*, com isso evitando-se a fixação de valores desarrazoados, para mais ou para menos, em prejuízo ao interesse tutelado e aos fins almejados pelo próprio sistema jurídico.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 208.

⁸³³“Conforme já tive oportunidade de observar em sede doutrinária, a obrigação de *motivação das decisões judiciais* liga-se diretamente aos princípios da *ação*, da *defesa* e do *contraditório*, bem como do método do *livre convencimento do juiz*”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 165.

⁸³⁴“O arbítrio do juiz não é ilimitado. Tem que ser razoável. E deve ser demonstrado, indicando as circunstâncias do caso e valendo-se dos critérios adiante indicados”. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *O dano moral e sua avaliação*. p. 6. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6990-6989-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁸³⁵Sobre a reparação do dano moral afirma Raimundo Simão de Melo: “Esta será arbitrada pelo juiz, mediante livre convencimento, cujos excesso e timidez poderão ser adequados pela instância recursal superior”. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 345.

⁸³⁶Para Caio Mário da Silva Pereira “a vítima deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”. In PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 58.

⁸³⁷“O arbitramento da indenização deve ser feito com a devida prudência, mas temperado com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e provocar a banalização do dano moral”. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 239.

da proporcionalidade e razoabilidade,⁸³⁸ decisões que desacreditariam, em última análise, a própria Justiça.⁸³⁹

E foi em razão de condenações por danos morais consideradas excessivas que o **Superior Tribunal de Justiça** alterou seu entendimento inicial, quanto a não ser passível de recurso especial a decisão que declarasse configurado o dano moral e arbitrasse a respectiva reparação, passando a admitir o recurso naqueles casos em que o valor da indenização se mostrasse excessivo, de forma a acarretar o enriquecimento sem causa do ofendido e também para possibilitar a análise em comparação com casos análogos.⁸⁴⁰

Não se pode deixar de observar que os fundamentos adotados pelo **Superior Tribunal de Justiça** revelam uma preocupação com as condenações “exageradas”⁸⁴¹ e que pudessem acarretar ofensa “ao patrimônio do ofendido”⁸⁴² e que a mudança da jurisprudência se deu por essas razões, embora devesse existir também o receio em face de possíveis condenações em valores irrisórios arbitrados a título de danos morais, por representar um sofrimento adicional à vítima no caso de dano moral individual ou ser irrelevante para a comunidade lesada, no caso do dano moral coletivo.

⁸³⁸Sobre as regras pelas quais deve guiar-se o juiz estaria “pautar-se pela *razoabilidade* e *equitatividade* na estipulação, *evitando-se*: de um lado, um valor exagerado e exorbitante, ao ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, ao ponto de não cumprir sua função inibitória”. DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 12, jan. 2000.

⁸³⁹“A reparação pecuniária, outrossim, requer que a decisão seja motivada e a composição do *quantum*, fundamentada por elementos racionais, como exigência do princípio do devido processo legal. Desse modo, evita-se a fixação de valores desarrazoados, para mais ou para menos, em prejuízo ao interesse tutelado e ao sistema jurídico”. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eIetr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usg=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁸⁴⁰Yussef Said Cahali afirma que foi em razão de “alguns juízes estarem extrapolando os limites do razoável na fixação do *quantum* indenizatório do dano moral” que o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir os recursos que questionavam o valor arbitrado, citando precedentes daquela Corte. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 814-815.

⁸⁴¹CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 815.

⁸⁴²Sebastião Geraldo de Oliveira informa que acórdão pioneiro do Superior Tribunal de Justiça ao admitir o controle do valor do dano moral pela via extraordinária consignou entre os fundamentos (REsp n. 53.321): “Por maiores que sejam as dificuldades, e seja lá qual o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foram constitucionalmente cometidas tão relevantes missões, forneça e exerça controle, de modo a que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente ofendido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa.” In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 240.

No âmbito do **Tribunal Superior do Trabalho** a jurisprudência que prevalece é no sentido de ser excepcional o controle do *quantum* fixado a título de indenização por dano moral, pois sujeito ao prudente arbítrio do juiz, não se confirmando a violação ao artigo 5º, inciso V, da Constituição e artigo 944 do Código Civil Brasileiro, salvo naqueles casos em que haja “demonstração do caráter exorbitante ou irrisório do valor fixado”⁸⁴³ ou para “reprimir quantificações estratosféricas ou excessivamente módicas”.⁸⁴⁴

Não há dúvida de que a parte tem o direito de provocar o reexame da decisão que arbitra a indenização do dano moral por meio de recurso de natureza ordinária, mas é também possível a revisão dessa matéria por meio de recurso de natureza extraordinária, em razão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admite a revisão do *quantum* fixado a tal título sempre que houver desproporção entre o valor fixado e a extensão do dano, mesmo entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Há que se reconhecer, na esteira do que já constatado pela doutrina trabalhista,⁸⁴⁵ não ser tarefa simples separar a matéria fática da matéria de direito e que a decisão que arbitra a reparação do dano moral envolve aspectos fáticos, como a prática do ilícito, a ocorrência do dano e sua repercussão, a caracterização de culpa ou dolo, o descaso e a reincidência do ofensor, mas também envolve matéria de direito, consistente em disposições do ordenamento, especialmente da Constituição.

⁸⁴³“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. VALOR. Inviável o confronto de teses, tendo em vista que o aresto colacionado não traz as mesmas premissas fáticas descritas pela Corte revisora para fixar o valor da indenização de danos morais. Não há se falar em violação dos artigos 5º, V, da Lei Maior e 944, do CC. Isso porque os preceitos não definem uma tarifação para a proporcionalidade da indenização pelo dano sofrido, o que é reservado ao prudente arbítrio do julgador. Além disso, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a reapreciação, em sede de instância extraordinária, do montante arbitrado para a indenização de danos morais depende da demonstração do caráter exorbitante ou irrisório do valor fixado. Não vislumbro, no caso concreto, extrapolação dos limites superiores ou inferiores da razoabilidade e da proporcionalidade no valor arbitrado para indenização de danos morais.” **Processo:** RR nº 64800-39.2003.5.09.0654 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010. Não conheceu quanto à alegação de ofensa à constituição. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁸⁴⁴“Dano moral. Proporcionalidade na fixação do *quantum debeatur*. Caráter excepcional da intervenção desta Corte. 1. Embora as Cortes Superiores venham admitindo rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais, essa atividade deve ser exercida de forma parcimoniosa, visando a reprimir apenas as quantificações estratosféricas ou excessivamente módicas. 2. No caso, o valor fixado revela-se compatível com a lesão perpetrada, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” TST. 3ª Turma. AIRR. Processo nº 1091/2005-011-21-40. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado no DJU 07-12-2007. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁸⁴⁵“No nosso sentir, embora seja difícil separar o que seja matéria fática do que seja matéria de direito na fixação do valor da reparação, acreditamos ser possível, ao menos em tese, fazer essa distinção”. SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 283.

O disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição e o artigo 944 do Código Civil constituem os fundamentos para a reparação do dano moral individual e coletivo, ambos a exigir a aplicação do **princípio da proporcionalidade no arbitramento a ser feito pelo juiz**, sendo que é a observância ou não desse princípio que caracteriza a matéria de direito a ensejar a revisão pelos Tribunais superiores.

E para tanto se defende que haja específica e clara demonstração da parte recorrente de que o princípio da proporcionalidade não foi observado pelo juiz, dever que se apresenta correlato ao dever de motivação adequada da sentença, sob pena do recurso de natureza extraordinária não ser conhecido pelo Tribunal Superior competente em razão da matéria.

Por fim, deve ser registrado que o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, confirmou sua jurisprudência⁸⁴⁶ ao apreciar recurso em que foi alegada “em síntese, afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois o valor fixado a título de indenização por danos morais é exorbitante”, pois decidiu que: “o acórdão recorrido solucionou a controvérsia relativa à fixação do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais com fundamento nos elementos fático-probatórios dos autos, **que não podem ser reexaminados na via extraordinária**, a teor do Enunciado 279 da Súmula do STF”, decisão que citou, em reforço da fundamentação, diversos precedentes de ambas as Turmas daquela Corte.⁸⁴⁷

3.2. Natureza da reparação do dano moral – do individual ao coletivo

A doutrina brasileira do início do século XX tentava romper a resistência da jurisprudência⁸⁴⁸ para reconhecer a existência do dano moral independentemente do dano

⁸⁴⁶Estabeleceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agr.Instr. 345.911 de 14.05.2002, publicado no DJU em 14.06.2002 que “o artigo 5º,V, da Constituição assegura indenização por dano moral, mas não estabelece os parâmetros para a fixação do valor que, caso a caso, será capaz de dar satisfação à dor que o caracteriza, razão por que o exame dessa fixação não se situa no plano constitucional”. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 815.

⁸⁴⁷**Ementa.** DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 279 DA SÚMULA DO STF.AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. **ARE 743771 RG / SP - SÃO PAULO. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 16/05/2013.** ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2012.

⁸⁴⁸“Como é, muitas vezes, impossível avaliar exatamente a importância do prejuízo, os juízes aumentando a indenização que tinham estipulado só pela perda material, teem em conta o prejuízo moral”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 31 – grafia como no original.

material⁸⁴⁹ e, ainda, contrapor-se aos doutrinadores que negavam tal possibilidade e excluía a dor moral da regulação do Direito,⁸⁵⁰ e que, por essa razão, pertenciam à corrente chamada de “negativista”.⁸⁵¹

Os juristas mais atentos a uma realidade que clamava pela reparação dos danos não patrimoniais esbarravam em dificuldades e obstáculos de várias espécies, pois ainda que se reconhecesse a existência de um dano moral, independente do dano material, haveria que se responder à “argumentação de maior peso”⁸⁵² de forma a resolver a “parte mais difícil da equação”⁸⁵³: **como apurar o *quantum* devido pela dor moral.**

Essa questão estava diretamente ligada ao fato de o dano moral acarretar dor e sofrimento, não sendo possível estimar o impacto desse dano na vida do indivíduo,⁸⁵⁴ o que tornava “impossível a avaliação do dano moral” conforme entendimento dos Tribunais

⁸⁴⁹“Isso é, entretanto, ao nosso entendimento, incoerência que se não explica bem. De certo: pretender-se que o *dano moral* já venha por si próprio convertido numa redução do patrimônio econômico, de modo que, só assim se encontre possibilidade de indenização é teoria, sem dúvida, estreitíssima, redundando em inútil a sua *conceituação*”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 29.

⁸⁵⁰“Os negativistas trazem ponto de vista diverso. O dano seria irreparável por não ser possível a sua conversão em valor econômico. A questão seria mais de moral do que de direito. Não seria possível a reparação do dano moral em nenhum caso”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

⁸⁵¹Corrente de negação do dano moral que existia não apenas no Brasil, mas também na França e na Itália, além de Portugal e Alemanha, apesar de esses países contarem também com doutrina que se esforçava em fundamentar a existência do dano moral e a viabilidade da sua reparação pecuniária. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 32-47.

⁸⁵²“Entre todas as argumentações contra a reparação do dano moral, a de maior peso, sem sombra de dúvida, foi a impossibilidade de estabelecer equivalência entre o dano moral e a sua compensação ou impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro do dano moral”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

⁸⁵³“E, tanto é verdade que nenhum procurou resolver a parte mais difícil da equação, que o *quantum*; a propósito, e como exemplo, traduzimos o pensamento de Laurent, que é de achar impossível chegar-se a uma fixação exata do valor do prejuízo, concluindo, contudo, que isso não importa a que a Justiça não determine, aproximadamente, embora, uma importância”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 33.

⁸⁵⁴“Para esses opositores, a dor moral e a honra são inapreciáveis em dinheiro, sobretudo porque estes sentimentos variam com os indivíduos, as circunstâncias e tempos. Não pode ser fixada, segundo eles, em dinheiro a indenização de um prejuízo que não tem valor pecuniário; não há meio de se determinar exatamente o quantitativo correspondente a cada ofensa moral”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 53.

brasileiros daquela época,⁸⁵⁵ embora existissem vozes dissonantes que já se faziam ouvir, inclusive, no Supremo Tribunal Federal.⁸⁵⁶

A ausência de critérios que pudessem ser utilizados para avaliar a dor moral acabava por acarretar mais um obstáculo, qual seja, o receio de que essa quantificação dependesse do juiz, que passaria a ter demasiado poder, demonstrando que em nossa cultura judicial sempre se temeu a **discricionariedade do juiz**, embora houvesse quem defendesse o arbitramento pelo juiz com base no então vigente Código Civil de 1916.⁸⁵⁷

Se analisada a matéria sob a **teoria da responsabilidade civil** não haveria solução possível,⁸⁵⁸ pois para a unanimidade dos doutrinadores o dano sempre foi o elemento central para configurar a responsabilidade do ofensor⁸⁵⁹ e, sendo o dano concebido de forma restrita apenas no seu aspecto material, exigia para sua configuração, a diminuição do patrimônio ou a frustração do ganho da vítima (lucros cessantes), o que não possibilitava a reparação do dano extrapatrimonial ou moral.

Nessa linha argumentativa, se não era possível qualquer comprovação quanto à existência de prejuízo decorrente do dano moral, não se poderia estabelecer indenização ou reparação para o dano, sem incorrer em **enriquecimento sem causa da vítima**,⁸⁶⁰ alegação que passou a ser combatida com o argumento de que o lesado preferiria a reparação *in*

⁸⁵⁵A referência é quanto a um acórdão do Tribunal do Distrito Federal de 1941 que assentou: “Ora, como decidiram as antigas Câmaras Reunidas deste Tribunal, em 5 de dezembro de 1918, impossível é a avaliação do dano moral, porque, sendo a sensibilidade determinada pela organização especial de cada indivíduo, tal fato repercutirá diferentemente em cada um dos que por êle tenham sido atingidos”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 55-56.

⁸⁵⁶“Já Pedro Lessa, no Supremo Tribunal Federal, antes da promulgação do Código Civil [de 1916], sustentou no recurso interposto pelos interessados contrários, favorável à admissão do ressarcimento pelo dano moral, e estabelecia a fixação feita pelos peritos”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 59.

⁸⁵⁷A referência era quanto ao disposto no artigo 1548 do Código Civil de 1916 que dispunha sobre a reparação da “mulher agravada em sua honra” equivalente a um dote que correspondesse “à sua própria condição e estado”, bem como ao artigo 1549 do mesmo diploma, que expressamente autorizava o “arbitramento judicial da indenização” nos demais crimes de violência sexual. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56-57.

⁸⁵⁸“Se se quiser aplicar aqui as regras da responsabilidade civil, o problema então se torna insolúvel. Cada pessoa lesada nos seus sentimentos é vítima da culpa e os prejuízos são incontrolláveis. O prejuízo resulta, na realidade, da receptividade da vítima. É a sua sensibilidade que está em causa”. BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 33, grafia como no original.

⁸⁵⁹“De qualquer forma, temos que o dano é o principal instituto no estudo da responsabilidade civil, uma vez que ele é *requisito fundamental da obrigação de indenizar*”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

⁸⁶⁰“Entre as objeções que, às vezes, são levantadas contra a reparação do dano moral, encontramos, ainda, aquela no sentido de que a tal reparação *implica num enriquecimento sem causa do prejudicado*”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 59.

natura da lesão⁸⁶¹ e, apenas como essa não era possível, receberia o valor em dinheiro, como forma de atenuar a sua dor.

Outro argumento contrário à reparação do dano moral era o possível aumento das demandas judiciais, além de levar “os réus a total ruína, mesmo que não tivessem provocado qualquer diminuição patrimonial aos autores” servindo de exemplo negativo as decisões da Justiça norte-americana, na qual a reparação do dano moral “sem controle, sem limites e sem bom senso” teria resultado em “condenações astronômicas para fatos insignificantes.”⁸⁶²

Mas o argumento que mais impressionava, por não ser apenas jurídico, mas principalmente moral ou ético, era que o dano moral não era indenizável por não ser possível colocar “preço na “dor”⁸⁶³ ou determinar o *pretium doloris*,⁸⁶⁴ dilema que se fazia presente em vários países, embora adotassem denominações diversas para tal tipo de dano.⁸⁶⁵

Foi a partir das considerações da doutrina, ainda na primeira metade do século XX, no esforço de justificar que o dano moral deveria ser indenizado, pois imoral não era compensar a dor, mas sim ignorar o sofrimento humano,⁸⁶⁶ que foi construída a **teoria da natureza compensatória da indenização do dano moral individual**.

Não há dúvida de que mesmo diante de um dano material, há possibilidade desse não ser quantificável por uma fórmula matemática, o que nunca excluiu sua possibilidade de

⁸⁶¹Por outro lado, esse argumento foi também usado por alguns doutrinadores para apontar que apenas aqueles dotados de “sentimentos mórbidos” concordariam em receber dinheiro no lugar da sua dor. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 60. E ainda outros doutrinadores davam como exemplos “quando a pessoa morta era um rico ocioso ou uma pessoa que estava a cargo da sua família” da qual não adviria nenhum prejuízo material, “Em tôdos êstes casos a ação da vítima é unicamente inspirada pelo desejo de obter a punição do autor. As ações intentadas são *vindictam spirantes*.” BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 31.

⁸⁶²SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56-58.

⁸⁶³Ao apontar os fundamentos da teoria negativista quanto à reparação do dano moral, assim se manifestou Alcino de Paula Salazar: “E, por fim, um terceiro grupo atem-se, de preferência, a razões de ordem moral: o dinheiro não pode ser equiparado à dor; é imoral a tarifação dos sentimentos”. SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 24.

⁸⁶⁴“De fato, alega-se que a recuperação pecuniária da dor é contrária aos princípios da moral; é chocante e oposta às conveniências; é injuriosa ara a vítima, que tenha dignidade suficiente para substituir por um punhado de dinheiro a felicidade perdida, ou imoral, se a vítima faz o preço da sua tristeza”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56.

⁸⁶⁵“Avulta em seguida o ponto fundamental do problema que é a possibilidade e o critério de mensuração do sofrimento, a indagação penosa do *pretium doloris*, essa tormentosa equação a propósito da qual as diferenças surgem na própria designação: *intérêt d'affection* dos franceses, *patema d'animo* dos italianos, *Schmerzensgeld* do direito germânico e *exemplar damages* dos anglo-saxônios”. SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. VIII (introdução).

⁸⁶⁶“O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitarmos a indenizar os danos meramente patrimoniais”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

indenização,⁸⁶⁷ mas era preciso ir além e demonstrar **que não há equivalência em matéria de reparação civil, pois inexistente igualdade entre indenização e o prejuízo sofrido pela vítima.**

Dessa forma, o que se afirma é que quando não é possível a reposição *in natura*,⁸⁶⁸ o sistema se conforma com uma *aproximação* ao estado anterior ao dano,⁸⁶⁹ ou seja, não há correspondência entre a indenização e o prejuízo, mas sim uma estimativa desse prejuízo arbitrada pelo juiz, para fins de indenização ao lesado, o que fundamenta **a natureza compensatória de toda e qualquer indenização fixada por responsabilidade civil.**

Assim, o valor que seria recebido pela vítima que sofre uma dor moral não poderia ser visto como o preço da dor, mas sim como um meio para atenuar os sentimentos negativos provenientes do dano,⁸⁷⁰ sendo forma de “reparação imperfeita”,⁸⁷¹ mas a única possível para que o dano moral não ficasse sem qualquer resposta, mal ainda maior.

O importante é que não restem dúvidas de que **a reparação pelo dano moral tem natureza compensatória**, não parecendo tão importante a distinção que a doutrina faz

⁸⁶⁷O exemplo lembrado foi da pintura rara queimada ou do vaso antigo quebrado, mas também de membros mutilados no ser humano que fundamentam a seguinte conclusão: “Não há dinheiro que possa compensar tais prejuízos; e, contudo, indenizam-se.” SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 54.

⁸⁶⁸“Todavia, muitas vezes é impossível se restabelecer as coisas ou as pessoas ao *status quo ante* (reparação natural ou *in natura*). Em tais hipóteses se diz que reparação deve ser entendida como o ato de indenizar, compensar ou ressarcir.” SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 296.

⁸⁶⁹A fórmula da *equivalência subjetiva ou equivalência aproximada* entre prejuízo moral e prestação pecuniária foi exposta por Minozzi e Pires de Lima, mas teria opositores, que defenderiam a natureza punitiva da reparação e não a satisfativa, conforme ensinamentos de Alcino de Paula Salazar em *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 141. Américo Luís Martins da Silva com apoio em Pires de Lima assegurou: “Para transformar-se em indenização, quando a restituição natural não se possa fazer, é inevitável a ocorrência de *duas operações de aproximação*, uma tendente a relacionar o direito de compensação às consequências diretas do dano, outra destinada a procurar a possibilidade material de uma compensação que se avizinha, tanto quanto possível, do estado anterior à lesão”. In SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

⁸⁷⁰“O que se procura obter com a prestação pecuniária não é diretamente extinguir a dor com a aplicação de um preço com antídoto; não é extraí-la pondo-lhe no lugar a moeda, como já ficou esclarecido. O que se faz é outra coisa, é procurar para o lesado um conjunto de sensações agradáveis, de motivos de satisfação e de novas emoções, segundo a sua inclinação e o seu temperamento, de sorte a criar condições que, se não chegam a suprimir o sentimento de pesar, de certo podem atenuá-lo, tornando-o mais suportável e menos prolongado”. SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 140.

⁸⁷¹A teoria da “**reparação imperfeita**” quanto ao dano moral foi defendida pela doutrina. “O sofrimento humano, argumenta-se, físico ou moral, é uma lesão ainda mais grave porque atinge a pessoa direta e imediatamente. Não poderá, sem dúvida, ser medido matematicamente para ser traduzido em prestação econômica equivalente, mas poderá ser compensado, ainda que de modo imperfeito, pelo dinheiro, denominador comum das coisas pela virtude que este tem de proporcionar vantagens, utilidades ou sensações de prazer e bem estar capazes de atenuar os efeitos da lesão moral que, por outro lado, se agravaria com a impunidade do agressor”. SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 46-47. Tal tese também teria sido adotada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, de relatoria de Pedro Lessa, ao apontar que a condenação visaria apenas a resguardar, ainda que imperfeitamente, mas pela única forma possível, o direito que foi lesado. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 54.

entre as denominações indenização, reparação⁸⁷² ou ressarcimento,⁸⁷³ pois no caso de indenização pecuniária arbitrada para reparação de um dano, seja material ou moral, não haverá plena equivalência⁸⁷⁴ entre o valor pago e o prejuízo experimentado pela vítima.⁸⁷⁵

Após o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, quando foi afastada qualquer dúvida quanto à reparação do dano moral, a doutrina já tinha os elementos teóricos que precisava para fundamentar **a natureza compensatória da indenização por dano moral individual** naqueles casos em que não há possibilidade da reparação ser feita “*in natura*” ou para os danos já consumados no passado.⁸⁷⁶

Entretanto, a maioria dos doutrinadores preferiu, desde logo, destacar **a natureza dúplice da reparação do dano moral individual**,⁸⁷⁷ acrescentando **à finalidade compensatória, o escopo de punição ao ofensor**,⁸⁷⁸ o que representa a harmonização entre

⁸⁷²Existiriam na Itália dois institutos diversos, a reparação e o ressarcimento, conforme ensinou Ávio Brasil: “A reparação limitada à obrigação de restituir as coisas ao estado em que se encontravam, e só quando não era isso realizável praticamente, surgia a indenização tendo a função de equivalência, já o ressarcimento ocupa o caráter de obrigação subsidiária tendo como objetivo a compensação e nunca restituir as coisas aos estado primitivo da lesão.” BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. p. 38. Yussef Said Cahali também aponta a diferença entre reparação e ressarcimento. In CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39-40.

⁸⁷³“Todavia, muitas vezes é impossível se restabelecer as coisas ou as pessoas ao *status quo ante* (reparação natural ou *in natura*). Em tais hipóteses se diz que a reparação deve ser entendida como o ato de indenizar, compensar ou ressarcir”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 296.

⁸⁷⁴“Mas a reparação do dano moral, ainda que pecuniária, não indeniza satisfatoriamente, nem poderia, o dano íntimo sofrido pela vítima”. SILVA, Ricardo Gariba. *O dano moral e sua liquidação*. p. 11. Artigo científico. Disponível em: <<http://www.forp.usp.br/restauradora/etica/dm.html>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁸⁷⁵“Não raro se tem utilizado também a denominação *satisfação* para a reparação do dano moral, o que igualmente afasta a ideia de equivalência entre a indenização e o prejuízo (moral) experimentado pela vítima, termo que não é de todo novo, pois já era referido pela jurisprudência francesa na primeira metade do século XX.” SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 143. Xisto Tiago de Medeiros Neto adota os termos *satisfação* e *compensação* com igual sentido, “a expressar a função da reparação no universo dos danos morais, contrapondo-se à ideia de indenização (restituição integral), que informa a reparação do dano patrimonial. In MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 81, nota de rodapé (27).

⁸⁷⁶“O dano moral deve ser reparado na forma *in natura* nas hipóteses que a reparação pode assumir aspecto não pecuniário (publicação de resposta, por exemplo) e “pela compensação pecuniária nas hipóteses em que a reparação não pode assumir aspecto *in natura*, principalmente quando utilizada para compensar danos morais já consumados no passado.” SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 294.

⁸⁷⁷MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

⁸⁷⁸SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 275; SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62; REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 90-91; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Dano moral. In: Santos, J. M. Carvalho (Coord.). *Repertório de direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 14, p. 249-250; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 81.

as duas teorias que pretenderam fundamentar a natureza da reparação do dano moral, no passado.⁸⁷⁹

Mas o direito evolui e a doutrina passou a considerar **o caráter tríplice da reparação do dano moral individual**, pois além dos objetivos de **compensação** à vítima e **punição** ao ofensor, a condenação deveria representar também o efeito **pedagógico** para o ofensor, a fim de que um dado comportamento lesivo não mais se repetisse no futuro.⁸⁸⁰

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da sua jurisprudência, confirma a tríplice função da reparação do dano moral individual, enfatizando o aspecto compensatório da reparação para a vítima, mas também os fins punitivo e pedagógico sob o ponto de vista do ofensor.⁸⁸¹

No que diz respeito **ao dano moral coletivo, objeto da presente investigação**, ao contrário do que ocorre com o dano moral individual, **a finalidade da reparação seria punitiva ou sancionatória**, no sentido de punir aquele que ofende, com sua ação ou omissão, bens, direitos e valores da coletividade.

⁸⁷⁹ Alcino de Paula Salazar bem sintetizou essa divisão da doutrina na primeira metade do século XX em dois pontos de vista: “Na base do primeiro está a ideia de satisfação, da compensação dada à vítima, da reparação pura, como também tem sido designada(...). Através do outro prisma, porém, não é assim que as coisas se passam. (...) O que a vítima, na realidade, quer e o que se lhe concede é o reconhecimento do seu direito por meio da imposição de uma *pena* ao responsável. A prestação é aí um mero *expediente* punitivo”. p. 142. Conclui o jurista de forma a harmonizar as duas posições no que se refere à natureza da reparação do dano moral: “Esta será, a um tempo, ressarcimento e punição”. In SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 142 e 148, respetivamente.

⁸⁸⁰ Apontam o caráter tríplice da indenização por dano moral individual: MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 392-393; TEIXEIRA JÚNIOR, José Guido. *Quantificação dos danos morais e materiais: e o acidente do trabalho no setor sucroalcooleiro*. São Paulo: LTr, 2011. p. 145-147; COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 74 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 153.

⁸⁸¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VALOR DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. Para fixação do *quantum* indenizatório é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor.” Processo TST-AIRR-5008-57.2010.5.01.0000. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Julgamento de 07.08.2013. Ministro Relator ALEXANDRE AGRA BELMONTE. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 13 out. 2013.

A reparação do dano moral coletivo teria, assim, **a função exclusiva**⁸⁸² **ou preponderante**⁸⁸³ **de pena ou sanção**, embora já se considerem outras finalidades para tal indenização, especialmente a **finalidade pedagógica ou preventiva**,⁸⁸⁴ que seria tão importante quanto a finalidade punitiva, pois visaria coibir, no futuro, novos danos a interesses e direitos de natureza transindividual.⁸⁸⁵

Não se pode deixar de registrar a existência de doutrina que defende que a função punitiva da reparação do dano moral já teria por efeito desestimular o ofensor a repetir o mesmo comportamento, razão pela qual seria identificada como **função preventiva, exemplar ou pedagógica**,⁸⁸⁶ levando à conclusão de que **a finalidade principal seria a punitiva**, decorrendo os demais efeitos desse fim sancionatório, embora se verifique, cada

⁸⁸²“A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação a direitos coletivos ou difusos. O valor imposto pelo juiz é destinado ao fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). O caráter da condenação é exclusivamente punitivo. Não se objetiva a reparação do de dano material, embora seja possível (e recomendável) cumular pedidos reparatório e condenatório por *dano moral coletivo*.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. p. 36. Disponível em: <www.mpba.mp.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013. “Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

⁸⁸³“À vista das características próprias do dano moral coletivo, a condenação pecuniária – prevista como o equivalente a uma espécie de *reparação ou indenização punitiva* – apresenta natureza preponderantemente *sancionatória*, em relação ao ofensor, com pretensão dissuasória, também, diante de terceiros, a realçar a nota preventiva da responsabilização”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 202.

⁸⁸⁴“No que diz respeito ao dano moral coletivo, a dificuldade do seu real e integral dimensionamento, por conta da imprecisão dos parâmetros pra compensar o dano, favorece e torna mais pertinente o objetivo de sancionar o agente causador, desestimulando outras ofensivas, à vista dos efeitos deletérios da conduta.” AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. p. 10. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eIetr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usg=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁸⁸⁵Para Raimundo Simão de Melo a melhor forma de reparação do dano ambiental seria a *in natura*, mas como essa nem sempre é possível, parte-se para a reparação *in pecúnia* que “(...) tem por finalidade punir exemplarmente o ofensor para que não volte mais a praticar atos de tal natureza e chamar a atenção de potenciais ofensores para que não venham a praticar tais atos prejudiciais à(s) vítimas(s) e à sociedade, como ocorre com o dano moral coletivo. Portanto, a sua finalidade precípua é punitiva e preventiva”. IN MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 343.

⁸⁸⁶“De outro lado, ao se propor que as condições econômicas das partes sejam consideradas, assim como o grau de culpa do ofensor, é estabelecida uma outra causa de ressarcimento, desta vez visando punir o ofensor ou, como diz o Ministro Sálvio, desestimulá-lo a repetir o ato danoso. É a chamada função punitiva, que alguns chamam função preventiva, pedagógica ou exemplar”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31-32.

vez com mais frequência, a indicação de finalidades próprias e independentes objetivadas pela indenização do dano moral coletivo.⁸⁸⁷

Observe-se que seria justamente **na finalidade compensatória que residiria a principal diferença entre o dano moral individual e o coletivo**, pois naquele essa função teria maior relevância que a função punitiva e, nesse último, não haveria uma reparação ou compensação à coletividade,⁸⁸⁸ ou essa não seria importante,⁸⁸⁹ destacando-se a sanção ou punição ao ofensor por meio de uma condenação pecuniária.⁸⁹⁰

É verdade que a doutrina tem feito poucas e tímidas referências a um efeito compensatório indireto,⁸⁹¹ admitindo algum meio de compensação à coletividade⁸⁹² ou

⁸⁸⁷Para Enoque Ribeiro dos Santos “A condenação terá um caráter pedagógico, punitivo, exemplar e inibitório, no sentido de se evitarem reincidências”. In SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 87, 2012. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. p. 12. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eintr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usq=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁸⁸⁸Conforme defende Saulo Telles Ribeiro em *Das questões relevantes sobre o dano moral coletivo*. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

⁸⁸⁹“O dano moral é tradução de iniciativa de tutela aos direitos da personalidade, sendo que o de característica individual é para reposição da dor psíquica e, pelo raciocínio simétrico, o de configuração coletiva é essencial e de dimensão transindividual, o qual tem como foco a restauração da crença na ordem jurídica e da segurança para a sociedade, num desempenho de papel, muito mais do que o meramente compensatório, como é o individual, mas crucialmente, preventivo-pedagógico, delineando-se, sob essa medida, a finalidade educadora.” GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério do Trabalho. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 475.

⁸⁹⁰“O que se almeja, de maneira primordial, não é demais repetir, é atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja ocorrência resultou em benefícios ou vantagem indevida para si, não obstante a gravidade da violação de direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 202.

⁸⁹¹“De forma secundária, no entanto, é possível até mesmo conceber uma finalidade *compensatória indireta* em sede de reparação do dano moral coletivo, considerando que é a coletividade o sujeito passivo da violação e do respectivo dano e que a parcela da condenação será destinada à ‘reconstituição dos bens lesados’”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 203.

⁸⁹²“Mas aqui também, como no âmbito individual, pode existir um efeito compensatório capaz de propiciar alguma euforia ara amenizar a dor, angústia ou sentimento negativo pelo dano sofrido.” MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 343.

ainda apontando uma “fungibilidade” entre função sancionatória e reparatória,⁸⁹³ e não dispensou a devida atenção ao tema, tampouco se verifica o interesse em apresentar **uma teoria que possa fundamentar a existência do efeito compensatório para a reparação do dano moral coletivo**, não obstante esse fim possa ser referido de forma casual.⁸⁹⁴

3.3. A natureza compensatória da indenização do dano moral coletivo

Não remanescem dúvidas que o artigo 5º, inciso V, da Constituição representa o fundamento constitucional para a reparação do dano moral, individual ou coletivo, razão pela qual é correto afirmar que tal reparação deve ser proporcional ao agravo, arbitrada pelo juiz de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Essa opção do constituinte originário representa clara indicação da **finalidade compensatória da reparação do dano moral, individual ou coletivo**, pois a indenização não poderá ser proporcional ao agravo se for considerado apenas o seu caráter punitivo, ainda que nesse sentido lecionem autorizada doutrina.⁸⁹⁵

Destarte, tendo em conta tal disposição constitucional, **não se pode mais excluir a finalidade compensatória da indenização por dano moral coletivo**, sob pena de não ser cumprido o comando constitucional que impõe a proporcionalidade entre a ofensa e a

⁸⁹³Luiz Gustavo Grandinetti afirma que quando se protege o interesse difuso o que se está protegendo é o próprio interesse público, razão pela qual admite “uma certa fungibilidade” entre as finalidades sancionatória e reparatória, cuja responsabilidade civil abarca os valores de uma dada comunidade, superando o restrito aspecto individual. “Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). In GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 24-31, 2000.

⁸⁹⁴“Com base nessas assertivas, é possível concluir que nas questões individuais, onde as peculiaridades da lesão em face da vítima são mais visivelmente identificadas, a função compensatória assume supremacia em relação ao caráter sancionador-pedagógico, ensejando sobre si maior consideração na esfera jurisprudencial. Mas, nas hipóteses de dano moral coletivo, em vista da inegável relevância da sua reparação, torna-se essencial cumprir as duas funções, com a necessária valorização da sancionatório-pedagógica”. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. p. 11. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eintr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_Lifs8QS-mYGYAw&usg=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁸⁹⁵“Fixando o *critério da proporcionalidade* da reparação em relação ao agravo (art. 5º, inc. V), a Constituição adotou francamente o princípio de que a indenização, além do seu caráter punitivo, guarda caráter francamente *compensatório*”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 152 – destaques do original.

reparação do dano, pois tal finalidade não será alcançada se visar, apenas, ao “preponderante efeito punitivo”⁸⁹⁶ da reparação do dano moral coletivo.

O disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição e o artigo 944 do Código Civil constituem fundamentos para a reparação dos danos morais individual e coletivo, ambos a exigir a aplicação do **princípio da proporcionalidade no arbitramento a ser feito pelo juiz**, sendo que é a observância ou não desse princípio que caracteriza a matéria de direito a ensejar a revisão pelos Tribunais superiores.

O artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90 - CDC dispõe sobre a prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, confirmando que não se trata apenas de imprimir caráter punitivo ao valor arbitrado a título de indenização, quando não for possível a reparação direta do dano, pois nesse caso não se alcançaria a finalidade almejada pelo legislador ordinário quanto à natureza reparatória, tanto para danos morais como patrimoniais.

Como já visto no presente estudo, o artigo 944 do Código Civil constitui fundamento para a reparação do dano moral coletivo e ao dispor que a indenização se mede pela extensão do dano, igualmente exige a observação do princípio da proporcionalidade no arbitramento da reparação pecuniária, o que também não será alcançado se não se levar em conta a finalidade compensatória da reparação.

Isso porque se for considerado apenas o efeito sancionatório ou punitivo da indenização por dano moral coletivo não se logrará alcançar **uma reparação de acordo com a extensão do dano**, pois somente uma reparação que vise também uma compensação à coletividade atingirá tal fim.

Deve ser lembrado que o juiz deverá considerar no arbitramento da indenização por dano coletivo, **além dos critérios diretamente ligados à a finalidade punitiva**, como a ocorrência de culpa ou dolo, o proveito obtido com o ilícito e a capacidade econômica do ofensor, **também critérios relativos à finalidade compensatória**, como a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão aos interesses e direitos transindividuais, ou seja, são critérios que permitirão ao julgador aferir a extensão da lesão na própria comunidade que sofreu o dano.

⁸⁹⁶MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 202.

Entre os argumentos utilizados para negar o efeito compensatório da reparação pelo dano moral coletivo está a inviabilidade de ser aferida a dimensão desse dano e a impossibilidade de serem identificáveis os indivíduos que foram atingidos pela lesão,⁸⁹⁷ ou seja, por não ser possível identificar a dimensão ou as vítimas do dano, restaria prejudicada aquela que seria a principal finalidade da reparação do dano moral individual, a finalidade compensatória.⁸⁹⁸

Quanto ao primeiro argumento, **não ser possível aferir a dimensão do dano coletivo**, ainda que guardadas as devidas proporções, esse se aproximaria da doutrina e da jurisprudência do começo do século passado que negava a reparação do dano moral individual, por ser inviável dimensionar-se a dor moral ou quantas pessoas experimentariam essa dor,⁸⁹⁹ ou seja, por não ser possível aferir-se, **com total segurança**, a dimensão do dano, não se arbitraria uma indenização com finalidade compensatória.

Ora, se é possível constatar-se a lesão a interesses e direitos transindividuais, a dificuldade para dimensionar a extensão da lesão não pode ser apontada como óbice para se alcançar o efeito compensatório com a reparação pecuniária. De qualquer forma, como já demonstrado, tal questão envolve um dos critérios que deve ser considerado pelo juiz no arbitramento da indenização e que se somará a outros critérios, num juízo de ponderação ainda informado pelos princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

Em acréscimo, o que se verifica na prática é que não é difícil, especialmente no **processo do trabalho**, identificar-se qual foi a **coletividade atingida pelo dano moral coletivo**, ao contrário, essa coletividade é passível de ser apontada de forma geral, como

⁸⁹⁷“É necessário pontuar, assim, que, nas hipóteses de configuração de *dano moral coletivo*, não há que se falar propriamente em reparação *direta em favor da coletividade*, como se se visasse a *recompôr* ou mesmo a *compensar* a lesão havida, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, uma vez que é inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar precisamente os indivíduos integrantes da coletividade, pela sua indeterminabilidade” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 202.

⁸⁹⁸Marcelo Freire Sampaio Costa confirma que, como regra, a reparação civil deve abranger as três finalidades: compensatória, punitiva e “sócio-educativa”, mas faz a seguinte ressalva: “Considerando que no caso de ofensa a direito essencialmente metaindividual o lesado é uma coletividade (em maior ou menor escala) de pessoas, resta prejudicada a primeira das atribuições apontadas anteriormente (mais afeita aos danos individuais), pois a vítima não é identificada, pelo menos *a priori*. Restam, portanto, as atribuições punitivas, persuasivas e socioeducativas”. In COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 74-75.

⁸⁹⁹Américo Luís Martins da Silva aponta que o argumento da indeterminação do número das pessoas lesadas foi apresentado por Gabba como determinante contra a reparabilidade do dano moral “pelo risco de vir o ofensor a responder, illogicamente, pelas lesões de que não seja subjetivamente responsável”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45-44.

exemplo, os trabalhadores terceirizados, ou ainda de forma específica, como os trabalhadores terceirizados de um segmento econômico ou mesmo de uma empresa.

No que se refere ao segundo argumento, de que a reparação pelo dano moral coletivo não teria efeito compensatório por não serem identificáveis as vítimas da lesão,⁹⁰⁰ é fruto de uma confusão entre os interesses e direitos transindividuais e direitos individuais puros, pois a reparação do dano moral coletivo independe do dano moral individual, que não deve sequer ser considerado como critério para fins do correspondente arbitramento judicial.

Assim, a reparação do dano moral coletivo visará à compensação da coletividade lesada em seus interesses e direitos transindividuais,⁹⁰¹ sendo irrelevante para tal fim exigir-se a identificação das vítimas, pois esses contarão com reparação própria, por via da ação coletiva (direitos individuais homogêneos) ou por via da clássica ação individual (direitos individuais puros).

Dessa feita, não há qualquer óbice para que a reparação do dano moral coletivo tenha fim compensatório sob o ponto de vista dos beneficiários dessa reparação, e ainda que não sejam eles passíveis de identificação, esse fato é irrelevante, pois a indenização terá como objetivo compensar uma dada coletividade e não indivíduos isolados.

Por outro lado, há ainda que se harmonizar o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição, que exige a proporcionalidade entre o dano e a reparação, com o fato de que o prejuízo foi suportado pela coletividade, não se cogitando da identificação individual dos lesados, a fim de demonstrar o possível efeito compensatório da respectiva indenização.

Deve ser lembrado que a partir da superação da **concepção de equivalência entre dano e reparação** foi possível legitimar-se a indenização pelo dano moral individual, com base nas hipóteses em que a própria lei autorizava a reparação do dano não patrimonial e

⁹⁰⁰“A terceira corrente defende que a compensação judicial pecuniária nem sempre é possível, seja pela indivisibilidade do bem coletivo lesado, seja em razão da inexistência de titulares a serem indenizados ou, ainda, pela impossibilidade de serem identificáveis”. FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 146.

⁹⁰¹“E, por fim, o dano moral coletivo é aquele que envolve uma condenação genérica da pessoa física ou jurídica que causou o dano, tendo em vista o abalo de toda uma coletividade, perante o bem jurídico lesado”. GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério do Trabalho. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 474.

nas quais não havia qualquer correspondência entre o prejuízo e a indenização, pois essa era arbitrada pelo juiz, ainda que inexistente prova do prejuízo material.⁹⁰²

E mais, mesmo em caso de dano patrimonial não há possibilidade de se indenizar integralmente o prejuízo,⁹⁰³ premissa que é ora retomada, com objetivo de **fundamentar-se a natureza compensatória da indenização do dano moral coletivo**.

Se não se pode exigir a equivalência entre indenização e dano sofrido, no aspecto restrito e bem conhecido dos direitos subjetivos lesados, sejam eles materiais ou morais, por que razão dever-se-ia exigir essa correspondência quando se está diante de lesão a interesses e direitos de massa, de natureza transindividual, e que não raro encerram valores fundamentais para toda a sociedade?⁹⁰⁴

O fato concreto é que, tal como se dá com qualquer direito ou interesse assegurado pelo ordenamento jurídico, o ideal seria que ele não fosse lesado de maneira a acarretar prejuízos à coletividade, mas se o fato já ocorreu e é impossível a sua reparação específica ou *in natura*, características do dano moral coletivo, **a única solução possível é pensar-se em uma forma de reparação que possa ter o efeito de compensar, de alguma maneira, a coletividade lesada.**⁹⁰⁵

Pode-se antecipar a conclusão de que se a indenização do dano moral coletivo objetivar apenas a finalidade punitiva ou sancionatória para o ofensor, ficará muito aquém do objetivo delineado pela atual Constituição e legislação civil em vigor, que é a de assegurar **a reparação proporcional ao dano sofrido de acordo com a extensão desse**

⁹⁰²Conforme previsão do Código Civil de 1916 – artigo 1.547 e parágrafo único, que corresponde ao artigo 953, parágrafo único, do atual Código Civil Brasileiro.

⁹⁰³“Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e a compensação. Prova-o, praticamente, o fato de que ninguém, de mentalidade normal, aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe tenha sido outorgada, ainda que a indenização haja compreendido o sofrimento moral, apesar de ter considerado satisfatório a compensação porventura recebida”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

⁹⁰⁴A mesma questão é proposta por Américo Luís Martins da Silva: “Se assim acontece com o dano patrimonial, por que só em relação ao dano moral haveria de se ter perfeita equivalência, exatamente para negar a compensação? A condição da impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo”. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52-53.

⁹⁰⁵Mesmo quem minimiza a importância do efeito compensatório da reparação do dano moral coletivo admite, ainda que implicitamente, que esse efeito existe: “Com efeito, o dano moral coletivo é uma forma de buscar um bálsamo para a sociedade que foi afetada na sua integridade, em função da gravidade do ato e da natureza do bem corrompido e também como forma de inibir a ação recidiva”. GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério do Trabalho. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 474.

dano, objetivo somente atingível por meio de uma reparação que alcance uma compensação à coletividade.

Mas outros fundamentos podem ser lançados em favor da tese aqui proposta.

Deve ser considerado que a ausência de efetiva compensação à lesão acarretada aos interesses e direitos da coletividade, não atenderá ao **princípio baliza de acesso à Justiça**, pois não basta garantir a tutela coletiva para que tal princípio seja atendido, sendo imperativo que o provimento judicial alcance a **máxima efetividade** e, portanto, não se limite, apenas, a promover a **punição ao ofensor**.

É verdade que no passado defendeu-se que a reparação do dano moral serviria apenas para que o ofendido visse punido o ofensor, fundamento da teoria que caracterizava tal indenização como uma pena privada,⁹⁰⁶ mas na atualidade não é mais sustentável tal concepção em face do próprio ordenamento jurídico brasileiro, pois esse garante a **compensação proporcional ao dano**.

Em acréscimo, não se pode defender uma satisfação para a vítima que decorra pura e simplesmente de uma punição do ofensor,⁹⁰⁷ pois representaria um retrocesso na própria evolução do direito e da civilização humana.

No que diz respeito à reparação do dano moral coletivo, sem dúvida que está presente o efeito punitivo-sancionatório da indenização do ponto de vista do ofensor, como forma de reação do próprio sistema à intolerável lesão a bens e direitos de natureza transindividual, mas essa finalidade não representa para a **coletividade lesada** (grupos, classes, categorias ou mesmo toda a sociedade), qualquer satisfação ou compensação pelo dano acarretado.

⁹⁰⁶Yussef Said Cahali reportou que vários autores defendiam o caráter meramente aflitivo da reparação do dano moral e que a jurisprudência da época confirmava tal entendimento, embora existissem vozes dissonantes que não acolhiam a **teoria da pena privada** como fundamento dessa indenização, asseverando que no caso de crimes o Direito Penal já aplicaria a sanção correspondente. In CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35-36.

⁹⁰⁷Parte da doutrina civilista do início do século XX defendia que não haveria para a vítima qualquer satisfação ou consolação com o pagamento, pois a condenação pelo dano moral individual serviria apenas como pena, não tendo caráter indenizador. Mesmo para aqueles que refutavam tal teoria, afirmando que não seria “exclusivamente penal a natureza da reparação pecuniária do dano moral”, admitiam, contudo, que “o sacrifício patrimonial imposto ao causador do dano concorra para atenuar a dor da ofensa e atender aos sentimentos da vindita, que ainda não desapareceram no homem moderno, apesar do cristianismo e da civilização”. SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 146.

Dessa feita, ainda que se considere o efeito punitivo para o ofensor quanto à reparação do dano moral, no aspecto individual, esse efeito não deve em nome da própria evolução do direito e da civilização, significar uma satisfação especial para a vítima e, no aspecto coletivo, não haveria qualquer satisfação para a coletividade advinda de tal efeito, que é apontado como o único ou o que prepondera nessa espécie de indenização.

Devem ainda ser consideradas importantes diretrizes que fundamentam a natureza compensatória da indenização do dano moral coletivo.

Um dos **princípios do processo coletivo**, acolhido pelo artigo 3º, inciso IV, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, consiste na “tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento sem causa”, que deve ser interpretado em consonância com o artigo 5º, inciso V, da Constituição, de forma a abranger os danos materiais e também morais, individuais ou coletivos.

A **efetividade da reparação do dano moral coletivo** não pode prescindir da finalidade compensatória, que exige **um novo papel do juiz**, um agir judicial com prudente arbítrio na mensuração da indenização,⁹⁰⁸ pois envolve o poder discricionário conferido pela própria Constituição, com o objetivo de assegurar uma reparação proporcional ao dano.

No âmbito específico da **Justiça do Trabalho**, há diretriz jurisprudencial representada pelo Enunciado nº 51 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que dispõe expressamente sobre a **finalidade compensatória** do valor da condenação por danos morais decorrente da relação de trabalho, **ao lado da finalidade pedagógica e preventiva**, a ser aplicado também à indenização do dano moral coletivo.

A afirmação da finalidade compensatória da indenização por dano moral coletivo se reveste de fundamentos constitucionais e legais, princípios e diretrizes da jurisprudência trabalhista, mas terá que superar ainda outros obstáculos para que possa se tornar regra geral aplicável aos processos coletivos de competência da Justiça do Trabalho.

⁹⁰⁸“A tais considerações convém apenas acrescer que, na quantificação do dano moral, e suposto inexistir limite legal para tanto, é decisivo o *papel do juiz*, a cujo ‘prudente arbítrio’ (calcado nos critérios indicados) é confiada tal mensuração.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 153.

3.4. A destinação da indenização do dano moral coletivo

Alguns doutrinadores que admitem a dupla função, punitiva e compensatória, também para a indenização do dano moral coletivo, confirmam a destinação dessa indenização para um fundo,⁹⁰⁹ invocando o disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 - LACP⁹¹⁰ defendendo ainda que, dessa forma, estaria sendo beneficiado um grande número de pessoas.⁹¹¹

A mesma linha é seguida pela jurisprudência, que admite a natureza compensatória também para o dano moral coletivo, conforme se verifica dos julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho,⁹¹² do Tribunal Superior do Trabalho⁹¹³ e, ainda, do Superior Tribunal de Justiça,⁹¹⁴ mas sem que se verifique **o debate sobre a destinação desse valor**, que é endereçada ao Fundo de Direitos Difusos ou, no caso de condenação da Justiça do Trabalho, para o FAT – Fundo de Apoio ao Trabalhador.

Por outro lado, tem sido verificadas em época mais recente, algumas manifestações da doutrina trabalhista no sentido de apontar alternativas⁹¹⁵ para a destinação da

⁹⁰⁹“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” BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994.

⁹¹⁰Sérgio Augustin e Ângela Almeida confirmam a dupla função da indenização do dano moral coletivo, compensatória e sancionatório-pedagógica, devendo essa última ser valorizada, apontando que sendo a condenação em pecúnia quanto ao dano moral coletivo, essa deverá ser revertida a um Fundo, de acordo com a regra do artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eIetr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usq=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁹¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

⁹¹²Processo nº 01261-2006-013-03-00-0 RO 9-9-08-TRT 3A.REGIÃO – 7ª.T. – Relator José Alves Laje. TRT DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁹¹³Processo TST-AIRR-9890140-35.2005.5.09.0003. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. J. 26.06.2013. Ministro Relator Márcio Eurico Vitral Amaro. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁹¹⁴Processo STJ - REsp 636.021/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 13.11.07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁹¹⁵Raimundo Simão de Melo dá o seguinte exemplo “condenar uma empresa, a título de reparação pelo dano moral coletivo praticado, a equipar um hospital local para cuidar dos trabalhadores doentes em decorrência de um dano ao meio ambiente do trabalho e à saúde dos mesmos”. In MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 343.

indenização do dano moral coletivo⁹¹⁶ e, embora essas se alinhem com a tese aqui defendida, **quanto a não ser o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT o melhor destinatário da indenização**, não chegam a defender **o efeito de compensação direta à coletividade, como regra geral a ser observada nas decisões judiciais.**

Deve ser lembrado que a falta de um destinatário para as indenizações pecuniárias oriundas das ações coletivas constituiu, no passado, desafio para os juristas que defendiam uma ampliação da tutela coletiva no Brasil, já que o autor da ação era apenas um representante dos reais interessados na tutela e, dessa maneira, não poderia ser beneficiado pela indenização.⁹¹⁷

A opção do legislador brasileiro foi a de constituir um fundo,⁹¹⁸ que receberia o produto das condenações em dinheiro nas ações coletivas e que deveria, com os recursos obtidos, propiciar uma reparação difusa e indireta com relação aos “bens lesados”, como expressamente previsto na no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP.

Embora o artigo 20 da referida Lei dispusesse que a regulamentação do fundo por ela criado deveria ser feita pelo Poder Executivo no prazo de 90 dias, quase uma década se passou até a publicação do Decreto nº 1.306/1994, que estabeleceu **a necessária relação entre as medidas de reparação e o dano causado ou infração cometida, priorizando a reparação específica do dano, salvo quando impossível tal fim.**⁹¹⁹

⁹¹⁶“Anote-se, pois, que a utilização do valor da condenação para atender a objetivos sociais relevantes, seja por meio do Fundo específico, seja pela participação de uma entidade pública ou privada, sem fins lucrativos, confere tom próprio de uma reparação coletiva indireta, em benefício da comunidade afetada.” MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 203.

⁹¹⁷“Como argumento adicional para o reconhecimento do caráter punitivo do dano extrapatrimonial coletivo, o qual afasta a crítica quanto à possibilidade da função punitiva gerar enriquecimento da vítima, destaque-se que o valor da condenação não vai para o autor da ação coletiva, ele é convertido em benefício da própria comunidade, ao ser destinado ao Fundo criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), regulamentado, em nível nacional, pela Lei 9.008/95”. BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. p. 34. Disponível em: <www.mpba.mp.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

⁹¹⁸Nigro Mazzilli aponta que a questão da destinação da condenação em ação coletiva representava obstáculo à regulação do próprio processo coletivo no ordenamento brasileiro e que a opção do legislador pela destinação a um fundo representou solução para uma reparação flexível dos danos acarretados à coletividade. In MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹¹⁹**Decreto nº 1.306/94. Artigo 7º** “Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado. **Parágrafo único.** Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.”

Antes dessa regulamentação, a destinação de recursos a fundos estatais, provenientes de condenações pecuniárias em ações coletivas foi também prevista pela Lei nº 8.078/90 – CDC (artigos 57, 99 e 100) e, ainda na década de 90 do século passado, pela Lei nº 8.069/1990 – ECA (artigos 88, IV e 93); Lei n. 7.998/1990 (artigo 10) e a Lei nº 9.008/1995 que criou o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), igualmente determinando que **os recursos arrecadados fossem destinados à recuperação dos bens especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado.**⁹²⁰

Dessa forma, a partir do advento da Lei nº 7.347/85 – LACP os fundos estatais para reparação de danos de natureza transindividual foram consagrados em nosso ordenamento jurídico, podendo se afirmar que ao lado de um fundo de caráter geral - o Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, surgiram fundos específicos, como aquele previsto pela Lei nº 8.069/90 – ECA, sendo também apontado como fundo com tais características o Fundo de Amparo do Trabalhador – FAT, criado pela Lei nº 7.998/90.⁹²¹

A opção do legislador brasileiro pela criação dos fundos estatais para recebimento de valores oriundos de ações coletivas foi inspirada no modelo norte-americano, mas nem sempre são apontadas as diferenças entre os dois modelos legais,⁹²² de forma a demonstrar que a solução brasileira além de se distanciar daquele modelo, acabou por não viabilizar a efetiva reparação do dano acarretado à coletividade.

⁹²⁰ **Lei nº 9.008/95. Artigo 1º (...), § 3º** “Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.”

⁹²¹ Com relação ao FAT afirmam Sérgio Augustin e Ângela Almeida: “A especialização e a compatibilidade do referido Fundo com a natureza do interesse trabalhista tutelado ensejam-lhe a destinação das indenizações judicialmente fixadas a título de dano moral coletivo”. AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. p. 14. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520elett%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usq=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁹²² Exceção que é feita com relação a Carlos Alberto de Salles que admite: “A proximidade do sistema nacional com o norte-americano, todavia, não é tão evidente em relação a interesses difusos. O recolhimento do produto das sentenças condenatórias ao fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública difere em vários pontos daquele instituto do direito estrangeiro”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 312.

3.4.1. A inspiração no modelo norte-americano da *class action*: o fundo de direitos difusos

De acordo com doutrina autorizada, a solução acolhida pelo ordenamento brasileiro representou simplificação e aperfeiçoamento do sistema vigente nas *class actions* do direito norte-americano, pois o Brasil teria viabilizado um sistema de “fundo fluído” com objetivo de concentrar as condenações decorrentes de ações coletivas, destinando-as em benefício do grupo lesado.⁹²³

Na sua concepção, o fundo brasileiro contaria com os recursos advindos das condenações em pecúnia oriundas de ações coletivas, ou seja, nos casos em que além das obrigações de fazer e não fazer com objetivo de reparar o dano, houvesse também condenação em pecúnia – a título de perdas e danos ou decorrente de multas aplicadas em razão do descumprimento dessas obrigações (conforme artigos 11 a 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP), além de outros recursos que foram previstos pelo artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.008/95.

Importante destacar que a Lei de Ação Civil Pública - LACP publicada no ano de 1985 tinha como objetivo tutelar interesses e direitos de natureza indivisível, portanto, de natureza coletiva ou difusa, que não teriam titulares passíveis de identificação, o que legitimava a destinação dos valores pecuniários oriundos dessas ações a um fundo.

Somente com a Lei nº 8.078/90 – CDC, também o produto de condenações de direitos de natureza divisível – não reclamados pelos indivíduos, decorrentes de ações civis coletivas para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, deveria ser destinado ao mesmo Fundo de Direitos Difusos, por força do disposto no parágrafo único do artigo 100 do referido diploma legal.

A finalidade primordial do Fundo de Direitos Difusos brasileiro consistiu em promover medidas para restaurar o bem lesado, além da promoção de eventos científicos e educativos relacionados com a natureza do dano, na forma do que dispôs o Decreto nº 1.306/94 e a Lei nº 9.008/95.

Entretanto, tal finalidade “reparatória” do fundo não pode ser tomada de forma isolada, pois poderá levar ao incorreto entendimento de que o dano coletivo ensejaria uma

⁹²³GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 323.

condenação pecuniária, a ser remetida ao fundo que se encarregaria de tomar as providências para reparar a lesão e os prejuízos,⁹²⁴ o que além de tornar ineficaz a previsão do artigo 11 da Lei n. 7.347/85, liberaria o réu de suas responsabilidades quanto a promover ele próprio a reparação do dano coletivo.

Em consequência, **o envio para o fundo no sistema do ordenamento brasileiro deve ser tido como medida supletiva ou residual**,⁹²⁵ não apenas no que respeita aos interesses e direitos de natureza individual homogênea,⁹²⁶ mas também aos danos acarretados aos interesses e direitos difusos e coletivos,⁹²⁷ o que tem por consequência que o pedido principal formulado nas ações coletivas não deve ser de remessa de indenização ao fundo.

Assim, nas ações coletivas deve se privilegiar a reparação do dano por meio de tutela específica e, apenas supletivamente, enviar valores para um fundo estatal, nas hipóteses previstas pela Lei n. 7.347/85 - LACP e Lei n. 8.078/90 – CDC.

Nessa linha de raciocínio, incumbindo ao réu reparar o dano diretamente e, constituindo o envio de numerário ao fundo apenas medida de natureza secundária ou supletiva, há que se perguntar: no que constituiria o comando legal para que o fundo procedesse **à recuperação dos bens especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado?** A resposta pode ser dada de duas formas.

A primeira, de que a condenação em dinheiro somente deve ser admitida quando for inviável a reparação mediante tutela específica, obtida por condenação em obrigação de

⁹²⁴“A existência da possibilidade legal de fixação de condenação em dívida de valor não permite, de maneira alguma, a utilização desse expediente para a transferência da responsabilidade pela reparação concreta do dano para os gestores do fundo”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 316.

⁹²⁵“Portanto, é nítida a natureza residual da indenização para o fundo, sendo certo ainda, que este, via de regra, será o destinatário de indenizações de natureza punitiva, considerando-se danos globalmente sofridos”. CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. *A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1475, dez. 2008.

⁹²⁶“Por isso mesmo não é correto o pedido direto de recolhimento de indenização ao Fundo, sendo censurável o acolhimento desse mesmo pedido: o pedido indenizatório, em casos que tais, inscreve-se na tutela de interesses individuais homogêneos, de modo que o recolhimento ao Fundo prejudica o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quiserem habilitar-se à reparação individual.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 894.

⁹²⁷Carlos Alberto de Salles aponta a primazia da tutela específica no que se refere ao dano de natureza ambiental, razão pela qual: “A obrigação de indenizar ou ressarcir, em soma pecuniária, é medida secundária, subsidiária daquela constitucionalmente referida. Deve, por isso, ser usada apenas quando esgotadas as possibilidades de recomposição do bem lesado”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 309.

fazer ou não fazer, imperativa em razão da lesão atingir bens da coletividade⁹²⁸ e, ainda que seja o caso de condenação pecuniária, incumbiria ao fundo tomar medidas para promover a recuperação dos bens lesados, mesmo que indiretamente.⁹²⁹

A segunda é que mesmo sendo o provimento jurisdicional cumprido pelo réu, no sentido de reparar o dano coletivo, existindo numerário a ser enviado ao fundo como, o decorrente de multas aplicadas no processo, esse valor também deverá ser destinado a promover medidas que estejam relacionadas com o prejuízo e o dano acarretados à coletividade.

Por outro lado, confirma-se a assertiva de que a possibilidade de ocorrer uma efetiva reparação do dano que fundamentou a condenação pecuniária é totalmente incerta,⁹³⁰ pois o Fundo de Direitos Difusos tem natureza administrativa, estando autorizado a realizar atividades que não teriam relação direta com o dano coletivo, embora tenha o próprio legislador eleito como prioridade a reparação do dano ou da lesão acarretada à coletividade.

Com efeito, parece ser realmente difícil⁹³¹ determinar uma correlação entre dano e reparação nos casos de condenações residuais decorrentes das ações coletivas nos termos

⁹²⁸“Assim, a condenação em dinheiro, embora possível, diante da existência do mecanismo de arrecadação e aplicação de valores depositados no fundo, deve ser usada somente quando impossível a prestação jurisdicional mediante tutela específica, tendo em vista a irreparabilidade do dano ambiental”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 316.

⁹²⁹“Entretanto, a impossibilidade fática de se oportunizar a efetiva recomposição do *statu quo ante* não prejudica nem a condenação do responsável pela lesão a pagar certa soma em dinheiro, nem a utilização do numerário em fomento de certas atividades correlatas à natureza da lesão”. VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 185. (Col. Araken de Assis et al.).

⁹³⁰“A LACP, em seu art. 13, prevê que fundos geridos por conselhos estaduais e federais, cuja composição compreende necessariamente representantes da comunidade e do Ministério Público, devem destinar os recursos arrecadados ‘à reconstituição dos bens lesados’. Tal incumbência, em muitos casos, revela-se de difícil concretização, sobretudo quando a lesão ocasionar danos irreparáveis”. VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 184. (Col. Araken de Assis et al.).

⁹³¹“Por isso não parece ser tarefa fácil – senão quase impossível – vencer os requisitos para a propositura da ação de reparação fluída do artigo 100 do CDC. Ademais, superada esta fase, ainda subsiste uma enorme dificuldade sobre esta demanda, que é a apreciação e julgamento da pretensão veiculada”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do artigo 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 467-468.

do artigo 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90,⁹³² pois nessas hipóteses a lesão foi acarretada a interesses e direitos individuais caracterizados pela homogeneidade e não há possibilidade dessa lesão ser reparada pelo fundo, ainda que de forma indireta,⁹³³ o que leva à conclusão de que, nesses casos, **a finalidade da medida seria apenas punitiva e não implicaria em compensação para os direitos individuais tutelados coletivamente.**⁹³⁴

Mesmo com relação aos danos de natureza difusa ou coletiva não há uma correlação entre o dano acarretado e as possíveis medidas que possam ser adotadas pelo fundo,⁹³⁵ pois pode perfeitamente ocorrer que os valores decorrentes de uma condenação pecuniária por dano ambiental sejam utilizados numa campanha em defesa do consumidor e, ainda, em região diversa daquela em que foi perpetrado o dano, pois os recursos do fundo não são identificados com a respectiva origem.⁹³⁶

E nesse aspecto residiria a principal diferença entre o fundo comum ao grupo (*common fund*) da *class action* do direito norte-americano e o Fundo de Direitos Difusos criado pela Lei nº 7.347/85 - LACP, pois naquele modelo tal fundo é criado para um determinado processo coletivo, com aplicação dos recursos para reparação dos danos

⁹³²Não obstante, há doutrina que defende tal solução: “O Fundo aplicado à defesa dos direitos individuais homogêneos se mostrou um sistema extremamente eficaz. De um lado, combate à impunidade do causador do dano, condenando-o a prestação de uma reparação monetária, considerando o dano globalmente causado, e, de outro lado, reverte os valores apurados à defesa de direitos coletivos, constituindo mais uma fonte de recursos ao Fundo, ou seja, privilegia a punição do causador do dano e faz retornar esses recursos à própria sociedade, ainda que de forma indireta”. SILVA, Érica Barbosa. Os direitos individuais homogêneos e a Lei nº 11.232/2005. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 362.

⁹³³Lembrando que essa remessa ao Fundo somente pode ocorrer depois de satisfeitas as pretensões de natureza individual, que gozam de prioridade em face do que dispõe o artigo 99, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 – CDC.

⁹³⁴Eduardo de Oliveira Cerdeira referindo-se a danos de pequena repercussão individual que não ensejam execução pelo prejudicado, como no caso de padaria que vende o pão em peso menor que o devido afirma: “Pelo exemplo acima, percebe-se que a execução para o Fundo na maioria das vezes perde a sua natureza ressarcitória, sendo mantida a sua função punitiva”. CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1474, dez. 2008.

⁹³⁵“Ademais, a destinação dos recursos do Fundo não está necessariamente vinculada à situação que os originou”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 328.

⁹³⁶MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

acarretados à coletividade, por meio de medidas de compensação e **com supervisão direta do juiz da causa.**⁹³⁷

Dessa forma, o fundo porventura criado numa *class action* tem como origem uma decisão judicial, tendo por fim viabilizar a execução judicial,⁹³⁸ enquanto o fundo criado e regulado pela legislação brasileira tem natureza administrativa e é vinculado ao Poder Executivo, cujas ações não se confundem com as determinações do juízo da causa,⁹³⁹ mas o mais significativo é que **a legislação brasileira afastou o juiz da causa da deliberação final dos recursos oriundos de condenações em ações coletivas.**⁹⁴⁰

Embora a opção da Lei brasileira tenha sido defendida como salutar, especialmente porque o fundo poderia adotar uma reparação mais adequada e abrangente para o dano acarretado à coletividade, realidade que seria desconhecida pelo juiz, limitado aos fatos que foram trazidos pelas partes ao processo,⁹⁴¹ o fundo foi objeto de críticas após algum

⁹³⁷“A atividade do fundo, através do seu conselho gestor, é independente da tutela jurisdicional, realizando-se no plano administrativo. Eventuais irregularidades ou desvios na aplicação dos recursos arrecadados não estão submetidos ao juízo da condenação, estando sujeitos a recursos administrativos ou nova ação judicial”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 316.

⁹³⁸“Portanto, nas *class actions* de natureza indenizatória, em que há a formação, por acordo ou por sentença, de um fundo em dinheiro comum ao grupo (*common fund*), a jurisprudência estabeleceu que, desse fundo, sejam subtraídas as despesas com o processo, as custas e os honorários do advogado” e “Essa regra não é construção exclusiva das ações coletivas. Ela também é válida no caso de ações individuais que criem, preservem ou aumentem um fundo em dinheiro ou gerem um benefício qualquer para terceiros”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 364 e nota de rodapé nº 593, respectivamente.

⁹³⁹“A finalidade do fundo, assim, de maneira nenhuma pode ser vista como de execução, complemento ou exaurimento da sentença, mas como atividade administrativa apenas instrumentalmente relacionada com a prestação jurisdicional (...)”.SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 316.

⁹⁴⁰O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos não apresentou proposta para alterar tal cenário, conforme observou José Miguel Garcia Medina: “O Fundo, consoante dispõe o art. 25 do Anteprojeto, será gerido por um Conselho governamental, de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade. A solução adotada pelo Anteprojeto, como se percebe, faz com que praticamente se esgotem as atividades executivas do juiz com a entrega do montante da indenização ao fundo de defesa dos direitos difusos”. In MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

⁹⁴¹“Acontece que a forma como usar o dinheiro obtido em um processo coletivo é uma decisão de caráter político e, como tal, mais bem deixada fora da esfera de influência imediata do juiz que julgou o processo”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 326.

tempo de sua concepção, especialmente por conta da lentidão e burocracia do sistema e subutilização dos recursos que lhe eram destinados.⁹⁴²

Pode-se afirmar que a concepção de que ao juiz incumbia fixar o valor da indenização, empreender a execução e remeter o valor ao fundo, cumprindo assim a sua função jurisdicional,⁹⁴³ foi bem assimilada pelos juízes que assim procedem nas ações coletivas, sem maiores preocupações com a destinação final desses recursos.

Esse fato talvez possa ser explicado, entre outras razões, por não ter o Poder Judiciário maior interesse nessa questão, inclusive por não participar do Conselho Federal de Direitos Difusos, como constou de algumas propostas de codificação,⁹⁴⁴ ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o Ministério Público Federal, que pode acompanhar as discussões e projetos sobre o destino dos recursos.⁹⁴⁵

Restaria ao juiz apenas fazer alguma referência na sentença, ou posteriormente quanto do efetivo envio do valor ao fundo, com relação ao dano que deveria ser reparado,

⁹⁴²A crítica dirigida aos Fundos é de Ronaldo Porto Macedo Júnior que concluiu: “ainda não têm gerado os efeitos que deles se esperou no momento em que foram concebidos e constituídos”. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85 - 15 anos.2. ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753.

⁹⁴³Referindo-se ao sistema brasileiro, afirma Antonio Gidi: “Ao condenar o réu ao pagamento de um valor em dinheiro, o juiz cumpre o seu ofício e, uma vez que o dinheiro é recolhido ao Fundo, ele não tem nenhuma ingerência sobre ele. O emprego dos recursos será gerido exclusivamente pelo Fundo, sem qualquer interferência judicial”. In GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 328.

⁹⁴⁴A participação de juízes constou de proposta apresentada por Antonio Gidi para um Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original), artigo 24: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado ao grupo reverterá ao Fundo de Direitos do Grupo, gerido por uma comissão formada por membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade”. CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). In: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 458. Também o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, artigo 8º, dispôs que o Fundo seria administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participariam, necessariamente, membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade. In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Apêndice.

⁹⁴⁵**Lei n. 9008/95. Artigo 2º** O CFDD, com sede em Brasília, será integrado pelos seguintes membros: **I** - um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá; **II** - um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; **III** - um representante do Ministério da Cultura; **IV** - um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária; **V** - um representante do Ministério da Fazenda; **VI** - um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; **VII** - um representante do Ministério Público Federal; **VIII** - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85.

ou a forma como os recursos deveriam ser aplicados para reparação dos bens lesados,⁹⁴⁶ mas isso não significa que tal “sugestão”⁹⁴⁷ seria considerada pelo Conselho incumbido de decidir sobre a destinação dos recursos.

Dessa forma, ao contrário do que acontece no sistema da *class action* norte-americana em que o fundo é específico para reparar os danos que foram constatados em um determinado processo, com acompanhamento do juiz da causa, **no sistema das ações coletivas brasileiras o juiz foi excluído da fase mais importante do processo: a efetiva reparação à coletividade que suportou a lesão.**

3.4.2. O Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT

A comparação entre o sistema brasileiro de ações coletivas e o norte-americano da *class action* demonstrou as diferenças de concepção e práticas entre os fundos criados por sentenças ou acordos nas ações de classe americanas e o Fundo de Direitos Difusos, de origem legal, natureza administrativa, sem vinculação com o juízo ou com a especificidade do dano coletivo, do ordenamento brasileiro.

Quanto às ações coletivas de competência da Justiça do Trabalho, duas questões merecem ser, desde logo, pontuadas.

A primeira, é que a Lei nº 7.347/85 – LACP não dispôs sobre qualquer forma de reparação aos danos acarretados aos interesses e direitos trabalhistas, sendo que a expansão do objeto da ação civil pública para abranger “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” somente se deu por força do disposto na Lei nº 8.078/90 - CDC, razão pela qual o Decreto nº 1.306/94 já teria previsto a forma não taxativa do objeto do Fundo de Direitos

⁹⁴⁶Como fez o juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior ao destinar indenização pelo dano social ao Fundo de Direitos Difusos e determinar a fiscalização do Ministério Público do Trabalho para “efetiva aplicação desta verba para a reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho; implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos; concretização de Fóruns sobre a saúde do trabalhador no campo; desenvolvimento de pesquisa para colheita e armazenamento de dados sobre as condições de trabalho no campo; divulgação de campanhas educativas e de esclarecimentos sobre a ilegalidade da intermediação de mão-de-obra no campo, voltando-se sempre à realidade das comunidades locais abrangidas pela situação destacada nos presentes autos.”. Processo nº 0183900-35.2009.5.15.0096. Reclamante: Charles Freitas de Souza. Reclamadas: Irmãos Ramalho Transportes Ltda. e Sadia S.A. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 31 mar. 2013.

⁹⁴⁷“Até mesmo o juiz da causa poderá fazer sugestões, em sua sentença ou posteriormente, de como os recursos poderiam ser utilizados da forma mais adequada. Certamente, tal solicitação terá uma alta prioridade”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 328.

Difusos,⁹⁴⁸ mas sem contemplar, expressamente, os direitos trabalhistas ou fomentar programas voltados à classe dos trabalhadores.⁹⁴⁹

A segunda, é que também em 1990 foi criado o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT,⁹⁵⁰ o que fez com que a doutrina⁹⁵¹ e também o Ministério Público do Trabalho, por meio dos pedidos apresentados nas ações civis públicas ajuizadas na Justiça do Trabalho, indicassem tal Fundo como o destinatário dos valores objeto de condenações nessas ações.

Em consequência, a jurisprudência trabalhista formada a partir da década de 90 do século passado, não apresentava dissonância quanto à matéria, pois pacífico o entendimento quanto à destinação do valor das condenações pecuniárias decorrentes de ações coletivas, especialmente indenizações por dano moral coletivo, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT,⁹⁵² sem maiores indagações sobre o destino dado aos respectivos recursos.

⁹⁴⁸**Decreto nº 1.306/94. Artigo 1º** O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

⁹⁴⁹Marcos Antônio Ferreira Almeida analisa os Relatórios de Gestão do Fundo de Direitos Difusos dos anos de 2006 e 2007, mostrando que os convênios e programas aprovados foram destinados à proteção do consumidor, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, concluindo: “É notória, portanto, a inadequação da destinação ao FDD das indenizações provenientes de condenação lavrada em sede de ação civil pública trabalhista.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 79, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁹⁵⁰A Lei nº 7.998/90 regulou o programa do seguro-desemprego, o abono salarial, instituiu o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) entre outras providências. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm>. Acesso em: 24 set. 2013.

⁹⁵¹“A especialização e a compatibilidade do referido Fundo com a natureza do interesse trabalhista tutelado ensejam, pois, que para ele possa se direcionar a parcela da condenação judicialmente fixada a título de dano moral coletivo”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 215; “Como já dito, o produto da execução da sentença coletiva que verse sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito é indivisível e, por essa razão, reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o interesse afetado. No âmbito trabalhista, esse fundo é representado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)” COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 299.

⁹⁵²“Habitualmente, na seara trabalhista, os recursos provenientes dessas indenizações são revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), assim como as multas advindas de Termos de Ajuste de Conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho.” TRAMONTE, Marina da Silva. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10369/10430>>. Acesso em: 26 set. 2013.

Por essa razão, se torna importante entender o que é o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, qual a sua estrutura e o fim para o qual foi criado e, especialmente, no que mais de perto interessa ao presente estudo, qual a destinação dos recursos oriundos das condenações da Justiça do Trabalho por dano moral coletivo.

O Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, de acordo com estudo técnico, tem natureza contábil-financeira, estando vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego e recebe as arrecadações do PIS-PASEP, sendo gerido por um Conselho – CODEFAT, órgão colegiado, de caráter tripartite e paritário, com representantes dos empregados, empresários e do Governo Federal.⁹⁵³

A Constituição de 1988 determinou que 60% da arrecadação do PIS-PASEP deveriam ser destinados ao financiamento de programas do seguro-desemprego e pagamento do abono salarial anual e os 40% restantes ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.⁹⁵⁴

Contando com destinação certa a partir de 1988, o BNDES regularizou seu fluxo de recursos por meio do FAT Constitucional, passando a contar ainda, a partir de 1991, também com os depósitos especiais oriundos da aplicação de disponibilidades financeiras do Fundo – o FAT Depósitos Especiais, passando a ter **“participação significativa no financiamento dos desembolsos do Banco”**.⁹⁵⁵

Destarte, o que se observa é que um dos objetivos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, o de promover programas de desenvolvimento econômico, é feito pelo BNDES, por meio de financiamentos que vão da infraestrutura do país, passam pelo comércio, turismo, produção agrícola e atendem, ainda, às pequena e média empresas, consoante consta de dados e informações do referido estudo.

⁹⁵³SANTOS, Vivian Machado dos. Por dentro do FAT. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 3-14, dez. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2601.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁹⁵⁴A conclusão é feita com base no percentual que foi expressamente indicado no parágrafo 1º, artigo 239 da Constituição Federal.

⁹⁵⁵“No primeiro semestre de 2.006, entre entrada líquida de recursos (ingresso de recurso menos pagamento de juros e amortização) e retorno das operações realizadas, as fontes FAT Constitucional e FAT Depósitos Especiais responderam por 67% dos desembolsos do Banco”. SANTOS, Vivian Machado dos. Por dentro do FAT. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 3-14, dez. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2601.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

Tabela de fluxo de transferência dos valores do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT ao BNDES comprova que o repasse de recursos é crescente, pois se esse fundo contabilizou pouco mais de 3 bilhões de reais no ano 2000, atingiu a cifra de 15 bilhões no ano de 2012,⁹⁵⁶ mas não é possível encontrar, nessas demonstrações, qualquer informação de qual seria o montante contabilizado com relação aos valores oriundos das condenações da Justiça do Trabalho.

Da mesma forma, não há informação sobre os valores remetidos em razão de Termos de Ajuste de Conduta – TAC firmados pelo Ministério Público do Trabalho, tampouco sobre destinação dos recursos com o fim de reparar bens coletivos lesados ou reduzir prejuízos sofridos pelos trabalhadores brasileiros.

Não obstante, a falta desses dados nas referidas demonstrações não deveria surpreender. Isso porque **o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT não foi criado e não tem a finalidade de servir como intermediário para reparação de danos aos interesses e direitos lesados da classe trabalhadora**,⁹⁵⁷ ao contrário do que ocorreu com o Fundo de Direitos Difusos (artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP) que tem como objetivo reparar os danos acarretados a bens e direitos de natureza transindividual.

Há que se considerar, ainda, que ao contrário do que ocorre com o Fundo de Direitos Difusos, no qual o Ministério Público Federal participa do respectivo Conselho, **o Ministério Público do Trabalho não compõe o Conselho Deliberativo do FAT - CODEFAT**, tornando o *parquet* trabalhista totalmente ausente das deliberações daquele órgão, inclusive quanto à destinação dos recursos recebidos em razão de dano acarretado à coletividade de trabalhadores.

Mesmo que houvesse a participação do Ministério Público do Trabalho, nada se alteraria no quadro até aqui retratado, pois **os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT estão vinculados por força de dispositivo constitucional**, impondo que a maior parte dos valores deve ser destinada a custear os programas de seguro-

⁹⁵⁶Tabela de fluxo de transferência dos valores do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT ao BNDES. BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO -BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/fundos/FAT_Transf.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁹⁵⁷“Assim, tem-se que o FAT possui objetivos específicos definidos em lei, e dentre eles não consta nenhum que atenda à finalidade de reparação dos danos iminentemente trabalhistas”. TRAMONTE, Marina da Silva. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10369/10430>>. Acesso em: 26 set. 2013.

desemprego e abono salarial e o restante deve ser remetido para o **BNDES, órgão que, em última análise, decide sobre qual setor da economia vai ou não receber financiamento.**

Não se pode negar que tanto o seguro-desemprego, como o abono salarial são benefícios que favorecem todos os trabalhadores brasileiros, mas contam com fonte de custeio própria, determinada pela Constituição, correspondente a 60% dos depósitos do PIS-PASEP, sendo indiferente para tal fim, os valores remetidos em razão de multas e indenizações pelo Ministério Público do Trabalho ou pela Justiça do Trabalho.

Ainda que se possa admitir, num esforço de validar-se a opção de envio das indenizações por dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, que os programas de fomento da economia do BNDES favoreceriam a classe trabalhadora, pois uma economia forte e bem organizada pode gerar mais empregos,⁹⁵⁸ deve-se observar que mesmo esses programas contam com custeio assegurado pela Constituição e são incrementados pelos depósitos oriundos de disponibilidades financeiras do fundo, identificados como “FAT Depósitos Especiais”.

Conforme demonstrado, os valores repassados pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT para o BNDES, no período de 2000 a 2012, estiveram sempre em ascensão, o que comprova que nem o FAT nem o BNDES dependem das condenações da Justiça do Trabalho, ou dos valores obtidos por meio de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC, para que possam cumprir seus objetivos institucionais.

Na outra mão, todos esses dados e informações de natureza mais econômica que jurídica autorizam a conclusão de que são os trabalhadores, enquanto coletividade, os grandes perdedores em face da remessa das indenizações e multas decorrentes de danos coletivos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, **pois não há qualquer possibilidade desse fundo, ainda que de forma indireta, realizar qualquer**

⁹⁵⁸ Pertinente se apresenta a crítica quanto à incapacidade desses programas em prestar atendimento a grupos de trabalhadores que são vítimas de dano moral de natureza coletiva: “Os programas de desenvolvimento econômico inserem-se no contexto de geração de emprego e renda, alguns voltados para a área urbana e outros, para o meio rural. Tais projetos, no entanto, também não se mostram capazes de atender diretamente os trabalhadores escravizados, porquanto destinados a micro e pequenos empresários, ou à agricultura familiar, realidades afastadas do contexto sócio-econômico em que situadas tais pessoas”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 197-198.

programa⁹⁵⁹ para reparação de danos e prejuízos sofridos por grupo, categoria ou coletividade de trabalhadores.⁹⁶⁰

O primeiro a se dar conta entre **a falta de sintonia entre o envio de recursos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e a possibilidade de reparação do dano moral coletivo foi o Ministério Público do Trabalho**, que passou a dar outra destinação às multas e indenizações por danos genéricos oriundas de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC⁹⁶¹ que não o FAT, sob as mais variadas formas,⁹⁶² de maneira a beneficiar a própria coletividade de trabalhadores.⁹⁶³

Num segundo momento, também a doutrina passou a tecer críticas para o envio do valor de indenizações ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, seja por ausência de previsão legal,⁹⁶⁴ por considerar a inadequação desse Fundo aos propósitos da Lei nº

⁹⁵⁹“Após contatos estabelecidos com os Delegados Regionais do Trabalho nos Estados do Maranhão, Piauí, Pará e Tocantins, constatei a inexistência de qualquer projeto de orientação, recolocação ou qualificação profissional, financiado por recursos do FAT, destinado especificamente aos trabalhadores oriundos da exploração escrava”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 198.

⁹⁶⁰“Os relatórios de gestão do FAT demonstram, por exemplo, que as receitas decorrentes de demandas coletivas muitas vezes não são revertidas para a comunidade diretamente lesada pela conduta ilícita vergastada.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 81, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁹⁶¹“O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é um acordo pelo qual o inquirido em um Inquérito Civil ou em qualquer outro Procedimento Administrativo se compromete a adequar-se à conduta legal, mediante uma cominação. Foi criação da Lei nº 8.078/90 (CDC), que acrescentou o §6º ao artº 5º da Lei n.7.347/85”. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 107.

⁹⁶²Outros exemplos de destinações já determinadas em Termos de Ajustamento de Conduta são dados por Raimundo Simão de Melo, como a compra de equipamentos para aparelhar a fiscalização do Ministério do Trabalho, construção de creches e hospitais e custeio de cursos de formação e aperfeiçoamento para trabalhadores e seus filhos, entre outros. In MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 347.

⁹⁶³Enoque Ribeiro dos Santos afirma que as indenizações referentes ao dano moral coletivo “são destinadas a fundos protetores de clientela específicas (idoso, criança, adolescente, deficiente, etc), ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT ou entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, por meio de doações em espécie ou *in natura*, sujeitas à prestação de contas”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 88, 2012. Também Cristiane Aneolito Ferreira refere que no Termo de Ajuste de Conduta “tem sido admitida a reversão do valor da indenização a órgãos públicos, a compra de bens a entidades, a realização de obras ou projetos sociais”. FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 146.

⁹⁶⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

7.347/85 – LACP, pela não participação do Ministério Público do Trabalho no CODEFAT, e também pela ausência de qualquer objetivo para a reparação dos danos coletivos acarretados à coletividade de trabalhadores.⁹⁶⁵

É preocupante, ainda, a possibilidade dos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, por meio do BNDES, financiar empresas, que não cumprem a legislação trabalhista, precarizam o trabalho humano ou se valem de meios fraudulentos para contratação de mão de obra, pois não há relatórios daquele órgão financeiro sobre o cumprimento da legislação do trabalho por parte das empresas beneficiadas.⁹⁶⁶

Procede também a crítica quanto à ausência de programas específicos, financiados pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, que objetivem amparar os trabalhadores resgatados de condições análogas a de escravo, especialmente nos Estados do Norte e Nordeste do país onde a ocorrência de tal flagelo humano é ainda mais disseminada, sendo que o único benefício que auferem é o recebimento do seguro-desemprego.⁹⁶⁷

Há quem aponte, com devida propriedade, que o envio de valores para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT “foi um acidente de percurso” em razão de não se ter um destinatário adequado para as indenizações decorrentes dos danos coletivos acarretados à classe dos trabalhadores, destacando ainda que valores consideráveis têm sido remetidos àquele fundo, tanto em razão de Termos de Ajustamento de Conduta, como de decisões da

⁹⁶⁵“Ocorre que o FAT também não se amolda integralmente ao fundo previsto na LACP, posto que não possui a participação do Ministério Público do Trabalho, nem mesmo tem o objetivo específico de reconstituir os danos causados aos direitos juslaborais”. TRAMONTE, Marina da Silva. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10369/10430>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁹⁶⁶Marcos Antonio Ferreira Almeida confirma que os recursos destinados pelo FAT ao BNDES viabilizam “altos empréstimos a grandes empresas, sem nenhuma exigência de respeito aos direitos trabalhistas e geração mínima de postos de trabalho dignos. Instaura-se, aqui, um verdadeiro contrassenso, traduzido na possibilidade de financiamento oficial das próprias práticas combatidas pelas ações coletivas trabalhistas.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 81, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁹⁶⁷Erlan José Peixoto do Prado que ainda acrescenta: “Com o advento da Lei n.10.608/02, garantiu-se aos trabalhadores retirados da condição análoga à de escravo o pagamento de três parcelas de seguro desemprego. A legislação não assegura, todavia, a necessária qualificação profissional com o objetivo de dar início ao processo de efetiva inserção social dos resgatados a partir do trabalho, do trabalho digno”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 198.

Justiça do Trabalho, sem que se obtenha qualquer resultado prático quanto à reconstituição dos bens lesados.⁹⁶⁸

Por fim, a **finalidade pedagógica**, de destacada importância em matéria de danos coletivos, igualmente não é alcançada se o valor é destinado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, pois nesse tipo de dano não basta que as finalidades educativa e preventiva possam ser alcançadas com relação à pessoa do ofensor, pois tão ou mais importante é o exemplo que deve ser dado para a sociedade, de forma a prevenir a reincidência do dano.⁹⁶⁹

Nesse sentido pode ser referida a indenização fixada a título de dano moral coletivo decorrente do trabalho em condições análogas a de escravo, que por se constituir grave violação ao princípio da dignidade humana, alcança valores expressivos, mas não promove qualquer efeito pedagógico para outros fazendeiros ou intermediadores de mão de obra envolvidos no mesmo tipo de ilícito, quando tem por destinatário o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.⁹⁷⁰

O que se deve fazer diante desse panorama? Sem dúvida que alternativas devem ser pensadas, com base no próprio ordenamento, nas propostas existentes para uma nova regulação da matéria, no direito comparado e, especialmente, nos princípios que informam o processo coletivo, a fim de que as indenizações arbitradas em razão do dano moral coletivo, objeto do presente estudo, possam alcançar a finalidade pedagógica e compensatória para a coletividade.

⁹⁶⁸MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. São Paulo: LTr, 2004. p. 347.

⁹⁶⁹“A pretensão é, além de representar medida de índole educativa ao ofensor, **tornar público** que condutas semelhantes não serão socialmente toleradas”. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial)* coletivo. São Paulo: LTr, 2009. p. 74.

⁹⁷⁰Nesse sentido a crítica de Erlan José Peixoto do Prado: “Assim, embora a partir de suas destinações legais, possa-se concluir que o FAT está direcionado à redução das desigualdades regionais e sociais e à busca do pleno emprego como um dos princípios da ordem econômica nacional, não se evidencia correspondência aos anseios que sobre ele pesam no combate ao trabalho escravo”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 199.

3.4.3. As propostas para uma nova regulação dos fundos de direitos difusos

Em todas as propostas de codificação do processo coletivo até hoje apresentadas por juristas brasileiros e estrangeiros, consta uma nova regulação para os Fundos de Direitos Difusos, o que confirma o diagnóstico já feito quanto à necessidade de aprimoramento do instituto.

Há que se destacar que nas propostas apresentadas com a finalidade de consolidar um **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**, a regulação quanto aos Fundos de Direitos Difusos não seguiu a mesma sistemática da legislação existente no Brasil, especialmente a Lei nº 7.347/85, o Decreto nº 1.306/94 e a Lei 9.008/95.

Na proposta de Antonio Gidi o fundo é denominado “Fundo dos Direitos de Grupo”, cujos recursos seriam destinados à “reparação dos danos causados ao grupo” ou, caso isso não fosse possível, deveriam ser utilizados “de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado”, adotando o modelo brasileiro de comissão gestora a ser implementada pelo Poder Executivo.⁹⁷¹

Esse Anteprojeto procurou harmonizar a experiência norte-americana das *class actions* com a solução adotada pela legislação brasileira, o que se constata pela proposta de que o fundo fosse denominado “**Fundo dos Direitos do Grupo**”, e que a indenização fosse destinada ao grupo lesado, estabelecendo uma conexão importante entre os recursos e a respectiva reparação.

Outra inovação proposta por esse Anteprojeto foi a previsão de notificação do Fundo quando da propositura de ações coletivas, para que pudesse intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição, com o objetivo de demonstrar a inadequação do representante legal ou auxiliá-lo na tutela do grupo,⁹⁷² o que se justificaria por ter o referido Anteprojeto

⁹⁷¹ **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). Artigo 24.** Itens 24, 24.1 e 24.2. CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). In: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 456-457.

⁹⁷² **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). Artigo 24.** Item 24.3 O Fundo dos Direitos do Grupo será notificado sobre a propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes em tais processos e poderá intervir em processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (vide arts. 5.1 e 6º).

adotado o modelo de “representação adequada”, típico da *class action* do direito norte-americano.⁹⁷³

Essa inovação, quanto à notificação do Fundo sempre que uma ação coletiva fosse proposta, também foi adotada pelo **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América** que igualmente dispôs sobre o requisito da representatividade adequada a ser aferido pelo juiz, embora tivesse também aderido ao modelo de legitimação ativa na forma de *numerus clausus*, tal como dispõe a legislação brasileira.⁹⁷⁴

O **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América** manteve a finalidade de reconstituição dos bens lesados a ser obtida por meio dos recursos, ou não sendo essa possível, a realização de atividade com a finalidade de minimizar a lesão ou evitar a sua reincidência, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado e, ainda, introduziu mecanismos de controle, por meio da obrigatoriedade dos Fundos manterem registros que especificassem a origem e a destinação dos recursos, os bens que seriam tutelados e seu âmbito regional.⁹⁷⁵

E, mais importante, o **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América ampliou os poderes do juiz quanto ao destino dos recursos ao Fundo**, já que poderia especificar a destinação da indenização e as providências que deveriam ser

⁹⁷³ **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). Artigo 3º** Requisitos da ação coletiva. 3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: (...) II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros. CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). In: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 448.

⁹⁷⁴ **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América** regulou a representatividade adequada no artigo 2º, parágrafo 3º; indicou os legitimados ativos no artigo 3º e dispôs sobre a notificação do Fundo, no artigo 8º, §1º (adotando a mesma redação do artigo 24. Item 24.3 do Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito - Anteprojeto original). In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 426, 427 e 428, respectivamente.

⁹⁷⁵ **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 8º, caput e parágrafo 2º** In CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 427-428.

tomadas para a reconstituição dos bens lesados, inclusive com prazo para concretização das medidas e relatório a ser providenciado pelo respectivo Conselho gestor.⁹⁷⁶

Essas duas propostas, **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original) e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América** tiveram o objetivo de apresentar diretrizes gerais aos países que ainda não contavam com legislação sobre processos coletivos, ambas tendo influência direta do microssistema existente no Brasil para tutela coletiva, embora também esse microssistema seja alvo de propostas reformistas, inclusive no que se refere à regulação dos Fundos.

O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** cuidou de modificar a disciplina dos Fundos de Direitos Difusos em razão da necessidade de melhor disciplinar o dinheiro arrecadado, por meio de mecanismos de controle e de transparência,⁹⁷⁷ o que demonstra que a principal crítica dirigida aos fundos, quanto a não existir uma correlação entre recursos e danos, mostrava-se correta.

Nessa proposta, o nome do Fundo foi alterado para Fundo de Direitos Difusos e **Coletivos**, mantendo-se a natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente, sendo administrado por um Conselho gestor também federal ou estadual, com participação da comunidade e do Ministério Público, com recursos advindos de indenizações por danos difusos e coletivos, por danos globais decorrentes da não satisfação de interesses e direitos individuais homogêneos e multas, ou seja, foi mantida a estrutura, a fonte dos recursos e a administração dos fundos nos mesmos moldes previstos pela legislação em vigor.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Artigo 8º**, parágrafos 3º 4º e 5º *In* CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 427-428.

⁹⁷⁷ **Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**: “O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência.” EXPOSIÇÃO de Motivos. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 451.

⁹⁷⁸ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 27, caput. e seu parágrafo 1º** *In* ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 459.

Com relação aos fins dos recursos remetidos para o Fundo, parece que os autores do **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** se deram conta da dificuldade de se alcançar a reparação do dano por meio do Fundo, pois a condenação *in pecúnia* somente deveria ocorrer se impossível a reparação *in natura*,⁹⁷⁹ razão pela qual, adotando melhor técnica, dispuseram que seriam os recursos “destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados”.⁹⁸⁰

O **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** manteve a **indenização por dano globalmente causado**, previsto de forma pioneira pela Lei nº 8.078/90 – CDC (artigo 100, parágrafo único, combinado com o artigo 95), pois introduziu no **ordenamento brasileiro a responsabilidade pelo dano causado e não apenas pelo prejuízo sofrido**.⁹⁸¹

Por outro lado, embora também constasse do referido Anteprojeto que a respectiva indenização seria revertida para um fundo, quanto à destinação dispôs que o valor seria utilizado para “**finalidades conexas** à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença”⁹⁸² ou seja, a proposta abandonou a ideia do fundo realizar a reparação direta do dano, objetivo com pouca ou nenhuma possibilidade de ser alcançado, por esse meio.

Confirmando a preocupação dos juristas com o controle e a transparência na utilização dos recursos destinados ao Fundo, o **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** incluiu diversos dispositivos quanto à responsabilidade direta do

⁹⁷⁹ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 26, §2º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 459.

⁹⁸⁰ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 27, caput.** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 459.

⁹⁸¹ “A liquidação promovida pelos legitimados após o decurso do prazo legal, quando não haja habilitações dos prejudicados ou quando essas não forem em número compatível com a gravidade do dano, terá por objeto a apuração do *prejuízo globalmente causado*”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 895.

⁹⁸² **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 36, §3º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 461.

administrador do fundo e a obrigação de divulgar informações sobre a utilização dos recursos, inclusive por meio de demonstração semestral de resultados.⁹⁸³

Houve, ainda, por parte do **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, adoção integral do que constou das duas propostas anteriores de codificação quanto à participação do Fundo na tramitação das ações coletivas, que para tanto deveria ser notificado, tanto da propositura das ações coletivas, como das decisões mais importantes do processo, em qualquer tempo e grau de jurisdição, mas não para fiscalizar a representação adequada, instituto que não foi adotado por essa proposta de codificação.⁹⁸⁴

Inovação extremamente positiva foi feita pelo **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** no sentido de o Fundo custear despesas com futuras ações coletivas, especificamente com relação a perícias judiciais,⁹⁸⁵ tal como previsto no primeiro anteprojeto citado,⁹⁸⁶ embora não tivesse previsto o custeio também das notificações judiciais e publicações nos órgãos da imprensa.

Há que se destacar que **o custeio de despesas com futuras ações coletivas** também constou de proposta de reforma do Fundo Estadual Paulista de direitos difusos, abrangendo além da tradicional prova técnica pericial, estudos e trabalhos técnicos necessários à instrução da ação civil pública, indicativo da existência de uma preocupação quanto aos

⁹⁸³ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 27, §§ 2º, 4º e 5º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 461.

⁹⁸⁴ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 27, §3º** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 461.

⁹⁸⁵ **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Artigo 27 caput.** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto *de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 459.

⁹⁸⁶ Antonio Gidi justificando o disposto no artigo 24.1 do seu Anteprojeto afirmou que o Fundo poderia destinar o dinheiro arrecadado para financiar perícias, notificações e honorários advocatícios, “afinal, dinheiro é essencial para qualquer empreitada judicial, particularmente uma demanda coletiva envolvendo questões complexas (de fato ou direito) contra um réu poderoso”. In GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 329-330.

custos das ações coletivas de competência da Justiça Comum e que poderiam ser custeados pelo Fundo.⁹⁸⁷

Finalmente, há que se examinar de que maneira foi tratada a questão dos fundos pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, que pretendeu unificar as Leis nº 7.347/85 – ACP e Lei nº 8.078/90 – CDC, disciplinando e aperfeiçoando o sistema da ação civil pública no Brasil.

A primeira consideração importante é que esse Projeto de Lei privilegia a **reparação direta do dano ao bem indivisivelmente considerado**, por meio de condenação que “consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido” e, dependendo das características do dano, poderá ensejar determinação para “a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou evitar que se repita”.⁹⁸⁸

Tomando a reparação do dano coletivo como prioridade, o **Projeto de Lei nº 5.139/2009 rompe com a disciplina relativa às condenações pecuniárias em ações coletivas** que, desde o advento da Lei nº 7.347/85- LACP tinha como único destino a remessa para um fundo, para determinar que nesse caso “a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada”.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ **Projeto de Lei nº 205/2001** de autoria do Governo do Estado de São Paulo (arquivado mediante pedido de retirada pelo Governador em 2009) dispunha no **artigo 2º, §1º**, sobre a destinação de verbas nas ações civis públicas: (...) **III.** no custeio de exames periciais, estudos e trabalhos técnicos necessários à instrução de ação civil pública, de inquérito civil ou procedimento investigatório preliminar instaurados para a apuração de fato lesivo a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. **Artigo 2º, § 2º** - Na hipótese do inciso III deste artigo, deverá o Conselho Gestor considerar a gravidade do dano, a existência de fontes e meios alternativos para custeio da perícia, a sua relevância, a sua urgência e as evidências de sua necessidade. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ALESP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=99264>>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁹⁸⁸ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 24.** Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível, a requerimento do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido. **Parágrafo único.** Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e a requerimento do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁹⁸⁹ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45.** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

E vai além, dispondo incumbir ao legitimado ativo tomar as providências para utilização do valor depositado judicialmente e que, na aplicação desses recursos, deverá ser ouvida a comunidade afetada⁹⁹⁰, ou seja, todas as disposições foram pensadas visando à finalidade de recuperação do bem lesado ou, em último caso, que o valor favorecesse, de alguma forma, a própria comunidade prejudicada.

Mas o Fundo não deixaria de existir, pois seria o destinatário das multas administrativas oriundas das violações a quaisquer interesses ou direitos de natureza transindividual, mantendo-se o sistema de administração por meio de um conselho, com participação obrigatória do Ministério Público e de membros da sociedade civil, bem como receberia as condenações pecuniárias acima referidas, mas sempre depois de “ouvidas as partes interessadas e atendidas as especificidades da ação e o direito ou interesse coletivo envolvido”.⁹⁹¹

As condenações pelo dano globalmente causado, no caso dos direitos subjetivos reconhecidos pela sentença coletiva não serem postulados pelos indivíduos,⁹⁹² também teriam o Fundo como destinatário, mantendo-se, assim, a solução já adotada pela Lei nº 8.078/90 – CDC e privilegiando o **princípio da máxima efetividade da tutela coletiva**.

O Projeto de Lei nº 5.139/2009 caso fosse aprovado, representaria significativo avanço para a efetividade da sentença coletiva, pois haveria **real possibilidade de compensação dos danos materiais e morais acarretados a bens difusos e coletivos no**

⁹⁹⁰**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45 (...)**§1.º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano. §2.º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁹⁹¹**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 65.** As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos. **Parágrafo único.** Sem prejuízo do disposto no art. 45, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da ação e o direito ou interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro, originária de ação coletiva, para o fundo previsto no caput. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁹⁹²**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 43 (...)** §1.º No caso de direito ou interesse individual homogêneo cujos titulares ainda não sejam nominalmente conhecidos, o depósito será feito em conta judicial vinculada ao processo, observados os requisitos do caput; sendo, após o decurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos para que os lesados individuais requeiram o levantamento da parte que lhes caiba, o dinheiro revertido para o fundo de que trata o art. 65 desta Lei. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

próprio processo coletivo e não mais por meio de um Fundo, cujos recursos não são destinados para compensar ou minimizar o respectivo dano.

A possibilidade de aplicação do valor objeto da condenação pecuniária em favor da comunidade lesada, como meio alternativo de compensação dos danos, **concretiza a finalidade compensatória da reparação e representa o ideal de propiciar uma satisfação à coletividade lesada**, objetivos que não são alcançados por meio do envio a um Fundo.

A não adoção da obrigatória notificação ao Fundo, quando da propositura de ações coletivas e das “decisões mais importantes do processo” pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009** se mostrou acertada, pois essa intervenção não se justificaria para controlar a “representação adequada”,⁹⁹³ tampouco como *amicus curiae*⁹⁹⁴, ou seja, seria um ato inútil do ponto de vista da efetividade do processo.

Mas o **Projeto de Lei nº 5.139/2009** não resolve alguns dos problemas advindos da remessa de valores para um fundo, pois não assegurou a participação dos juízes no Conselho que decide sobre a aplicação dos recursos (mantendo a participação do Ministério Público e da sociedade civil) e não dispôs sobre regras de controle e transparência na utilização dos recursos, medidas que seriam salutares para que o fundo se fortalecesse como instituição democrática.

Não há previsão, no **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, de financiamento de despesas de futuras ações coletivas, como notificações aos interessados, perícias e trabalho de especialistas por meio do Fundo, que são imprescindíveis para a instrução processual e também para o cumprimento da sentença, pois haverá que ser dada uma destinação adequada aos recursos pelo legitimado ativo.⁹⁹⁵

⁹⁹³A representação adequada do legitimado ativo, instituto da *class action* do direito norte-americano não foi incorporada pelo ordenamento brasileiro e, portanto, não se justificaria a notificação do Fundo para tal fim, conforme artigo 24, item 24.3 do **Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original)** e também do artigo 8º §1º do **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, anteriormente citados**.

⁹⁹⁴Essa proposta de intervenção como *amicus curiae* constou do **parágrafo 3º do Artigo 27 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de *Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 459, mas em nada contribuiria para que o juiz pudesse tomar uma decisão mais acertada quanto aos interesses em conflito.

⁹⁹⁵**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45. §1.º** O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Há que se destacar que o financiamento das despesas por meio do fundo foi considerado como um investimento em benefício futuro dele próprio,⁹⁹⁶ mas o que parece mais importante é o fato de tal custeio se harmonizar com os fins objetivados pelo fundo, pois deve implementar medidas e programas com o objetivo de efetivar a reparação dos danos acarretados aos interesses e direitos de natureza transindividual, conforme legislação atualmente em vigor.⁹⁹⁷

No Brasil, as ações coletivas, notadamente as ações civis públicas, são propostas pelo Ministério Público, sendo ainda tímida a participação dos sindicatos e das associações de classe, mas nenhum desses legitimados possui recursos⁹⁹⁸ que possam fazer frente às perícias técnicas de grande complexidade, pareceres de especialistas visando auxiliar o juízo em suas decisões, ou mesmo para avaliar ou acompanhar o cumprimento de um acordo ou da sentença.⁹⁹⁹

Por fim, há que se lamentar a ausência de qualquer proposta legislativa para criação de um fundo próprio para receber valores oriundos de condenações nas ações coletivas pela Justiça do Trabalho e dos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC firmados pelo Ministério Público do Trabalho.

⁹⁹⁶A ideia de investimento a ser feita pelo Fundo foi defendida por Antonio Gidi: “Com a vitória em processos posteriores, não somente o Fundo será ressarcido do dinheiro gasto como será o beneficiário de eventual indenização. Ao finalizar processos coletivos, o Fundo está realizando um investimento, sendo do seu próprio interesse fazê-lo”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 331.

⁹⁹⁷Lei nº 9.008/95. Artigo 1º, §1º e Decreto nº 1.306/94, artigo 1º.

⁹⁹⁸“Ademais, de acordo com a tradição do direito norte-americano, é o próprio advogado quem financia a ação, arcando com todas as altas despesas inerentes ao litígio coletivo. A *class action*, assim como qualquer ação individual, é considerada abertamente um investimento privado com fins lucrativos, e o advogado é visto como um empreendedor, que faz da tutela coletiva dos direitos da sociedade a sua principal fonte de renda (*entrepreneurial lawyer*). É o capitalismo liberal americano em sua mais pura forma, confundindo as figuras de justiceiros e investidores”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245.

⁹⁹⁹A complexidade das ações coletivas não passou despercebida pelo legislador ao elaborar o **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, pois até para a liquidação e execução de acordo anteviu que o juiz poderia necessitar de auxiliares técnicos ou observadores, que deverão ser remunerados pelo seu trabalho, conforme se depreende o **artigo 60**. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Com efeito, parece que o legislador ainda não se deu conta de que há uma Justiça especializada em conflitos de natureza trabalhista que necessita de **um fundo próprio**¹⁰⁰⁰ **ou mesmo mais de um fundo**, com finalidades específicas e até transitórias¹⁰⁰¹, como forma de implementar políticas públicas, ações e programas com objetivo de minimizar os danos acarretados à classe dos trabalhadores brasileiros.

Ainda que essa destinação para o Fundo seja feita de forma supletiva, como aqui veementemente se defende, deverá ter seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos,¹⁰⁰² ou seja, **é imprescindível que haja uma conexão entre o recurso e a natureza do dano**,¹⁰⁰³ no caso desse ser decorrente de relações de trabalho.

Há que se registrar, por outro lado, o esforço empreendido pelo Ministério Público do Trabalho para impulsionar a criação de um **Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e**

¹⁰⁰⁰“Torna-se oportuno, pois, a criação de um fundo de direitos difusos trabalhistas, de modo que adeque o disposto no art. 13 da LACP à seara laboral, sobretudo em razão do advento deste recente e robusto supedâneo normativo que possibilitou inequivocamente a propositura da ação civil pública na seara laboral, reafirmando o papel do Ministério Público do Trabalho como futor da ordem jurídica laboral e dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao cidadão trabalhador.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 85, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹⁰⁰¹“Mas nada impede, ao contrário, aconselha-se, que sejam criados fundos específicos no âmbito trabalhista para tutelar situações peculiares e até transitórias, para as quais devem ser carreados tais valores”. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 346.

¹⁰⁰²**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 65.** As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 45, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da ação e o direito ou interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no caput. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹⁰⁰³**Projeto de Lei nº 205/2001** de autoria do Governo do Estado de São Paulo (arquivado mediante pedido de retirada pelo Governador em 2009) dispunha no artigo 4º, §5º, que os recursos seriam identificados por contas, de acordo com o interesse lesado, incluindo o meio ambiente do trabalho. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ALESP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=99264>>. Acesso em: 30 set. 2013.

Coletivos dos Trabalhadores, por meio de proposta encaminhada ao Poder Executivo¹⁰⁰⁴, mas que depende, para que se seja convertido em Projeto de Lei, da sempre incerta “vontade política”.

De tudo que foi examinado, é possível extrair-se algumas lições no sentido de que o sistema legal de Fundos de Direitos Difusos adotados pelo Brasil apresenta algumas vantagens que não podem ser desprezadas, especialmente quanto ao objetivo de distribuir os recursos à coletividade lesada, por meio de programas e medidas tendentes a minimizar ou prevenir novos danos.

De qualquer maneira, não se deve esquecer que a remessa de valores ao Fundo **constitui medida de natureza secundária ou residual**, depois de esgotadas todas as possibilidades de reparação direta ou *in natura* do dano coletivo, material ou moral, o que se afirma com base na legislação vigente, nas propostas legislativas que privilegiaram essa reparação e, especialmente, **nos princípios do processo coletivo de acesso à Justiça, máxima efetividade, participação, proporcionalidade e razoabilidade**.

No que se refere às indenizações fixadas com objetivo de reparar as lesões acarretadas aos interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores brasileiros, **não houve, até hoje, a criação de um fundo próprio ou mesmo de mais de um fundo que possa atender às finalidades específicas dessa reparação**, como combate ao trabalho escravo e ao trabalho infantil.

Embora o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT seja também um fundo estatal e que tem entre suas finalidades garantir alguns direitos dos trabalhadores – como o seguro-desemprego e o abono salarial, **não tem como objetivo a reparação de danos**

¹⁰⁰⁴“O MPT pretende, inclusive, a partir de adiantados estudos internos, contribuir para o processo legislativo no que tange à destinação das condenações pecuniárias oriundas de ações civis públicas, fixadas em termos de ajuste de conduta ou mesmo arbitradas pela Justiça do Trabalho em questões não meramente individuais. Vislumbra-se, dessa maneira, a possibilidade de constituição de um Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos dos Trabalhadores e a possibilidade de aplicação dos recursos para ele revertidos em medidas diretamente relacionadas com a natureza da infração e do dano causado”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 199-200. No mesmo sentido a informação prestada por Marcos Antônio Ferreira Almeida que acrescenta: “A proposta legislativa foi recentemente apresentada ao Poder Executivo, que está analisando a viabilidade de apresentá-la ao Congresso Nacional. Trata-se de iniciativa inovadora que visa justamente acabar com o vácuo legislativo presente na seara laboral, carecedora de legislação específica que garanta a efetiva reparação dos danos decorrentes aos interesses difusos e coletivos.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 86, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

acarretados à classe dos trabalhadores, razão pela qual os recursos que recebe não são destinados para tal fim.

Assim, se com relação ao Fundo de Direitos Difusos - FDD previsto originariamente pela Lei n.º 7.347/09 – LACP é possível pensar-se em aperfeiçoamento desse instituto,¹⁰⁰⁵ **no que se refere ao Fundo de Amparo aos Trabalhadores – FAT, nada há para ser aperfeiçoado**, pois não há possibilidade de conexão e, em consequência, efetividade entre recursos e reparação do dano coletivo.

3.5. A falta de conexão entre a reparação e o dano moral coletivo

A reparação que restabeleça o bem lesado é o ideal a ser perseguido nos casos de danos acarretados à coletividade, o que não enseja qualquer dúvida em matéria de danos de natureza material ou patrimonial, sendo a condenação pecuniária admitida apenas quando impossível o que a doutrina chama de reparação *in natura* do dano.¹⁰⁰⁶

Tal forma de reparação tem como objetivo a restituição do bem ao estado anterior à lesão e somente quando esse objetivo se torne impossível, poderá ser substituída por uma prestação de caráter compensatório,¹⁰⁰⁷ de forma a proporcionar uma vantagem de natureza equivalente àquela que foi perdida, tendo também o efeito de compensação de prejuízos.¹⁰⁰⁸

Em termos de danos ambientais, por exemplo, o ideal é que seja reparado o bem que foi poluído, devastado ou contaminado, mas como isso nem sempre é possível, a reparação pode ser feita em outro bem da mesma natureza, cujo equilíbrio possa ser

¹⁰⁰⁵“Todavia, se o Fundo não está dando os frutos desejados, a solução não é necessariamente a sua extinção, nem a diminuição dos seus poderes. A solução pode ser dar mais transparência às suas decisões e ao método decisório. É preciso acreditar e investir nas instituições, principalmente no Fundo, uma inovação brilhante do direito brasileiro.” GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 326-329.

¹⁰⁰⁶MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 303.

¹⁰⁰⁷De acordo com Orlando Gomes, existem duas formas de reparação dos danos, a saber, a *reposição natural*, quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava no momento anterior ao evento danoso e a *reparação pecuniária ou indenização propriamente dita*, que ocorre diante da impossibilidade de se restabelecer o estado da coisa danificada, que teria caráter substitutivo e seria representada por uma prestação pecuniária de natureza compensatória. In GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 386.

¹⁰⁰⁸“Nesse sentido, a reparação natural apresenta como traço particular o de proporcionar à vítima uma “compensação *materialmente* equivalente ao interesse lesado, o que torna sua aplicação mais frequente no campo dos danos causados aos bens e às coisas.” MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 303.

restaurado ou preservado, mantendo-se, dessa forma, **uma equivalência entre o dano e a reparação que é possível.**¹⁰⁰⁹

Por outro lado, quanto aos **danos morais individuais**, a doutrina reconhece que **apenas em algumas hipóteses** é possível alcançar-se uma reparação *in natura*,¹⁰¹⁰ a mesma lição se aplicando ao dano moral coletivo,¹⁰¹¹ ou seja, apenas alguns tipos de danos acarretados à bens e direitos imateriais ensejariam uma reparação direta.

Assim, **a forma de reparação dos danos morais se faz, em regra, pela condenação de natureza pecuniária**, que no caso do dano moral individual é destinada à pessoa do lesado, de maneira a constituir uma satisfação àquele que sofreu o prejuízo em bens de natureza não patrimonial.

Em se tratando de dano moral coletivo, a indenização pecuniária é revertida para um fundo de natureza estatal, mas sem que se estabeleça **uma conexão entre o recurso recebido pelo Fundo e o dano que lhe deu origem**, fato que tem impulsionado propostas de reformas legislativas, ainda sem perspectivas de efetiva incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

O que se verifica é que no dano moral individual em razão de haver essa conexão entre o produto da indenização e a pessoa do lesado, enfatiza-se a sua natureza compensatória, enquanto **no dano moral coletivo, por falta dessa conexão, nega-se finalidade compensatória**, pretendendo-se atribuir à respectiva reparação apenas o caráter punitivo-pedagógico.

Não obstante, tem sido reconhecida, cada vez com mais frequência, a existência de **um sentimento da coletividade**, afetado em razão da violação dos valores sociais, morais e culturais que estão presentes na sociedade considerada em seu conjunto, mas que ficam sem qualquer indenização compensatória, **pois não há a percepção dessa coletividade de ter havido qualquer reparação**, quando o valor é remetido para um fundo.

¹⁰⁰⁹“Exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito da poda irregular de árvores, com mutilação dos espécimes atingidos e ocorrência de prejuízos estéticos ao meio ambiente, bem ilustra a hipótese em discussão. No caso, inviabilizada a restauração dos próprios bens ambientais corpóreos em causa, decidiu-se pela condenação do responsável ao replantio de cem mudas de árvores em locais diversos, conforme indicação a ser fornecida por órgão público competente”. MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 305.

¹⁰¹⁰“Há várias formas de reparação *in natura* do dano, como direito de resposta, pedido de desculpas, retratação do ofensor, dentre outras”. SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 83.

¹⁰¹¹Os exemplos são o da retratação pública, no caso de discriminação de grupos ou coletividades de pessoas e, no âmbito do Direito do consumidor, a imposição de “contrapropaganda” prevista no artigo 60 da Lei nº 8.078/90 – CDC conforme leciona MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 225.

Dessa forma, no atual sistema de reparação do dano moral coletivo não se estabelece aquela equivalência entre a reparação e o dano, necessária quando a reparação *in natura* não é possível, e que pode ser concretizada **se for concedida uma vantagem equivalente à coletividade, tal como preconiza a doutrina quanto ao dano coletivo de natureza material.**

Reitera-se que também a **finalidade pedagógica** – de maior importância na reparação do dano moral coletivo – por ter o potencial efeito de mudar uma cultura social, não se concretiza quando a indenização é remetida para um fundo, pois a sociedade não é informada e também não percebe que ocorreu qualquer reparação, restando apenas a finalidade punitiva para o réu que paga a condenação pelo dano moral coletivo.

A **doutrina trabalhista** tem admitido que não apenas as multas,¹⁰¹² mas o valor da própria condenação, possa ser objeto de formas alternativas de reparação do dano moral coletivo, exemplificando com o trabalho escravo, cujo valor da condenação seja destinado a projetos de educação e geração de emprego de forma a combater o problema na origem,¹⁰¹³ ou a fixação de obrigações de fazer como forma de prevenção às formas de discriminação no emprego.¹⁰¹⁴

Mas é na **jurisprudência trabalhista** que se observa uma recente tendência de não remeter os valores da indenização para o fundo, que pode mudar a realidade de falta de conexão entre a reparação e o dano moral coletivo e, por essa razão, merece ser mais bem

¹⁰¹²“Ressalte-se que o produto da sentença condenatória que impõe o dever de reparar o direito metaindividual lesado destina-se ao fundo federal ou a fundos estaduais. Entretanto, é possível que se dê destino diverso não ao montante reparatório em si, mas as multas, v.g. impostas em ações coletivas de tutela a direitos difusos”. VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 184, nota de rodapé n.41. (Col. Araken de Assis et al.).

¹⁰¹³“A título meramente exemplificativo, tem-se que, além de exemplar punição ao proprietário rural que submete trabalhadores a condições análogas à de escravo, torna-se imprescindível combater, na origem, o problema. Nesta esteira, revela-se por demais oportuna a destinação de indenizações decorrentes de ações coletivas trabalhistas a projetos de educação e geração de emprego e renda para o trabalhador rural e sua família, de forma que mitigue o ciclo de miséria que propicia essa chaga social tão grave.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 98-99, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt11497O8849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹⁰¹⁴Xisto Tiago de Medeiros Neto destaca, pela sua pertinência, acordo judicial no qual foi ajustada obrigação de fazer, em substituição à indenização pecuniária do dano moral coletivo por ato discriminatório, consistente em divulgação, em cadeia nacional, de programas institucionais de combate a fraudes nas relações de emprego, combate aos trabalhos escravo e infantil, entre outras práticas lesivas e discriminatórias. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 220-221.

estudada, pois representa uma possibilidade de se alcançar o fim compensatório para a indenização por danos morais coletivos.

3.5.1. Reparação *cy pres* ou *fluid recovery* – a solução das *class actions* nos EUA

Partindo-se da premissa que também a indenização do dano moral coletivo deve alcançar as finalidades compensatória e pedagógica em face da coletividade lesada, pretende-se avaliar a experiência do direito norte-americano da *class action*, que pode servir de referência para a construção de uma nova jurisprudência em matéria de reparação do dano moral coletivo no Brasil.

A reparação que se pretende estudar é identificada como *cy pres* e embora **seja menos frequente a utilização do termo *fluid recovery* naquele país**, foi esse último que se tornou mais conhecido no Brasil, especialmente a partir dos anos 80 do século XX, em razão dos estudos de juristas que buscavam alternativas para a tutela dos interesses e direitos coletivos, razão pela qual serão utilizados no presente estudo como sinônimos, inclusive para preservar as importantes referências já existentes na doutrina brasileira.

Desde logo, deve ser esclarecido que será aqui adotado o termo original tal como consta da jurisprudência norte-americana, não apenas pela dificuldade em traduzir-se o que seria *cy pres*, mas por ser mais importante entender-se o seu significado e a sua origem, bem como conhecer os fundamentos pelos quais, sendo um instituto tradicional do Direito Civil, foi incorporado às *class actions*.

Da mesma forma, não será feita a literal tradução de *fluid recovery* para “reparação fluída”,¹⁰¹⁵ pois a tradução literal não expressa o significado do instituto, **além de não**

¹⁰¹⁵ Adotam a tradução “reparação fluída”, entre outros: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 893; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 410; ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 77, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do artigo 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 459-468 e COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 304.

representar o que seria o seu aspecto mais importante para o próprio sistema jurídico norte-americano, qual seja, ter rompido com a finalidade individualista da reparação, priorizando o integral cumprimento da sentença.

Como já referido, a doutrina do *cy pres* ou como conhecida no Brasil, *fluid recovery*, chamou a atenção dos juristas do mundo todo ao se virem diante de interesses e direitos coletivos, marcados pela complexidade e que acarretavam danos também coletivos,¹⁰¹⁶ cujo ordenamento processual, tradicionalmente estruturado para a proteção jurisdicional dos direitos subjetivos, não se mostrava preparado para dar uma resposta aos problemas advindos das lesões de massa.¹⁰¹⁷

A doutrina se referia àquelas que eram “soluções *sui generis*” para reparação do dano coletivo adotadas nas *class actions* americanas, referindo-se ao caso de um dono de posto de gasolina que praticava a venda do produto com preço superior ao tarifado, o que ensejou a propositura de uma ação coletiva, a final julgada procedente. Mas o que mais causava admiração era a forma “inusitada” de reparação adotada, pois o posto “teria sido compelido a fornecer gasolina, gratuitamente, a todos aqueles que o procurassem, até atingir a exata quantidade que venderam acima da tabela fixada”.¹⁰¹⁸

Essa condenação somente foi possível por ter sido **ultrapassada uma concepção restritiva de reparação do dano**, que não se limitasse a considerar o prejuízo sofrido por uma pessoa que se fazia presente em juízo,¹⁰¹⁹ mas considerasse o dano sofrido por todos os consumidores daquele produto, acarretando uma condenação que pudesse reparar “o

¹⁰¹⁶“Esses direitos e interesses não são mais de caráter simplesmente individual, mas pelo contrário, apresentam-se como de natureza coletiva, gerando, se desrespeitados ou violados, danos igualmente coletivos”. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 10.

¹⁰¹⁷“É apenas o caso de dizer que, como acontece a cada nova transformação, também aqui problemas novos se apresentam. Se, por exemplo, numa demanda do ‘autor ideológico’, o juiz condenar o réu a ressarcir o dano causado a centenas, milhares ou até milhões de membros de uma coletividade idealmente representada por aquele autor, surgirão os grandes problemas de identificação daquelas centenas, milhares ou milhões de pessoas; de distribuição de arrecadação entre eles; do uso, enfim, ou a quem destinar o resíduo não reclamado dos membros da coletividade”. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 153, 1977.

¹⁰¹⁸OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 23.

¹⁰¹⁹A referência quanto a “estar presente uma única pessoa em juízo” se deu em razão de que, no sistema da *class action* norte-americana, o indivíduo detém legitimidade para propor ações coletivas, embora essa legitimidade se submeta ao controle do juiz, por meio do instituto da representatividade adequada.

dano globalmente produzido (pelo réu à coletividade de consumidores de combustível)”.¹⁰²⁰

Interessante notar que mesmo uma doutrina que se mostrava sensível para a problemática da tutela dos interesses e direitos transindividuais, mostrava a marca da tradicional tutela individualista, pois a conclusão apresentado foi de que essa solução, adotada no caso concreto do posto de gasolina, não tinha alcançado a “mais perfeita justiça”, exatamente por não possibilitar a certeza de ter beneficiado os lesados pela prática ilegal.¹⁰²¹

Outro seria o enfoque se o problema tivesse sido visto do ponto de vista coletivo, não apenas do dano, mas também da reparação, pois um dano coletivo deve ser reparado também de forma coletiva, devendo beneficiar uma classe, categoria ou grupo de pessoas, e não pessoas individualmente consideradas, na forma do que a jurisprudência americana chamou de *fluid recovery*, reputada como inovação capaz de escandalizar a América.¹⁰²²

A solução para a lesão acarretada aos consumidores de combustível por meio de uma *class action* foi inspirada nas decisões dos tribunais de equidade ingleses do século XIX, que adotavam a doutrina do *cy pres comme possible*, termo de origem francesa e que tem o significado de “o mais perto de”, para os casos em que o cumprimento da vontade estabelecida em testamento não teria como ser cumprida após a morte do testador.¹⁰²³

Nos EUA, o termo foi abreviado para *cy pres*, com preservação do seu significado,¹⁰²⁴ bem como a respectiva doutrina foi aplicada para os casos em que as Cortes tiveram que reinterpretar os termos de doações para entidades de caridade, quando a literal vontade do doador se mostrava impossível de ser cumprida ou mesmo se tornara ilegal, em face de alterações no ordenamento jurídico.

¹⁰²⁰CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 152-153, 1977.

¹⁰²¹“Claro é que não foi atingida a mais perfeita justiça, desde que muitos dos prejudicados não foram ressarcidos, ao passo que outros, que não tinham sido lesados, foram beneficiados com a decisão judicial”. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 23.

¹⁰²²“A jurisprudência norte-americana falou a esse propósito de um *fluid recovery* “ressarcimento fluído”, de usar-se, eventualmente, ainda por fins diversos, o interesse coletivo tutelado em juízo: por exemplo, para fins gerais de tutela do ambiente. Trata-se, evidentemente, de construções jurídicas novas e audaciosas, tais de escandalizar (mesmo na América!) a mente dos pensadores. Pergunto-me, no entanto, se não seria muito mais escandaloso ainda negar-se acesso à justiça aos novos interesses coletivos.”. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 153, 1977.

¹⁰²³CY-PRÈS doctrine. *The Free Dictionary*. Disponível em <<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/cy+pres///>>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁰²⁴*Cy pres* nos EUA foi traduzido como “*as near as possible*” ou “*as near as may be*”, cuja tradução livre é “tão perto quanto possível” ou “tão perto quanto pode ser”.

O exemplo clássico é de um caso de doação feita no século XIX para criação de uma instituição que fomentasse “um sentimento público que um dia colocasse fim à escravidão” e que teria perdido seu objeto depois da abolição decretada pela 13ª. Emenda à Constituição Americana. A solução encontrada pela Corte foi no sentido de destinar o valor a instituições que atendiam pobres negros ou de descendência africana na cidade de Boston ou nos arredores, ou seja, manteve-se uma destinação que preservava um fim “tão perto quanto possível” da vontade do doador.¹⁰²⁵

Por outro lado, no começo do ano de 1970 a Suprema Corte da Geórgia manteve decisão que **não aplicou a doutrina do *cy pres*** a um caso de doação de uma área para criação de um parque apenas para pessoas brancas, pois nesse caso, não haveria meios de se dar uma destinação que atendesse àquela vontade discriminatória e racista, tendo a decisão determinado que o bem retornasse ao patrimônio do doador.¹⁰²⁶

E foi também na década de 70 do século passado que advogados da Califórnia começaram a invocar a doutrina do *cy pres* nas *class actions*, pois nessas ações como já referido no presente estudo, também são constituídos fundos, mas com a finalidade de pagamento às vítimas, os quais não raro apresentavam saldo remanescente, ao qual não era prevista nenhuma destinação.

As soluções inicialmente aventadas, tais como devolver o saldo não utilizado ao réu, dividi-lo entre as vítimas, mesmo que já tivessem recebido a sua quota-parte ou enviar o valor para o Estado, embora tivessem sido adotadas em alguns casos, se apresentavam como inadequadas como solução geral. Isso porque, não parecia certo que o réu acabasse por receber parte da sua própria condenação, não sendo igualmente justo o rateio entre as vítimas depois de já terem recebido a sua parte e, por fim, a remessa para o Estado não traria nenhum benefício para a classe lesada.

Por essas razões, os juízes começaram a enviar tais valores a instituições de caridade que apresentassem, de acordo com a doutrina da *cy pres*, algum nexos com o

¹⁰²⁵“In a classic nineteenth century example, a court repurposed a trust that had been created to abolish slavery in the United States to instead provide charity to poor African-Americans.” FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁰²⁶Como no caso: US SUPREME COURT CENTER. *Evans v. Abney* - 396 U.S. 435 (1970). *Justia.com*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/435/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

objeto da ação, ou seja, na forma do “mais perto do possível” entre a finalidade da reparação e o destino dos valores.¹⁰²⁷

Porém, foi a partir de uma decisão da Suprema Corte da Califórnia no ano de 1986, avalizando a utilização dos mecanismos conhecidos como *cy pres* ou *fluid recovery* nas *class actions*,¹⁰²⁸ que as demais Cortes americanas passaram a adotar tal solução para a destinação dos valores que remanesciam nos fundos criados para ressarcimento das vítimas por danos sofridos, com a mesma origem.

Há que se considerar que não é rara a possibilidade de existirem valores que remanescem no fundo após o pagamento das vítimas, **pois nos EUA o valor da condenação considera também o dano provocado e a dimensão da classe atingida**, mas nem sempre todos os prejudicados comparecem para receber o valor fixado individualmente, por acordo ou decisão judicial.

O fato de remanescer valor não utilizado no fundo coletivo ocorre por várias razões, tais como , ser o valor fixado muito superior àquele pago às vítimas; não ter sido possível (ou ser muito cara) a notificação de todos os interessados, ou ainda, mesmo quando efetivada a notificação, não haver interesse da vítima em receber um valor que, em razão do rateio com centenas ou milhares de pessoas, acaba por ser muito reduzido.¹⁰²⁹

Há, também, casos em que são fixadas outras formas de reparação que não a pecuniária, também em função de ser onerosa ou pouco provável a identificação das

¹⁰²⁷“*Beginning in California in the 1970s, class action lawsuits started using cy pres because after the plaintiffs’ attorneys distributed the proceeds of victory, there was often money left over if not all of the members of the class submitted claims. Where should the money go? Not to the tort easing defendants, surely. That would be unjust enrichment. Ought the class members who did submit claims get more, even though they were fully compensated? How about escheating to the U.S. Treasury? Since no one liked any of those alternatives, judges began applying the cy pres doctrine in deciding that those surplus funds should go to charitable organizations that had some kind of nexus—as near as possible—with the subject of the lawsuit, often to legal aid societies.*” LEGAL Esoterica: The Cy Pres Doctrine. Disponível em: <http://hennepin.membershipsoftware.org/article_content.asp?article=1647>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁰²⁸SUPREME COURT OF CALIFORNIA RESOURCES. State of California v. Levi Strauss & Co. (1986) 41 Cal.3d 460, 224 Cal.Rptr. 605; 715 P.2d 564. *Stanford Law Review*. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/state-california-v-levi-strauss-co-30734>>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁰²⁹TED Frank, Moody v Sears: Lawyers, \$1M. Class, \$2,402. *Overlawyered weblog*. May 5, 2007. Disponível em: <http://www.overlawyered.com/2007/05/moody_v_sears_lawyers_1m_class.html>. Acesso em: 11 out. 2013.

vítimas,¹⁰³⁰ sendo mencionado pela doutrina, o monitoramento médico do grupo,¹⁰³¹ o direito de receber um título ou um cupom de desconto, embora com relação a esse último, haja a crítica de que muitas vezes não representa nenhuma utilidade concreta para as vítimas.¹⁰³²

A adoção de uma reparação na forma de *fluid recovery* para as ações de classe nos EUA não é isenta de críticas, destacando-se a opinião do juiz Richard Posner para quem seria um equívoco adotar-se a *cy pres* no contexto das *class action*, pois na sua origem visava preservar a vontade do instituidor, que preferiria uma alteração na destinação do valor, do que ter a sua vontade não atendida.

Com relação a *class action*, continua o juiz Richard Posner, a principal finalidade para a adoção de uma reparação *cy pres* seria a de prevenir que o réu ficasse livre da condenação em razão da dificuldade em distribuir os valores às vítimas, pois não haveria um benefício, ainda que indireto, para a classe que sofreu o dano e, portanto, seria enganoso falar-se em reparação *cy pres* ou *fluid recovery*, pois nesse caso a reparação seria meramente punitiva.¹⁰³³

Essa análise quanto à finalidade da reparação coincide com a crítica aqui exposta em relação ao envio da indenização pelo dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, pois nesse caso não há qualquer reparação ou benefício, ainda que indireto, para a coletividade vítima do dano, representando apenas uma punição para o réu.

¹⁰³⁰“O *fluid recovery* nos Estados Unidos é usado onde os indivíduos lesados não são aptos a provar seu interesse pessoal ou não podem receber notificação do caso. No *fluid recovery*, o dinheiro da indenização pelos danos causados é distribuído tanto através do sistema de mercado, pela forma de redução de preços, quanto é usado para patrocinar um projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe. Tais providências são autorizadas pelas cortes norte-americanas naqueles casos em que seja extremamente custoso e pouco provável identificar-se os membros da classe”. NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 447.

¹⁰³¹“Entre as formas possíveis estão o monitoramento médico do grupo, a diminuição do preço do produto para compradores futuros”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 473.

¹⁰³²Acordos em *class actions* que estipulam que a reparação não se daria por meio de pagamento em dinheiro, mas por cupons de descontos e títulos, entre outras formas que já foram adotadas em mais de 100 *class actions* durante o período de 1993 a 1997: MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori. Nonpecuniary class action settlements. *New York University, Center for Law and Business, Working Paper*, n. 98-013, Feb. 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=169526>>.

¹⁰³³Precedente: *Mirfahisi v. Fleet Mortgage Corp.*, 356 F.3d 781, 784 (7th Cir.2004): “There is no indirect benefit to the class from the defendant’s giving the money to someone else. In such a case the “*cy pres*” remedy (badly misnamed, but the alternative term—“*fluid recovery*”—is no less misleading) is purely punitive.”. FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

Há ainda que se registrar também as objeções que são feitas com relação a destinações a título de *cy pres* para as universidades de Direito dos Estados Unidos,¹⁰³⁴ embora a mais contundente crítica seja dirigida à classe dos advogados, cujos interesses não apresentam uma similitude com os interesses da classe a ser defendida,¹⁰³⁵ pois no sistema da *class action* o fundo também responde pelas altas cifras dos honorários advocatícios, de maneira a não incentivar a atuação dos advogados em prol do recebimento pelas respectivas vítimas.¹⁰³⁶

Não obstante os problemas que decorrem do sistema adotado nas class actions americanas, **há que se destacar o aspecto positivo da doutrina do *cy pres* ou *fluid recovery*, no sentido de ser imprescindível estabelecer-se uma equivalência ou conexão entre a reparação e o dano**, quando impossível a reparação *in natura* do dano moral coletivo, tese aqui defendida, de forma a viabilizar uma reparação à coletividade que seja “a mais próxima possível” da lesão ou prejuízo sofrido.

Destaca-se, por fim, que uma destinação na forma *cy pres* ou *fluid recovery* da indenização por dano moral coletivo deve representar **um benefício à classe que sofreu o dano, ainda que de maneira indireta**, caso contrário, não serão alcançados os fins de compensação para a coletividade e pedagógico para a sociedade, mas apenas **o efeito punitivo para o ofensor**.

3.5.2. A adoção da *fluid recovery* ou *cy pres* pelo ordenamento brasileiro

A indenização na forma de *fluid recovery* foi incorporada ao ordenamento brasileiro pela Lei nº 7.913/1989 que dispôs sobre a responsabilidade em face dos danos acarretados aos investidores na bolsa de valores, mas sua consagração definitiva viria com a Lei nº 8.078/90 – CDC que adotou disciplina específica para tutela dos interesses e

¹⁰³⁴Cy pres donations to law schools certainly provide further incentive for those institutions to support continued expansion of class action law; cy pres awards also regularly go to “public interest” law firms that provide litigation support for the trial bar. FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁰³⁵“Plaintiffs’ lawyers have recently shown renewed interest in the cy pres mechanism in class action settlements. The interest of the class attorney in a class action settlement does not entirely coincide with the interests of the class members.” FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁰³⁶FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

direitos individuais homogêneos com base no modelo da *class action for damages* do direito norte-americano.¹⁰³⁷

Há uma diferença importante entre os dois diplomas legais acima referidos, que não pode deixar de ser apontada no presente estudo.

A Lei nº 7.913/89 (artigo 2º, §§ 1º e 2º) dispôs que a condenação seria revertida aos investidores lesados, que deveriam habilitar-se para efetuar o recebimento e, apenas no caso de não ocorrer essa habilitação, o resíduo não reclamado reverteria para os cofres da União.

Por sua vez, a Lei nº 8.078/90 - CDC (artigo 100, parágrafo único) **adotou o critério do ressarcimento global pelo dano causado**, a ser apurado por meio de liquidação e execução pelos legitimados para a ação coletiva, posteriormente à constatação de não habilitação de interessados de forma compatível com a gravidade do dano.

Tomando-se por base as duas referidas Leis que incorporaram uma forma de *fluid recovery* no ordenamento brasileiro, constata-se que essa forma de indenização é residual, pois depende de não ocorrer a habilitação dos interessados no ressarcimento do dano individual reconhecido pela sentença coletiva, ou seja, o réu deve ressarcir o dano acarretado à coletividade de forma integral, ainda que parte dos prejudicados não se habilite para receber o respectivo pagamento, tal como ocorre nas *class actions* do direito norte-americano.¹⁰³⁸

Importante destacar que na **Lei nº 7.913/89 não há qualquer disposição sobre a necessidade de liquidação da sentença coletiva**, de forma que a condenação abrangeria o total dos danos acarretados aos investidores¹⁰³⁹ e, nesse aspecto, essa Lei se aproximaria mais da solução do tipo *cy pres* ou *fluid recovery*, pois essa decorre das “sobras” existentes no fundo, após a satisfação dos créditos individuais.

¹⁰³⁷GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 862-863.

¹⁰³⁸Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior apontam, com relação **ao princípio da reparação integral do dano** que: “Outra faceta desse princípio está na chamada *fluid recovery*, recuperação fluída, segundo a disposição do art. 100 do CDC, sendo que mesmo não havendo liquidação e execução da totalidade dos titulares dos direitos individuais homogêneos, a reparação deverá ser integral, com os valores auferidos revertidos para o FDD.” In DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4, p. 130.

¹⁰³⁹Ada Pellegrini Grinover, com a autoridade que lhe é reconhecida na matéria, se refere à **Lei nº 7.913/89** como “a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro, muito embora a lei não especificasse que a habilitação se faria por intermédio de processos de liquidação, sugerindo a idéia de uma condenação que já levaria em consideração os danos sofridos pelos investidores.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 863.

Já com relação à **Lei nº 8.078/90 – CDC** (artigos 95, 96 e 97, parágrafo único) a **condenação é genérica**, sujeita à liquidação pelos danos individuais de cada um dos interessados, cuja reparação pelo **dano global** somente ocorrerá após a execução dos valores individuais.

Dessa maneira, embora o sistema adotado pela Lei nº 8.078/90 - CDC seja frequentemente identificado com a *fluid recovery* **é o que menos se assemelha àquela solução adotada nas class actions do direito norte-americano**, pois não há arbitramento dos danos individuais na própria ação coletiva, tampouco uma condenação que abranja o valor total do dano acarretado à coletividade e que viabiliza o pagamento imediato às vítimas após habilitação, como ocorre com as *class actions* americanas.¹⁰⁴⁰

Há ainda que se apontar que tanto a **Lei nº 7.913/89** como a **Lei nº 8.078/90-CDC não acolheram uma solução do tipo *cy pres* ou *fluid recovery*** no sentido de uma destinação do valor residual (que não foi utilizado no processo para ressarcimento dos danos individuais)¹⁰⁴¹ de uma forma **conexa com os interesses da comunidade lesada**,¹⁰⁴² por meio de acordo entre as partes ou por decisão judicial, de maneira que a solução fosse dada no âmbito do próprio processo judicial, e não fora dele.

Quanto ao **destinatário da indenização coletiva** a similitude entre as duas Leis fica por conta da opção do legislador brasileiro em destinar os valores para a União ou para um Fundo estatal, de forma a afastar o juiz de uma decisão que pudesse dar outra destinação aos recursos, valendo-se do seu **poder discricionário e da criatividade** que

¹⁰⁴⁰Como reconhece Ada Pellegrini Grinover: “A colocação desse tipo de ações coletivas no Código do Consumidor é diversa da que ocorre com as *class action* norte-americanas, em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 893.

¹⁰⁴¹“Na experiência norte-americana, ao se intentar uma *class action* – que é uma ação em que um ou alguns indivíduos (*class representatives*) podem agir em nome de um grupo de pessoas -, busca-se a satisfação de cada um dos lesados. Desse modo, a rigor, a *class action* nada mais é que uma forma de reunir interesses individuais em um único feito processual, permitindo, assim, a melhor defesa dos interesses daqueles indivíduos e dos possíveis afetados pelo evento danoso.” DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano moral coletivo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008. p. 85-86.

¹⁰⁴²“A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida) a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 893.

caracterizariam essa decisão, tal como ocorre com as *class actions* do direito norte-americano.¹⁰⁴³

O que se conclui é que o sistema brasileiro além de deixar a decisão sobre a final destinação dos recursos oriundos de condenações por danos morais coletivos “fora do processo coletivo”, não criou mecanismos de controle e fiscalização eficientes sobre as deliberações do Conselho que administra o Fundo de Direitos Difusos – FDD, no que respeita ao requisito da conexão entre o recurso e o dano.

No que se refere ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, não é demais repetir que não há qualquer possibilidade de se estabelecer tal conexão, não tendo a condenação qualquer impacto para a coletividade lesada, pois sequer se sabe, com segurança, qual o destino dos recursos que são remetidos para aquele Fundo em razão de condenações a título de dano moral coletivo.

Não se deve perder de vista que, como visto acima, **nas propostas de codificação do processo coletivo**, o instituto da *fluid recovery* foi mantido, mas com novo regramento¹⁰⁴⁴, ainda mais aperfeiçoado pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, especialmente ao dispor que a indenização pecuniária não seria mais remetida de forma automática para um fundo, sendo a regra o depósito em juízo, para recuperação dos bens ou em favor da comunidade, sendo destinadas ao fundo as multas administrativas e, de forma realmente residual, o produto da condenação pecuniária.

Quanto à **doutrina trabalhista**, não há muitos estudos sobre a indenização na forma de *fluid recovery*, que apontem a origem do instituto, analisem a opção da legislação brasileira em adotar um Fundo estatal para receber valores oriundos das ações coletivas¹⁰⁴⁵ ou, ainda, reconheçam a possibilidade de reversão da indenização pecuniária objeto de

¹⁰⁴³“Primeiro, o *fluid recovery* é um instrumento exclusivamente jurisdicional, não necessariamente uma conta bancária ou orçamentária, criado pelo próprio juízo no contexto de uma determinada ação, enquanto o fundo brasileiro é um mecanismo administrativo, criado por lei para o recebimento e gestão dos valores arrecadados com condenações judiciais”. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313.

¹⁰⁴⁴Ada Pellegrini Grinover afirmou que com relação ao **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** foi “mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida”. In ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 451.

¹⁰⁴⁵“A *fluid recovery* (reparação fluida) surgiu no direito norte-americano e possuía finalidade diversa da ressarcitória, visava sim, assegurar os interesses da coletividade”. CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1474, dez. 2008.

condenação nas ações coletivas à própria comunidade lesada, na forma de uma solução do tipo *cy pres* ou *fluid recovery*.¹⁰⁴⁶

Observa-se, por outro lado, que nas raras manifestações da doutrina trabalhista sobre a reparação na forma de *fluid recovery*, houve correta indicação da finalidade do instituto, no sentido de representar um ressarcimento fluído ou global destinado a reparar o dano coletivo decorrente das relações de trabalho, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados,¹⁰⁴⁷ bem como que essa reparação deve ter algum liame ou relação com o dano ou prejuízo acarretado à coletividade, em consonância, portanto, com as lições do direito norte-americano.¹⁰⁴⁸

Há, por outro lado, entendimento que admite a condenação pecuniária pelo dano coletivo apenas se inviável a reparação *in natura*, reconhecendo que nesses casos a reparação é indireta, mas deve manter a conexão com a lesão, na forma de uma “reparação fluída” ou *fluid recovery*.¹⁰⁴⁹

Por tudo o que foi visto, pode-se se afirmar que o instituto da *cy pres* ou como é mais conhecido no Brasil, *fluid recovery*, não é estranho ao nosso ordenamento ou à

¹⁰⁴⁶“Melhor refletindo sobre a matéria, evoluímos nosso pensamento para, com base na moderna concepção de acesso à justiça, admitir que é perfeitamente cabível o pedido exclusivamente de condenação em dinheiro, especificamente nas ações civis públicas que tenham por objeto a responsabilização do réu por danos morais difusos ou coletivos *stricto sensu*, cujo produto arrecado na execução será revertido a *fluid recovery*”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*: doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 280-281.

¹⁰⁴⁷“No aspecto da reparação, o tema em questão atrai a aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global, quando o juiz condena o réu de forma que também o dano coletivo seja reparado, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados e mesmo tendo sido a ação intentada por um único indivíduo que alegue o próprio prejuízo.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1319, nov. 2007.

¹⁰⁴⁸“A socialização dos atingidos e beneficiados pelas indenizações assemelha-se ao *fluid recovery* do direito estadunidense, em que o resultado da indenização não necessariamente dirige-se para a reparação do dano, mas para objetivos relacionados ou conexos. A mesma lógica de danos de consumo, ou ambientais diluídos dentro da comunidade pode ser transportada para o universo das relações de trabalho.” SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 586, maio 2011.

¹⁰⁴⁹“Não obstante, no caso de condutas ilícitas que ensejam lesão a interesses de uma coletividade indeterminada de pessoas, restando impossível a reparação integral e direta do bem jurídico lesado, a solução da questão resulta, em regra, na condenação de natureza pecuniária. Nesta hipótese, o valor pecuniário decorrente do provimento jurisdicional deve ser direcionado para a preservação de outros bens que não aqueles diretamente lesados, mas que guardam íntima relação de conexão com os interesses da coletividade lesada. É o que a doutrina costuma denominar reparação fluída (*fluid recovery*).” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 77, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

doutrina do processo coletivo, mas que adaptações foram feitas,¹⁰⁵⁰ especialmente quanto a forma de beneficiar a coletividade.

Isso porque, no Brasil, foi **afastada a possibilidade de decisão quanto ao resíduo da reparação no próprio processo judicial**, de maneira a envolver as partes, o juiz e também os potenciais beneficiados pela indenização, inviabilizando uma conexão entre o dano e a reparação que pudesse ser percebida pela coletividade lesada.

Por outro lado, há que se reconhecer que a adoção do *fluid recovery* no sistema brasileiro possibilitou uma ampliação no conceito de responsabilidade civil, não mais restrita ao prejuízo sofrido, mas estendida ao dano acarretado à coletividade,¹⁰⁵¹ deixando um caminho aberto para que essa solução possa também servir de fundamento para a destinação do valor da indenização por dano moral coletivo para a própria comunidade lesada.

Assim, o que se defende, com fundamento no estudo do direito comparado, é que **o valor da indenização por danos morais coletivos beneficie a própria coletividade lesada**, por via de uma destinação capaz de estabelecer uma equivalência ou conexão com o dano, não significando que deva beneficiar, necessariamente, os próprios indivíduos prejudicados.

Poderá se argumentar que também essa é a finalidade dos fundos no ordenamento brasileiro – reparação indireta da coletividade e conexa com a lesão, que se mostra correta apenas com relação aos fins abstratamente previstos pelo legislador brasileiro.

Com efeito, conforme já demonstrado no presente estudo, ainda que a remessa seja feita para um fundo criado para a reparação dos danos de natureza transindividual¹⁰⁵² essa reparação não é capaz de dar uma resposta àquele sentimento coletivo ultrajado pelo dano,

“Quando o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se sem dúvidas nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva.”GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 200.

¹⁰⁵¹“A *fluid recovery* é instituto típico das ações coletivas que permite, em determinadas circunstâncias, que se passe do ressarcimento pelos danos sofridos (regulado pelo Código Civil) à reparação dos *danos provocados*, na hipótese de o prejuízo individual ser muito pequeno ou as vítimas dificilmente identificáveis”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

¹⁰⁵²A referência feita é quanto ao Fundo de Direitos Difusos - FDD previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP e regulado pelo Decreto nº 1.306/94, além da Lei nº 9.008/95, que dispôs sobre a forma de administração por meio de um Conselho Federal Gestor do FDD.

tampouco se mostra apta a prevenir novas lesões, ou seja, não atinge as finalidades compensatória e pedagógica da indenização.

No caso da remessa do valor das indenizações por dano moral coletivo ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, não há qualquer reparação à classe dos trabalhadores, pois esse fundo não tem entre seus objetivos institucionais a reparação de danos acarretados à coletividade dos trabalhadores, ou seja, não há possibilidade sequer de um benefício indireto por meio de algum projeto ou programa que tenha conexão com o respectivo dano.

Mas ainda que seja adotada a solução com base no direito comparado, destinando-se à coletividade dos trabalhadores a reparação na forma de *cy pres* ou *fluid recovery*, a pergunta que se faz e que exige uma resposta é: quais seriam os critérios ou os parâmetros a ser observados pelo juiz para que possa ser feita a destinação da indenização do dano moral coletivo?

3.5.3. Parâmetros para uma destinação que alcance os efeitos compensatório e pedagógico

Importante que se tenha em mente que uma reparação do dano moral coletivo na forma de *fluid recovery* somente poderá se tornar realidade no Brasil se forem previamente aceitas as limitações dessa solução, **pois tal destinação nunca alcançará uma equivalência absoluta entre dano e reparação**, mas deverá apresentar uma equivalência ou uma conexão que signifique “o mais perto possível” entre reparação pecuniária e o dano, de acordo com a própria concepção da *cy pres* do direito comparado norte-americano.

Assim, é preciso que se encontre uma destinação que estabeleça essa conexão com a lesão acarretada à coletividade de forma que a reparação represente uma satisfação “possível” àquele sentimento coletivo, ultrajado pela lesão, identificado nos casos de dano moral coletivo, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

A **doutrina trabalhista**, em tempos recentes, tem se manifestado no sentido de que pode ser dada outra destinação à indenização por dano moral coletivo, que não o envio ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, sendo uma das propostas, o depósito em conta corrente, com base no disposto no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 7.347/85, mas

sem grande entusiasmo,¹⁰⁵³ especialmente porque tal alternativa prevista pela lei representava uma regra de transição, superada pela criação do Fundo de Direitos Difusos – FDD.¹⁰⁵⁴

Mais interessantes são as propostas de destinação do valor da reparação por dano moral coletivo “para atender objetivos sociais relevantes” como “a participação em entidades sem fins lucrativos”¹⁰⁵⁵ ou a ajuda financeira a um hospital, para que esse possa cuidar dos trabalhadores que ficaram doentes em razão do meio ambiente de trabalho,¹⁰⁵⁶ ou ainda custear benefícios diretos aos trabalhadores, como cursos de aperfeiçoamento profissional.¹⁰⁵⁷ Com efeito, a “possibilidade de convolação ou redirecionamento da parcela” correspondente à indenização do dano moral coletivo é apresentada com destaque por doutrina autorizada, pois “confere significativa relevância ao sistema de justiça, na esfera da responsabilidade civil, diante da maior eficácia social conferida à tutela jurisdicional a bens e interesses coletivos, mediante o direcionamento da condenação a um objetivo útil e de retorno direto, no tempo e no espaço coletivo mais adequado e efetivo”.¹⁰⁵⁸

Retira-se dessa lição, possíveis alternativas para esse redirecionamento: a) veiculação de campanha educativa relacionada aos direitos violados; b) execução de atividades, obras ou projetos de cunho social ou comunitário; c) aquisição de bens e

¹⁰⁵³“Bem verdade que o parágrafo único do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública dá uma alternativa até a criação do fundo previsto: a existência de uma conta corrente remunerada, na qual seriam depositados os valores oriundos das ações coletivas. Deve ser lembrado que já há anteprojeto na Procuradoria-Geral do Trabalho para a criação de Fundo decorrente da tutela coletiva realizada pelo Ministério Público do Trabalho, aprovado pelo Colégio de Procuradores do parquet laboral. Desta forma, à primeira vista, até a espera da criação do fundo previsto na lei, somente haveria a alternativa de se realizar o depósito da indenização em conta corrente. Entretanto, essa pode não ser a interpretação mais justa.” CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 33, p. 43, mar. 2007.

¹⁰⁵⁴“Ocorre que tal alternativa também não se mostra consentânea com a mens legis, sobretudo se observarmos que a destinação a uma conta bancária deveria revelar medida verdadeiramente temporária, criada apenas para viabilizar a criação do fundo mencionado pelo legislador.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 86, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹⁰⁵⁵MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 203.

¹⁰⁵⁶MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. São Paulo: LTr, 2004. p. 343.

¹⁰⁵⁷SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 198.

¹⁰⁵⁸MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 217.

serviços em favor de entidades vinculadas a atividades sociais e de interesse público; d) construção de equipamentos coletivos; realização de cursos de capacitação ou de natureza instrutiva; prestação de serviços para a comunidade.¹⁰⁵⁹

Algumas destinações já feitas nos casos de indenizações por dano moral coletivo decorrente de trabalho escravo bem ilustram as diversas possibilidades de se encontrar uma reparação que seja feita na forma da *cy pres*, no sentido de “a mais perto do possível”, destacando-se a conversão de indenização para construção de posto de saúde e quadras de esporte em propriedade rural; aquisição de ônibus para transporte de trabalhadores e de ambulância para o posto de saúde; construção de moradias para trabalhadores e aquisição de equipamentos para o hospital da cidade.¹⁰⁶⁰

O Ministério do Trabalho e Emprego também tem sido beneficiado por acordos que objetivam aparelhar os órgãos de fiscalização, especialmente para o combate do trabalho escravo, por meio da entrega de equipamentos, computadores, veículos e rádios de comunicação.¹⁰⁶¹

Constata-se que no âmbito **do Ministério Público do Trabalho** há uma forte corrente que se formou no sentido de determinar a conversão de multas oriundas do descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC em obrigações de fazer ou, ainda, remeter os respectivos valores a “entidades filantrópicas, sem finalidade lucrativa”.¹⁰⁶²

A importância da destinação de valores devidos em razão de descumprimento desses ajustes perante o Ministério Público do Trabalho é confirmada por ter a questão sido objeto de processo administrativo perante o Conselho Superior do Ministério Público do

¹⁰⁵⁹MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 219.

¹⁰⁶⁰O acordo foi feito no processo nº 00207-2002-056-23-00 e objetivou a aplicação do valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) arbitrado a título de dano moral coletivo em benefício direto dos trabalhadores lesados. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 201.

¹⁰⁶¹Destinação que também resultou de acordo judicial realizada no processo nº 1309-2004-007-08-00, com remessa para o FAT, apenas do saldo remanescente, após cumpridas todas as obrigações pelo réu. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 200.

¹⁰⁶²SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, p. 88, 2012.

Trabalho para fins de normatização, o que revela que a prática encontrava-se disseminada, mas que suscitava dúvidas no âmbito da própria instituição.¹⁰⁶³

Embora a decisão daquele Conselho estabelecesse que não era possível a pretendida normatização, foram traçadas algumas diretrizes quanto à reversão de multas e indenizações fixadas nos Termos de Ajustamento de Conduta - TAC, como a **formação de um cadastro dos beneficiários**, que poderiam ser escolhidos após **audiência pública**, para entidades que prestam serviços com fins sociais ou assistenciais, com observância do devido critério de alternância.

Observa-se, na mesma recomendação, que **os valores não deveriam beneficiar o próprio Ministério do Trabalho ou os órgãos de fiscalização** – em razão de possível ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade públicas e também para evitar a alegação de que multas poderiam ser aplicadas com o objetivo de futuro beneficiamento, razão pela qual, a reversão em benefício de terceiros se mostrava mais adequada a atender o interesse social e público.¹⁰⁶⁴

Outras decisões se seguiram, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, consagrando o entendimento de que era possível a conversão de multas fixadas nos Termos

¹⁰⁶³“Após longas discussões no âmbito do “Parquet” Trabalhista, a questão relativa à destinação dos recursos provenientes do descumprimento de TAC e outras multas é objeto do processo administrativo número 003033/2008 que tramita, atualmente perante o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho e cujo objeto diz respeito à proposta de normatização da matéria no âmbito da Instituição”. FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 146.

¹⁰⁶⁴**Processo PGT/CCR/nº 8002/2008 – Assunto: Proposta de normatização sobre a destinação dos recursos provenientes do descumprimento de TAC e outros procedimentos – Interessados: CSMPT e CCR - Relatora: Maria Aparecida Gugel.** A Câmara de Coordenação e Revisão deliberou, por unanimidade, seguindo decisão superveniente do CNMP, não ser possível normatizar a questão, no entanto, traça parâmetros mínimos de sugestão/orientação sobre como proceder quando necessária a intervenção ministerial com previsão de reversão de multas e indenizações, quais sejam: a) formar cadastro de possíveis beneficiários a receber verbas decorrentes da reversão de multas em TACs celebrados perante o MPT, sendo que os beneficiários poderão ser escolhidos/eleitos após a realização de audiência pública com credenciamento de órgãos e entidades públicas ou privadas que prestem atendimento de cunho social e/ou assistencial, cuidando de observar critérios de alternância e de prioridade para formação do cadastro de instituições beneficiadas; b) deve-se evitar a reversão em prol do MPT e demais órgãos de fiscalização (DRT, Polícias) tendo em vista incompatibilidade com os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade (art. 37, CR) que norteiam a administração pública e, tendo em vista possibilidade de confusão entre interesse público e interesse próprio do administrador público. A exclusão dos órgãos de fiscalização é necessária para evitar a alegação de que se beneficiaram da penalidade os que a aplicaram, negociaram-na ou a impuseram. A estipulação em nome de terceiro, alcança melhor o interesse social e público, distingue a atividade fiscalizadora e punitiva da administração pública fiscalizadora e reforça o decoro das mesmas instituições, nos termos do voto da Relatora.

de Ajustamento de Conduta - TAC em obrigação alternativa¹⁰⁶⁵, como a qualificação profissional de pessoas com deficiência, a ser promovida pela empresa infratora.¹⁰⁶⁶

A mitigação de multas ou a substituição dessa penalidade por obrigação alternativa tem sido igualmente autorizada com a recomendação de que essa deve **guardar consonância com o interesse que procurou se preservar no respectivo TAC – Termo de Ajustamento de Conduta** e que, no caso de descumprimento, deverá a multa ser restabelecida.¹⁰⁶⁷

Há ainda uma decisão no sentido de **autorizar a substituição da própria indenização *in pecúnia* do dano moral coletivo por outras formas de reparação**, a critério do representante do Ministério Público do Trabalho, para que se alcance uma reparação mais efetiva da lesão, desde que observados os princípios da administração pública, com destaque para o princípio da função social.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁵**Processo PGT/CCR/nº 7916/2008 – Assunto: Consulta sobre Possibilidade de substituir multa apurada em benefício à comunidade em execução extrajudicial por descumprimento de TAC - Interessados: CONAP e PRT-2ª Região - Relatora: Maria Aparecida Gugel.** A Câmara de Coordenação e Revisão deliberou, por unanimidade, embora a questão esteja em curso junto ao CSMPT, ser possível, em face da urgência, na forma da jurisprudência da CCR, a possibilidade de forma alternativa de cumprimento de multa decorrente de TAC, ressaltando o fato de que em caso de descumprimento deve ser restabelecida a multa acordada, nos termos do voto da Relatora.

¹⁰⁶⁶**Processo PGT/CCR/nº 3408/2009 – Assuntos: Possibilidade de substituição de multa destinada ao FAT por obrigação de fazer – Interessados: PRT-4ª Região (Ofício de Santa Maria) e MPT - Relatora: Maria de Fátima Rosa Lourenço.** A Câmara de Coordenação e Revisão deliberou, por unanimidade, que no caso é possível transformar o valor da multa estipulada em TAC em obrigação alternativa de qualificação profissional de pessoas com deficiência pela empresa, devendo ser cuidadosamente acompanhada/verificada pelo Órgão oficiante, nos termos do voto da Relatora.

¹⁰⁶⁷**Processo PGT/CCR/nº 4174/2009 – Assunto: Consulta sobre destinação de multa em TAC – Interessados: PRT-4ª Região (Ofício de Santa Maria) - Relatora: Maria de Fátima Rosa Lourenço.** A Câmara de Coordenação e Revisão deliberou, por unanimidade, que é possível a mitigação do valor da multa cominada em termo de compromisso (Orientação nº 08/CCR), assim como, em caso de descumprimento do pactuado haver substituição da sanção cominada por obrigação alternativa que guarde consonância com o interesse público perseguido no ajuste. Deve o membro responsável em cada caso concreto garantir que o descumprimento da obrigação alternativa dê ensejo ao restabelecimento da multa anteriormente acordada, fazendo-se necessário, para tanto, um cuidadoso acompanhamento do cumprimento da obrigação alternativa, nos termos do voto da Relatora.

¹⁰⁶⁸**Processo PGT/CCR/nº 6940/2010 – Assunto: Destinação de indenização de dano moral coletivo – Interessados: PRT 4ª. Região e MPT – Relator: Rogério Rodriguez Fernandez Filho.** A Câmara de Coordenação e Revisão deliberou, por unanimidade, ser possível a substituição da indenização em pecúnia para um modo mais efetivo de recomposição da ordem jurídica, se o membro vislumbrar melhor utilização da verba por meio de instrumento ou atividade mais apropriada para reconstituição do bem da vida. Sua solução, no entanto, deverá primar pelos princípios da função social e outros que informam a administração pública, nos termos do voto do Relator”. FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 147.

Algumas questões chamaram atenção quando da análise das orientações emanadas pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho quanto à destinação dos valores oriundos de penalidades aplicadas nos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC.

A primeira é que **todas foram motivadas pela inequívoca intenção de não enviar os valores de multas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, mas de beneficiar a própria coletividade lesada, ainda que de forma indireta**, tal como a tese ora defendida.

A segunda que foi explicitada é a necessidade da conversão da multa em obrigação alternativa guardar “**consonância com o interesse público perseguido no ajuste**” (processo PGT/CCR/nº 4174/2009), ou ainda por meio de “**uma atividade mais apropriada para reconstituição do bem da vida**” (processo PGT/CCR/nº 6940/2010).

Dessa forma, no âmbito do Ministério Público do Trabalho e pela via de negociação em face das penalidades e indenizações fixadas em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC se observa que foi adotada a mesma solução das *class actions* do direito norte-americano, do tipo *cy pres* ou *fluid recovery*, pois se procurou adotar aquela necessária conexão entre a reparação e o dano que foi acarretado à coletividade.

Interessante, ainda, que a escolha também recaiu sobre “**entidades públicas ou privadas que prestassem atendimento de cunho social e/ou assistencial**” (processo PGT/CCR/nº 8002/2008), tal como ocorre em muitos casos de *cy pres* ou *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano, de maneira a aproximar as soluções que foram adotadas nos dois sistemas em matéria de destinatários da respectiva reparação.

Por fim, há que se analisar a recomendação para que **a conversão não beneficie o próprio Ministério Público ou os órgãos de fiscalização**, pois esses receberiam benefícios em razão da atuação em apoio às iniciativas do *parquet* de repressão, em casos de inegável relevância social, como combate às fraudes trabalhistas e ao trabalho escravo.

Primeiramente, convém destacar que a destinação de tais valores em favor do próprio Ministério Público do Trabalho talvez não seja a melhor solução, até para que não haja questionamentos — infundados na verdade — acerca da boa-fé dos membros do *parquet laboral* em abrir inquéritos civis públicos ou ajuizar demandas coletivas em face de pessoas e empresas que não cumprem a legislação do trabalho.

Por outro lado, se é salutar que não se confunda o interesse público em atuar nesses casos de forma a punir as infrações cometidas, com eventual interesse em benefícios pelas

multas aplicadas, também é de conhecimento público que a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego carece de veículos adequados, equipamentos de informática, aparelhos de comunicação e mesmo aparato de proteção, representando fator que reduz as chances de cumprimento da lei em todos os rincões desse país.

Dessa forma, ainda que não se faça uma destinação direta, entre a multa que foi aplicada e o órgão que fez a autuação ou apoiou determinada operação, afastando-se a possibilidade de conflito indevido de interesses, não há razão para deixar de se destinar valores e bens aos órgãos de fiscalização, pois melhor aparelhados poderão atuar não apenas de forma repressiva, mas preventivamente em prol do cumprimento da legislação do trabalho.

A não remessa de valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e sua conversão em outras formas de obrigação pelo Ministério Público do Trabalho por meio dos acordos que são firmados nos Termos de Ajustamento de Conduta - TAC, tem o apoio da doutrina, que ensina que a reversão da remessa ao referido fundo pode ser feita em favor de um objetivo social, como o envio a entidades sem fins lucrativos, como forma de beneficiar a comunidade.¹⁰⁶⁹

Admite-se abertamente que os valores não sejam mais destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, ou pelo menos não em sua totalidade, “mas para outros órgãos públicos e entidades privadas, com a finalidade de reconstituir os bens lesados e assim, beneficiar diretamente as vítimas dos danos”, cujos exemplos são, entre outros, o do custeio de campanhas educativas ou de esclarecimentos sobre os direitos dos trabalhadores.¹⁰⁷⁰

Colhe-se também doutrina que defende inexistir exclusividade na remessa de valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, devendo ser priorizada a recomposição da lesão “na medida do possível” à coletividade.¹⁰⁷¹

Essa mesma doutrina noticia sobre conversões de penalidades em benefício da coletividade, como utilização do valor da multa em publicação educativa em jornal de grande circulação a respeito de discriminação no momento da contratação, direito

¹⁰⁶⁹MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 205-206.

¹⁰⁷⁰MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. São Paulo: LTr, 2004. p. 347.

¹⁰⁷¹COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 78-79.

defendido na ação coletiva,¹⁰⁷² mas também refere a acordos que não têm uma relação direta com o bem tutelado, mas que apresentam uma conexão com a defesa de direitos, que constitui objetivo do Ministério Público do Trabalho.¹⁰⁷³

Por outro lado, há que se fazer um alerta quanto à remessa de valores a instituições de caridade ou de associações com finalidade assistencial e social – pois essa forma de destinação poderá não propiciar o almejado **fim compensatório** se não beneficiar ainda que indiretamente a classe trabalhadora, tampouco acarretará **efeito pedagógico do ponto de vista da coletividade**, se não for acompanhada da informação a respeito das razões pelas quais essa destinação está sendo feita.

Desta feita, se revertida uma penalidade por não cumprimento de um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC por discriminação em promoções da carreira de uma determinada empresa, o valor for destinado a uma entidade que assiste pessoas idosas, não obstante seja reconhecida a relevante finalidade social dessa medida,¹⁰⁷⁴ não haverá para os trabalhadores daquela empresa a percepção de que essa lesão foi minimamente reparada.

Na mesma linha, se feita a remessa do numerário àquela instituição, sem que seja feito um esclarecimento à comunidade das razões que a originou, não haverá para fins de proteção daquele direito lesado dos trabalhadores, consistente na não discriminação no

¹⁰⁷²“**1º Caso – PRT 22ª. Região – Piauí.** Após investigação a um jornal, constatou-se que a empresa jornalística estava publicando anúncios discriminatórios de emprego e estágio. Ajuizou-se, então, ação civil pública, requerendo-se, além da tutela inibitória para a cessação da prática ilícita, indenização no valor de R\$100.000,00. No bojo da ação foi realizada transação imprópria (*sic*), transformando-se a multa pecuniária em publicação, na primeira página do caderno publicitário, de campanha educativa sobre discriminação na contratação de trabalhadores, justamente o bem defendido na ação coletiva”. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 79.

¹⁰⁷³“**2º Caso – PRT 9ª. Região – Paraná.** Na Procuradoria Regional do Paraná foi firmado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com empresa de laticínios Batavo, para a garantia de vários direitos trabalhistas, como descansos e jornada. Descumprido o compromisso, foi proposta ação de execução, cobrando multa calculada em um milhão de reais. Na execução, foi realizada a transformação da quantia devida em publicidade por dois anos nas embalagens dos produtos da executada, além de pagamento ao Fundo da Infância e Adolescência de Carambeí – PR, de uma certa quantia, para o desenvolvimento de programas destinados à erradicação do trabalho da criança e do adolescente. A campanha publicitária procurou defender bens que, apesar de não estarem diretamente ligados com a lesão, estão entre as metas institucionais do Ministério Público do Trabalho. Assim, cumpre o papel de reconstituir, em termos genéricos, os bens cuja tutela foi entregue ao *parquet* laboral”. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 79-80.

¹⁰⁷⁴“Uma iniciativa do juiz do trabalho do Núcleo de Gestão de Processos e de Execução do Vale do Paraíba têm mudado a vida de idosos atendidos por entidades assistenciais. O magistrado decidiu destinar as indenizações das sentenças de ações trabalhistas por danos morais coletivos, que geralmente são enviadas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para casas beneficentes. Desde setembro foram beneficiadas cinco entidades em São José e Taubaté.” FERNANDES, Suellen. Juiz destina indenização trabalhista a entidades carentes do Vale do Paraíba. *GI – o Portal de Notícias da Globo*. Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/12/juiz-destina-indenizacao-de-aco-es-entidades-carentes-do-vale-do-paraiba.html>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

emprego, qualquer efeito pedagógico, pois essa comunidade não terá ciência da lesão, tampouco das consequências para o infrator.

Ou seja, deve se priorizar uma destinação dos valores em benefício da própria coletividade, mas não se pode perder de vista **a finalidade compensatória** dessa reparação, que é a de dar aquela satisfação ao sentimento coletivo afetado pelo dano, tampouco deve ser esquecido o **efeito pedagógico**;¹⁰⁷⁵ ao contrário, deve esse ser objeto de atenção especial, pois somente uma sociedade conscientizada dos seus direitos e recíprocos deveres poderá mudar seu comportamento.

E para tal fim há que se aplicar **dois princípios do processo coletivo: o princípio da participação** a fim de serem ouvidos aqueles que foram afetados pelo dano, de maneira que possam opinar sobre a destinação proposta, e **o princípio da publicidade e da divulgação ampla dos atos processuais que interessam à coletividade**, com o objetivo de informar a coletividade sobre as razões pelas quais houve uma condenação por dano moral coletivo.

Até os dias correntes, a sentença coletiva que reconhece ter havido uma lesão a bens não patrimoniais da coletividade e estabelece uma indenização para reparar o dano **tem sua publicidade restrita às partes do processo e não à coletividade lesada**, de forma que essa coletividade não é cientificada da existência da reparação a que foi condenado o ofensor.

E por que se defende que a coletividade lesada tenha ciência do deferimento de indenização por dano moral coletivo? Pela simples razão que sem essa ciência não haverá percepção de que houve uma reparação a um dano que acarretou prejuízos de ordem moral a uma classe, categoria ou mesmo a toda a sociedade.

Também sem a publicação da decisão não haverá o efeito pedagógico para a coletividade, pois é por meio da informação disseminada à sociedade, da existência de condenações relativas a danos morais coletivos que se poderá, no futuro, prevenir novas lesões aos mesmos interesses e direitos de natureza transindividual.

¹⁰⁷⁵“Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor” BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 59, out./dez. 1994.

Como já referido quando da análise do princípio da publicidade, não se trata de determinar a publicação da sentença por edital em diário oficial, mas sim de fazer um resumo, uma síntese da decisão, dos quais constem **qual o dano e a forma da reparação**, primando pela simplicidade dos seus termos e determinando a divulgação por meios de comunicação que se mostrem aptos a alcançar tal fim.

Há que se destacar que a publicação da sentença foi expressamente prevista pela Lei nº 8.078/90 como pena acessória aplicada ao condenado da ação coletiva,¹⁰⁷⁶ medida de finalidade punitiva para o ofensor, que também concretiza a finalidade de prevenção e precaução da condenação e, portanto, pode servir de fundamento legal para a publicação da decisão.

Não obstante, há que se considerar que a proposta aqui defendida visa alcançar a conscientização da coletividade lesada quanto a ter sido deferida reparação do dano moral coletivo e não privilegiar o fim punitivo ao condenado, razão pela qual poderá o juiz decidir pela não divulgação dos nomes dos condenados à reparação, em face das peculiaridades de cada caso, sempre atentando para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade que informam o processo coletivo.

Em suma: deve o juiz buscar uma conexão “o mais próxima do possível” – do tipo *cy pres* ou *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano – entre a reparação e o dano acarretado à classe dos trabalhadores, de forma que a indenização deverá beneficiar essa classe, ainda que de forma indireta, mas sempre buscando alcançar os efeitos compensatório e pedagógico da respectiva destinação.

^{1076.}É de advertir-se, entretanto, que, no caso do art. 78 do Código do Consumidor ora comentado, *referidas penas não são autônomas*, como rezam os mencionados dispositivos penais introduzidos pela Lei nº 7.209/84 e modificados pela Lei nº 9.714/98. Ao contrário, podem ser cumulativas, ou então acessórias, sendo certo, aliás, que o inciso II do mesmo art. 78 ressuscita a antiga *pena acessória*, consistente na *publicação da sentença condenatória*”. FILOMENO, José Geraldo Brito. Título II Das infrações penais, art. 61-80. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 759.

3.5.4. A jurisprudência trabalhista e a destinação da indenização pelo dano moral coletivo

Como demonstrado acima, a conversão de valores de forma a beneficiar a coletividade, com supressão ou redução dos valores enviados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT representa uma realidade no âmbito do Ministério Público do Trabalho, pois não são poucos os exemplos dessas conversões já feitas por meio de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC.

Como se viu, o *parquet* trabalhista tem o respaldo dos órgãos de controle e supervisão do próprio Ministério Público do Trabalho, que por meio de suas diretrizes priorizam a destinação de condenações pecuniárias à própria coletividade ou, ainda, autorizam convertê-las em obrigações de fazer e, apenas se essas medidas não se mostrarem possíveis, é que valores são remetidos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

Realidade oposta se verifica na Justiça do Trabalho, pois as decisões em ações coletivas com pedido de dano moral coletivo destinam o respectivo valor ao Fundo de Amparo ao Trabalhador- FAT, não obstante existam decisões que privilegiem outras formas de reparação e que podem servir de referência em prol de uma efetiva reparação dos danos morais coletivos suportados pela classe dos trabalhadores brasileiros.

A primeira decisão a que se fará referência foi escolhida por ser considerada pioneira em matéria de conversão da indenização por dano moral coletivo à própria coletividade lesada, tendo sido objeto de análise por vários doutrinadores que estudam as ações coletivas.¹⁰⁷⁷

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho em defesa de trabalhadores portadores de *leucopemia* adquirida pela exposição ao benzeno, cuja reparação por dano moral coletivo foi julgada improcedente na primeira instância e foi reformada por decisão do Tribunal do Trabalho da 2ª. Região, no ano de 2007.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁷A título meramente exemplificativo: MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 349; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 218-219 e ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 99, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹⁰⁷⁸TRT 2ª. Região. RO 01042.1999.255.02.00-5. Recorrentes: Ministério Público do Trabalho e Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA. Ac. 6ª. T.,20070504380 de 19.06.2007. Relator Juiz Valdir Florindo. Publicado na Revista LTr nº 71-09/1142-1148.

O acórdão, além de reconhecer o dano moral coletivo e fixar a respectiva indenização em quatro milhões de reais, destinou 12,5% desse valor ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e **87,5% para a Santa Casa de Misericórdia de Santos**, “objetivamente para a aquisição de equipamentos e ou/ medicamentos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de leucopenia, e, tendo presente também aqueles trabalhadores da reclamada, portadores da doença e seus familiares”.¹⁰⁷⁹

O pioneirismo dessa decisão colegiada se confirma não apenas por ter reformado a sentença para deferir a indenização por dano moral coletivo, mas principalmente **por não ter remetido todo o valor da indenização para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, pois avaliou a dimensão do dano e a melhor forma de reparação à coletividade lesada, decidindo pelo benefício maior, a Santa Casa, local que suportava o ônus com o tratamento dos doentes.

Uma segunda decisão foi escolhida por sua repercussão nacional e por ter identificado aquele “sentir coletivo” várias vezes referido no presente estudo e que corresponde à sentença que reconheceu a contaminação dos trabalhadores que moravam e trabalhavam no bairro Recanto dos Pássaros no interior de São Paulo.

A decisão de primeiro grau julgou procedente o pedido de dano moral coletivo, **mas determinou a remessa da indenização do dano moral coletivo ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, sendo integralmente confirmada, também por memorável acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região.¹⁰⁸⁰

Essa referência se faz importante para demonstrar que não obstante essa sentença possa ser considerada como um marco em matéria de danos materiais e morais coletivos reconhecidos pela Justiça do Trabalho, por outro lado, destinou o valor da indenização por

¹⁰⁷⁹Em consulta realizada no site do TRT da 2ª. Região consta que dessa decisão foi interposto Recurso de Revista, o qual não foi admitido pelo referido Tribunal Regional, tendo a empresa reclamada interposto Agravo de Instrumento que não foi acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Foi então interposto Recurso Extraordinário, igualmente negado, com interposição de novo Agravo de Instrumento, com remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal, que também não conheceu do apelo, estando o processo em tramitação no primeiro grau de jurisdição desde janeiro de 2013. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. *Andamento processual*. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/cons-anda-2inst>>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹⁰⁸⁰Processo nº 0022200-28.2007.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª. Região e Processo nº 0068400-59.2008.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pela ATESQ – Associação dos Trabalhadores Expostos à Substâncias Químicas e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Plásticos, Abrasivos e Similares de Campinas e Região, ambos em face das empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

danos morais coletivos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, o que confirma que tal forma de destinação encontra-se consolidada na jurisprudência trabalhista.

A terceira decisão a ser analisada e também já referida no presente estudo, corresponde à sentença que julgou procedente a ação civil pública, fixando valor de multa diária e também indenização por “dumping social”, ambos com reversão ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, mas inovou ao fixar indenização por dano moral coletivo “no valor de R\$100 milhões, reversível à própria comunidade lesada, em todos os municípios da província mineral de Carajás, por via de projetos derivados de políticas públicas, de defesa e promoção dos direitos humanos do trabalhador.”¹⁰⁸¹

Foi consignado pelo juiz do Trabalho que prolatou essa última sentença, que não se verificava ofensa ao artigo 13 da Lei, “que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de promoção dos direitos humanos e de respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador.” Em reforço a essa fundamentação, foram citadas duas orientações,¹⁰⁸² sendo uma delas o Enunciado nº 12 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília no ano de 2007, aprovado com a seguinte redação:

AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfero o art. 13 da Lei n. 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que

¹⁰⁸¹Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>.

¹⁰⁸²A outra diretriz referida na sentença foi com relação à “ação número 26, do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo: *Aplicar em projetos de prevenção ao trabalho escravo o valor de multas e indenizações por danos morais resultantes das ações de fiscalização do trabalho escravo. Responsáveis: Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho. Parceiro: Sociedade civil.* A Conatrae – Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, para possibilitar o cumprimento dessa ação, criou um banco de projetos e ações. Aprovado pelo plenário da referida comissão, o banco fica hospedado no sítio da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. A Conatrae – Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo respalda e publiciza os projetos existentes e as propostas futuras para apoio, fruto de decisões judiciais ou de termos de ajuste de conduta.” Processo nº 0068500-45.2008.5.08.0114. Ação Civil Pública. Ministério Público do Trabalho x Vale S.A e outras. 1ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>.

conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.”¹⁰⁸³

Esse Enunciado de nº 12 representa diretriz para que a jurisprudência trabalhista adote destinação para a indenização do dano moral coletivo de forma a dar efetividade à respectiva reparação,¹⁰⁸⁴ alcançando efeitos de compensação ao sentimento da comunidade e pedagógico para toda a sociedade.

Assim, o referido Enunciado nº 12 apesar de se referir à adequada destinação da indenização por dano moral coletivo decorrente do trabalho escravo, a essa matéria não pode ficar restrito, devendo tal entendimento ser expandido de forma a abranger toda e qualquer indenização a tal título, a fim de que seja destinada à comunidade ou coletividade lesada e, apenas no caso de ser impossível tal possibilidade é que será revertida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Há que se destacar, também, ter o Enunciado em referência consagrado, ainda que implicitamente, **a necessária equivalência ou conexão entre a destinação e a lesão acarretada a bens e direitos transindividuais dos trabalhadores**, pois dispôs sobre a finalidade da reparação em prol da promoção de políticas públicas de inclusão de trabalhadores escravizados. Assim, o juiz do Trabalho poderá, com fundamento no Enunciado nº12, reverter o valor condenatório **às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer e**, em assim procedendo, estará realizando uma reparação mais próxima da lesão aos interesses e direitos dos trabalhadores, com possibilidade de alcançar-se **a indispensável finalidade compensatória**.

¹⁰⁸³ In MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

¹⁰⁸⁴ “Tem-se verificado, entre juízes e procuradores do trabalho que mais de perto se deparam com as questões atinentes ao trabalho em condições análogas à de escravo, tendência em procurar a maior efetividade possível para as indenizações a título de dano moral coletivo”. PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 199.

Embora o **efeito pedagógico da reparação** conste da fundamentação das decisões dos Tribunais Regionais¹⁰⁸⁵ e do Tribunal Superior do Trabalho,¹⁰⁸⁶ mantém-se o envio para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e não para a própria comunidade lesada, ou seja, a condenação tem como fundamento o fim pedagógico, mas esse não é concretizado em razão da escolha do destinatário pela respectiva decisão judicial.

Por essa razão, merece ter o devido destaque o recente julgamento proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª. Região, no qual, além de ter sido reformada a sentença para deferir o dano moral coletivo, o valor da indenização não foi enviado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT,¹⁰⁸⁷ **sob o fundamento de que a reparação também deveria promover o efeito pedagógico para a respectiva comunidade**, o que não seria alcançado se o valor fosse remetido ao referido Fundo.¹⁰⁸⁸

Outro exemplo, que vem do Estado da Bahia, comprova a nascente preocupação dos juízes do trabalho em destinar os valores das condenações a título de danos morais

¹⁰⁸⁵“A indenização por dano moral coletivo tem natureza pedagógica-preventiva, mas também visa reparar a ordem jurídica violada e os interesses difusos coletivos da sociedade, indignada pela transgressão dos direitos mais mezinhos do cidadão-trabalhador.” TRT 20ª. Região. AÇÃO/RECURSO: RECURSO ORDINÁRIO Nº01492-2008-004-20-00-2; PROCESSO nº 01492-2008-004-20-00-2; ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE ARACAJU. Julgamento em Aracaju, 18 de maio de 2009. Relator: JOÃO BOSCO SANTANA DE MORAES. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt20.jus.br>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹⁰⁸⁶“Ressalte-se, ainda, o aspecto pedagógico da reparação por dano moral coletivo, na medida em que a condenação ao pagamento da correspondente indenização objetiva desestimular esse tipo de prática ilegal recorrente.” (RR- 147340-95.2004.5.05.0016, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de Julgamento: 2/2/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 11/2/2011.). TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁰⁸⁷AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. OMISSÃO DA EMPRESA CONTRATANTE. CONFIGURAÇÃO. O dano moral coletivo consiste na violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade. Na esfera trabalhista, essa lesão a direito individual homogêneo ocorre, por exemplo, quando o empregador ou a empresa tomadora dos serviços não cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho, colocando em risco a saúde, a vida do trabalhador. Processo nº 0000452-71.2011.5.05.0030 – RO. Acórdão nº 103364/2012, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 10/07/2012. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. 2ª. Turma. Recurso Ordinário nº 0000452-71.2011.5.05.0030RecOrd. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=315650&texto=FAT>.

¹⁰⁸⁸Consta dos fundamentos do acórdão nº 103364/2012 relatado pelo Desembargador Cláudio Brandão, cuja fonte consta da nota imediatamente anterior: “De referência à destinação da indenização mencionada, entendo que não deve ser revertida para o FAT. Isso porque a decisão judicial também promove efeito pedagógico na comunidade em que é proferida e uma das formas de alcançá-la pode dar-se por meio de tutelas efetivas, previstas no art. 461-A do CPC, o dispositivo processual que autoriza o julgador a promover quaisquer medidas aptas a tornar efetivo o comando sentencial e no menor espaço de tempo possível. Ademais, a reversão ao citado Fundo não permite que a comunidade, cujos direitos foram violados, possa beneficiar-se da função pedagógica, também propiciada pela medida judicial. Dessa maneira, a indenização deverá ser aplicada em programas de atendimento a pessoas vítimas de enfermidades provocadas pelo trabalho, diagnosticadas pelo CESAT e sob a fiscalização direta do Ministério Público do Trabalho.”

coletivos para a própria comunidade, especialmente quando essa for pobre e carente e tiver as mais variadas demandas sociais, sendo a remessa para o fundo estatal, no caso o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, considerada como última hipótese.¹⁰⁸⁹

Colhem-se, ainda, decisões da Justiça do Trabalho que seguindo esse novo entendimento, determinaram formas inovadoras de reparação do dano moral coletivo, buscando o benefício da própria comunidade, como no caso de entrega de casas populares¹⁰⁹⁰ ou de aparelhamento do centro cirúrgico de um hospital fechado havia vários anos.¹⁰⁹¹

Talvez seja cedo para afirmar que essas decisões representam o prenúncio de uma nova corrente jurisprudencial,¹⁰⁹² pois como já dito, são decisões isoladas se comparadas com a maioria dos julgados dos Tribunais Regionais e, especialmente, do Tribunal

¹⁰⁸⁹“Em suma, como os tribunais podem aumentar o apoio ao desenvolvimento, inclusive no interior do Estado? Como firme resposta a essa questão, em 23 de novembro de 2012, a Plenária da 1ª. Semana Institucional do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª. Região aprovou tese deste autor, resumida na seguinte ementa: “Dano moral coletivo. Indenização. Reversão Preferencial para o local do dano. Aplicação do art. 2º da Res. 154/2012-CNJ no processo do trabalho. Ofícios ao MPT e ao MP-BA”. RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹⁰⁹⁰“A juíza Alciane Carvalho, auxiliar da Vara do Trabalho de Mineiros (GO), condenou o Frigorífico Marfrig Alimentos S.A. por danos morais coletivos a entregar 30 casas populares no prazo de um ano após o trânsito em julgado da ação (quando não há mais possibilidade de interpor recurso) em razão de irregularidades na segurança e condições de trabalho oferecidos aos empregados da empresa, além de multa de R\$50.000,00 reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, no caso de descumprimento.” CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *TRT-GO*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=990681&articleId=1072358&version=1.0>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁰⁹¹O valor da multa que deveria ser remetida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT foi revertida em benefício da população, sendo R\$ 900 mil destinados ao Hospital Municipal Dr. Hercílio Rodrigues para compra de equipamentos necessários para reabrir o centro cirúrgico do Hospital, fechado há mais de dez anos. Além de veículos foram adquiridos um aparelho de raio X de 300 kv, um aparelho de hematologia de 18 parâmetros, três berços aquecidos, uma calandra para engomar roupa hospitalar, vinte e cinco camas de hospital, uma cama para sala de parto, uma centrifuga, um desfibrilador, uma máquina de lavar roupas, uma máquina de secar roupa hospitalar e um monitor cardíaco. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *TRT-PB*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=990681&articleId=1132228&version=1.0>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁰⁹²Embora uma “tendência da jurisprudência” tenha sido apontada em recente decisão regional: “Peço vênha para tocar na questão alusiva ao destinatário dos valores a que foi condenada a reclamada a pagar (multa diária e indenização por dano moral). O MM. Juízo originário, nos termos do pedido inicial, determinou o recolhimento das quantias ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. Observo, todavia, que na forma prevista no art. 13 da Lei nº 7.347/1985, a condenação pecuniária deverá ser revertida a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. É pertinente extrair do referido texto que não necessariamente essa destinação será feita ao FAT, devendo ser sinalada a tendência jurisprudencial em não mais remeter esses valores para esse Fundo. Isso tendo em conta que as quantias para ali recolhidas não têm sido aplicadas conforme previsto no mencionado art. 13.” TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

Superior do Trabalho, que confirma ser o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, o destinatário de tais indenizações.¹⁰⁹³

Devem ser consideradas, por outro lado, importantes decisões em sentido contrário e que estabelecem aquela equivalência ou conexão entre a reparação e o dano acarretado à coletividade, tal como ocorreu na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região que determinou a majoração do valor da indenização a título de danos morais coletivos, destacando o necessário efeito preventivo, punitivo e **pedagógico**, como também, **de ofício**, dispôs sobre uma inovadora e ousada forma de reparação à classe dos trabalhadores lesada.

Reconhecendo que por não ter sido criado um fundo para reparação das lesões acarretadas à coletividade de trabalhadores, sendo o o mais comum o envio da indenização por dano moral coletivo ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, entenderam os julgadores regionais que essa destinação não atendia a finalidade de reconstituição dos bens lesados prevista no Decreto nº 1.306/94. E, ainda, considerando diversos critérios, como natureza da lesão à saúde dos trabalhadores, a localidade onde se consumou o dano e sua respectiva extensão, determinaram que o valor da indenização devesse ser depositado em conta à disposição do juízo da causa.

No que se refere à reparação propriamente dita, decidiu-se pela instalação de uma comissão presidida pelo juiz da causa, com a participação das partes e de outros interessados, que teria como objetivo gerir e aplicar os recursos oriundos da indenização

¹⁰⁹³ **AGRAVO – DANO MORAL COLETIVO – DESTINAÇÃO.** A indenização a título de dano moral coletivo deve ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, em atenção ao artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e à Lei nº 7.998/90. Agravo a que se nega provimento. **TST-A-AIRR-1.516/2007-107-03-41.0.** Agravante SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – SINDIELETR/MG e Agravados COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – CEMIG, CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A. e CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. Ministra Relatora MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Julgado em 14-10-2009. **No mesmo sentido: TST-AIRR-153540-72.2003.5.13.0003.** Agravante: BANCO ABN AMRO REAL S.A. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO. Ministro Relator: Walmir Oliveira da Costa. Julgado em 07-10-2010. TST-RR-12400-59.2006.5.24.0061. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO. Recorrida: ALUMTEK - LAMINAÇÃO DE ALUMÍNIO LTDA. Ministro relator Walmir Oliveira da Costa. Julgado em 17-08-2011. **TST-AIRR-149100-38.2004.5.01.0001.** Agravante: CASA SHOW S.A. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Ministro Relator MAURICIO GODINHO DELGADO. Julgado em 22-08-2012: **TST-ED-RR-123800-10.2007.5.06.0008,** em que é Embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO e Embargado BANCO CENTRAL DO BRASIL. MINISTRO RELATOR: PEDRO PAULO MANUS. Julgado em 22-08-2012 e **TST-AIRR-169-48.2011.5.09.0091.** Agravante: SABARÁLCOOL S.A. AÇÚCAR E ÁLCOOL. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Ministro Relator HUGO CARLOS SCHEUERMANN. Julgado em 11-08-2013. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2013.

com o escopo de tomar medidas para a reparação dos danos coletivos, relacionados à segurança e saúde dos operários das empresas reclamadas.¹⁰⁹⁴

As partes não se conformaram com a solução constante do acórdão regional, incluindo o próprio Ministério Público do Trabalho que alegou “inexistir norma legal” que autorizasse o procedimento de reparação determinado pelo Tribunal Regional da 15ª. Região.

Por sua vez, a principal empresa reclamada alegou que o destinatário da indenização por dano coletivo deveria ser o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, trazendo aresto que confirmava a tese que defendia, sendo o Recurso de Revista conhecido, nesse aspecto, por divergência jurisprudencial pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Restou consignado na decisão proferida em grau de revista por aquela Corte Superior da Justiça do Trabalho que embora o acórdão regional tivesse como fundamento o Decreto nº 1.306/94 esse não autorizava a remessa de valores decorrentes de ação civil pública para uma conta que ficasse à disposição do juízo e fosse gerida por uma comissão e que “não estaria a cargo do Poder Judiciário a instituição de um Conselho para gerir recursos provenientes de condenação, em pecúnia, em ação civil pública.”

O Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, entretanto, que “há uma preocupação constante e justificada do Julgador no sentido de definir a questão, de modo a direcionar os recursos decorrentes das condenações por dano moral coletivo, resultantes de ações civis públicas, diretamente em favor da comunidade local, dando-se verdadeira efetividade à norma”.¹⁰⁹⁵

Confirmou o Tribunal Superior do Trabalho, nessa decisão, que não se poderia instituir, por decisão judicial, comissão equivalente a Conselho não criado por lei, diante

¹⁰⁹⁴**Processo 0020700-78.2006.5.15.0087 RO.** TRT da 15ª. Região. Ministério Público do Trabalho x Petróleo Brasileiro S.A. e Techint S.A. Decisão 032252/2009-PATR. publicada em 29/05/2009. Juiz convocado relator: Edison dos Santos Pelegrini. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 20 fev. 2012.

¹⁰⁹⁵“De fato, há uma preocupação constante e justificada do Julgador no sentido de definir a questão, de modo a direcionar os recursos decorrentes das condenações por dano moral coletivo, resultantes de ações civis públicas, diretamente em favor da comunidade local, dando-se verdadeira efetividade a norma. Nesse sentido, já se manifestou esta c. Corte, ao consignar que a recomposição do dano moral coletivo deveria reverter-se em favor da coletividade que sofreu o dano, consoante os termos do v. acórdão da lavra do Exmo. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, proferido nos autos do processo E-ED-RR-94500-35.2004.5.05.0008, DJ de 11/11/2011, também citado pela Exma. Ministra Relatora.” **Processo TST-RR-20700-78.2006.5.15.0087.** Recorrentes: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS e Recorrido TECHINT S.A. Publicação em 10.05.2013. Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2013.

do que se apresentava justificável a reversão dos valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, na esteira de inúmeros precedentes daquele Tribunal.

Tanto a decisão do Tribunal Regional da 15^a. Região, como aquela do Tribunal Superior do Trabalho possibilitam algumas considerações sobre a tese aqui defendida.

O acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15^a. Região faz lembrar a referência já trazida no presente estudo quanto às soluções adotadas nas *class actions* ainda no século XX que, de tão audaciosas, causavam escândalo (mesmo na América !), por retratarem construções jurídicas novas que tinham como objetivo a tutela efetiva dos então chamados “novos” interesses coletivos.¹⁰⁹⁶

Isso porque tal decisão apresentava uma alternativa à remessa ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, ao determinar que o valor da indenização seria depositado em juízo, o que não chega a ser uma novidade, pois essa solução, como já visto, é preconizada pela doutrina, com fundamento no disposto no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 7.347-85 – LACP, exatamente por não ter sido criado, até os dias atuais, um fundo destinado à reparação das lesões acarretadas à classe dos trabalhadores.

Essa decisão pode ser considerada audaciosa por ter determinado a instalação de uma comissão, a ser presidida pelo próprio juiz, com a participação do Ministério Público, dos sindicatos, do INSS e das empresas reclamadas, devendo os recursos ser aplicados em medidas e programas de prevenção aos danos acarretados à saúde dos trabalhadores.

Não se pode deixar de apontar que a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a. Região aplicou exatamente a solução constante do **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, pois há disposição nessa proposta prevendo que no caso de condenação pecuniária em ação coletiva essa “será depositada em juízo, **devendo ser aplicada a critério desse**, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada”,¹⁰⁹⁷ **embora não fizesse qualquer referência a esse respeito na fundamentação.**

¹⁰⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 153, 1977.

¹⁰⁹⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45.** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Não parece restar dúvida que a intenção dos julgadores do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região foi dar **efetividade à reparação da lesão acarretada à coletividade**, tendo o cuidado de dimensionar as providências que deveriam ser adotadas em razão de critérios objetivos, apresentados na decisão, de forma a privilegiar uma reparação na forma *cy pres* do direito comparado (o mais próxima do possível) em benefício da classe dos trabalhadores, restando estabelecida a conexão entre a reparação e o dano, tese aqui defendida.

Por outro lado, a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, reformando o acórdão e determinando a remessa do valor ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT alinhou-se com inúmeros precedentes daquela Corte, embora também o Ministro relator reconhecesse a existência de uma preocupação “constante e justificada em direcionar os recursos decorrentes das condenações por dano moral coletivo, resultantes de ações civis públicas, diretamente em favor da comunidade local, **dando-se verdadeira efetividade à norma.**” – sem destaque no original.

E assim se posicionando, a mais alta Corte de Justiça do Trabalho confirma, mesmo indiretamente, que só será efetiva a indenização por dano moral coletivo se for revertida à coletividade lesada, mas, por outro lado reafirma, na esteira de inúmeros precedentes, que nos termos do ordenamento jurídico, Lei nº 7.347/85 – LACP e respectivo Decreto nº 1.306/94, **a destinação deverá ser feita ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.**

E o fundamento adotado por aquela Corte superior para assim decidir foi que os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT não se destinam apenas ao custeio do programa do seguro-desemprego e pagamento do abono salarial, mas também ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico (artigo 10 da Lei nº 7.998/90), além de não haver qualquer vedação legal para a remessa para aquele fundo de valores decorrentes de condenação em pecúnia.

Por outro lado, no processo coletivo tomado como paradigma no presente estudo, relativo à ação civil pública por danos decorrentes da contaminação do bairro **Recanto dos Pássaros em Paulínia**,¹⁰⁹⁸ verificou-se interessante desdobramento no Tribunal Superior do Trabalho quanto **à destinação da indenização por dano moral**

¹⁰⁹⁸TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 252-303, 2011.

coletivo, que foi direcionada ao FAT pela sentença e pelo acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região.

Da decisão que determinou o **imediato cumprimento da obrigação quanto ao depósito do valor do dano moral coletivo**, foi interposta ação cautelar perante o Tribunal Superior do Trabalho, com pedido de liminar para concessão de efeito suspensivo em Recurso de Revista interposto dessa decisão, sob o fundamento de que a medida não atendia às necessidades dos ex-empregados, pois **o valor seria remetido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT** e, portanto, **não daria efetividade ao processo**.¹⁰⁹⁹

Esse argumento foi integralmente adotado pelo Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho que, em decisão monocrática, sustou a obrigação da empresa de depositar ou garantir a condenação a título de **dano moral coletivo**, depois de destacar que o envio de alta soma em dinheiro ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT em nada contribuiria para a efetividade do processo.¹¹⁰⁰

De tudo o que foi analisado, pode-se concluir que nas várias instâncias da Justiça do Trabalho, não há qualquer uniformidade de entendimento quanto à melhor forma de destinar os valores oriundos das condenações por dano moral coletivo, pois embora ainda prevaleça a automática remessa para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, essa não é mais a única opção considerada pelos Juízes do Trabalho para o destino da indenização do dano moral coletivo.

¹⁰⁹⁹“A Autora (Basf S.A) sustentou a **plausibilidade jurídica** da pretensão deduzida no Recurso de Revista interposto nos autos da Ação Civil Pública, sobretudo no que concerne à condenação em danos morais coletivos e ao valor fixado como indenização a tal título, em razão da indenização não atender às necessidades dos ex-trabalhadores da empresa, nem de seus filhos, porquanto será integralmente revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e, por conseguinte, o cumprimento da medida em sede de execução provisória não busca dar efetividade ao processo.” **Processo nº TST-CauInom-6981-06.2012.5.00.0000. Relator: Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN – Presidente do TST. Brasília**, 03 de julho de 2012. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹¹⁰⁰“Início a apreciação do pedido pelo que se refere à ordem de **imediato depósito** - ou garantia - do valor relativo à indenização por **danos morais coletivos**. Em audiência, a MM 2ª Vara do Trabalho de Paulínia consignou que as executadas estavam, no ato, -citadas para pagar ou depositar- o montante condenatório a esse título, hoje superior a **um bilhão de reais**. Importante frisar que, nos termos da decisão exequenda, o valor reverter-se-á ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, o que esvazia, por completo, a utilidade da abreviação do procedimento de apreensão patrimonial. Ante o exposto, **acolho parcialmente** o pedido de liminar para conceder **efeito suspensivo** ao Recurso de Revista nº 22200-28.2007.5.15.0126, exclusivamente **para sustar** a obrigação da Autora em depositar ou garantir o valor fixado a título de **dano moral coletivo**.” **Processo nº TST-CauInom-6981-06.2012.5.00.0000. Relator: Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN – Presidente do TST. Brasília**, 03 de julho de 2012. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Desta feita, uma nova corrente jurisprudencial poderá se consolidar se forem apresentados **novos fundamentos pelos quais a indenização por dano moral coletivo possa ser revertida em benefício da coletividade lesada**, de forma a alcançar, nas palavras do então Presidente da mais alta Corte da Justiça do Trabalho, a verdadeira efetividade do processo,¹¹⁰¹ o que vai exigir, ainda, que sejam **superados os limites do pedido** apresentado nas ações coletivas.

3.6. Obstáculos para a reversão da indenização pecuniária à coletividade lesada

O entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho quanto à destinação da indenização do dano moral coletivo ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, não é o único obstáculo a ser superado para que outras formas de reparação do dano moral coletivo, conexas ao interesse ou direito lesado e que possibilitem efetividade para a coletividade lesada, possam ser determinadas pelos juízes do Ttrabalho.

A doutrina trabalhista tem repetido que no caso de condenação pecuniária por dano moral coletivo, o juiz do Ttrabalho deve remeter a indenização para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e, embora existam algumas manifestações que admitam a reversão em benefício da coletividade lesada, os exemplos apresentados são, na sua maioria, de acordos judiciais ou ajustes firmados em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC.¹¹⁰²

Mas também ocorrem evoluções que são dignas de nota, pois de uma posição restritiva quanto a ser cabível tal reversão apenas no caso de acordo entre as partes ou por meio do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC,¹¹⁰³ doutrina autorizada na matéria

¹¹⁰¹“A tutela jurisdicional coletiva apresenta a especial vocação de servir de meio propício para a **efetividade do processo**, protegendo, em última análise, a própria pessoa humana e seus bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento da vida em sociedade.” **Processo nº TST-CauInom-6981-06.2012.5.00.0000. Relator: Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN – Presidente do TST. Brasília**, 03 de julho de 2012. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹¹⁰²PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 200-201.

¹¹⁰³Xisto Tiago de Medeiros Neto defendeu a possibilidade de “convolação” ou “redirecionamento” da condenação pelo dano moral coletivo em duas hipóteses: “a *primeira*, quando o autor da ação civil pública postular, de maneira alternativa, o endereçamento do valor da condenação, em proveito direto da própria coletividade ou comunidade à qual se integre, para atender determinada finalidade que guarde pertinência com os interesses lesados; a *segunda*, quando assim convencionarem as partes, em conciliação judicial, firmada no âmbito da demanda coletiva”. In MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012. p. 216-217.

defendeu que os juízes do Trabalho destinassem a indenização por dano moral coletivo de forma a beneficiar a própria comunidade lesada.¹¹⁰⁴

Quanto ao Ministério Público do Trabalho, não obstante tenha sido o primeiro a perceber a falta de conexão entre o recurso enviado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e a reparação que deveria beneficiar a coletividade dos trabalhadores e tenha buscado alternativas para o destino de valores arrecadados em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, acaba por ter uma posição que obstaculiza ou dificulta que o juiz do Trabalho possa adotar a mesma diretriz em suas sentenças.

Isso porque, nas ações coletivas que são propostas pelo Ministério Público do Trabalho (e que são a grande maioria na Justiça do Trabalho) **o pedido formulado quanto à indenização por dano moral coletivo tem como destinatário o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, ou seja, o pedido também representa um obstáculo a ser vencido para que a decisão possa dar uma destinação diversa daquela indicada na inicial.

E, mesmo quando o juiz do Trabalho supera esse limite e faz uma destinação que poderia alcançar a esperada efetividade da reparação, o *parquet*, por meio de recurso perante o Tribunal Superior do Trabalho, defende que não haveria fundamento legal para essa decisão.¹¹⁰⁵

Dessa feita, ainda que o juiz do Trabalho se convença de que há uma destinação que possa alcançar uma maior efetividade entre a reparação e o dano moral coletivo, deve encontrar os fundamentos para embasar tal decisão e ainda superar os limites do pedido, caso esse tenha sido formulado, como normalmente ocorre, tendo como destinatário o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

¹¹⁰⁴No II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho no Tribunal Superior do Trabalho promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, o procurador-chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região Xisto Tiago de Medeiros Neto proferiu palestra sobre o tema “Indenizações por danos morais coletivos” e recomendou aos magistrados que não condenem as empresas a pagamentos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), mas sim em prol dos prejudicados: “O que me parece mais adequado seria uma destinação específica, conexa com os interesses da coletividade. Que seja uma destinação que beneficie a comunidade na qual aquela unidade esteja inserida”. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 20/09/2013 – *Chegou ao fim o II Seminário...* Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=955023&articleId=2093948&version=1.0>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹¹⁰⁵**Processo TST-RR-20700-78.2006.5.15.0087**. Recorrentes: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS e Recorrido TECHINT S.A. Publicação em 10.05.2013. Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2013.

3.6.1. Fundamentos para a reversão da indenização à coletividade

Retomam-se, nesse tópico, as principais considerações que foram apresentadas no presente estudo, com a intenção de apontar, de forma clara e objetiva, os fundamentos necessários para que possa ser feita a destinação do valor correspondente ao dano moral coletivo à própria coletividade lesada e não ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Inicia-se pela própria Constituição Federal, que assegura a reparação do dano moral individual e coletivo **no artigo 5º, incisos V e X**, de forma **proporcional** ao agravo, do qual se extrai **o princípio da restituição integral do dano**,¹¹⁰⁶ de maneira que tal garantia fundamental deva ser sempre observada pelo Poder Judiciário.

O **artigo 944 do Código Civil**, por sua vez, ao dispor que **a indenização se mede pela extensão do dano** confirmou o requisito da **proporcionalidade** entre a lesão e a reparação, o que se afirma com base na própria exceção contemplada no parágrafo único do mesmo artigo civilista.

E a reparação do dano moral coletivo somente será proporcional ao agravo se, além do efeito exemplar e punitivo para o réu, que é normalmente destacado pela doutrina e pela jurisprudência, **alcançar também o fim compensatório à coletividade lesada e o efeito pedagógico para toda a sociedade**, de forma a inibir que possam ocorrer novas lesões aos mesmos interesses e direitos de natureza transindividual.

Em apoio a esses fundamentos encontra-se o disposto no **artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90 – CDC** ao garantir **a prevenção e reparação** dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, pois apenas uma indenização com efeito **pedagógico** poderá ser considerada preventiva e, apenas aquela que importar em **compensação** para a coletividade, poderá ser considerada como tendo efeito reparador, importando assim na efetividade do provimento jurisdicional.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁶“Ademais, resta hoje imperioso que se parta da premissa de que a reparação dos danos materiais e morais provocados pela lesão, seja de direito individual ou difuso, constitui inderrogável garantia constitucional (art. 5º, incs. V e X), da qual inclusive se pode extrair o princípio do *restitutio in integrum*, pelo qual não mais se admite formas de limitação da responsabilidade civil.” VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 96, jul./set. 1995.

¹¹⁰⁷“Desta forma ‘a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’ (inciso VI do art. 6º do CDC), mas que enunciado pragmático, constitui imposição legal a ser perseguida incessantemente tanto pelos entes arrolados pelo art. 82 do CDC como pelo próprio Poder Judiciário”. VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 174. (Col. Araken de Assis et al.).

O problema inicial da destinação do valor da indenização por dano moral coletivo foi contornado pelo legislador brasileiro ao criar um fundo para o qual deveriam ser remetidos os valores oriundos de condenações pecuniárias em ações coletivas, conforme disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP, do qual consta, de forma clara, que **os recursos deveriam ser destinados à reconstituição dos bens lesados.**

No mesmo sentido, dispôs o Decreto nº 1.306/94, sobre **a necessária relação entre as medidas de reparação e o dano causado ou infração cometida, priorizando a reparação específica do dano, salvo quando impossível alcançar tal objetivo**¹¹⁰⁸ e a Lei nº 9.008/95 que criou o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), no sentido de que os **recursos arrecadados seriam destinados à recuperação dos bens especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado.**¹¹⁰⁹

Dessa maneira, toda a sistemática legal sobre a reparação aos danos coletivos quando feita por meio pecuniário como ocorre, em regra, no caso de danos morais coletivos, deve necessariamente observar **a conexão entre o recurso obtido e a natureza da infração ou dano causado à coletividade com fins à sua recuperação.**

Ocorre que para os danos acarretados aos interesses e direitos dos trabalhadores brasileiros não foi, até o presente momento, criado o fundo a que se refere o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP, pois o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, criado pela Lei nº 7.998/90,¹¹¹⁰ teve como finalidade dispor sobre o programa do seguro-desemprego, o abono salarial e programas de desenvolvimento econômico financiados pelo BNDES.

Portanto, o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT é um fundo de natureza contábil-financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, com fonte de custeio assegurada pelo artigo 239 da Constituição Federal e objetivos bem delimitados pela Lei.

¹¹⁰⁸ **Decreto nº 1.306/94. Artigo 7º** Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado. **Parágrafo único.** Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

¹¹⁰⁹ **Lei nº 9.008/95. Artigo 1º (...), § 3º** “Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.”

¹¹¹⁰ A Lei nº 7.998/90 regulou o programa do seguro-desemprego, o abono salarial, instituiu o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) entre outras providências. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm>. Acesso em: 24 set. 2013.

O Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, apesar de ser o destinatário de multas e indenizações por danos morais coletivos decorrentes de decisões da Justiça do Trabalho e Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, **não tem nenhum programa ou destina tais valores para reparação dos danos coletivos acarretados à classe dos trabalhadores**, já que não foi criado para tal fim.

Destarte, esse **constitui o principal fundamento** para que os juízes do Trabalho deixem de destinar os valores que arbitram a título de indenização pelo dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, pois esse fundo não atende às disposições do artigo 13 da Lei nº 7.347-85 - LACP, do Decreto nº 1.306/94 e da Lei nº 9.008/95, no sentido de aplicar esses recursos para a reconstituição dos bens lesados.

Não obstante, **outros fundamentos** podem ser agregados à decisão judicial para embasar a destinação da indenização por dano moral coletivo em benefício da coletividade de trabalhadores que sofreu o prejuízo ou o dano.

O **Projeto de Lei nº 5.139/2009** pretendia romper com a regra vigente de destinar os valores de indenizações arbitradas em ações coletivas a um Fundo estatal e **privilegiar a reparação direta do dano ao bem indivisivelmente considerado**, por meio de condenação que tivesse por **fim a compensação do dano sofrido**,¹¹¹¹ dispondo que para tal fim a quantia deveria ser depositada no respectivo processo, para ser aplicada pelo juiz, ouvido o Ministério Público do Trabalho.¹¹¹²

Pelo **Projeto de Lei nº 5.139/2009** os fundos não deixariam de existir, **mas receberiam recursos provenientes das ações coletivas de forma residual**, como multas

¹¹¹¹**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 24.** Na ação reparatoria dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível, a requerimento do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido. **Parágrafo único.** Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e a requerimento do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹¹¹²**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45.** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

administrativas e também condenações pecuniárias, desde que não fosse viável a reparação à própria coletividade lesada.¹¹¹³

A possibilidade do valor da condenação por dano moral coletivo ser depositada em uma conta à disposição do juízo, por determinação de decisão judicial, não se equipara à criação de um fundo,¹¹¹⁴ pois para tanto é imprescindível a existência de autorização legal conforme dispõe o artigo 167, inciso IX, da Constituição, e também não seria tal depósito feito com o fim de aguardar-se a criação de um fundo específico para a reparação dos danos coletivos acarretados à classe dos trabalhadores, como previsto pelo parágrafo único do 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP.

Esse depósito, em conta à disposição do juízo Trabalhista, se prestaria para a reparação do dano moral coletivo em benefício da própria comunidade lesada, sempre com a supervisão do juiz da causa e participação do Ministério Público do Trabalho, desde que não fosse possível fixar obrigações específicas para compensação do dano sofrido pela coletividade dos trabalhadores (artigos 24 e 45, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 5;139/09).

Há que se admitir, todavia, que o **Projeto de Lei nº 5.139/2009** tem reduzidas chances de aprovação pelo Legislativo, mas, por outro lado, tal fato não impede que as suas inovações possam ser aplicadas pelo juiz do Trabalho, **pois estão em consonância com o ordenamento vigente, especialmente a diretriz constitucional quanto à proporcionalidade na reparação do dano**, finalidade não alcançada, conforme demonstrado, pelo envio de valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Destarte, poderá o juiz do Trabalho em face do dano moral coletivo condenar o réu em obrigação específica ou obrigação de pagar, depositando o valor equivalente ao

¹¹¹³**Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 65 e seu parágrafo único.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹¹¹⁴Registre-se entendimento de que haveria constituição de “fundo” na hipótese de abertura de conta corrente para depósito da indenização por dano moral coletivo: “Seguindo as diversas sugestões indicadas pelo i. autor, acredito que **a condenação da reclamada deveria ser revertida para uma conta bancária - fundo** - a ser aberta e com gestão incumbida ao Ministério Público do Trabalho local, havendo efetiva participação de organizações que lidam diuturnamente com os direitos debatidos neste processo. Caso assim não se entenda, os valores poderão ser dirigidos a outro fundo que o autor venha a indicar.” TRT 10ª Região. Processo nº 02044-2011-014-10-00-3 RO. 2ª Turma. Relator Desembargador Brasilino Santos Ramos. Julgamento em 12-06-2013. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013 – **sem destaque no original**.

benefício em conta a favor do juízo, para que seja revertido em prol da comunidade lesada, com a participação das partes e do Ministério Público do Trabalho.

Com tal determinação estará o juiz do Trabalho observando o fim previsto pelo **artigo 13 da Lei nº 7.345/85, pois somente será possível falar-se em reconstrução do bem lesado se for possível estabelecer-se uma conexão entre a indenização e o dano.**

Há que ser considerada, ainda, a possibilidade de reversão das próprias multas aplicadas na ação coletiva de forma a beneficiar a coletividade lesada,¹¹¹⁵ se isso se mostrar adequado para uma reparação mais efetiva do dano, na esteira do que dispõe o artigo 72, §4º, da Lei nº 9.605/1998,¹¹¹⁶ que nesse caso serviria de fundamento¹¹¹⁷ por **aplicação analógica**, em razão da inexistência de disposição nesse sentido no âmbito da legislação trabalhista.

Quanto às **opções da destinação** da indenização por dano moral coletivo, pode ser invocado o **direito comparado** que de longa data já previa que a destinação da indenização por dano moral individual poderia se dar de forma alternativa, beneficiando instituições, associação ou fundações, desde que presente o interesse público.¹¹¹⁸

Considerando-se ainda o **direito comparado**, não se pode deixar de considerar as soluções criativas adotadas nas *class actions* do direito norte-americano, que encontraram

¹¹¹⁵“Registre-se, a propósito, que tal proposição coaduna-se com a inarredável tendência legislativa de reversão de valores decorrentes de ações coletivas em bens ou serviços que visem salvaguardar diretamente os interesses jurídicos lesados por determinada conduta coletiva danosa.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 86, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹¹¹⁶**Lei nº 9.605/98** – Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Artigo 72(...), § 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

¹¹¹⁷ “Na seara das infrações ambientais, por exemplo, a Lei n. 9.605/98 possibilitou a conversão de multas administrativas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente (art. 72, § 4º). Na mesma linha, a Instrução Normativa n. 10/03, do IBAMA, estabelece procedimentos para a aplicação da conversão da multa administrativa em atividades desenvolvidas em projetos ou programas ambientais.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 86, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

¹¹¹⁸“O Código polonês, como já vimos, introduziu a este respeito uma interessante inovação: deu ao juiz a faculdade de conceder à vítima do dano moral, ou à instituição que ela indique, uma soma, a título de satisfação. Aí está a prestação pecuniária servindo ao intuito punitivo, com uma destinação *ad libitum* do ofendido. E ainda a orientação do recente projeto de Código penal francês que, no art. 101, §2º, autoriza a jurisdição repressiva a determinar, com o consentimento da parte lesada, a aplicação total ou parcial da indenização a uma associação ou fundação de utilidade pública reconhecida, ou à caixa das indenizações.” SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943. p. 147-148.

uma forma de dar destinação aos valores não reclamados por danos individuais, em benefício da coletividade.

Nos EUA os juízes aplicaram a tradicional doutrina civilista do *cy pres* ou *fluid recovery* cuja finalidade era de aproximar, “o mais perto do possível”, a vontade do testador com a realidade no momento do cumprimento dessa vontade, nas ações de classe, destinando os recursos não utilizados no pagamento de reparações individuais, para fundações e associações com fins assistenciais e sociais.

Nesse mesmo sentido tem atuado o **Ministério Público do Trabalho** quando firma acordos em Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, contando com autorização dos respectivos órgãos de controle, revertendo indenizações pecuniárias e multas em benefício de entidades que prestam serviços com fins sociais ou assistenciais, e não ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, ou ainda, estipulando obrigações de fazer que possam resultar em benefícios para a coletividade.

A **jurisprudência trabalhista**, indicada no presente estudo, tem apresentado alternativas criativas em benefício das comunidades carentes, poderá ser invocada como fundamento para as futuras decisões que objetivem destinar a reparação do dano moral coletivo à classe dos trabalhadores, o que poderá dar ensejo à formação de uma nova corrente jurisprudencial, comprometida com uma reparação consentânea com a finalidade compensatória e pedagógica da indenização.

Destarte, as formas de **integração da norma** concernentes à **jurisprudência** e à **analogia** e, ainda, **ao direito comparado** poderão ser invocadas com fundamento no artigo 8º da CLT, em razão da omissão do legislador em constituir um fundo específico para as lesões aos interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores.

Há que se considerar, em **reforço a todos esses fundamentos**, as diretrizes que foram dadas pela 1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, por meio de dois Enunciados.

Primeiramente, o **Enunciado nº 51**, que dispôs sobre o arbitramento equitativo do dano moral decorrente da relação de trabalho, indicou **a finalidade compensatória e**

pedagógica da reparação¹¹¹⁹ e, em segundo lugar, **o Enunciado nº 12**, que de forma clara e direta apontou que o juiz do Trabalho deve fazer **a reversão da indenização decorrente de dano moral decorrente do trabalho análogo ao de escravo às comunidades diretamente lesadas**, sem implicar em ofensa ao disposto na Lei nº 7.347/85 – LACP.¹¹²⁰

Imperioso destacar que **o Enunciado nº 12** encerra recomendação para que os juízes do Trabalho adotem **uma reparação que equivale à solução do tipo *cy pres* ou *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano** para os danos morais decorrentes da submissão de trabalhadores à condição análoga a de escravo, pois direciona a respectiva indenização em benefício da comunidade lesada e, ainda, visa à promoção de políticas públicas em prol desses trabalhadores marginalizados pela escravidão do século XXI.

Os Enunciados 12 e 51 representam **diretrizes para a jurisprudência trabalhista** no sentido de que devem ser pensadas e aplicadas alternativas para a reparação do dano moral coletivo, o que poderá ser feito pelos juízes do Trabalho seguindo os passos que já foram dados pelo Ministério Público do Trabalho e, ainda, na esteira das lições do direito comparado das *class actions* americanas.

Em síntese: para que a indenização do dano moral coletivo seja capaz de reparar o dano com efetividade, **deve atender aos fins compensatório e pedagógico**, o que não se verifica quando o valor é remetido para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, pois essa medida alcança apenas o efeito punitivo em face do ofensor, representando muito pouco quando se pretende uma satisfação para a coletividade dos trabalhadores brasileiros.

¹¹¹⁹“**ENUNCIADO 51. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO.** O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo”. In MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

¹¹²⁰“**ENUNCIADO 12: AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS.** Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfere o art. 13 da Lei n. 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável”. In MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

3.6.2. O pedido e os limites à efetividade da reparação do dano moral coletivo

Retoma-se, no presente momento, a questão do pedido de indenização por dano moral coletivo, que é feito nas ações submetidas à Justiça do Trabalho, com indicação do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT como destinatário do respectivo valor.

O pedido assim formulado tem sido interpretado pelos juízes do Trabalho como sendo certo e determinado, na esteira do que dispõe o artigo 286 do Código de Processo Civil, vinculando o julgador em conformidade com o artigo 459 e seu parágrafo único do mesmo diploma legal, de forma a obstar que outras formas de reparação sejam determinadas na sentença.

Ainda que o juiz do Trabalho supere o que seria uma “limitação” do pedido e faça uma destinação adequada em prol da coletividade lesada, não encontra na doutrina trabalhista fundamentos suficientes para alicerçar essa decisão, embora fique claro que o intuito do julgador é o de beneficiar, da melhor maneira, a respectiva comunidade.

Em consequência, os Tribunais do Trabalho não têm apreciado e se manifestado sobre essa importante questão processual, **a existência e a superação dos limites do pedido nas ações coletivas**; ao contrário, são justamente esses limites que direcionam o julgador a remeter, na imensa maioria das decisões trabalhistas, os valores das indenizações por dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

O que se defende, com base em doutrina de reconhecida autoridade em tema de processo coletivo, **é que o pedido para reparação do dano moral coletivo deve sempre ser interpretado como sendo genérico**, exatamente em razão da provisoriedade dos efeitos do dano,¹¹²¹ o que toma relevo nas ações coletivas, nas quais o Autor ideológico não tem condições de determinar, de forma definitiva, as consequências do ato ou do fato ilícito, nos precisos termos do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil.

Não há que se ter dúvida que a lesão que atinge uma coletividade não pode ser dimensionada, com segurança, **antes de se estabelecer o contraditório e de serem produzidas as provas na instrução processual**, pois é da própria natureza desse tipo de dano a indeterminação das consequências e a incerteza da abrangência em termos de

¹¹²¹“E, desde logo, é preciso reconhecer – quer a partir das regras que norteiam a quantificação da indenização pelo dano moral, quer a partir das regras processuais que regem a dedução do pleito em juízo – que o pedido, em tais hipóteses, *pode perfeitamente ser manifestado de forma genérica*, sem que daí resulte qualquer ilegalidade, violação da inércia da jurisdição ou do contraditório.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 156, destaque como no original.

peças prejudicadas, cujo exemplo mais eloquente é o dos danos decorrentes da inadequação do meio ambiente do trabalho.

Com efeito, em duas decisões já analisadas no presente estudo,¹¹²² os juízes somente tiveram condições de aferir e dimensionar a extensão do dano e suas consequências, apontar critérios e fixar o valor da indenização, após analisar a complexa prova que foi produzida nos autos, formando seu convencimento no sentido de que o dano extrapolou a classe dos trabalhadores, atingindo toda a comunidade.

Em apoio a essa tese, encontram-se significativas manifestações da doutrina trabalhista no sentido de admitir que **o pedido de dano moral coletivo é genérico**, cujo arbitramento do valor deve ficar a cargo do juiz ou do procurador do Trabalho (no caso de Termo de Ajustamento de Conduta),¹¹²³ que poderiam, portanto, destinar os valores devidos por multas e condenações para outros órgãos públicos e entidades privadas, visando a reconstituição dos bens lesados.¹¹²⁴

Não há que se falar em ofensa aos princípios ou garantias do processo, especialmente para o réu, desde que se observe aquilo que a doutrina chama de “uma certa determinação” quanto ao pedido genérico, no sentido de ser indicado o provimento pretendido e o bem jurídico a ser tutelado.¹¹²⁵

¹¹²²1) **TRT 2ª. Região. RO 01042.1999.255.02.00-5.** Recorrentes: Ministério Público do Trabalho e Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA. Ac. 6ª. T., 20070504380 de 19.06.2007. Relator Juiz Valdir Florindo. Publicado na Revista LTr nº 71-09/1142-1148 e 2) **TRT 15ª. Região. Processo nº 0022200-28.2007.5.15.0126** – ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª. Região e Processo nº 0068400-59.2008.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pela ATESQ – Associação dos Trabalhadores Expostos à Substâncias Químicas e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Plásticos, Abrasivos e Similares de Campinas e Região, ambos em face das empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

¹¹²³“Os valores fixados a título de reparação por dano moral coletivo geralmente são imanes de pedidos genéricos (*na debeat*) que, por certo, deveriam figurar ao lado das ações universais do Código de Processo Civil, art. 286 (...)”. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região* – Amatra XV, Campinas, n. 5, p. 89, 2012.

¹¹²⁴“Igualmente, com ou sem pedidos nesse sentido, podem os juízes do trabalho também dar destinações alternativas a esses valores, total ou parcialmente.” MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004. p. 347.

¹¹²⁵“Mais ainda: se é certo, como demonstrado, que o pedido se dirige ao juiz, *que é o destinatário do pleito*, mais ainda se evidencia a possibilidade de o demandante formular genericamente sua pretensão, desde que, expondo adequadamente a *causa petendi*, indique o provimento (pedido imediato) e o bem da vida (pedido mediato) que almeja.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 156.

O que deve ser levado em conta no momento do julgamento **é o pedido de indenização por dano moral coletivo**, de natureza genérica em razão da própria natureza do bem da vida que pretende garantir¹¹²⁶ e que é representado pelos interesses e direitos transindividuais da classe dos trabalhadores prejudicados pela lesão de natureza não patrimonial.

Evidenciado o dano à coletividade, que possa inclusive ser apreendido por meio do “sentir coletivo” pelo juiz, a reparação deverá ser fixada de acordo com critérios que têm sido apontados pela doutrina, atentando para a extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil e para uma indenização proporcional a esse dano, conforme artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio **o que o juiz vai apreciar é o pedido de dano moral coletivo, não podendo ser considerado como limite, a vincular o julgamento, a indicação do destinatário quando essa é feita em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.**

Essa indicação, embora seja feita juntamente com o rol de pedidos na inicial da ação coletiva, não constituiu “um limite” a ser observado pelo juiz, pois a vinculação que ocorre é quanto ao pedido, estritamente considerado, que é o da indenização do dano moral coletivo.

A destinação que será feita dessa indenização incumbe ao julgador, mas não apenas a ele, pois de acordo com **os princípios da participação e da colaboração**, tal responsabilidade deverá ser dividida com as partes e ainda com aqueles que serão os beneficiários da reparação, que deverão ser ouvidos e opinar sobre a melhor forma de se reparar a lesão coletiva.¹¹²⁷

¹¹²⁶“A propósito, basta verificar que é da essência dos próprios interesses em conflito, na hipótese de tutela difusa, que a abstração necessariamente seja maior: a conduta descrita tem ontologicamente amplo espectro de incidência, o que impossibilita, ao menos em linha de princípio, que a inicial da ação traga minúcias não só do comportamento impugnado (ação ou omissão), como ainda do resultado (lesão), que somente se tornam possíveis quando a tutela colimada em incidência individual”. LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148-149.

¹¹²⁷**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 5º** As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

Dessa maneira, **a forma de reparação deverá ser construída durante todo o processo**, possibilitando-se que as partes possam dar subsídios ao juiz quanto à melhor maneira de dar uma satisfação à coletividade lesada, não podendo tal decisão corresponder apenas a um ato isolado do juiz na sentença, quando após arbitrar o respectivo valor, tarefa que não é das mais fáceis, ainda tem que encontrar o meio mais adequado de destinação da reparação para a coletividade lesada.

É por essa razão que alternativas ao envio da indenização ao Fundo de Amparo ao Trabalhador- FAT, poderão ser apontadas pelas próprias partes, além dos possíveis beneficiários por essa medida, incumbindo ao juiz instá-las para tal fim, de maneira que, convencendo-se da **existência do dano moral coletivo**, possa tomar a melhor decisão possível para reparar a coletividade lesada.

A possível crítica de que o juiz, em assim procedendo, estaria “prejulgando a causa” deve ser totalmente afastada, pois será privilegiado um diálogo entre as partes e o juiz, com observância dos **princípios da participação e colaboração**, incumbindo ao magistrado formar seu convencimento e motivar sua decisão quanto a existência ou não do dano, o valor da indenização e a melhor forma de destinação, tudo considerando o **princípio da motivação específica** que também informa as ações coletivas.

E, ainda, observando o juiz tal procedimento, afastaria o receio de que o pedido genérico nas ações coletivas traz o risco das partes serem “surpreendidas” pela decisão,¹¹²⁸ pois a efetiva participação dos envolvidos no processo tem o efeito de dar maior segurança quanto à forma de reparação do dano moral coletivo a ser estabelecida pela sentença.

Deve ficar claro que a mera indicação das partes quanto a possível destinação da reparação do dano moral coletivo não significará que esse dano será reconhecido, tampouco vinculará o julgador em sua decisão, pois as indicações constantes do processo deverão passar pelo crivo da adequação entre a reparação pretendida e o dano acarretado à coletividade.

¹¹²⁸Discorrendo sobre a necessidade de certa precisão quanto ao pedido genérico afirma Ada Pellegrini Grinover: “Essa exigência, se coloca, acrescemos nós, diante da *garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa* (CF, art. 5º, LV), porque ao réu, ao menos em princípio, somente será dado contrariar o quanto for posto pelo autor na inicial, não se concebendo, realmente, a edição de sentença que viesse a tomar o demandado “de surpresa”, por conter elementos não constantes da demanda e, portanto, *excluídos indevidamente do debate judicial*”. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 153.

Não tendo o julgador, **no momento da sentença**, condições de indicar qual a melhor destinação a ser dada à indenização do dano moral coletivo, **deve remeter essa decisão para a liquidação de sentença**, momento em que ouvidas as partes e, preferencialmente, os potenciais beneficiários da reparação, poderá o juiz decidir pelo meio mais adequado, que será sempre aquele que atender aos fins compensatório e pedagógico para a coletividade.

E o mesmo procedimento deverá ser adotado para os casos em que, **em grau de recurso**, seja reconhecida e fixada a indenização por dano moral coletivo por um Tribunal do Trabalho, especialmente se não tiverem sido feitas as referidas indicações pelas partes, que possam também orientar o órgão colegiado, quanto a mais adequada destinação à coletividade que suportou o prejuízo moral.

Observa-se, assim, que **a participação e colaboração das partes** no sentido aqui defendido poderá assegurar, ainda, a observação do princípio constitucional do tempo razoável do processo, pois a decisão poderá fixar, desde logo, a forma de reparação, que não precisará ser objeto da fase de liquidação.

O **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, tendência positiva de unificação e modernização do processo coletivo, tem disposição exatamente nesse sentido, pois assegura que existindo indenização em pecúnia, forma de reparação típica do dano moral coletivo, o valor será depositado em juízo, para ser aplicado a critério dele, ouvido o Ministério Público e a comunidade, que poderá participar, entre outras formas, por meio de audiência pública, que é meio eficaz para concretização dos princípios da publicidade, participação e colaboração.¹¹²⁹

A própria **indicação do valor da indenização por dano moral coletivo** na inicial poderia ser dispensada pelas mesmas razões alhures consignadas, incumbindo destacar que

¹¹²⁹**Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 45.** Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada. **§1.º** O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano. **§2.º** Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

o **Projeto de Lei nº 5.139/2009** contém disposição nesse sentido,¹¹³⁰ que está em consonância com o **princípio da flexibilização do procedimento e adequação do provimento ao direito material a ser tutelado**, conforme já apontado no presente estudo.

Assim, tendo natureza genérica o pedido de dano moral coletivo, o **juiz arbitrará seu valor da sentença**, embora a doutrina admita ser possível a fixação na fase de liquidação,¹¹³¹ o que não deverá acontecer nas ações coletivas julgadas pela Justiça do Trabalho, que tem adotado a fixação do valor devido na sentença de natureza condenatória.

Há que se atentar, também, para o fato de que o processo coletivo terá maiores probabilidades de alcançar o seu fim maior de **pacificação social**, se for assegurada a **participação das partes** e essas atuarem em **colaboração com o juízo**, no que se refere à forma de reparar o dano moral coletivo, pois será menos difícil para o réu cumprir o comando de uma decisão na qual ele teve oportunidade de influenciar de forma efetiva.

E mais, há ampliação do **efeito de reeducação do ofensor**, por via da sua atuação direta em prol da comunidade lesada e, também, do **efeito pedagógico** para outros potenciais infratores, o que somente poderá ser alcançado pela via da reparação que seja destinada à própria coletividade lesada.¹¹³²

E essa forma de reparação deverá ser aquela que se aproxime “o mais perto do possível” da lesão acarretada à coletividade, **forma de *cy pres* ou *fluid recovery* do direito comparado**, razão pela qual não se pode perder de vista que o benefício deverá favorecer a própria classe de trabalhadores vítimas do dano moral coletivo.

Nesse aspecto, deverá também ser observado o **princípio da motivação adequada da decisão**, pois o juiz deverá **explicitar as razões da sua escolha quanto à melhor**

¹¹³⁰ **Projeto de Lei nº 5.139/2009, Artigo 12.** Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz, em saneamento ou na sentença. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹¹³¹“A posição aqui defendida, cumpre lembrar, encontra eco na doutrina e jurisprudência, que são francamente favoráveis à tese de que se aplica o disposto no art. 286, II do CPC, ao pleito de dano moral, em que, a toda evidência, ao demandante é facultado pedir a condenação do réu em valor a ser apurado e arbitrado, quer no curso da instrução, quer em liquidação”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 157.

¹¹³²“Ademais, além da punição do infrator, a condenação decorrente da tutela coletiva, ao possibilitar o engajamento do infrator na preocupação pelo bem jurídico lesado, também apresenta claro objetivo preventivo-pedagógico.” ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, p. 82, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

forma de reparação, a fim de possibilitar o controle pelas partes e também pelos Tribunais do Trabalho, em eventual recurso.

Por fim, há que se considerar que o dano moral coletivo deve ser reparado de forma que seja dada a satisfação à comunidade de trabalhadores lesada, com base no **princípio da relevância social** e, apenas um provimento com tal escopo possibilitará o alcance e a concretização do **princípio de acesso à Justiça**.

Destarte, a superação dos limites do pedido em tema de dano moral coletivo pode ser feita com base no próprio ordenamento vigente, mas especialmente, com fulcro na maior parte dos princípios que informam o processo coletivo, de forma que seja concretizado o **princípio da máxima efetividade** da tutela coletiva.

A jurisprudência trabalhista, como já referido no presente trabalho, não se tem manifestado sobre os limites do pedido e a vinculação do julgador quanto à destinação pleiteada em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, salvo por algumas recentes decisões que, por terem adotado **tese explícita** sobre esse tema, merecem aqui ser destacadas.

A primeira delas refere-se à decisão proferida pelo **Tribunal Regional da 15ª. Região** em sede de recurso ordinário em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho em face de empresas situadas na cidade de Paulínia – SP, cuja decisão foi objeto do presente estudo, na qual restou assentado que:

“O efeito do ato danoso foi concêntrico, atingindo um grupo de pessoas, com mais ou menos intensidade, que, representados por instituições civis legítimas, simultaneamente apresentaram ao Judiciário pedido de reparação individual, mas com a mesma gênese. A isto a moderna processualística denomina ação coletiva, de caráter civil, **que nasce genérica**, com indicação do fato gerador e pedido abrangente ao grupo, a ser individualizado na fase de liquidação, momento apropriado para se identificar os beneficiários.”¹¹³³ – sem destaque no original.

A segunda decisão proferida pelo **Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Região**, também em sede de recurso ordinário em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho em face da empresa Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, consignou

¹¹³³Processo nº 0022200-28.2007.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª. Região e Processo nº 0068400-59.2008.5.15.0126 – ação civil pública ajuizada pela ATESQ – Associação dos Trabalhadores Expostos à Substâncias Químicas e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Plásticos, Abrasivos e Similares de Campinas e Região, ambos em face das empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

que não obstante tivesse a sentença destinado valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, **conforme pedido da inicial**, esse fundo não se mostrava capaz de reparar o dano moral coletivo, razão pela qual, determinou o Tribunal, **de ofício**, a seguinte destinação:

“Seguindo as diversas sugestões indicadas pelo i. autor, acredito que a condenação da reclamada deveria ser revertida para uma conta bancária - fundo - a ser aberta e com gestão incumbida ao Ministério Público do Trabalho local, havendo efetiva participação de organizações que lidam diuturnamente com os direitos debatidos neste processo. **Sinalo que o magistrado, neste caso, não estaria estritamente vinculado ao pedido inicial.** Caso assim não se entenda, os valores poderão ser dirigidos a outro fundo que o autor venha a indicar.”¹¹³⁴ – sem destaque no original.

Em consequência, sendo o pedido de dano moral coletivo genérico e não constituindo limite a mera indicação de remessa da indenização ao Fundo de Amparo ao Trabalhador **não há que se falar em julgamento extra petita** no caso do juiz acolher outra forma de destinação que melhor atenda à finalidade de satisfação à comunidade lesada, como leciona autorizada doutrina.¹¹³⁵

Ratifica-se que não há julgamento *extra petita* – **o pedido julgado é de reparação do dano coletivo** – e a forma de reparação deve ser a que mais atenda aos fins de compensação do dano coletivo. Nesse sentido a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região que, no mesmo julgamento acima referido, afastou a preliminar suscitada pelas empresas recorrentes:

“Não ocorreu julgamento *extra petita*, como alega a Recorrente, conforme fundamento do voto lavrado no Mandado de Segurança citado acima; impôs-se à ré uma obrigação de fazer diversa do pedido, mas com resultado prático factível e equivalente, eliminando-se terceiro (empresa de planos de saúde) e estabelecendo-se um liame direto entre a empresa e o beneficiário, como previsto no Artigo 461, cabeça e parágrafos 3º e 5º, do Código de Processo Civil.”¹¹³⁶

¹¹³⁴TRT 10ª Região. Processo nº 02044-2011-014-10-00-3 RO. 2ª Turma. Relator Desembargador Brasilino Santos Ramos. Julgamento em 12-06-2013. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

¹¹³⁵“Igualmente, com ou sem pedidos nesse sentido, podem os juízes do trabalho também dar destinações alternativas a esses valores, total ou parcialmente”. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. São Paulo: LTr, 2004. p. 347.

¹¹³⁶PROCESSOS TRT/CAMPINAS nº 0022200-28.2007-5.15.0126 e 00684-59.2008.5.15.0126 (APENSADOS). Recorrentes: Shell Brasil Ltda., Basf S/A e Ministério Público do Trabalho. Acórdão unânime da 2ª. Turma, n. 019588/2011-PATR, publicado em 8-4-2011. Desembargador Relator Dagoberto Nishina. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 01 out. 2013.

Esses dois julgados foram escolhidos, pois confirmam a tese aqui defendida, **quanto à natureza genérica do pedido de dano moral coletivo** e, ainda, que a indicação quanto à destinação ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, não vincula o julgador que deverá destinar o valor arbitrado de forma a alcançar as finalidades compensatória e pedagógica para a coletividade lesada, além do efeito punitivo para o ofensor.

3.6.3. Pedido e causa de pedir – propostas legislativas e as lições do direito comparado em tema de preclusão e estabilização do processo

Dispõe o **Projeto de lei n. 5.139/2009**, que unifica o sistema de ações coletivas no Brasil, que a requerimento do autor ideológico ou do Ministério Público, o juiz poderá autorizar a alteração do pedido e da causa de pedir até o saneamento do processo,¹¹³⁷ sendo ainda mais flexível o **Projeto de Lei nº 8.046/10 do novo Código de Processo Civil**, pois autoriza as mesmas modificações enquanto não proferida a sentença.¹¹³⁸

As alterações somente serão autorizadas mediante a observância de importantes requisitos, como a boa-fé da parte requerente, **a ausência de prejuízo para a parte contrária e a garantia do princípio do contraditório, assegurado mediante manifestação da parte e possibilidade de complementação da prova.**

Esses requisitos constaram de forma idêntica em ambos os **Projetos de Lei acima indicados**, demonstrando que as alterações do pedido e da causa de pedir buscam ou visam a uma maior adequação do provimento ao direito material, **mas com observância do princípio do contraditório de forma plena.**

¹¹³⁷ **Projeto de Lei nº 5.139/2009. Artigo 16.** Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o saneamento do processo, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹¹³⁸ **Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 314.** O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

Deve-se apontar, ainda que brevemente, que tais propostas legislativas encontram subsídios na codificação do processo de outros países,¹¹³⁹ destacando-se **o direito processual italiano** que passou por modificações na década de 90 do último século, com a finalidade de adequar o processo às necessidades do direito material, de forma a se alcançar a celeridade do feito e efetividade do provimento.

Na sistemática atual do processo italiano as partes têm o ônus de deduzir suas alegações na inicial e na defesa, mas permite-se a alteração do pedido, no curso da instrução, desde que se assegure o contraditório e que não haja uma mudança completa do objeto do processo. As alterações do pedido, os esclarecimentos e a complementação da defesa foram autorizados na fase preparatória do processo, mas sempre com observância do princípio do contraditório e de outros requisitos postos pelo legislador daquele país.¹¹⁴⁰

Na realidade, as reformas procedidas no processo italiano romperam com a tradição vigente naquele país e introduziram regras que exigem uma maior especificação dos fatos que fundamentam o pedido, privilegiando-se **o princípio da eventualidade**,¹¹⁴¹ para uma maior estabilização do processo.¹¹⁴²

O que mais chama atenção é o regramento de uma **participação ativa das partes em colaboração com o juiz no processo italiano**, assegurando-se a possibilidade de

¹¹³⁹“Na mesma esteira, o §235, 3, da Ordenança Processual austríaca, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer “um retardamento relevante” e um “agravamento” no desenvolvimento do processo. Também a Ordenança Processual de Berna, §94, admite a alteração da ação ou da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, desde considere o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no andamento da causa”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 82, jun. 2003.

¹¹⁴⁰Codice di Procedura Civile. Artigos 180 a 184. CODICE Procedura Civile. *Testolegge*. Disponível em: <<http://www.testolegge.com/italia/procedura-civile>>. Acesso em: 28 out. 2013.

¹¹⁴¹“O princípio de eventualidade encontra aplicação em relação aos atos que tem por objeto meios de ataque e de defesa concorrentes, meios que poderiam ser utilizados em via sucessiva, um respeito ao outro, a escolha da parte. O princípio de eventualidade impõe, porém que sejam cumpridos conjuntamente... Todos os fatos constitutivos devem, portanto, ser alegados conjuntamente e, assim, pois todas as exceções” TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 53, jul./set. 1995.

¹¹⁴²“Parece que mesmo na Itália, após a recente reforma de 1991, verifica-se a propensão a uma mitigação da tradição anteriormente vigente naquele país, no sentido da adoção da teoria da individuação quanto à *causa petendi*, posto que com a nova configuração adotada pelo sistema processual passa a haver a necessidade de maior especificação – substanciação – dos fatos que justificam a dedução da pretensão em juízo, havendo sido adotados, por opção de política legislativa, limites temporais, procedimentais para a modificação da causa da demanda, com propensão portanto à estabilização do litígio, isto é, inserindo-se no texto legislativo processual fórmulas nítidas de preclusão, com reconhecimento do princípio da eventualidade.” LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 139.

ampliação do pedido e esclarecimentos que são prestados em duas audiências obrigatórias para melhor fixação do objeto da controvérsia.¹¹⁴³

Com relação à primeira audiência no processo italiano, essa abrangerá desde o interrogatório das partes, até a proposta de conciliação, seguida de manifestação do juiz sobre questões do processo, inclusive aquelas conhecíveis de ofício, desde que entenda oportuna a manifestação e o debate entre as partes,¹¹⁴⁴ podendo o juiz autorizar a emenda da inicial, mas também da defesa, inclusive com base no diálogo que foi mantido em audiência,¹¹⁴⁵ alterações que têm como limite o final da instrução processual.¹¹⁴⁶

Na Alemanha são também autorizadas alterações da causa de pedir e do pedido, inclusive se houver modificação de fatos posteriormente à propositura da ação, de forma que seja necessário substituir o objeto ou interesse inicialmente postulado,¹¹⁴⁷ disposição que se adequa exatamente ao tema ora estudado, o pedido de indenização dos danos morais acarretados à coletividade.

¹¹⁴³“Nestas audiências, é possível, dentre outras atividades saneadoras do processo, que se modifique, esclareça e complemente os pedidos, as exceções e conclusões suscitadas, desde que essa alteração não seja substancial a ponto de alterar e substituir completamente os elementos objetivos da demanda originários, sempre submetendo tais mudanças ao contraditório, a fim de que se estabeleça diálogo cooperativo entre as partes e o juiz, para definição do objeto da causa”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. 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, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

¹¹⁴⁴“O papel central que foi atribuído à primeira audiência *di trattazione*, semelhante à audiência prevista pelo novo art. 331 do Código brasileiro. Nesta pois tem lugar, antes de mais nada, o interrogatório livre das partes, sobre os fatos da causa e a tentativa de conciliação, e, se esta não ocorre, o juiz deve assinalar às partes as questões conhecíveis de ofício, pelas quais entenda oportuno o debate”. TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 55, jul./set. 1995.

¹¹⁴⁵“Parece clara, pois, a diretiva ao juiz a fim de que autorize largamente a *emendatio* de demanda, exceções e conclusões. A *emendatio* poderá parecer oportuna aos defensores não só com base nos resultados do interrogatório e do ‘colóquio processual’ instaurado, ou de qualquer situação, que justifique o atraso, mas também com base em um repensamento da linha defensiva”. TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 56, jul./set. 1995.

¹¹⁴⁶“Todas estas atividades encontram um limite natural no momento final da fase instrutória, aquele da *precisazione delle conclusioni*.” (art. 189 CPC). TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 57, jul./set. 1995.

¹¹⁴⁷“Em tema de alteração do pedido, mantida a mesma causa de pedir, a lei alemã parece ainda mais liberal, pois, consoante os três incisos do §264 da Ordenança Processual, as hipóteses seguintes não configuram alteração da demanda: I – puro e simples suprimento ou esclarecimento das alegações de ordem fática ou jurídica. II – extensão ou limitação do pedido de fundo ou relativamente a algum crédito acessório. III – se em virtude da modificação sucedida ulteriormente, em lugar do objeto originariamente exigido é pleiteado um objeto ou interesse”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 82-83, jun. 2003.

Em Portugal vige o princípio dispositivo, que impõe ao autor da ação formular o pedido¹¹⁴⁸ na petição inicial,¹¹⁴⁹ vinculando o provimento jurisdicional, sendo vedado ao juiz condenar em quantidade superior ou objeto diverso do que foi pleiteado pelo Autor,¹¹⁵⁰ o que se aplica a todas as espécies de ações, incluindo as ações coletivas.¹¹⁵¹

Há similitude dessas disposições com o sistema processual civil brasileiro,¹¹⁵² o que não ocorre, por sua vez, **quanto à disciplina da alteração do pedido e da causa de pedir**, que foi autorizada pelo legislador português, “a qualquer tempo, em primeira ou segunda instância”, por acordo e desde não haja prejuízos para a instrução ou o julgamento do pleito.¹¹⁵³

Mesmo que não haja acordo entre as partes, a alteração do pedido e da causa de pedir foi autorizada nas hipóteses indicadas no Código de Processo Civil português, destacando-se aquela que for consequência de ampliação ou redução do próprio objeto

¹¹⁴⁸ **Código de Processo Civil português. Artigo 3º** (NECESSIDADE DO PEDIDO E DA CONTRADIÇÃO) 1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd.* Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁴⁹ **Código de Processo Civil português. Artigo 467º** REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL. 1 - Na petição, com que propõe a acção, deve o autor: (...). e) Formular o pedido. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd.* Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁵⁰ **Código de Processo Civil português. Artigo 661º** (LIMITES DA CONDENAÇÃO). 1. A sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd.* Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁵¹ “A necessidade do cumprimento do ônus de formulação do pedido subsiste mesmo nas situações em que estão em causa direitos indisponíveis, interesses colectivos ou interesses difusos, embora por vezes se confira ao Ministério Público o poder de iniciativa processual quando os interesses em causa o aconselham.” GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1, p. 52.

¹¹⁵² **Código de Processo Civil brasileiro, Artigos 2º** (princípio da demanda); artigo 282, inciso IV (requisitos da petição inicial) e artigo 459, parágrafo único, combinado com o artigo 128 (vinculação da sentença ao pedido).

¹¹⁵³ **Código de Processo Civil português. Artigo 272º** (ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR POR ACORDO) Havendo acordo, as partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd.* Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

inicialmente postulado,¹¹⁵⁴ hipótese que poderia ser invocada em sede de ações coletivas, cujo objeto são os interesses e direitos transindividuais.

É no **Código de Processo do Trabalho português** que se encontra regra que autoriza, de forma clara e expressa, o **juízo** *extra ou ultra petita* quando isso resulte da matéria provada nos autos,¹¹⁵⁵ de preceitos inderrogáveis de leis ou normas coletivas de trabalho, ou ainda, de fatos que já são previstos no artigo 514 do Código de Processo Civil Português.¹¹⁵⁶

Destarte, o que o estudo comparado de Direito Processual demonstra é uma tendência de superação de um formalismo excessivo, fundado em regras rígidas de procedimentos e preclusões, para **um sistema aberto de normas mais flexíveis, em que**

¹¹⁵⁴ **Código de Processo Civil português. Artigo 273º** (ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR NA FALTA DE ACORDO) Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor. **2.** O pedido pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo. **3.** Se a modificação do pedido for feita na audiência de discussão e julgamento, ficará a constar da acta respectiva. **4.** O pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 829.º-A do Código Civil, pode ser deduzido nos termos da segunda parte do nº 2. **5.** Nas acções de indemnização fundadas em responsabilidade civil, pode o autor requerer, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento em primeira instância, a condenação do réu nos termos previstos no artigo 567.º do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa. **6.** É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁵⁵ **Código de Processo do Trabalho português. Artigo 74º** **Condenação extra vel ultra petitem.** O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. CÓDIGO de Processo do Trabalho. *Compilações legislativas Verbo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/download/codigoprocessotrabalho.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁵⁶ **Código de Processo Civil português. Artigo 514º** (FACTOS QUE NÃO CARECEM DE ALEGAÇÃO OU DE PROVA) **1.** Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral. **2.** Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove. CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

as partes estão em diálogo e cooperação com o juiz,¹¹⁵⁷ buscando uma decisão capaz de alcançar a pacificação social, o que toma relevo em matéria de conflitos coletivos.¹¹⁵⁸

As lições do Direito comparado devem servir de inspiração para que o rígido sistema de preclusão quanto ao pedido e a causa de pedir do ordenamento brasileiro, possa se adequar a uma nova realidade processual a fim de privilegiar a efetividade do processo. A alteração poderá ser autorizada pelo juiz em prol do **interesse público que caracteriza as ações coletivas**, desde que observados os **princípios do processo coletivo**, especialmente o contraditório e a ampla defesa, de maneira a não acarretar prejuízos para as partes.

Aliás, é o interesse público que justifica as alterações no pedido e na causa de pedir em países como a Alemanha,¹¹⁵⁹ e que deve ser considerado em juízo de ponderação, pois se a estabilização do processo interessa a uma ordem lógica do processo e contribui para a **celeridade do processo**, por outro lado, **o princípio da economia processual** recomenda que seja o conflito coletivo resolvido da forma mais abrangente possível e, para tanto, devem ser consideradas as possibilidades de flexibilização do procedimento, inclusive com alteração dos limites da lide.

Considerando-se que o juiz conta com poder discricionário para arbitrar a indenização e de autorização legal para fixá-la de acordo com a extensão do dano e proporcional ao agravo sofrido pela coletividade, a alteração da causa de pedir quanto ao

¹¹⁵⁷“Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente legislação processual portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia, mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 84, jun. 2003.

¹¹⁵⁸“Nessa perspectiva, se pode esperar que o processo, sem perder os caracteres querido pelo legislador, mantenha aquela elasticidade que é necessária para um tratamento das causas simples e das causas complexas: distinção que não é nova e que está, pelo contrário, no centro da atenção da doutrina internacional, mas que não é sempre adequadamente considerada pelos redações das reformas processuais”. TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 63, jul./set. 1995.

¹¹⁵⁹“Todavia, a experiência histórica mais moderna tem estabelecido brechas nesse rigorismo formal, procurando coordená-lo com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo. Típico exemplo dessa orientação é representada pelo §263 da Ordenança Processual alemã, na redação de novela de 1933, ao permitir a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo Tribunal estar atendido o requisito da “oportunidade” (*Sachdienlichkeit*). A doutrina germânica considera decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo ou as exigência de economia do juízo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 82, jun. 2003.

dano moral coletivo somente beneficiaria o réu, que teria assegurado prazo para manifestação sobre os novos fundamentos apresentados pelo autor ideológico.¹¹⁶⁰

Conforme demonstrado, o pedido relativo ao dano moral coletivo é genérico, pois se fundamenta em fatos que podem se modificar em razão da própria natureza dos interesses e direitos transindividuais objeto da tutela, ou seja, o juiz levará em consideração no arbitramento da indenização, **os fatos que forem comprovados nos autos**, ainda que não seja realizada a alteração do pedido e da respectiva causa de pedir.

Um exemplo pode aclarar a proposta ora apresentada: se na inicial o autor ideológico postula por dano moral coletivo com base na contaminação de trabalhadores de um determinado setor de uma indústria, mas as evidências e provas produzidas, **mediante o devido contraditório**, demonstrarem que há contaminação em outros setores e áreas da planta fabril, poderá ser autorizada a complementação da causa de pedir, mas ainda que tal não ocorra, tal fato será levado em consideração, quando do arbitramento, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição e artigo 944 do Código Civil.

Doutrina italiana indica que o princípio da eventualidade e as preclusões que de sua aplicação decorrem, não incidem sobre fatos futuros, não se podendo exigir das partes a antecipação das suas defesas,¹¹⁶¹ lição aplicável ao processo coletivo, pela própria natureza dos interesses e direitos do conflito de massa.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT não tem disposição semelhante ao artigo 74 do Código do Trabalho português, mas pode ser lembrado o disposto no artigo 850, parágrafo único, letra “d” que, embora tenha sido tacitamente revogado, no que diz

¹¹⁶⁰“Como dito linhas acima, há várias hipóteses em que, na busca da verdade real, novos fatos vêm a ser agregados ao processo, seja porque seu conhecimento veio a cabo em fase posterior ao ajuizamento da demanda, seja porque se trata, efetivamente de fatos supervenientes. Ora, nada impede que tais fatos sejam deduzidos pelo autor – vale lembrar, mero representante adequado da coletividade – em fase avançada do processo, desde que preservado o contraditório e verificada a sua boa-fé”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 657.

¹¹⁶¹“Existem, de fato, atividades que necessariamente ficam excluídas deste esquema rigoroso: pela sua diversa natureza, ou em virtude do princípio de que a preclusão – não diversamente da coisa julgada – cobre o deduzido e o dedutível, mas não aquilo que ainda não podia ter sido deduzido”. TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 56, jul./set. 1995.

respeito a possível empate no julgamento,¹¹⁶² permaneceria válido quanto aos fins visados pelo provimento jurisdicional, pois a decisão do juiz do Trabalho deve atender **ao cumprimento da lei e ao interesse social**.

Ainda que assim não se entenda, há no ordenamento jurídico brasileiro disposição de longa tradição que direciona o juiz a aplicar a lei de acordo com **o seu fim social e as exigências do bem comum – artigo 5º da Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro)**, diretriz igualmente adotada pelo **Projeto de Lei nº 8.046/10 de reforma do Código de Processo Civil**, que ainda acrescentou os princípios que deverão ser observados, confirmando a tendência de interpretação e aplicação das normas em harmonia com os princípios que as informam.¹¹⁶³

Em suma, as propostas de alteração da legislação processual civil em geral e, em especial, de unificação do processo coletivo poderão, caso aprovadas, superar a rígida concepção de preclusão quanto ao pedido e causa de pedir, **autorizando uma flexibilização em benefício da efetividade do provimento jurisdicional**, com fundamento nos **princípios de economia processual e colaboração entre o juiz e as partes**, na esteira do que já ocorreu com o processo civil em outros países.

¹¹⁶²Nesse sentido as seguintes manifestações da doutrina: “O parágrafo único do artigo 850 da CLT perde sentido diante da Emenda Constitucional n. 24/99, pois o juiz do trabalho passa a atuar monocraticamente no primeiro grau. Não há mais colegiado”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 833; e “Artigo 850, parágrafo único. Perdeu a eficácia com a EC n. 24/99”. SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho*: comentada. 42. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.134.

¹¹⁶³**Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/10. Artigo 6º** Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

CAPITULO III. O PAPEL DO JUIZ NA REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Discorrer sobre o papel do juiz no século XXI tem se tornado comum, não apenas nos manuais de Direito, nas universidades ou nos órgãos do Judiciário, mas na sociedade de um modo geral, cujo interesse pelo Poder Judiciário se apresenta num crescente, especialmente pela repercussão das decisões judiciais noticiadas pela imprensa com grande destaque.

Não seria exagero apontar que no presente momento de evolução do processo, a atuação do juiz, seus poderes e também responsabilidades, têm chamado a atenção dos juristas, preenchendo um espaço até então ocupado pelas teorias sobre a jurisdição, a ação, a defesa e o processo.

A constatação de ter o juiz um *novo* papel a desempenhar em prol da efetividade do processo e da pacificação social em matéria de reparação do dano moral coletivo, foi destacada em várias partes do presente estudo, **que não estaria completo sem uma análise, ainda que breve, das teorias que procuraram fundamentar os poderes dos juízes.**

É com base nessa evolução que serão desenvolvidos os temas da politização do Judiciário, ativismo e criatividade judiciais, pretendendo demonstrar que estão diretamente ligados à maior efetividade da reparação do dano moral coletivo, que ainda depende, em última análise, de medidas quanto à própria gestão do Judiciário.

1. O juiz: da arbitrariedade à neutralidade absoluta

Embora o poder de julgar seja encontrado nas civilizações antigas e ao longo de toda a Idade Média, é na Idade Moderna que a preocupação com o poder dos juízes passa a ser objeto da atenção tanto da Filosofia como do Direito, integrando-se às teorias que pretenderam fundamentar o Estado.¹¹⁶⁴

¹¹⁶⁴ A magistratura se confunde com a história da humanidade, especialmente na Grécia e em Roma, mas também durante toda a Idade Média, onde existiram tribunais corporativos e eclesiásticos, além de uma multiplicidade de normas, tornando difícil uma caracterização da magistratura nesse período. Assim, é no contexto de limitação de poderes exigido pelas Revoluções do século XVIII que se verifica o delineamento da magistratura e do papel dos juízes, que continuou a variar, tanto no aspecto social, como político. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9-14.

As guerras religiosas e as lutas entre os povos da Europa nos séculos XVII e XVIII, o poder absoluto dos reis, os quais mantinham alianças com os senhores feudais que, por sua vez, detinham todo direito de propriedade e exploravam os servos, faziam com que esses se sentissem ameaçados e totalmente desprotegidos.

Esses são os sentimentos de Hobbes,¹¹⁶⁵ para quem apenas no Estado civil, criado a partir da entrega de todos os direitos individuais a um soberano (com exceção do direito à vida, único direito natural), seria possível alcançar a paz social, sendo que a solução hobbesiana acaba por concentrar ainda mais poderes na figura do soberano, acarretando o absolutismo, extremo oposto da anarquia.

Hobbes, além de ser apontado como “teórico do poder absoluto e fundador da primeira teoria do Estado moderno”¹¹⁶⁶ foi também um dos precursores do positivismo jurídico, cujo marco inicial é representado pelas codificações do século XVIII, especialmente porque defendeu o respeito irrestrito à lei – aspecto meramente formal e imperativo, como forma de alcançar-se a segurança jurídica.

Na Inglaterra de Hobbes os juízes estavam a serviço do soberano e foram utilizados de forma política,¹¹⁶⁷ passando a se também figuras poderosas, que agiam com total liberdade e não raras vezes arbitrariedade, comportamento que passou a ter um duplo efeito sobre o povo: o temor aos juízes e a impressão (correta) de que faziam parte de um único poder.

Para Locke,¹¹⁶⁸ outro importante filósofo inglês do século XVII, o estado da natureza não seria “naturalmente” inseguro e instável, partindo, assim, de premissa totalmente diversa daquela adotada por Hobbes. Para Locke todos os homens estariam, na

¹¹⁶⁵Thomas Hobbes (1588-1679) foi filósofo e pensador político. Viveu na época da guerra civil que culminou com a execução do rei Carlos I da Inglaterra. A base de sua filosofia é o estado de natureza, na qual, os homens viveriam em permanente guerra, uns contra os outros (*bellum omnium contra omnes*), sendo impossível a paz e a segurança, pois cada um podia usar a força para defender seus direitos. Uma de suas principais obras é *Leviathan* (1651), na qual aponta como dever do soberano proteger os homens de si próprios, tendo poder absoluto para assegurar a paz aos seus súditos, impondo as leis que seriam justas *a priori*. In JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 129-130.

¹¹⁶⁶BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 34.

¹¹⁶⁷DALLARI cita que Carlos I obtinha dos juízes as decisões que queria e apoiava-se nos tribunais de privilégios como instrumentos políticos de poder. In DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13-14.

¹¹⁶⁸John Locke (1632-1704) viveu na Inglaterra de guerras e mudanças de poder político, quando se buscava a limitação de poderes do rei por meio do parlamento. Nas suas obras se ocupou da filosofia do conhecimento (Ensaio sobre o intelecto humano) e da filosofia política (Dois Tratados do Governo Civil), na qual afasta a força como legitimadora do poder, apontando que apenas o consentimento dos governados é fonte do poder legítimo. In JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 165.

natureza, num estado de liberdade ideal, sendo que a falha nesse estado levaria todos a firmar um “contrato” e criar um governo civil, para garantia dos direitos “naturais” de todos: a vida, a liberdade (inclusive religiosa) e a propriedade, tomada essa no sentido de propriedade da vida e da liberdade, e não apenas no aspecto material.

Como também viveu numa época ainda marcada por intensas guerras e rupturas políticas, Locke apontou que a violência decorreria tanto da ausência de lei, que ele já chamava de “positivas”, como da existência de uma “autoridade”, a quem se pudesse apelar.¹¹⁶⁹

Assim, na teoria de Locke era a falta de um juiz imparcial que levaria os homens a sair do estado da natureza, defendendo a promulgação de leis e a instituição de juízes com poder de decisão sobre os direitos dos súditos, mas com uma possível unidade entre Legislativo e Judiciário.¹¹⁷⁰

Deve ficar claro, entretanto, que para Locke a divisão principal seria entre dois poderes, o Legislativo e o Executivo, representados pelo Parlamento e pelo Rei, mas com clara supremacia do primeiro sobre o segundo, inexistindo coordenação entre poderes, mas sim subordinação do Executivo ao Legislativo, o que serviu de base para os Estados parlamentaristas.

Importante para o presente estudo, que Locke apontava que legisladores e juízes exerciam a mesma função, **sem diferença qualitativa**,¹¹⁷¹ pois aqueles regulavam os casos de forma abstrata e esses de forma concreta, admitindo que no caso de conflito, seria a decisão judicial que deveria ser cumprida pelo Executivo, inclusive pelo uso da força.

Por outro lado, é correto afirmar que se encontra na filosofia de Locke a identificação de **poderes** do Estado e não de **um único poder** concentrado na pessoa do soberano, como foi preconizado por Hobbes, embora a ideia de **separação de poderes**, tal

¹¹⁶⁹Para Norberto BOBBIO, ao ser alterado o estado da natureza que para Locke era “estado de paz, benevolência, assistência e conservação recíprocas” e instalado o estado de guerra esse perduraria, como consequência da “falta de leis positivas e de julgamento por parte da autoridade a que se possa apelar”. In BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 177.

¹¹⁷⁰Essa a conclusão de Norberto BOBBIO, com base na seguinte afirmativa de Locke: “A instituição de um juiz, com autoridade para decidir todas as controvérsias e reparar as ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política, juiz que é o Legislativo ou o magistrado por ele designado”. In BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 232-233.

¹¹⁷¹BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 232-233.

como concebemos nos dias atuais, somente seria pensada e estruturada por Montesquieu,¹¹⁷² tendo influência direta nas Constituições do século XVIII.

De acordo com o pensamento de Montesquieu, seria necessário separar o poder de julgar dos poderes próprios do Executivo e do Legislativo, de forma que esses dois últimos não fossem demasiado fortes, mas alertava o filósofo que também os juízes não poderiam ter qualquer dos outros poderes, pois poderiam se tornar opressores, sendo clara a sua preocupação com os limites da atuação dos juízes.

Para segurança e harmonia do sistema que concebeu, Montesquieu preconizava que “juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei”, deveriam ser eleitos por prazo determinado e ser “do povo”, mas os nobres deveriam ser julgados pela parte do Legislativo composta pelos nobres (para que a inveja que despertavam não influenciasse o julgamento).¹¹⁷³

O juiz seria assim um ser neutro, sendo mesmo duvidoso que exercesse de fato um poder,¹¹⁷⁴ restando-lhe aplicar a lei posta pelo legislador, cujo poder era reconhecido, pois legitimado pelo povo, não sendo as sentenças dos juízes nada mais do que o próprio texto da Lei.¹¹⁷⁵

Por fim, há que se referir a Rousseau,¹¹⁷⁶ que tinha o homem como “bom” e livre no estado da natureza, mas que estaria “em toda a parte acorrentado” propugnando por uma sociedade civil que uniria a todos, fazendo com que o homem voltasse a ser livre e também feliz.

¹¹⁷²Montesquieu (1689-1755). Um dos fatos marcantes da vida do filósofo francês foi sua viagem à Inglaterra e impressões que colheu da forma de governo e que influenciaram a célebre obra *L'Esprit des lois* (O Espírito das Leis) de 1748, na qual propôs um sistema de governo no qual a liberdade fosse assegurada pela independência e controle mútuo entre os três Poderes de Estado. In JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 187.

¹¹⁷³DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

¹¹⁷⁴“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes tem necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito”. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo, Abril, 1973. p. 159. (Coleção Os Pensadores, v. 21).

¹¹⁷⁵“Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.” MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo, Abril, 1973. p. 158. (Coleção Os Pensadores, v. 21).

¹¹⁷⁶Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) é um filósofo cujas concepções influenciaram a humanidade de forma significativa, embora o maior impacto de suas ideias, especialmente a “igualdade” e a “vontade geral” tivesse se dado na Revolução Francesa (*Robespierre* era seu seguidor), sendo considerado como um “herói da revolução”. In JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 238.

Em uma de suas obras mais célebres, “o Contrato Social”, encontra-se a ideia original do filósofo de “vontade geral” que produziria o bem comum, bem delineando a figura do Legislador, colocado por Rousseau em posição de supremacia na organização do Estado, e que também deveria ter o poder dividido,¹¹⁷⁷ ideias que se popularizaram na França, entre os revolucionários do século XVIII.

O pensamento e a teoria de um filósofo devem ser compreendidos em consonância com o respectivo contexto histórico em que viveu e que marca, de forma incontestável, a sua própria visão de mundo.

Assim, quando Hobbes preconizou e defendeu o poder absoluto do soberano, estava preocupado em pacificar a Inglaterra que como toda a Europa sofria com o caos e os abusos das guerras religiosas, ou seja, quando descreveu o estado natural de guerra da sociedade, não estava partindo de uma hipótese, mas daquilo que ele próprio vivenciava.

Também as obras de Locke refletem o estado de guerra civil da Inglaterra no século XVII¹¹⁷⁸ – fazendo com que o filósofo ansiasse e defendesse a segurança para a sociedade, mas de forma diferente de Hobbes, fundada no direito individual de liberdade, que não poderia ser suprimido em nome da ordem.

Montesquieu, que conhecia muito bem a magistratura,¹¹⁷⁹ tomou a Constituição da Inglaterra como base de sua teoria, país que não reconhecia o Judiciário como poder independente, temendo o filósofo francês os riscos de se dar aos juízes maiores poderes, bem refletindo um sentimento negativo em relação à magistratura existente na França dos séculos XVII e XVIII.

¹¹⁷⁷“O Legislador sobre todos os aspectos é um homem extraordinário no Estado. Se o deve ser pelo gênio, não o será menos pelo ofício. Este não é magistratura, nem é soberania. Tal ofício, que constitui a república, não pertence à sua constituição, por ser uma função particular e superior que nada tem de comum com o império humano, pois se aquele que governa os homens não deve governar as leis; o que governa as leis não deve governar os homens (...)”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social: ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 58. (Coleção Os pensadores, v. 6).

¹¹⁷⁸A Guerra civil de 1642, a decapitação de Carlos I, em 1649, a instalação do poder absoluto de *Cronwell*, em 1652 e, finalmente, a restauração da monarquia em 1660. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 81.

¹¹⁷⁹Na França, durante o período histórico identificado como *ancien régime*, o ofício de julgar integrava o *parlement* e era um direito de propriedade, podendo ser vendido e alugado, sendo fato curioso que recebeu o nome de Montesquieu, o jovem que herdou de um tio tal cargo em 1716 e o exerceu por 10 anos, quando o vendeu, pois não se interessava pela função judicante (ele próprio declarava nada entender de processos), não obstante julgar fosse atividade rentável, pois a prestação da Justiça era sempre paga e, bem paga. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16 e 93 e MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo, Abril, 1973. Introdução. (Coleção Os Pensadores, v. 21).

Rousseau, tal como Locke, partiu de uma concepção positiva da natureza, onde todos seriam bons e livres, “a concepção do bom selvagem”, sendo que era a decadência à sua volta a responsável pela perda da liberdade do homem,¹¹⁸⁰ tendo a convicção de que teria a solução para tal questão: os homens deveriam firmar (idealmente) o contrato social, para que os depositários da vontade geral do povo possibilitassem que todos fossem novamente livres na sociedade civil.

O que é significativo é que esses quatro filósofos, que ansiavam, cada um à sua maneira, por liberdade e segurança, apresentaram soluções que foram fundamentais para a criação do Estado moderno, bem como para sua estruturação na forma de divisão do poder estatal.

Estado que foi absolutista num primeiro momento, com poder concentrado na pessoa do soberano, mas evoluiu para a concepção liberal, sendo um dos pilares a divisão do poder, prevalecendo a ideia do Legislativo como poder supremo, pois era o que verdadeiramente representava o povo, sem que tivessem os juízes qualquer papel de destaque, ao contrário, deveriam ser submissos à lei, meros aplicadores do direito posto, para segurança de todos.¹¹⁸¹

2. O Judiciário nas Constituições que se seguiram às duas grandes revoluções do século XVIII

Tanto a Revolução da Independência na América do Norte como a Revolução contra o *ancien régime* na França foram movidas por ideias liberais, marcando uma nova fase da história da humanidade, sendo relevante para o presente estudo que, além de terem declarado direitos de natureza tipicamente individuais, estruturaram o Estado com base nas Constituições que dispuseram sobre a divisão de poderes.

No que se refere ao papel do Judiciário, esse foi concebido de forma diferente pelas duas Constituições que se originaram dessas revoluções.

¹¹⁸⁰“O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver essa questão”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social: ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 22. (Coleção Os pensadores, v. 6).

¹¹⁸¹“A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que todo cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 40.

A Constituição Francesa de 1791 tinha a marca dos ideais revolucionários, especialmente quanto à desconfiança em relação àqueles que até então tinham exercido o poder, tendo sido diretamente influenciada por Rousseau, pois a soberania era do povo, sendo o soberano um empregado ou comissário da nação, com a tarefa de cumprir a vontade geral.¹¹⁸²

Mas nenhum outro filósofo é tão lembrado como Montesquieu, pois a Constituição nascida da revolução consagrou a tripartição dos poderes, privilegiou o Legislativo e estabeleceu restrições ao poder dos juízes, que seriam temporários e eleitos pelo povo,¹¹⁸³ com limitada competência¹¹⁸⁴ em face dos outros dois poderes.

De fato, a concepção do Judiciário como um autêntico poder sempre teve grande resistência na França, o que se confirma pelo teor da atual Constituição, publicada em 1958 e que dispõe sobre a “autoridade judiciária”, refletindo a própria cultura daquele país que não é favorável a que os juízes tenham poderes, em razão do receio de supremacia destes em face dos outros dois Poderes do Estado.¹¹⁸⁵

Com relação à Constituição americana de 1787, há que se destacar que a própria ideia de “Constituição” é fruto da criação do direito norte-americano, tendo a influência marcante dos quatro filósofos acima referidos,¹¹⁸⁶ especialmente quanto ao direito do indivíduo à liberdade, o princípio da igualdade e a ideia de um contrato social que legitimava o poder soberano, além da própria tripartição de poderes.

¹¹⁸²“Tem muita razão aqueles que pretendem não ser um contrato, em absoluto, o ato pelo qual um povo se submete a chefes. Isto não passa, de modo algum, de uma comissão, de um emprego, no qual, como simples funcionários do soberano, exercem em seu nome o poder de que ele os fez depositários, e que pode limitar, modificar e retomar quando lhe aprouver”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social: ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 74-75. (Coleção Os pensadores, v. 6).

¹¹⁸³E assim, acolhe a recomendação de MONTESQUIEU: “O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”. In MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo, Abril, 1973. p. 157. (Coleção Os Pensadores, v. 21).

¹¹⁸⁴Constituição Francesa de 1791, artigo 3º, do Capítulo V: “Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, ou suspender a execução das leis, nem interferir nas funções administrativas, ou citar perante eles os administradores em razão de suas funções”.

¹¹⁸⁵“De qualquer modo, fica evidente que na França perdura um herança histórica que não é favorável à equiparação do Judiciário aos demais poderes do Estado nem à independência real dos juízes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

¹¹⁸⁶Nesse sentido COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98 e 108.

A leitura da Constituição americana revela que o Judiciário foi elevado a Poder de Estado, no mesmo patamar que os demais poderes, bem como “foi assegurada plena autonomia ao Poder Judiciário, com a possibilidade de atuação muito ampla, o que foi e tem sido intensamente aproveitado pelos juízes”.¹¹⁸⁷

É fato que também os Estados Unidos adotaram o princípio da separação de poderes do Estado na Constituição de 1787, mas não havia se firmado a competência do Judiciário para declarar a invalidade de leis contrárias à Constituição,¹¹⁸⁸ sendo decisiva para tal conquista a postura do juiz John Marshall que presidia a Suprema Corte Americana no período em que Thomas Jefferson era o Presidente da República, pois no julgamento do caso *Marbury vs Madison* em 1803 firmou-se a competência daquele Tribunal para invalidar atos inconstitucionais praticados pelos outros poderes.

Esse importante precedente estabelece o sistema que ficou conhecido como de freios e contrapesos (*checks and balances*) cuja finalidade é manter o equilíbrio das forças políticas representadas pelos Poderes do Estado e que “deu fundamento a uma ampla atuação política de todos os juízes e teve, desde então, enorme influência na vida dos Estados Unidos”.¹¹⁸⁹

Coincidentemente, nessa mesma época, entrava em vigor na França o Código de Napoleão¹¹⁹⁰ que teve grande influência nos rumos do pensamento moderno e também contemporâneo, especialmente pela forma codificada da legislação, que influenciou todos os países de direito escrito, com exceção dos países anglo-saxônicos, em que sempre imperou o *common law*.

¹¹⁸⁷“O poder judiciário dos Estados será exercido por uma Suprema Corte e pelos tribunais inferiores” – artigo III da Seção 1ª. e “a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e de equidade, surgidos sob essa Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrarem sob sua autoridade” – Seção 2ª. In DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

¹¹⁸⁸“Ainda não se havia concebido a competência do Judiciário para declarar inválidas as leis contrárias à Constituição, suspendendo-se, por conseguinte, a sua execução; tanto mais que, na Inglaterra, os juízes sempre foram considerados, institucionalmente, como altos funcionários do rei. A *judicial review*, aliás, não chegou a ser expressa na Constituição norte-americana de 1787, mas só veio a ser admitida a partir da decisão da Corte Suprema no caso *Marbury v. Madison*.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113.

¹¹⁸⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

¹¹⁹⁰O Código foi publicado em 1804, após ter sido intensamente debatido em 102 sessões do Conselho de Estado, muitas das quais sob a presidência do próprio Napoleão. O primeiro nome dado ao código foi *Code Civil des Français*, sendo adotado o nome de *Code Napoléon* somente na segunda edição em 1807, pelo qual passou a ser designado pelos historiadores. Para essas e outras informações sobre a promulgação do Código de Napoleão ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63-83.

A codificação enquanto fenômeno jurídico deve ser compreendida no cenário da Revolução Francesa e dos ideais do Iluminismo, que defendiam a necessidade de clareza e simplicidade das normas jurídicas, de forma universal e racional, de maneira que todos os franceses pudessem compreendê-las e cumpri-las,¹¹⁹¹ em substituição a um conjunto de normas esparsas,¹¹⁹² contraditórias e muitas delas fruto da arbitrariedade do *ancien régime*.

Não se pode deixar de apontar a força da ciência, que seria capaz de explicar todos os fenômenos do mundo e do racionalismo dela decorrente, que impulsionava a busca pelo Direito também científico e racional, além dos ideais da classe burguesa que ascendia ao poder, como fatores decisivos para que se buscasse uma “racionalização” jurídica.¹¹⁹³

No que se refere à **atuação dos juízes**, essa foi extremamente limitada no período pós-Revolução Francesa, pois “quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao Poder Legislativo para obter disposições a propósito”,¹¹⁹⁴ questão que o Código de Napoleão pretendeu solucionar, impondo ao juiz a obrigação de decidir em qualquer caso, ainda que omissa, obscura ou insuficiente a Lei.¹¹⁹⁵

Essa disposição além de encerrar a *obrigação inescusável de julgar*, especificava as situações em que seria necessária a interpretação (obscuridade) e a integração da norma (insuficiência ou silêncio), sendo que os teóricos que interpretaram o Código de Napoleão se convenceram que a atividade judicial deveria ficar restrita à “autointegração da norma”.

¹¹⁹¹Dessa ideia firmou-se o princípio até hoje aplicado de que ninguém se escusa de cumprir a Lei, alegando o seu desconhecimento.

¹¹⁹²“Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 412.

¹¹⁹³“A sociedade burguesa triunfante exprimia suas aspirações e balizava seus interesses em leis de grande perfeição formal, segundo os princípios fundamentais de liberdade de iniciativa e de contrato, de segurança e de certeza em todos os atos da vida civil, de clara definição de direitos e deveres, de faculdades e sanções”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 412.

¹¹⁹⁴Essa postura dos juízes era “em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação de poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater um outro”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 77.

¹¹⁹⁵O artigo 4º do Código de Napoleão assim dispunha: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 74.

Dessa maneira, de acordo com essa teoria, a solução deveria ser buscada dentro do próprio sistema legal, afastando, assim, a possibilidade de heterointegração obtida por meio da equidade ou pela aplicação de normas fora do sistema – como os princípios, os costumes ou o direito natural.

Entretanto, não era essa a intenção daqueles que redigiram o artigo 4º do Código de Napoleão, pois defendiam o uso da equidade no julgamento das ações civis, mantendo-se quanto às ações penais a garantia do cidadão frente ao Estado, sintetizada na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹¹⁹⁶

Realmente, o artigo 9º do Projeto do Código de Napoleão autorizava que o juiz se valesse do uso (no sentido de costume) e da equidade (essa como um retorno ao direito natural), no caso de obscuridade ou omissão da Lei, mas essa disposição foi suprimida da redação final do Código.¹¹⁹⁷

A doutrina que interpretou o Código de Napoleão poderia, não obstante a supressão do artigo 9º, se firmar no sentido de que o juiz pudesse utilizar os recursos dos usos e costumes, da equidade ou do direito natural, na hipótese de insuficiência da Lei, mas ao contrário, produziu interpretação que viria a consolidar o juiz como “a boca que pronuncia as palavras da Lei”.¹¹⁹⁸

A chamada Escola exegetica (*École de l'exégèse*) estabeleceria, assim, as diretrizes que se consolidaram como os pilares do positivismo jurídico: a supremacia da lei ou do legislador; a completude do sistema legal; a certeza do direito como requisito para a segurança jurídica; a observância estrita da separação dos Poderes, com uma figura neutra e inexpressiva do juiz, encarregado de aplicar a lei, utilizando-se de um silogismo próprio da lógica.

¹¹⁹⁶Citações que foram objeto do discurso de *Portalis* (jurista e membro da comissão constituída por Napoleão para formular o projeto do Código Civil) perante o Conselho de Estado e que foi resumido e transcrito por BOBBIO: “seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca subsistir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida”; “uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonadas ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juizes”; “o arbítrio aparente da equidade é ainda melhor do que o tumulto das paixões” e “nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade.” In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 75-76.

¹¹⁹⁷Artigo 9º do Código de Napoleão: “Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 77.

¹¹⁹⁸No original “*bouche de la loi*” que foi cunhada por Montesquieu no sentido de que o juiz não poderia dizer nada que fosse diferente daquilo que dizia a Lei.

Há, por fim, um fato que apesar de significativo nem sempre é destacado: a interferência do imperador francês nas Escolas de Direito que foram colocadas sob o controle direto do Estado e que **deveriam ensinar apenas o direito codificado**, abstraindo qualquer referência à Filosofia, à História ou ao direito natural.¹¹⁹⁹

O Direito Napoleônico serviu de base histórica e de modelo,¹²⁰⁰ conformando todos os sistemas jurídicos da Europa e as nações latinas da América, incluindo o Brasil,¹²⁰¹ que passariam a adotar não apenas a Lei como fonte primária do Direito, mas o próprio Direito codificado nas mais diferentes áreas, com o objetivo de regular, de forma detalhada, todas as situações da vida em sociedade.

Nesse momento é possível assentar que, embora as duas grandes Revoluções do século XVIII fossem contemporâneas e motivadas pelos mesmos ideais de liberdade, igualdade e limitação dos poderes do Estado, além de terem adotado Constituições que asseguraram a clássica tripartição dos Poderes, o papel desempenhado pelo Judiciário na França e nos Estados Unidos foi diametralmente oposto.

A diferença ainda seria marcante nos próprios sistemas normativos, sendo que aqueles países que adotaram a lei como fonte primeira do Direito passaram a ser identificados como de *civil law*, diferenciando-se assim daqueles sistemas próprios dos países anglo-saxões da *common law*, alicerçados no direito consuetudinário.

¹¹⁹⁹Um professor da Faculdade de Paris teria declarado, ao ser indagado sobre seu ofício “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 81-82.

¹²⁰⁰“Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dita”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 32.

¹²⁰¹De acordo com Miguel Reale: “A teoria do Direito como conjunto sistemático de normas é a concepção dominante entre os juristas, notadamente no Brasil” e acrescenta o jurista e filósofo brasileiro “é prevalente, não resta dúvida, o elemento normativo ou técnico dogmático em nossa concepção de direito”. In REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 421.

3. A Escola exégetica, o Direito Livre e a Teoria pura do direito

A conformação lógico-normativa do Direito prevaleceria no século XIX, não obstante os combates travados pelos juristas alinhados com a Escola histórica,¹²⁰² que defendiam, basicamente, uma visão menos racional do Direito, mais voltada para a vida concreta e social, um “historicismo de conteúdo social”.¹²⁰³

O mundo passava por transformações que se intensificaram no século XIX, trazendo novas exigências para as quais os Códigos não davam soluções, entre elas um conjunto de mudanças técnicas e econômicas, posteriormente identificadas como Revolução Industrial¹²⁰⁴ e que alteraram, de forma definitiva, as relações sociais.

Essas transformações da sociedade exigiram “novas soluções interpretativas”, para as quais as regras tradicionais da hermenêutica, como a gramatical, a lógica-sistemática e a histórica-dogmática, não se mostravam mais suficientes.¹²⁰⁵

Tais constatações colocavam em dúvida o dogma da “completude do sistema” e fundamentaram a crítica ao monopólio estatal do Direito,¹²⁰⁶ apresentando uma nova

¹²⁰²“A essência do pensamento da escola histórica, primeiramente, e da pandecista, depois, não era de mudar em nada o sistema de direito vigente na Alemanha, mas que se algo devia ser alterado, o melhor remédio não era a codificação, mas o desenvolvimento da ciência jurídica”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 123. Importante lembrar, na esteira das lições de REALE, que a Escola Histórica acabou se tornando a “história dos textos legais” buscando conhecer melhor a norma por meio dos seus “antecedentes dogmáticos” e, dessa forma “cessava de ser historicismo de conteúdo social, para ser historicismo meramente lógico dogmático”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 425.

¹²⁰³De acordo com REALE teria sido Savigny o maior expoente da Escola Histórica ficando vencido na polêmica travada com Thibaut no início do século XIX, pois esse defendia a adoção de um Código Civil para a Alemanha, expresso de maneira abstrata e racional, a exemplo do Código Francês, e que acabou por ser adotado no final do século XIX. In REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 422-425.

¹²⁰⁴“Em segundo lugar, ao lado do processo natural de envelhecimento de um código, é necessário considerar que na segunda metade do século passado houve, por obra da chamada revolução industrial, uma profunda e rápida transformação da sociedade, que fez as primeiras codificações – que refletiam uma sociedade ainda predominantemente agrícola e escassamente industrializada – parecerem anacrônicas e, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou o seu processo natural de envelhecimento”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 123-124.

¹²⁰⁵Nesse sentido Miguel REALE que ainda acrescenta: “Como responder a uma série de exigências e de reclamações sociais, diante do impressionante silêncio das legislações vigentes? Podia o juiz, obrigado a sentenciar, aguardar o pronunciamento do Poder Legislativo, deixando em suspenso sua decisão?”. In REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 427.

¹²⁰⁶Para BOBBIO teria havido verdadeira “revolta” ocorrida na França e na Alemanha, no final do século XIX. In BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 122. O mesmo termo é usado por CAPPELLETTI, para quem na França a revolta foi contra o positivismo e na Alemanha contra o formalismo científico e conceitual. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 32.

proposta interpretativa que, apesar de ter várias denominações,¹²⁰⁷ pode ser identificada com os fundamentos da Escola do Direito Livre, sendo acompanhada e muitas vezes sustentada pelo desenvolvimento da filosofia social e das ciências sociais, o que dá origem à “Sociologia jurídica”.¹²⁰⁸

Em brevíssima síntese, pode-se afirmar que os juristas que contestavam a completude do sistema positivo, propugnavam por soluções que poderiam colocar em risco outro dogma do positivismo, a segurança jurídica, refletindo uma concepção ideológica que permeava a discussão sobre os métodos de aplicação e interpretação do Direito pelo juiz.

A sociologia jurídica teve importante papel ao buscar novos métodos de interpretação, mais sociais e humanos, embora tivesse em certa medida radicalizado suas posições, pois para esses juristas não havia dúvida de que a regra jurídica era menos importante do que os fatos sociais a serem avaliados, “chegando ao extremo de dizer que o juiz deve ser posto em face de um fato econômico-social com a liberdade de discipliná-lo cientificamente, ficando-lhe assegurada a faculdade de criar a norma jurídica exigida pelo caso concreto, desde que forrado de conhecimentos sociológicos.”¹²⁰⁹

Todas essas correntes que propugnavam por novos meios de interpretação do Direito, em especial a Escola do Direito Livre sofreram forte oposição dos positivistas, que refutaram a crítica feita à completude do sistema, pois essa poderia fazer ruir os pilares do positivismo jurídico, como a supremacia do legislador, a legalidade e a segurança jurídica, tendo ao seu lado aquele que seria um dos maiores filósofos e juristas do século XX: Hans Kelsen.

¹²⁰⁷Essa corrente também ficou conhecida como Livre Pesquisa do Direito; Pesquisa Científica do Direito; *Libre Recherche*; *Freie Rechtsfindung*, todas elas partindo da constatação da existência de lacunas no ordenamento e propondo soluções para sua integração. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 430-431.

¹²⁰⁸“As relações entre escola do Direito livre e sociologia jurídica são muito estreitas: são duas faces da mesma moeda. Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 125.

¹²⁰⁹REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 438.

Kelsen¹²¹⁰ estruturou sua teoria com o objetivo de demonstrar a “purificação do Direito”, concebendo-o sem a interferência de outras ciências¹²¹¹ que na época reivindicavam a orientação da jurisprudência, tendo ainda o intuito de separar o Direito da política,¹²¹² sendo o principal filósofo e jurista daquela que ficou conhecida como Escola de Viena.

Em apertada síntese, o Direito é apresentado por Kelsen como ciência do *dever ser*, de natureza puramente normativa, um sistema de normas logicamente escalonadas e hierarquizadas na forma de pirâmide, que tem como ápice a Constituição, e que por sua vez encontra validade na “norma fundamental”.¹²¹³

A teoria de Kelsen fechava o ordenamento jurídico de forma lógica, ainda que para tanto tivesse que recorrer a uma formulação de natureza transcendental,¹²¹⁴ embora ele assim não considerasse, pois a norma fundamental não era posta pelo Estado, mas consentida e aprovada pela sociedade, como forma de validar a Constituição, sendo algo externo ao Direito posto.

Kelsen construiu uma investigação puramente cognoscitiva, isto é, procurou conhecer o Direito como ele era, com base no Direito positivo, livre de qualquer avaliação de valores ou de ideologia, o que acabou por fundamentar a principal crítica dirigida à

¹²¹⁰Hans Kelsen (1881-1973) filósofo e jurista tornou-se professor em Viena, em 1917, foi obrigado a fugir da Alemanha depois de ter sido afastado do cargo que ocupava na Universidade de Colônia, pelo partido nacional-socialista (o futuro partido nazista), refugiando-se nos Estados Unidos a partir de 1940, onde lecionou nas Universidades de Harvard e da Califórnia, conhecendo o sistema da *common law*. Na sua obra mais famosa defendeu a pureza do Direito, como ciência normativa, embasando-se na concepção de “dever ser” de natureza kantiana. In JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 154.

¹²¹¹“Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 455.

¹²¹²Nos dois prólogos que Kelsen escreveu para a “Teoria Pura do Direito” ficou claro o seu intuito de preservar a ciência da política, embora reconhecesse que tal desiderato não seria fácil, especialmente em razão das grandes mudanças sociais provocadas na humanidade pelas duas Grandes Guerras do século XX. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. Prologo de Kelsen à edição de Thévenaz. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Prólogo da edição de Viena e Prólogo de Kelsen à edição de Thévenaz.

¹²¹³“Se existe Constituição, ela representa o grau máximo da hierarquia legal. Mas, acima dela, porém, há uma norma não escrita, logicamente necessária, que diz: “o que nesta Constituição se pactua deve ser mantido”” REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 476.

¹²¹⁴Elival da Silva Ramos destaca a importância da Teoria Pura do Direito para o conceito de ordenamento jurídico, ou seja, não um mero conjunto de normas, mas sim normas logicamente postas e integradas, tendo Kelsen “elegantemente” posto o “fecho da unidade sistêmica do ordenamento em um pressuposto lógico transcendental, por ele intitulado norma fundamental.” In RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-41.

Teoria pura do direito e até hoje objeto de controvérsias,¹²¹⁵ qual seja, a ausência de conteúdo moral do *dever ser* da norma jurídica, que foi mantida pelo filósofo e jurista, embora tivesse revisto algumas de suas teses, especialmente em razão do contato que manteve com o sistema norte-americano da *common law*.¹²¹⁶

O positivismo estaria alicerçado em três teorias: a teoria coativa, a teoria legislativa e a teoria imperativa do Direito; e três outras características que podem ser tomadas como secundárias: a coerência e a completude do ordenamento jurídico, e a interpretação lógica do direito, sendo que todas elas foram objeto de críticas, que não teriam sido suficientes para invalidar os três pilares básicos da teoria, embora fossem suficientemente fundamentadas para confirmar as objeções postas quanto às características secundárias.¹²¹⁷

O que mais de perto interessa para a investigação ora empreendida, repousa nas **objeções feitas ao positivismo quanto à interpretação do Direito de forma puramente lógica pelo juiz**, que por meio de um silogismo mecânico enquadraria os fatos postos no litígio (premissa menor) à hipótese normativa prevista no respectivo ordenamento (premissa maior), obtendo o resultado (a decisão) de forma *necessária*, ato conhecido como de “subsunção automática”.¹²¹⁸

¹²¹⁵“Do ponto de vista de um positivismo jurídico consequente, não pode o direito, assim como o Estado, ser conhecido senão como um ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre cujo valor moral ou de justiça nada se pode declarar”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 139. Para RAMOS a ligação entre o positivismo e o nazismo ou o fascismo nunca foi comprovado. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43-44. BOBBIO, ao contrário, afirma que o “positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão”, embora ressalve que essa crítica teve mais repercussão na opinião pública, que na opinião científica. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições da filosofia do direito. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 225.

¹²¹⁶“A maior preocupação pelos atos humanos, enquanto conteúdo de normas; o desejo de mais rigorosa determinação da funcionalidade norma-conduta em seu aspecto dinâmico; a longa experiência com o *Common Law*, tem levado Kelsen a por em primeiro plano problemas que antes ocupavam posição mais ou menos em suas cogitações”. Kelsen teria também feito a fundamental distinção entre proposição jurídica e norma jurídica, mas manteve inalterada sua posição quanto à ausência de conotação moral do “dever ser”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 469-475.

¹²¹⁷Adota-se esse “resumo” da teoria positivista com base em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições da filosofia do direito. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 237.

¹²¹⁸Essa concepção seria, ao contrário do que muitas vezes se afirma, própria do positivismo clássico e não de Kelsen, confusão atribuída ao fato de ser ele o jurista que melhor simbolizou o positivismo jurídico, mas que, de fato, criticou a tese da subsunção, em sua obra. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-72.

De qualquer forma, mesmo os juristas que aprenderam o Direito na forma do positivismo e foram ensinados a “considerá-lo uma *filosofia dos juristas*”¹²¹⁹ acabaram por afastar a possibilidade da interpretação e consequente aplicação da lei como mero ato de “subsunção lógica” dos fatos concretos às prescrições legais, apesar de nunca terem abandonado, por completo, a vinculação da decisão judicial à lei.

4. O realismo jurídico: o direito aplicado pelos juízes

O realismo jurídico como teoria do Direito se desenvolveu como uma alternativa ao positivismo jurídico, sendo que foram várias as vertentes desse pensamento que procuraram lançar fundamentos para a questão da validade das normas jurídicas, tendo em comum a ideia de que é a aplicação da norma realidade, feita pelos juízes, que acarreta a sua validade de fato.

Assim, se os positivistas com base na Teoria pura do direito respondem que a validade da norma é verificada formalmente, com base na hierarquização normativa do sistema, de forma idealmente concebida pelo legislador, para os realistas a validade da norma é aferida pela aplicação que dela fazem os juízes sendo, portanto, verificada empiricamente, como um fenômeno social.

Um importante expoente do realismo jurídico foi Ross¹²²⁰ que, como discípulo de Kelsen,¹²²¹ reconhecia o Direito como ordem normativa, caracterizada pela natureza coativa, mas que teria os juízes como os destinatários das normas jurídicas, sendo nesse

¹²¹⁹BOBBIO assim se enquadra e assevera que se fazia necessário um “balanço” do positivismo jurídico que dominou durante um século a cultura jurídica, sendo que no que se refere à “teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito”, concluiu “a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar a decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”. In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233 e 237, respectivamente.

¹²²⁰“De Kelsen, Ross, apesar das críticas à teoria pura do direito, assimila importantes elementos de sua teoria, como, por exemplo, a distinção entre normas e proposições jurídicas (da ciência jurídica); a coerção física como nota de identificação do direito, a negação de conhecimento objetivo sobre as questões morais; a importância das normas para caracterizar o direito e os juízes como destinatários das normas jurídicas.” ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação à edição brasileira. In: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 10.

¹²²¹ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. *Prefácio à Edição Inglesa*, p. 20.

ponto a divergência fundamental entre as duas teorias, pois criticava a ausência de uma análise sobre **a efetividade** do Direito em Kelsen.¹²²²

Ross também criticou, de forma contundente, a tese positivista-mecanicista de subsunção da norma,¹²²³ apontando uma dupla natureza na atividade exercida pelo juiz: a cognoscitiva e a valorativa, mas que ambas estariam fundidas na prática, sendo impossível identificar e separar uma da outra.¹²²⁴

Destacou, ainda, que os próprios juízes mesmo quando exerciam um papel criativo, “definindo com mais precisão a diretiva da lei” raramente admitiam tal postura, ao contrário, tentavam argumentar de forma que as decisões transparecessem como sendo resultado de uma análise racional da lei, em obediência ao Direito quando então uma “fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez decidir da maneira que decidiu”.¹²²⁵

Assim, atuaria o juiz de acordo com o que se espera dele, cumprindo a função que lhe foi destinada “dizer o direito no caso concreto”, mas na realidade decidiria de acordo com os próprios valores, influenciado pelos fatos trazidos pelas partes e pela realidade social que está inserido, fundamentando sua decisão de forma a adequá-la à ordem normativa.

Nesse passo, importante referir que a questão do juiz como “um ser humano”¹²²⁶ que não está imune às influências externas (do meio) e internas (da mente) não era até bem

¹²²²“Ao fazer da validade uma relação internormativa (a validade de uma norma deriva da validade de outra), Kelsen se impediu, desde o começo, de lidar com o cerne do problema da vigência do direito: a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social”. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 97.

¹²²³“Segundo esse quadro da administração da justiça, o juiz não valora nem determina sua postura ante a possibilidade de interpretações diferentes. O juiz é um autômato. Tem-se como pacífico que é necessário que se ajuste à lei e sua função se limita a um ato puramente racional: compreender o significado da lei e comparar a descrição desta dos fatos jurídicos aos fatos do caso que ele tem diante de si. Esse quadro não se assemelha em nada com a realidade” ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 167.

¹²²⁴ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 169.

¹²²⁵ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 181-182.

¹²²⁶“O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade”. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 168.

pouco tempo aceita,¹²²⁷ como se admitir essa realidade pudesse fazer ruir todo o bem elaborado edifício do positivismo jurídico, colocando em risco a “segurança jurídica”.

O próprio Ross apontou que “todas as teorias realistas concordam em interpretar a vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas”, mas apenas duas delas receberam a sua atenção: o **realismo psicológico**, que pregaria que “uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular”, e o **realismo comportamentista**, que afirma ser “uma norma vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões”.

Ross almejou, com sua teoria, realizar uma síntese dessas duas vertentes do realismo, sempre do ponto de vista do comportamento e das decisões do juiz,¹²²⁸ apontando que foi o **realismo comportamentista** que mais se desenvolveu e teve um papel de destaque no realismo norte-americano, remontando à célebre frase de Oliver Wendell Holmes, no ano de 1857: “**o que entendo por direito, e sem nenhuma outra ambição, são as profecias do que os tribunais farão de fato**”.¹²²⁹

Não há como se deixar de apontar que foi nos Estados Unidos que, como em nenhum outro lugar do mundo, floresceram as ideias que caracterizam o movimento conhecido de forma geral como “realismo jurídico”,¹²³⁰ caracterizador do papel das

¹²²⁷Examinando aspectos psicológicos do juiz na tomada de decisão, Lídia Reis de Almeida PRADO afasta o reducionismo indevido pretendido pelo psicologismo jurídico, apresentando uma contribuição interdisciplinar, partindo da análise do juiz como ser humano. In PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas (SP): Millennium, 2003. p. 11-24.

¹²²⁸Afirmou ROSS: “Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos”. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 100.

¹²²⁹A frase foi citada por ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 100 e também por RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47, referindo-se à influência do movimento realista nos Estados Unidos na primeira metade do século XX.

¹²³⁰Para BOBBIO realismo jurídico seria o mesmo que “jurisprudência sociológica” In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 225. Para RAMOS as duas correntes são diferentes e não devem ser confundidas. In RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48. Também CAPPELLETTI cita que o realismo é representado por várias escolas de pensamento, referindo-se à *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 32. A questão da correta nomenclatura não foi aqui aprofundada, pois o que é relevante para o presente estudo é a crítica feita ao positivismo por essas escolas de concepção realista, sendo esse termo adotado de forma a identificar o pensamento que defendia ser a jurisprudência a verdadeira fonte do Direito.

decisões da Corte Suprema não apenas como fonte do Direito norte-americano, o que já seria notável, mas também como propulsor de mudanças sociais e políticas no país.

Esse movimento rompe¹²³¹, naquele sistema, com a hierarquização necessária das normas jurídicas, concebida na forma piramidal por Hans Kelsen, privilegiando a interpretação que era feita pelos juízes, inclusive quanto à Constituição, o que pode ser melhor compreendido pelo posicionamento do Juiz da Suprema Corte Charles Evans Hughes: “disse ele que nos Estados Unidos se vivia sob uma Constituição, *mas a Constituição é o que os juízes dizem que é.*”¹²³²

Há que se destacar que o movimento realista surge como uma reação à hermenêutica desenvolvida pelo positivismo, combatendo a concepção de que o juiz exerceria apenas uma atividade cognoscitiva e mecânica, de natureza meramente formal, desenvolvendo-se tanto nos países de *civil law*, como naqueles de *common law*,¹²³³ notadamente os Estados Unidos da América.

E foi nos EUA que se desenvolveu uma corrente que embora se mantinha fiel aos pilares do realismo, no sentido de que a atividade judicial não seja meramente declaratória da norma, mas sim uma “atividade criadora orientada com base nas exigências da vida”, em que prevaleça o método teleológico, reconheceu que essa atividade tinha alguns limites ditados pela própria norma.¹²³⁴

Essa linha do realismo jurídico foi renovada na década de 80 do século XX, sob a nova denominação de “pragmatismo jurídico”, contando com defensores na Suprema Corte dos Estados Unidos, mas que teria de novo apenas o nome, pois partiria da mesma

¹²³¹CAPPELLETTI identifica esse posicionamento como parte da “revolta ao formalismo” que se expandiu para o mundo todo e que nos Estados Unidos “e de forma talvez mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 31-32.

¹²³²Esse diagnóstico de inversão das fontes do Direito, bem como a referência ao Juiz Hughes (que compôs a Suprema Corte de 1910 a 1916) foi feita por RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

¹²³³“Sublinham essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 32-33.

¹²³⁴Esses limites seriam dados pela própria organização judiciária, não sendo possível ao juiz formular a regulamentação de direitos, fixando prazos, formas e regras de publicidade. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

premissa ao considerar como direito válido aquele que fosse aplicado pelos juízes e não a norma jurídica posta pelo legislador.¹²³⁵

A principal crítica dirigida à teoria realista é que a sua adoção implicaria na rejeição da própria estrutura normativa dos ordenamentos, considerando o direito apenas como o conjunto das decisões adotadas pelos tribunais,¹²³⁶ mas essa objeção somente se aplica aos realistas mais radicais, para os quais seria o juiz o único criador do direito, tendo os preceitos legais natureza “meramente indicativa”.¹²³⁷

Outra crítica feita ao realismo jurídico é que essa teoria ao negar a primazia e a própria vigência formal da norma jurídica, também teria relegado as teorias da interpretação igualmente preconizadas pelo positivismo jurídico, “pois o juiz pragmatista não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas”,¹²³⁸ supondo essas consequências em razão de várias decisões possíveis, a partir do que escolheria a que lhe parecesse a mais adequada para solução do caso concreto.¹²³⁹

Entretanto, essa crítica também não se sustenta, pois tanto o realismo como o moderno pragmatismo jurídico não se afastam da norma jurídica, que seria utilizada pelos juízes como fundamento racional das decisões judiciais, ainda que também considerem os valores e as necessidades sociais do caso concreto.

Assim, o que se conclui é que tais críticas somente se aplicariam aos pensadores mais radicais do realismo jurídico, que defendem que o direito passa a ser válido apenas quando aplicado pelo juiz, negando o direito positivo promulgado pelo legislador,

¹²³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49 e 75.

¹²³⁶ Nesse sentido “O realismo jurídico termina, desse modo, por rejeitar a própria estrutura normativa (dever-ser) do ordenamento jurídico, realçada pelo positivismo, ao considerar o direito um mero “conjunto de fato, isto é, de decisões efetivamente tomadas (ou condutas assumidas) em relação a um caso e empiricamente constatáveis” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

¹²³⁷ “Daí a conclusão extremada de que o juiz deve ser sempre o criador da norma jurídica, tendo em vista o fato que lhe cumpre examinar, desde que senhor das verdades e da técnica proporcionadas pelo estudo das ciências sociais: o jurista deveria, assim, ser aplicador de conhecimentos sociológicos, servindo-se das leis positivas como de simples padrões de referências”. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 438.

¹²³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

¹²³⁹ “Para o jusfilófo estadunidense, um juiz pragmatista “tentaria encontrar o exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilidade necessária a si mesmo, e a outros juízes, para aperfeiçoar o direito através do que fazem no tribunal” sendo que um magistrado com esse perfil “estaria pronto a rever sua prática ao ampliar ou reduzir o alcance daquilo que considera como direitos, à medida que a experiência aperfeiçoasse os cálculos complicados dos quais dependeria qualquer estratégia desse tipo””. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76-77.

reduzindo a vigência da norma ao comportamento dos juízes ou ao aspecto psicológico de aceitação da norma pela sociedade.

Há que se reconhecer que na atualidade a filosofia do direito já se afastou de posições extremadas, tanto do positivismo exacerbado que via no juiz um aplicador cego da Lei, como dos realistas mais radicais que defendiam ser o direito válido apenas se fosse aplicado pelo juiz.

Com efeito, não se pode deixar de reconhecer a contribuição do positivismo jurídico para a estruturação dos ordenamentos e a evolução da própria ciência do Direito, podendo ser tido como uma conquista da humanidade, pois é com base nas leis que se estabelece a vida em sociedade e se projetam os direitos fundamentais dos homens, especialmente quanto às garantias inerentes à própria dignidade humana.

Também não se pode afastar a contribuição do realismo jurídico à evolução da teoria do Direito, que foi relevante por instigar a reflexão dos filósofos e também dos juristas, pois tira o foco do legislador, tendo ainda significativa importância na valorização do papel dos juízes para a realização do direito,¹²⁴⁰ questão até então obscurecida pelo positivismo.

5. As Constituições do pós-guerra e os novos direitos

As duas grandes guerras da primeira metade do século XX acarretaram profundas modificações no Direito, seja na forma da organização do Estado, em razão do repúdio aos Estados totalitários,¹²⁴¹ seja por uma nova concepção das normas jurídicas, do ponto de vista da sua produção, obediência, interpretação e aplicação.

¹²⁴⁰“Todas as teorias realistas concordaram em interpretar a vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas”. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysso Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003. p. 97, sem destaques no original.

¹²⁴¹Não caberia no presente estudo um aprofundamento da controvérsia quanto a ter sido o regime do III Reich legitimado ou não pela teoria positivista, incumbindo apenas apontar que o regime nazista era “legal”, pois embasado numa ordem jurídica válida e que foi aplicada sem qualquer juízo de valor, inclusive pela magistratura da Alemanha nazista: “Podemos inicialmente perguntar-nos se a legalidade interna do sistema foi respeitada. Segundo uma primeira resposta, rigorosamente kelseniana, basta que os juízes tenham falado. As decisões judiciais que não hesitaram em se alinhar ao novo legalismo, sem nunca se interrogar sobre as irregularidades da produção das normas, encerram definitivamente o debate”. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio; rev. da trad. Maria Ermantina Galvão; rev.téc. Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 122. Depois do fim da Segunda Grande Guerra, a imperatividade do Direito (pressuposto do positivismo) foi invocada pela defesa e acolhida pelo Tribunal: “um Estado não pode punir aquilo que ordenou em outra fase da sua história”. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 314. Nesse mesmo sentido: “Assim é encontrada a argumentação estritamente positivista de Hebert Hart, segundo a qual seria necessária uma lei retroativa para incriminar, depois de 1945, os atos conformes à legalidade formal do III Reich”. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio; rev. da trad. Maria Ermantina Galvão; rev.téc. Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 138.

O fato concreto é que os conflitos mundiais impulsionaram uma nova reflexão sobre a teoria positivista, a fim de que o Direito não pudesse justificar, em nenhum outro momento da história, a prática de crimes contra a humanidade, devendo esse fator ser considerado como conformador de uma nova mentalidade jurídica.

O surgimento de instituições internacionais, como a OIT e a ONU, ambas fundadas logo após o final dos dois conflitos mundiais, 1919 e 1948 do século XX, respectivamente, consagraram princípios e direitos fundamentais que passaram, num movimento crescente, a integrar também o regramento interno dos Estados.¹²⁴²

Dessa forma, surgem as contemporâneas Constituições democráticas que asseguram direitos civis, na forma das clássicas liberdades negativas, mas avançam para garantir os direitos sociais, além de outros direitos, como o direito ao meio ambiente saudável, entre outros, e que exigem uma **postura ativa do Estado** para sua concretização.

A Constituição de 1988 trilhou esse caminho, fixando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º e seus incisos, de forma a implicar que o Estado se organizasse em um “*facere e prestare*”¹²⁴³ de forma a modificar a realidade social do país.

Em acréscimo, somente com uma postura ativa, os poderes públicos poderão alcançar os fins para os quais foi instituído o Estado Democrático, conforme consta do preâmbulo da Constituição Federal: assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores da sociedade brasileira.

¹²⁴²CAPPELLETTI afirma que nesse momento histórico os povos se deram conta de que não poderiam confiar na supremacia dos Parlamentos, pois esses não observaram valores fundamentais e negaram validade a normas e princípios de direitos humanos, referindo-se à promulgação de normas de natureza internacional e também supranacional: “Esses catálogos dos direitos fundamentais constituem o elemento central de quase todas as constituições do século XX, especialmente as promulgadas como reação aos abusos e perversões dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial”. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 62. Ao lado da garantia de direitos fundamentais, a maioria dos países também instituiu “mecanismos de controle de constitucionalidade”, de forma a proteger os direitos fundamentais, sendo exceções desse modelo, o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, onde prevalece a supremacia dos Parlamentos. SADECK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 17.

¹²⁴³DALLARI, Dalmo de Abreu, citando Francis Bacon, como exemplo da posição radical de resistência ao absolutismo que envolvia os juízes e suas arbitrariedades: “os juízes devem lembrar-se que sua função é *jus dicere* e não *jus dare*; interpretar a lei e não fazer a lei ou dar a lei”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99,100.

Em seguida, a Constituição dispôs sobre os “direitos e garantias fundamentais”, inserindo no Capítulo I os direitos e deveres individuais e **coletivos** e no Capítulo II os direitos sociais (igualmente de natureza coletiva), atribuindo ao Poder Judiciário a competência para apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito, superando-se o dispositivo da Constituição anterior quanto a ser essa apreciação restrita ao direito **individual**.

Consagrou ainda, o Judiciário como um dos Poderes do Estado Brasileiro, ao lado do Legislativo e do Executivo,¹²⁴⁴ dispondo também sobre a organização do Judiciário e as garantias de autonomia administrativa e financeira, ao lado das garantias individuais dos próprios juízes.

Tais disposições constitucionais permitem afirmar que a Constituição Brasileira adotou a clássica tripartição dos Poderes do Estado,¹²⁴⁵ mas também atribuiu ao Estado objetivos a serem perseguidos e direitos coletivos e sociais a serem implementados por esse mesmo Estado, por meio dos seus três Poderes, atribuindo ao Judiciário importante papel no controle dos outros dois Poderes.¹²⁴⁶

A primeira questão que deve ser enfrentada é quanto aos limites da atual separação dos Poderes, pois essa não pode ser a mesma do típico Estado Liberal, modelo no qual bastava (e era necessário) que o Judiciário fosse um poder neutro, encarregado de aplicar e interpretar a lei nos limites postos pelo próprio ordenamento, para segurança jurídica de todos.

Por outro lado, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário aparece como um dos Poderes de um Estado que é organizado para atingir objetivos que são fundamentais da República Federativa, ou seja, não pode ser um poder neutro, ao contrário, impõe-se que

¹²⁴⁴O Judiciário é referido, não raras vezes, como o “Terceiro Poder” por ser o terceiro e último dos Poderes regulados pela Constituição, por exemplo, no artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Da mesma forma, foi o terceiro Poder que constou do Título III “Da Organização do Estado”

¹²⁴⁵Há que se lembrar, entretanto, que é da tradição do constitucionalismo brasileiro a divisão clássica dos poderes, cujo princípio foi adotado desde a Constituição de 1891 e desde então, o Judiciário é considerado um PODER. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103.

¹²⁴⁶“Em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial.” SADECK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15.

atue ativamente na concretização desses objetivos, juntamente com os demais Poderes, num sistema que busque sempre a harmonização e o equilíbrio.¹²⁴⁷

Verifica-se, assim, o fenômeno de superação da neutralidade do Judiciário,¹²⁴⁸ a exigir uma revisão da rígida concepção da separação dos Poderes, que foi objeto de crítica no próprio Estado Liberal, de inspiração iluminista e racionalista,¹²⁴⁹ e que não mais se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito.

As decisões dos juízes que provocam alterações na vida em sociedade não acarretam a violação da separação dos poderes, ao contrário do que defendem aqueles que continuam apegados a uma concepção tradicional desse princípio ou que resistem em reconhecer que as mudanças que se verificam no mundo deveriam necessariamente, se refletir naquele que é chamado de “Terceiro Poder”.¹²⁵⁰

Essa resistência pode ser compreendida em razão da própria origem e conformação do Estado moderno, cuja principal finalidade era a garantia da liberdade individual contra a tirania daqueles que eram os detentores do poder, incluindo-se os juízes, seja essa função exercida pelo próprio monarca, seja quando exercida em nome do monarca e, num período mais recente, em submissão aos ideais dos Estados totalitários.

Some-se a isso que apenas com a Constituição de 1988 se inicia, de fato e de direito, a transformação na atuação dos Poderes de Estado, na medida em que todos os

¹²⁴⁷“Extremamente instrutivas apresentam-se as vicissitudes dramáticas da Europa Continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinência digna da melhor causa, o ideal da demasiado rígida “*séparation des pouvoirs*”, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, ao conflitos privados”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 53.

¹²⁴⁸“No Estado Democrático de Direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 14, mar./maio, 1994.

¹²⁴⁹“Merece acolhida a precisa conclusão do jurista argentino Roberto Dromi, na obra *El Poder Judicial* (Tucumán, Ed. Unsta, 1982), a propósito da politicidade jurídica: “Deve recuperar-se o critério de que o Direito é uma ordenação imposta pela ‘razão prática’, não pela ‘razão pura’. A *neutralidade jurídica* é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema. Mesmo os intentos jurídicos ‘puristas’ teorizados em abstrato se inserem num contexto estatal determinado, onde a racionalidade normativa fica à mercê da circunstância política”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

¹²⁵⁰Honrosa exceção deve se feita à Ada Pellegrini Grinover que admite a atuação e legitimidade do Judiciário em matéria de políticas públicas afirmando que: “Esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções de Estado”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

Poderes devem estar comprometidos com a efetividade dos valores e princípios constitucionais, bem como dos direitos sociais, que exigem para sua efetividade uma atuação integrada, prospectiva e afirmativa do Estado.

Há que se acrescentar, ainda, que a Constituição de 1988 consagrou o **acesso à Justiça** de forma ampla,¹²⁵¹ além de instituições e instrumentos que asseguram a tutela de direitos e interesses de natureza transindividual.¹²⁵²

No cenário atual, o Judiciário não é mais chamado, apenas, para decidir sobre conflitos privados, nos quais aplica o direito subjetivo de forma retrospectiva, restrito a partes bem conhecidas e sem repercussão da decisão para aqueles que não participaram da relação processual, embora ainda seja esse o papel preponderante da atuação jurisdicional no Brasil.

O Poder Judiciário, após a Constituição de 1988 e, especialmente em razão da consolidação do microsistema de tutela coletiva, tem sido reiteradamente provocado para interpretar e proteger interesses e direitos transindividuais, que estão em conflito entre grupos ou classes de pessoas, com repercussões que extrapolam o individual para atingir o social, de forma prospectiva,¹²⁵³ portanto, visando o futuro e não o passado.

Foi especialmente em razão desse novo constitucionalismo que “a insuficiência da modesta elaboração teórica positivista no tocante ao binômio **interpretação-aplicação** ficou mais patente”,¹²⁵⁴ pois ao lado de normas constitucionais que encerravam verdadeiras regras autoaplicáveis foram dispostas normas gerais e com amplo aspecto de incidência, cuja efetividade ou concretização igualmente estavam e ainda estão em aberto, especialmente quanto aos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição de 1988.

Dessa forma, são retomadas em pleno século XXI, as discussões já travadas no século XIX quanto ao **poder criativo dos juízes** por meio das decisões judiciais, ao aplicar e interpretar o direito, notadamente em se tratando de direitos coletivos e sociais, mas com

¹²⁵¹“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”- artigo 5º XXX da Constituição de 1988.

¹²⁵²O Ministério Público foi declarado como essencial à Justiça, sendo-lhe assegurado a função pública de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa e proteção de interesses difusos e coletivos, conforme artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição de 1988.

¹²⁵³KRELL refere que é essa atuação prospectiva que afeta a posição e a neutralidade do juiz, que assume responsabilidades antes atribuídas apenas aos outros dois Poderes, citando Tércio S. Ferraz Jr para quem, nessas condições, “O juiz é chamado a exercer uma função sócio-terapêutica” In KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 94.

¹²⁵⁴RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

ampliação dessa discussão, pois novas questões são trazidas para o debate, notadamente quanto à caracterização de um **ativismo judicial** que implicaria na indesejada **politização** do Judiciário.

6. A “politização” do Judiciário

É nos Estados Unidos que surgem os primeiros estudos sobre o **papel político desempenhado pelos tribunais**, especialmente em razão das decisões da Suprema Corte a partir do século XIX,¹²⁵⁵ evidenciando uma participação do Poder Judiciário na vida pública sem precedentes em outros países.

Essa participação ativa dos juízes norte-americanos inicia-se com o caso *Marbury versus Madison*, no ano de 1803, quando a Suprema Corte assume o controle da constitucionalidade das leis,¹²⁵⁶ tanto federais quanto estaduais, inaugurando uma fase de atuação política do Judiciário.¹²⁵⁷

A partir desse julgamento a Suprema Corte nunca mais deixaria de atuar de forma decisiva nos mais diversos assuntos da vida americana, sendo que diversos casos poderiam ser mencionados,¹²⁵⁸ mas especialmente dois são trazidos de forma sintetizada, apenas com o fim de demonstrar que mesmo interpretando a Constituição, as decisões judiciais podem ter soluções diametralmente opostas, quanto à proteção de direitos sociais.

¹²⁵⁵ A importância política do Poder Judiciário norte-americano foi registrada em obra clássica de Tocqueville ao constatar: “O que o estrangeiro tem maior dificuldade para compreender nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Não há, por assim dizer, ocorrência política em relação à qual não se ouça que será invocada a autoridade do juiz. E conclui à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96.

¹²⁵⁶ “Manda a hermenêutica contemporânea, libertada dos arreios do positivismo jurídico (e diz-se dela, por isso mesmo, ser “pós-positivista”), que se interpretem as leis conforme a Constituição: não o contrário. Eis aqui, altaneiro, o princípio da supremacia da Constituição – festejado aos quatro ventos desde a sentença do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, mas, curiosamente, muito pouco explorado.” FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ativismo judicial para bom entendedor*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2505200909.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

¹²⁵⁷ O *Judiciary Act* de 1801 assegurou a inamovibilidade dos juízes nos Estados Unidos, o que não agradou ao Presidente Jefferson que alegou ofensa à Constituição, negando-se a confirmar algumas indicações de juízes, sendo o caso *Marbury vs Madison* de 1803 uma reação a essa posição do Executivo. Conforme DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹²⁵⁸ “Com efeito, magistrados participaram dos principais embates políticos. Bastaria recordar, apenas como ilustração, a disputa entre o presidente da república Abraham Lincoln e o presidente do tribunal Roger Taney, sobre os limites do poder do chefe do Executivo em tempos de guerra; (...) a jurisprudência a favor de minorias, afirmando a igualdade entre os homens; as decisões a favor da pílula anticoncepcional e do aborto”. SADECK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 13.

A primeira decisão é do início do século XX quando a Suprema Corte, por 5 votos a 4 (o que mostra que a questão dividiu a opinião dos juízes) declarou nula uma lei de *New York* que limitava a 10 horas a duração das jornadas das padarias (e que fora considerada constitucional pela Corte Estadual) sob o fundamento de violação da 14^a. Emenda, privilegiando o direito de propriedade e os direitos de liberdade, de indústria, de comércio e de iniciativa.¹²⁵⁹

A segunda e mais referida pela doutrina foi a do caso *Brown x Board of Education*, no qual a Suprema Corte superando a concepção racial que ficou conhecida como “*equal but separated*” reconheceu que o sistema não propiciava a real igualdade entre negros e brancos e, de forma inovadora, tomou a iniciativa de dar efetividade àquela decisão judicial, acarretando a reforma estrutural do sistema de ensino americano.¹²⁶⁰

O que é relevante destacar, com base nessas duas decisões, é que o papel político do Judiciário Norte-Americano, reflete a evolução da interpretação dos direitos pelos juízes. Com efeito, se na primeira decisão acima referida, foi o direito de liberdade, ainda tomado no seu aspecto formal, o protegido pela Suprema Corte em detrimento do direito social de limitação das horas de trabalho, na segunda decisão foi o direito social à educação que prevaleceu, negando-se a validade do direito de “igualdade” apenas formalmente assegurado pelo Estado.

Especialmente no caso da interpretação da Suprema Corte Americana para a questão racial, decidiu várias vezes com base na mesma disposição constitucional, mas de formas diferentes. Assentou inicialmente a separação entre brancos e negros, para depois declará-los iguais, porém com vidas “separadas” e, finalmente, reconheceu a falta de igualdade de oportunidades entre as pessoas de raças diferentes, determinando a realização de reformas estruturais que iniciadas no ensino público, estenderam-se para hospitais, hospícios e prisões, entre outros locais da vida pública.

¹²⁵⁹Essa decisão representaria “resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

¹²⁶⁰As medidas determinadas pela Corte acarretaram a reforma de todo o sistema de ensino público, o que somente foi possível com o empenho pessoal do presidente daquela Corte juiz Earl Warren: “A *Warren Court* envolveu-se nessa conjuntura crítica. Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com *Brown* e reconheceram a abrangência da reforma exigida: o sistema dual de escolas teria de ser erradicado da ‘raiz aos galhos’”. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26-29.

Assim, o sentido da norma constitucional foi *atualizado* pela Suprema Corte Americana em *Brown x Board of Education*, em face de um novo contexto social, que exigia uma mudança dos costumes, com base em novos valores, sendo a igualdade assegurada pela Constituição tomada no seu aspecto substancial (igual direito à educação) e não apenas seu aspecto formal (acesso à educação).¹²⁶¹

A atuação política do Judiciário nos Estados Unidos é (melhor) assimilada pela sociedade americana, em razão do próprio sistema da *common law*, no qual o precedente judicial é também fonte de direito e vincula as futuras decisões judiciais, aproximando, dessa forma, as funções do juiz e do legislador como “criadores do direito”.

Necessário apontar, ainda, que para que houvesse o reconhecimento da sociedade americana do poder político do Judiciário, foi decisiva **a postura dos próprios juízes**¹²⁶² que, não se furtando aos desafios do mais emblemático *hard case* americano, implementaram as mudanças necessárias para a efetividade da decisão judicial tomada em *Brown x Board of Education*,¹²⁶³ atualizando o sentido da norma constitucional.

Por outro lado, não se tem conhecimento de que em um sistema de *civil law* tenha havido decisões que tivessem tal repercussão social ou que pudessem determinar não apenas a declaração de um direito e a superação de uma concepção desigual, o que já seria de grande mérito, mas também o empenho de uma Suprema Corte na efetiva concretização desse direito, o que implicou em reformas de grande impacto nas estruturas até então existentes na sociedade, especialmente quanto à educação, saúde e transporte.

¹²⁶¹“Assim é que, partindo da interpretação exclusivamente literal das leis, no momento de sua aprovação, os juízes da Suprema Corte americana reconheceram a necessidade de levar em conta a atuação do sentido das palavras”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

¹²⁶²“A expressão ‘governo dos juízes’ não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa ‘revolução constitucional’ promovida pelos juízes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

¹²⁶³“Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento das verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização e muito mais”. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

No Brasil, embora ainda não seja infundada a crítica de “culto à lei”,¹²⁶⁴ o fato é que também o Judiciário tem atuado cada vez mais na esfera pública, especialmente por recentes decisões do STF que tiveram grande impacto na sociedade, seja por decidir sobre matéria de grande interesse público, seja porque essas decisões acabaram por impactar, direta ou indiretamente, nos outros dois Poderes, e que por essa razão foram apontadas como “políticas”.¹²⁶⁵

É também intenso o debate quanto a ser ou não cabível a atuação do Judiciário, em matéria de políticas públicas,¹²⁶⁶ sendo exemplos frequentes, noticiados inclusive pela imprensa, as decisões dos juízes das várias esferas que determinam a concessão gratuita de remédios, promovem a internação e o tratamento hospitalar, ou garantem a matrícula de crianças em escolas e creches.

Esse fenômeno reflete, na realidade, o exercício da função assegurada constitucionalmente ao Poder Judiciário, especialmente pela Constituição de 1988 e que como poder do Estado exerce, por meio da jurisdição, **inegável atividade de natureza política**, tal como os outros dois Poderes.

Embora possa parecer apenas um jogo de palavras, tem significado singular a assertiva de que não se trata de **politização do Judiciário**, pois isso significaria uma atuação político-partidária, impensável perante a própria organização do Estado, sendo o

¹²⁶⁴“No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar ‘culto da legislação’, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

¹²⁶⁵Apenas a título de exemplo são citadas: a Declaração de Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto); a Declaração que vedou o nepotismo nos três Poderes (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski); a declaração de que a condenação de candidatos a cargos eletivos, não transitada em julgado, não acarretava a inelegibilidade (ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello) e a questão da restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

¹²⁶⁶Sobre decisões proferidas pelo STF e STJ especialmente em ações de natureza individual e que declararam a saúde como direito fundamental integrante do “mínimo existencial”, mas que não consideraram ou minimizaram a questão orçamentária do ente público obrigado a cumprir a decisão. JACOB, César Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237-283. Do outro lado, apontando o déficit do Estado brasileiro em matéria de saúde e educação, cuja “reserva do possível” seria argumento apenas para confirmar a crise de efetividade das normas garantidoras de direitos fundamentais. MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159-169.

fenômeno caracterizado por uma **judicialização da política**,¹²⁶⁷ no sentido de que questões dessa natureza que antes não eram *judicializáveis*, ou seja, não eram objeto de ações judiciais, passaram a ser trazidas para o Poder Judiciário.

Essa nova “face” do Judiciário seria aquela que mais causa perplexidade, embora como já dito, desde a primeira Constituição Republicana de 1891, seja reconhecido como um dos Poderes do Estado brasileiro, sendo que o maior jurista positivista¹²⁶⁸ reconheceu o viés político da atividade jurisdicional.

De qualquer forma é um fato que o Poder Judiciário se destaca no cenário político-institucional nesse início de século XXI, embora ainda sejam frequentes as críticas¹²⁶⁹ sobre as decisões judiciais que considerando o caso concreto, aplicam princípios constitucionais para concretizar direitos fundamentais.

Por outro lado, há que se reconhecer que os juízes brasileiros, em razão do próprio sistema legal, da formação que recebem das faculdades de Direito e da natureza individual da imensa maioria das ações que passam por suas mãos diariamente, ainda têm grandes dificuldades em superar o individual e assumir que têm também um papel político a desempenhar, notadamente por meio das ações coletivas.¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ A respeito do tema: VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹²⁶⁸ KELSEN afirmou que para se alcançar a sentença justa ou o ato administrativo justo, da mesma forma que para se fazer uma lei justa, a indagação a ser feita não seria jurídico-teórica, mas sim político-jurídica sendo, portanto, da mesma natureza. In KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118.

¹²⁶⁹ “Somente uma conclusão parece viável: não apenas as da mais alta Corte de Justiça do país, mas de resto, quase todas as decisões judiciais não analisaram de maneira adequada a questão do custo dos direitos e a ‘reserva do possível’ à luz do respeito aos orçamentos. Quase sempre, os argumentos são postos de forma singela e genérica, sem a preocupação com os dados da realidade na espécie”. JACOB, César Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 277. Também CAPPELLETTI reconhecia que há riscos na atividade mais dinâmica do Judiciário, tais como “autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca. Nada obstante, deve-se desde logo afirmar que, com relação ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves, senão por outra razão porque exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ramo ‘menos perigoso’”. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 49.

¹²⁷⁰ “Demais disso, comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias”. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 809.

E mais, que para desempenhar esse novo papel, terá o Poder Judiciário que se modificar, atualizar e modernizar, buscando ainda a estrutura que lhe falta, além dos instrumentos que necessita para melhor decidir as ações de grande repercussão social.

7. Ativismo judicial

O fenômeno do ativismo judicial coincide com a influência política do Judiciário na sociedade norte-americana a partir do século XIX, mas se intensifica em razão das decisões da Suprema Corte dos EUA na interpretação das normas constitucionais, especialmente nas décadas de 50 e 60 do século XX.¹²⁷¹

O debate sobre o tema do ativismo judicial, embora recente no Brasil, tem se intensificado na mesma proporção que o Poder Judiciário decide sobre questões políticas ou de grande repercussão social, muitas vezes “preenchendo brechas deixadas pelo Legislativo”.¹²⁷²

Sem dúvida que esse debate foi viabilizado pela Constituição de 1988 que, tal como as Constituições democráticas do pós-guerra, dispôs sobre normas gerais dotadas de maior abrangência, além de direitos de dimensão prospectiva,¹²⁷³ como são os direitos sociais e, ainda, de princípios, mas todos, sem exceção, com potencial efetividade.

¹²⁷¹O “cientista político G.Theodore Mitau registrou e discutiu os efeitos das decisões da Suprema Corte na década de 1954-1964, considerando revolucionária, por seus efeitos políticos e sociais, a influência do Poder Judiciário naquele período” especialmente por ter “expandido amplamente as proteções constitucionais para os politicamente fracos, os socialmente desprezados e os criminalmente suspeitos”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96.

¹²⁷²“Só no ano de 2.007, por exemplo, três julgamentos no STF ocuparam-se deste tipo de questão: a definição da perda de mandato do político que trocasse de partido depois de eleito; direito de greve dos servidores públicos; se deputados poderiam acompanhar a sessão secreta do Senado que tinha por pauta apreciar o processo de cassação do mandato do ex-presidente da casa, Senador Renan Calheiros”. SADECK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

¹²⁷³Para CAPPELLETTI é a legislação dos direitos sociais que mais exige o que “os cientistas políticos chamam de *promocional*. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre o certo e o errado, ou seja, entre o caso justo e o injusto, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria para si direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais” In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 41.

Esse cenário constitucional implica, tanto para o legislador como para o juiz, na realização de **escolhas**,¹²⁷⁴ razão pela qual a questão do ativismo judicial envolve a discricionariedade, o que não pode deixar de ser pontuado, para fins da presente investigação, embora o este estudo não comporte um maior aprofundamento de tema dessa complexidade.¹²⁷⁵

O que pode se afirmar é que discricionariedade, de um modo geral, está ligada com a ideia de liberdade e, como já dito, com a possibilidade de fazer escolhas, e que tal como reconheceu Kelsen, viabilizaria que o juiz proferisse “uma sentença judicial justa”.¹²⁷⁶

Há que se afastar a crítica de que em assim agindo o juiz decidiria mediante critérios de conveniência e oportunidade, que são próprios da atividade administrativa, pois a sua atuação discricionária refere-se à interpretação e aplicação de conceitos abertos ou normas de caráter geral, garantidoras de direitos fundamentais ou sociais, consagradas pelo ordenamento jurídico.¹²⁷⁷

Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia se considerar uma discricionariedade judicial que se pautе pelas garantias e direitos assegurados na Constituição e que seja aplicada de acordo com os princípios constitucionais do processo, notadamente os princípios de acesso à Justiça e do devido processo legal, considerados no presente estudo como princípios balizas, dos quais decorrem os princípios do processo coletivo.

¹²⁷⁴BOBBIO referindo-se à teoria da interpretação do positivismo aderiu à crítica à atuação meramente lógica do juiz, asseverando: “a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar a decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”. In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 237.

¹²⁷⁵Pela incontestável autoridade no assunto citam-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1989 e MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹²⁷⁶“Pois a necessidade de uma ‘interpretação’ acontece exatamente porque a norma a ser aplicada ou o sistema de normas deixa abertas inúmeras possibilidades, o que quer dizer que não contém nenhuma resolução sobre qual dos interesses em jogo é o mais alto; essa decisão, essa determinação de hierarquia dos interesses é muito mais num ato de produção normativa – permite, por exemplo, uma sentença judicial justa”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118.

¹²⁷⁷“Nos casos limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir a ‘consciência jurídica geral’”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

O juiz contará ainda com um poder discricionário proporcionalmente mais amplo, quando tiver que decidir sobre litígios que envolvam interesses coletivos e, portanto, de ampla repercussão social, exatamente porque terá que **fazer mais escolhas entre os interesses em conflito.**

Deve ainda ser reconhecido que o juiz assumirá uma posição mais ativa ao decidir sobre esses conflitos, comparativamente quando decide uma controvérsia entre particulares que disputam direitos subjetivos e muitas vezes disponíveis, ou seja, sua atuação será pautada pelo princípio da adequação ao direito material em conflito¹²⁷⁸ e pelo princípio da relevância social.

Em consequência, parece claro que o juiz ao julgar uma ação coletiva, além de interpretar a norma, deverá considerar os interesses em conflito, privilegiando aqueles que deverão ter maior ou especial proteção e, ainda, escolher a melhor forma de dar efetividade à sua decisão, além de considerar os impactos dessa decisão na sociedade.¹²⁷⁹

No mais, interesses ou direitos coletivos são dinâmicos, modificam-se no transcorrer do tempo e requerem medidas prospectivas, muitas vezes projetadas para o futuro, ao contrário dos direitos individuais que além de mais estáveis, requerem, na maioria das vezes, medidas reparatórias, voltadas para o passado.

No ordenamento norte-americano, por exemplo, a legislação que desde 1938 regula as *class actions* é a *Rule 23 of Civil Procedure*, que outorga ao juiz grande margem de “poder discricionário”, especialmente para declarar estar o grupo ou a classe devidamente representada, certificar a pertinência da ação coletiva ou a conveniência de desmembrar a

¹²⁷⁸A conformação do processo e da atividade do juiz em razão do direito material controvertido não é nova, sendo defendida pelos processualistas mais atentos à necessidade de efetiva tutela como BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹²⁷⁹“O juiz sempre terá que fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos pelo juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

ação de classe, tudo com o objetivo de assegurar a devida tutela aos interesses e direitos coletivos.¹²⁸⁰

No microsistema de ações coletivas formado pela Lei nº 7.347/85 - LACP e pela Lei nº 8.078/90 - CDC, o juiz não escolhe qual o melhor representante para defender a classe, não pode desmembrar a ação coletiva em várias ações coletivas de menor objeto, tampouco decidir sobre a melhor destinação da indenização pecuniária relativa ao dano moral coletivo, ou seja, não tem o juiz brasileiro os mesmos poderes que o juiz norte-americano em sede de ações coletivas.

Assim, como regra, nos sistemas típicos da *civil law*,¹²⁸¹ um maior poder discricionário seria até hoje negado ao juiz, mantendo vivo, assim, o dogma da onipotência do legislador,¹²⁸² que atuaria com exclusividade no domínio da política, enquanto o juiz aplicaria a lei, atuando no domínio jurisdicional, separado e afastado da política.

Por fim, há que se apontar que a referência no Brasil, ao ativismo judicial é, pelas mais variadas razões, feita com conotação negativa, no sentido de indicar que o juiz estaria extrapolando seus limites, invadindo a esfera de atuação de outro Poder e, com isso, comprometendo o princípio da separação dos Poderes.

¹²⁸⁰“Si é detto che al controllo del legislatore, si sostituisce necessariamente quello assai penetrante del giudice, a cui spetta in effetti adottare tute le misure che egli discrezionalmente ritiene necessarie ad assicurare un’adeguata tutela degli interessi in gioco”. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979. p. 274. Tradução livre da Autora: “Se afirma que o controle do legislador, se substitui necessariamente aquele profundamente exercido pelo juiz, que tem a responsabilidade de adotar todas as medidas que, de acordo com sua discricionariedade, entenda necessárias para assegurar uma adequada tutela dos interesses em jogo”.

¹²⁸¹“Nos países de *Civil Law* tende-se a identificar o direito com a lei, com a consequência de que também em face da lacuna legislativa, entende-se, ou se pretende entender, que de qualquer modo o juiz não faz senão aplicar a lei, na medida em que a lacuna é suprida com argumento por analogia ou a contrario da própria lei, ou dos princípios desta extraídos. Nos países de *Common Law*, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito” – CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 122-123.

¹²⁸²A expressão é de BOBBIO ao referir-se à teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador, bem como sobre as primeiras interpretações feitas do Código de Napoleão e que consolidaram esse que é um dos dogmas fundamentais do positivismo. In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 38 e 73.

E esse “negativo” ativismo judicial foi atribuído às decisões da Justiça do Trabalho¹²⁸³ quando enfrentou a questão das demissões coletivas ocorridas na primeira década do novo milênio e determinou a suspensão desse ato patronal, especialmente porque não foram as dispensas precedidas de negociação coletiva ou por não ter sido comprovada a existência de crise econômico-financeira a justificar a abrupta ruptura contratual, sendo o processo mais famoso aquele que ficou conhecido como “caso Embraer”.¹²⁸⁴

Embora existam argumentos de peso no sentido de que o que se viu nesses julgamentos da Justiça do Trabalho, não foi ativismo judicial, mas interpretação do conflito com base nos princípios constitucionais,¹²⁸⁵ não se pode deixar de reconhecer que os juízes do Trabalho exerceram o papel de protagonistas e de criadores do direito, especialmente em razão da omissão legislativa em regulamentar o disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição.

O destaque feito quanto às decisões da Justiça do Trabalho sobre as demissões em massa é feito com o intuito de demonstrar que o “ativismo judicial” não é algo comum ou bem assimilado pela sociedade e até pelos próprios juízes, que preferem colocar em relevo os fundamentos pelos quais adotaram uma determinada decisão, sem admitir expressamente que tiveram um papel ativo para solucionar o conflito social.

Essa percepção de atuação “negativa” não ocorreria no sistema da *common law*¹²⁸⁶ no qual, pela própria tradição, juízes e legisladores se aproximariam como formuladores de

¹²⁸³Editorial do Jornal “O Estado de São Paulo” do dia 08-04-2009 intitulado “Crise e o 'ativismo' dos TRTs” identificou como “ativismo judicial” as decisões proferidas pelos Tribunais do Trabalho da 3ª. e 15ª. Região, ambas censuradas na matéria jornalística, por disseminarem a insegurança jurídica e representarem interferência abusiva nas relações contratuais. CRISE e o 'ativismo' dos TRTs. *Estadão.com*. 08 abr. 2009 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-crise-e-o-ativismo-dos-trts,351642,0.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

¹²⁸⁴Processo TRT 15ª. Região nº00309-200000-15-00-4-DC (numeração antiga) e nº0030900-12.2009.5.15.0000 (numeração atual). TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 31 mar. 2013.

¹²⁸⁵“Em verdade, o que há naqueles julgados não é viés ideológico ou "ativismo" de qualquer ordem. É, sim, uma inexorável mudança de perspectiva. Já não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do texto constitucional.” FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ativismo judicial para bom entendedor*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2505200909.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

¹²⁸⁶“A maior proximidade existente entre a atividade do juiz e a do legislador nos ordenamentos da família da *common law* explica porque nesses sistemas o fenômeno do ativismo judicial não assume, em geral, conotação negativa, abarcando desde o uso da interpretação teleológico-evolutiva e da integração de lacunas, até as situações (raras na perspectiva anglo-saxônica, em que o direito legislado abre largos espaços à normatização dos precedentes) em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307.

normas jurídicas, pois também o precedente¹²⁸⁷ é tido como fonte de direito, que vincularia decisões futuras, sendo ainda corrente a concepção de que a eficácia do direito legislado dependeria da sua validação pelas decisões judiciais, tudo a evidenciar a maior autoridade do juiz nos sistemas de direito “não escrito”.¹²⁸⁸

Nos Estados Unidos a percepção negativa estaria ligada ao “passivismo judiciário” que ao contrário do “elogiado ativismo”¹²⁸⁹ defenderia uma interpretação restritiva da Lei (especialmente da Constituição) com base no seu conteúdo textual ou gramatical ou, quando muito, buscando o significado que o legislador pretendeu dar ao texto, o que levaria a uma estratificação das decisões judiciais, fundadas na Lei ou nos precedentes.¹²⁹⁰

Como alternativa a essa corrente de interpretação surgiu e evoluiu na Suprema Corte Norte-Americana “o não interpretativismo ou *construction*”¹²⁹¹ e pode ser sintetizado no pensamento que reconhece que em razão das novas conformações da sociedade, o significado da Constituição deve também evoluir para acompanhar essas mudanças.

Para os defensores da *construction* (não interpretativismo) “o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas e culturais experimentadas pelos Estados Unidos”.¹²⁹²

Dessa feita, a expressão **ativismo judicial** que tem, em regra, uma conotação positiva nos EUA em razão do sistema da *common law* e da tradição do Judiciário norte-americano em assumir a responsabilidade pelas decisões de grande repercussão social, como também pelos poderes assegurados ao juiz nas ações coletivas, assume, no Brasil, a

¹²⁸⁷O *precedent* corresponde a uma ou mais decisões que foram um conteúdo interpretativo que vincula o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados (decisões de juízes de primeira instância ou grau não formam precedentes). Mas os juízes podem, analisando o *precedent* em confronto com o caso concreto em julgamento, declarar a sua não aplicação em razão de diferenças relevantes, ou seja, o *precedent* não seria aplicado com todo o rigor, especialmente pelos juízes dos Estados Unidos, em comparação com os juízes da Inglaterra. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106 (nota de rodapé n. 53) e p. 108.

¹²⁸⁸O direito desenvolvido pelos próprios juízes é para CAPPELLETTI “uma outra causa da maior autoridade do juiz do *Common Law* em relação ao do *Civil Law*.” In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 23.

¹²⁸⁹RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

¹²⁹⁰RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-138.

¹²⁹¹A corrente do “não interpretativismo ou *construction*” apresentaria duas principais vertentes consistentes no conceitualismo e no simbolismo. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

¹²⁹²RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

forma de crítica ao Judiciário, identificando negativamente a atuação de juízes¹²⁹³, que pretendiam assumir funções de legisladores, comprometendo a própria separação dos Poderes.¹²⁹⁴

E, como mostrou tese específica sobre o ativismo na Justiça do Trabalho, não há um único ativismo, mas sim vários tipos de atuação judicial que podem ser identificadas com tal fenômeno¹²⁹⁵, que se faz presente em várias decisões que envolvem direitos sociais, especialmente depois da Constituição de 1988¹²⁹⁶ e até na uniformização da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.¹²⁹⁷

8. Juízes criadores de normas

Da atividade discricionária do juiz, que fez parte das preocupações do positivismo jurídico (que a restringiu) e também da teoria realista do direito (que a ampliou), além de ser reconhecida pela jurisprudência estadunidense, especialmente pelo “ativismo jurídico”

¹²⁹³Como feito por Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que os juízes ao distribuírem remédios fariam “um ativismo judicial despreparado”, citado por DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 120.

¹²⁹⁴Nesse sentido também RAMOS, para quem o ativismo judicial seria “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa” e que poderia ser “conceituado como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107 e 138, respectivamente.

¹²⁹⁵“Para captar essas diferentes formas de manifestação (que no Brasil se tornaram mais perceptíveis após a redemocratização propiciada pela Constituição de 1988) constituíram-se, com base em metodologia weberiana, tipos ideais de ativismo judicial: *contramajoritário, jurisdicional, promocioanal, criativo, de padronização decisória, em face de precedentes, contra legem, processual e extraprocessual*”. ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 266.

¹²⁹⁶“No que tange à Justiça do Trabalho, a investigação desta tese, baseada nesse instrumental, realizou-se pela seleção de situações e fatos representativos da incidência de um ou mais tipos de ativismo judicial, com ênfase em casos relacionados à tutela de direitos sociais trabalhista previstos na Constituição de 1988. (...) Considerando a riqueza de aspectos relevantes que apresenta e a grande repercussão que suscitou e ainda parece suscitar, o caso da atuação da Justiça do Trabalho em face das dispensas em massa da Embraer foi estudado com mais ênfase.” ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 266.

¹²⁹⁷“Além disso, em várias das *teses sumulares* do TST, nota-se claramente um *ativismo judicial criativo*. É o caso da súmula nº 331 (terceirização), da súmula 291 (sobre horas extraordinárias), que instituiu indenização *praeter legem*, sem nenhuma previsão legal; e de vários precedentes sobre o trabalho bancário (v.g. a súmula nº 102), direito processual (súmula nº 218 e OJ 130 da SDI 2) e tantos outros temas (v.g. natureza de verbas pagas ao trabalhador, reflexos salariais, efeitos temporais do contrato de trabalho, prescrição, estabilidades, garantias de emprego)”. ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 236.

da Suprema Corte daquele país, decorre a questão a ser enfrentada da criação do direito por meio das decisões judiciais.

O primeiro aspecto que deve ser aclarado é que a interpretação (questão central para o positivismo) e a criação do direito (especialmente desenvolvida pelos realistas) não mais permanecem em oposição, ao contrário, estão presentes nas decisões judiciais do mundo todo que utilizam as técnicas de interpretação para concretizar (de forma criativa) direitos.

No mais, ainda que existam diferenças estruturais entre os dois grandes sistemas jurídicos que apresentam características próprias,¹²⁹⁸ reconhece-se a aproximação ocorrida entre os regimes da *common law* e da *civil law*, especialmente no aspecto aqui focado da **criatividade** da jurisprudência.¹²⁹⁹

Se na atualidade ocorre “notável expansão do potencial criativo das decisões judiciais”, o que se explica em razão da existência de normas jurídicas de maior abrangência e menor precisão, não é menos verdade que o juiz deve buscar o fundamento das suas decisões no ordenamento jurídico,¹³⁰⁰ com base nas técnicas de interpretação, revisitadas pela moderna hermenêutica.¹³⁰¹

¹²⁹⁸Entre essas características podem ser mencionadas a crescente regulação por meio da Lei (*acts e statutes*), tanto nos EUA como no Reino Unido, países de sistema da *common law* e, por outro lado, o respeito à jurisprudência das Cortes Superiores nos países da *civil law*: “A situação dos países de direito civil afasta-se menos do que poderia parecer da dos países de *common law*. Decerto a força hierárquica da doutrina do precedente não é ensinada neles; as jurisdições inferiores não tem o dever de se alinhar às decisões da corte suprema, mas só tem liberdade de se enganar e de se expor à reforma ou à cassação”. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio; rev. da trad. Maria Ermantina Galvão; rev.téc. Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 153-155. No mesmo sentido CAPPELLETTI, Mauro: “de outro lado, por antiga tradição reconhece-se também nos sistemas de “*civil law*” a autoridade – de fato, embora não formal, persuasiva, embora não vinculante – do precedente judiciário, enquanto *auctoritas rerum similiter iudicatarum*” - CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 122. Acrescento que a aproximação entre os dois sistemas, com relação ao respeito ao precedente, foi “oficializada” no Brasil por meio da “Súmula vinculante”, nos termos do artigo 103-A, introduzido na Constituição pela Emenda nº 45 de 2004.

¹²⁹⁹CAPPELLETTI que aponta a crescente criatividade dos juízes, especialmente na Europa, de modo muito parecido ao que já ocorre nos países da *Common Law*. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 122-128. No mesmo sentido de gradativa identificação entre os países da *common law* e aqueles da *civil law*: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

¹³⁰⁰Nesse sentido também Luis Fabiano de Assis, ao apontar as bases que utilizou para a construção dos *tipos ideais* de ativismo judicial: “Trata-se de opção metodológica que não pressupõe nem sugere o abandono do positivismo jurídico.” ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 195.

¹³⁰¹Nesse sentido a conclusão a que chega Elival da Silva Ramos ao apontar que somente um “positivismo renovado e reflexivo” poderá propiciar o ajuste, indispensável, da criatividade aos princípios do Estado Democrático de Direito. In RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

Há que ser lembrado que a atividade criativa do juiz foi reconhecida pela “Teoria pura do direito” de Kelsen, inclusive comparativamente com o legislador,¹³⁰² e que há doutrina autorizada no sentido de que essa diferença seria apenas de “grau”, pois o legislador sempre terá uma maior margem para “criar” o direito,¹³⁰³ mas com a mesma conclusão: de que o juiz também cria o direito.

Mas isso não significa, e essa posição deve ficar clara, que **o juiz seria plenamente livre para criar o direito**, pois nos dois grandes sistemas jurídicos, da *common law* ou da *civil law*, a decisão judicial permanece vinculada a um dado “positivismo jurídico”.¹³⁰⁴

Se por um lado se apresenta fora de cogitação uma atuação do juiz restrita por uma lógica vazia e mecanicista, igualmente deve ser afastada uma atuação pautada em “plena liberdade criativa”, no sentido de direito criado pelo juiz com base nas suas próprias convicções, percepção subjetiva e impressões particulares da realidade, embora não se negue a influência da cultura e do meio em que o julgador está inserido.¹³⁰⁵

Destaca-se a seguinte lição, por refletir a síntese do que se defende no presente estudo:

“Discrecionarietà não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar

¹³⁰²“Certamente existe uma diferença entre esses dois casos, mas é apenas quantitativa e não qualitativa e consiste em que a ligação dos legisladores com o aspecto material é muito menor que a do juiz, já que aquele é relativamente bem mais livre que este na criação do direito. Mas este também é um criador do direito é também relativamente livre nessa função”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118-119.

¹³⁰³CAPPELLETTI, Mauro afirmou que a diferença entre a criatividade do juiz e do legislador é apenas de *grau*, ou seja, o legislador teria uma atividade quantitativamente diversa, pois seus limites substanciais seriam menos precisos, mas não haveria diferença no aspecto qualitativo na *criação do direito*. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 26-27.

¹³⁰⁴No sentido de que o juiz deve solucionar a lide com base no “direito posto” seja pelo legislador nos países da *civil law*, seja pelo próprio Judiciário, por meio dos *precedents*, nos países da *common law*, utilizando a norma assim considerada na fundamentação que apresenta para a sua decisão.

¹³⁰⁵“É importante registrar que dificilmente um órgão judicial pratica o *ativismo judicial* sem nenhum suporte na cultura social e jurídica de seu povo. Com efeito, há concepções mais ou menos arraigadas na experiência jurídica na qual o julgador se insere, de modo que, em geral, a atuação concreta do *potencial protagonismo judicial* costuma dialogar com esses padrões éticos e valorativos.” ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 197.

certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”¹³⁰⁶ – sem realces no original.

Concordamos com a assertiva de que já deveria estar superado o debate sobre a existência ou não de criatividade do juiz na interpretação da Lei,¹³⁰⁷ sendo a questão que realmente merece atenção àquela relativa **aos fundamentos da criatividade judicial**, ou seja, encontrar no próprio ordenamento jurídico os elementos que legitimam essa atuação, nos casos em que o juiz poderá atuar com maior liberdade na prolação de decisões judiciais.

Ordenamento jurídico deve ser tomado de forma ampliada, abrangendo as normas jurídicas internas, mas também as normas internacionais,¹³⁰⁸ de igual ou superior estatura,¹³⁰⁹ bem como considerar a aplicação imediata e efetividade dos direitos fundamentais e princípios insculpidos na Constituição de 1988.

Essa criatividade judicial far-se-á presente de forma mais significativa nos conflitos que envolvam a interpretação das normas mais abrangentes, de menor densidade ou precisão, e que exigirão do juiz exatamente uma atividade no sentido de obter a sua efetividade e concretização no mundo fático.¹³¹⁰

¹³⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 23-24. No mesmo sentido: “Já os poderes discricionários conferem ao julgador a possibilidade de, ao exercê-los e praticar os atos correspondentes, valorar a conveniência e oportunidade da ação a ser efetivada e valorar e escolher o conteúdo dessa ação. (...) Faz-se mister não confundir discricionariedade com arbítrio”. MIRANDA, Vicente. *Poderes do Juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 131.

¹³⁰⁷ A afirmativa é feita com base, mais uma vez, em CAPPELLETTI, que afirma que a discussão se inicia exatamente nesse ponto: “Ela verte não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial”. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 25.

¹³⁰⁸ “Na mesma medida em que o direito internacional se aprofunda, com sua regulamentação, em matérias que, até então, eram normatizadas apenas pelo ordenamento jurídico estatal singular, deve fortalecer sua tendência à imediata autorização e obrigação dos indivíduos. Com isso, porém, em lugar da responsabilidade individual pela culpa, deve entrar a responsabilidade coletiva pelo resultado”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 145.

¹³⁰⁹ Em razão do disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição de 1988.

¹³¹⁰ “Na organização da estrutura básica de poder predominam dispositivos constitucionais vazados em linguagem mais precisa, a que se associam, *prima facie*, significados com delimitação mais estreita, ao passo que, em sua dimensão prospectiva, as Constituições se valem de textos normativos abrangentes e, em decorrência, com menor grau de precisão. No primeiro caso, a concretização dá origem a normas constitucionais do tipo regras, ao passo que, no segundo, há a geração de normas-princípio”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

São normas que garantem direitos, cuja legalidade e validade não mais se questionam, mas que para sua realização exigem aquela atividade prospectiva, que nada mais é que uma postura “ativa” do Estado buscando sua concretização no mundo fático, ao contrário da postura até então esperada de não intervenção estatal nos direitos de natureza individual.¹³¹¹

E essas normas que não mais podem ser apontadas como meramente programáticas,¹³¹² buscariam sua efetividade de forma gradual dentro do próprio sistema, de acordo com a evolução da sociedade, a fim de serem concretizadas em consonância com os princípios e os fins sociais do próprio Estado Democrático de Direito,¹³¹³ de maneira espontânea pela sociedade ou imperativa pelo Judiciário.

E o Judiciário, como um dos Poderes de Estado, está vinculado, pela própria Constituição a buscar essa concretização sempre que for chamado a decidir um conflito

¹³¹¹“Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos u derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, má que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina ‘derechos-préstacion’”. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 24-25. Tradução livre da Autora: “Desta perspectiva, as diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais são diferenças de grau, mais que diferenças substanciais. Pode reconhecer-se que a face mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer e é por essa razão que às vezes são denominados *direitos prestação*”.

¹³¹²Nesse sentido a evolução da doutrina no Brasil, que inicialmente apontou que existiam direitos constitucionais de “eficácia limitada ou reduzida”, que aguardavam nova iniciativa do legislador para sua efetividade, conforme José Afonso da Silva em *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 1998. p. 81-82; predominando o entendimento oposto: “Sob a ótica da normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. (...) São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.” PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 240-241. Evolução que também foi consagrada pela jurisprudência do STF: “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente (...) sob pena de o Poder Público, em fraudando justas expectativas nele depositada pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. Julgamento do STF em 12.09.2000 com voto do Ministro Celso Mello, citado por SADECK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

¹³¹³Finalidade que também vincula a administração pública, em razão das diretrizes dadas pela Constituição de 1988: “Deve-se, pois, pensar em uma discricionariedade pautada nos fins constitucionais, vinculando a atuação do administrador aos direitos fundamentais e ao dever de boa administração”. DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 121.

que envolva a aplicação de normas jurídicas de natureza mais aberta, que demandem uma atividade de prospecção em direção ao futuro.

Essa atividade de concretização será exercida pelo juiz em uma relação dialética e em **colaboração com as partes**, a fim de estabelecer o alcance da norma a ser aplicada e os elementos fáticos do caso submetido a julgamento, buscando os fins sociais pretendidos pela norma, tal como dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e os princípios que devem fundamentar e nortear a decisão, sendo assim aquela atividade acima referida como cognoscitiva e criativa, que necessariamente envolverá escolhas.¹³¹⁴

Essa a discricionariedade que se faz presente nas decisões judiciais notadamente **nas ações coletivas**, não podendo mais o juiz deixar de considerar o meio social em que se insere o conflito e para o qual será direcionada e cumprida a sua decisão, devendo refletir uma escolha possível em uma dada realidade factual.

Ao lado desses parâmetros, deverá o juiz observar, especialmente, **os princípios constitucionais do processo e os princípios específicos do processo coletivo** que devem ser sopesados e aplicados para a solução de cada caso concreto submetido à sua análise, não se olvidando que os princípios têm sua validade intocada, ainda que em dadas circunstâncias sejam minimizados ou preteridos, em face de outro que seja mais adequado.¹³¹⁵

Dessa forma, a criatividade que hoje se espera do juiz é aquela voltada para a concretização de direitos e que será legítima se observar a norma jurídica a ser aplicada em

¹³¹⁴“Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 33.

¹³¹⁵De acordo com Lord Radcliffe, um dos mais influentes juízes ingleses do século XX, no dizer de CAPPELLETTI: “(...) jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como não poderia sê-lo” e teria, então, prosseguido: “o direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato (...) Os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam a sua aplicação às circunstâncias de fato da causa”. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 25 e nota de rodapé n. 24.

confronto com a realidade social, aplicando-a de acordo com os fins e **os princípios**¹³¹⁶ do Estado Democrático de Direito, estando plenamente autorizado a tanto pela própria Constituição.¹³¹⁷

Esses parâmetros ora apresentados afastam a crítica de atuação livre do juiz como “criador de normas”, em que pretenderia substituir ou ocupar o lugar do legislador, o que de fato não ocorre e é quase possível afirmar, sequer têm os juízes interesse em exercer tal atividade de “substituição”¹³¹⁸, apesar de ser essa a crítica mais recorrente com relação à criatividade judicial.

Para afastar tal argumento, em definitivo, parece bastar a singela constatação de que o juiz não pode ser “livre” na acepção dada pelos seus críticos, se atua apenas se for provocado pelas partes (o Judiciário é um poder inerte, ao contrário dos outros Poderes), deve, ainda, restringir sua atuação aos fatos e argumentos trazidos pelas partes e constantes do processo (princípio da demanda) e, por fim, sua decisão só será válida se for fundamentada, de acordo com o princípio da motivação, com respeito ao comando da própria Constituição.¹³¹⁹

O juiz, no presente momento de desenvolvimento da ciência jurídica, também realiza uma atividade interpretativa e de integração e complementação do próprio conteúdo

¹³¹⁶“Não resta a menor dúvida de que as Constituições principiológicas trazidas pelo constitucionalismo social-democrático e atuadas pelas Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

¹³¹⁷“Será mais fácil agora, não acarretando qualquer risco nem a renúncia a princípios éticos e jurídicos, inovar aplicando a Constituição, fazer a complementação das disposições legais já existentes, para adequá-las aos casos concretos, tomando por base os princípios e as normas gerais já integrados na legislação. É perfeitamente possível fazer isso com base no direito já existente, sobretudo na Constituição, sem a necessidade de substituir o legislador”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

¹³¹⁸CAPPELLETTI, discorrendo que a principal diferença na criação do direito se dá no *modo* de atuação do Legislativo e do Judiciário, no que se refere ao procedimento e a estrutura dos dois Poderes, ou seja, seria mais procedimental do que substancial, afirma: “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. In CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 74.

¹³¹⁹“Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, com a Itália”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 98. O mesmo ocorre no Brasil, nos termos do inciso IX, do artigo 93 da Constituição de 1988.

da norma jurídica,¹³²⁰ atuando criativamente com vistas à concretização dos direitos,¹³²¹ incumbindo-lhe, portanto, conhecer, declarar e concretizar o que no plano ideal e abstrato já foi previsto pela Lei.¹³²²

Em suma: as críticas dirigidas ao Judiciário em termos de um negativo ativismo, uma indesejada politização e uma criatividade em substituição ao legislador não se sustentam, e não se pode mais separar a atividade judicial de conhecer e declarar o direito, da esperada e almejada atividade de concretização desses direitos e **de efetividade real do provimento jurisdicional**, sob pena de se ter uma sentença vazia e desprovida de resultados úteis para a sociedade.

9. O juiz, a gestão judicial e a efetividade da reparação do dano moral coletivo

O ativismo, a criatividade e a repercussão política das decisões judiciais refletem um fenômeno que se verifica em todas as instâncias do Judiciário, embora tenha maior visibilidade nas decisões dos Tribunais Superiores que envolvem questões relacionadas com a interpretação e a aplicação da Constituição Federal.

Especialmente nas decisões proferidas pelos juízes de primeira instância nas ações coletivas, e no que mais de perto interessa no presente momento, na condenação da indenização por dano moral coletivo, são também identificadas essas novas características da atuação judicial, especialmente pela natureza dos interesses e direitos em conflito.

O processo coletivo envolve interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que por pertencerem a grupos, classes ou mesmo uma coletividade de

¹³²⁰“Desse modo, o *ativismo judicial criativo* ocorre a) na instituição judicial de normas gerais e abstratas para suprir, provisoriamente, lacunas deixadas pelo órgão com atribuição de legislar ou regulamentar um tema; b) na imposição, sem previsão expressa em normas positivas, de direitos, de obrigações ou de limites para relações jurídicas. (...)”. ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 206.

¹³²¹“O que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82-83.

¹³²²“Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim, dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de *Radbruch* de que a interpretação jurídica, visando ao sentido objetivamente válido de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido do ordenamento todo a que pertence.” REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 439 e nota de rodapé n.5.

indivíduos, e quando inadimplidos ou violados, acarretam danos que repercutem em uma dada coletividade e, não raras vezes, em toda a sociedade.

O instrumento manejado para tutela desses interesses não é o tradicional (e bem conhecido) processo individual, em que é possível identificar (pois previstos em Lei) qual obrigação foi inadimplida e qual o remédio para a reparação do direito lesado, em face das partes identificadas no processo.

O processo coletivo é um processo “novo”¹³²³ que exige do juiz uma postura em consonância com a natureza do conflito, pois terá que validar um procedimento que não se afaste das garantias constitucionais, mas que abandone formalismos desnecessários e busque a validação em princípios que sejam próprios dos processos coletivos ou neles tenham especial relevância.

O juiz deverá enfrentar o desafio de considerar a relevância social dos interesses em jogo e que as pessoas afetadas, direta ou indiretamente, não compõem a lide,¹³²⁴ não terão o seu *day of court*, sendo representadas por um legitimado que foi eleito pelo legislador como aquele que representa adequadamente os interesses sociais e, ainda, que a sua decisão deverá ser efetiva do ponto de vista dos danos que pretenda reparar.

A causa coletiva se caracteriza por sua complexidade, por trazer para o processo situações em que não há uma única solução possível, e muitas vezes o juiz terá que “criar” uma interpretação e uma aplicação do direito a fim de harmonizar os interesses em conflito e alcançar a pacificação social.

Controvérsias coletivas envolverão, especialmente, direitos sociais que são, em muitos aspectos, vagos, fluidos e carecem de concretização, em face dos quais se articulam as defesas no sentido de serem direitos “meramente programáticos” ou destituídos de

¹³²³ O Brasil, entre os países do sistema *civil law*, foi pioneiro na regulação das ações coletivas, que se iniciou com a reforma em 1977 da Lei nº 4.717/65 - Ação Popular, que alargou o conceito de “patrimônio público” (parágrafo 1º do artigo 1º). Na sequência, a Lei n. 6938/81 dispôs sobre a legitimidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade civil e penal. Mas foi com a Lei nº 7.347/85 – LACP que restou assegurada, de forma mais ampla, a tutela aos interesses e direitos transindividuais, tutela ampliada com a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

¹³²⁴ CAPPELLETTI citando Homburguer, professor austro-americano: “pode-se talvez considerar como o fato mais característico da *class litigation* o papel extraordinariamente ativo que o juiz deve assumir no controle e direção do procedimento. O interesse público atingido em processos deste tipo é muito maior do que no processo civil normal: é dever do tribunal garantir a proteção desse interesse e daquele dos ‘membros ausentes’ da classe”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 60.

eficácia plena e, por essa razão, não obrigarem a qualquer ação¹³²⁵ (no sentido comissivo ou omissivo do termo).

Por fim e mais importante, decisões em ações coletivas ultrapassam as partes do processo e atingem as pessoas para os quais seus efeitos devem se fazer sentir (o processo se desenvolve e tem seus fins visando sempre ao ser humano), mas também de forma reflexa, e não menos intensa, repercutem em toda a coletividade, pois todos os interesses e direitos coletivos são assim considerados e tutelados por terem relevância social.

Destarte, o juiz deve atuar nos processos coletivos de forma que seja proferida uma decisão com objetivo de dar fim ao conflito, com verdadeira paz social, o que somente poderá ser alcançado se houver uma percepção da própria coletividade quanto aos efeitos e consequências da decisão judicial.

Assim, não se está diante de uma alternativa possível ao juiz, ter ou não uma postura proativa,¹³²⁶ mas sim de uma exigência dessa atuação em prol de uma finalidade do processo que, como já dito, seja útil à coletividade para a qual dirigirá sua decisão e na qual essa será sentida em termos de efetividade.

A neutralidade judicial própria dos Estados Liberais, de concepção racionalista e positivista não tem mais lugar na solução dos conflitos coletivos, que dependem de um juiz atento, ativo e impulsionador do processo, pois os interesses e direitos que se colocam em conflito não são mais individuais, de natureza dispositiva e de repercussão restrita às partes litigantes.

Dessa forma, não está diante de um **ativismo** indevido em afronta à separação dos Poderes ou em busca de ocupar o lugar do legislador, mas sim de uma atividade judicial de acordo com o atual ordenamento constitucional, com base no qual todos os Poderes devem envidar esforços para a concretização dos direitos assegurados, notadamente os direitos fundamentais de natureza social, como o trabalho, a saúde e o meio ambiente.

¹³²⁵Argumento que se vale de uma interpretação restritiva do disposto no artigo 5º, II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, princípio da legalidade, garantia de liberdade individual.

¹³²⁶“O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 61.

Há que se superar o estigma que acompanha o termo “ativismo judicial”,¹³²⁷ o que pode ser feito por meio do argumento de que mais nefasto para a coletividade é imobilismo ou passivismo judicial, que estratifica as decisões judiciais e não propicia a evolução do direito, que deve acompanhar o progresso da sociedade e ser aplicado com base na Constituição, servindo de exemplo as decisões da Suprema Corte dos EUA.

Muitas dúvidas ainda existem sobre os limites desse *novo* papel do juiz, dúvidas que não são apenas dos juristas, mas dos próprios juízes, pois terão que assumir a discricionariedade¹³²⁸ especialmente em processos coletivos cujo conflito envolve interesses e direitos transindividuais, que exigem soluções diferentes a cada caso, estando nas mãos do juiz a escolha¹³²⁹ daquela que melhor corresponda aos fins sociais que se deve alcançar com a aplicação da norma.¹³³⁰

Dessa maneira, se fundamenta a segunda característica do papel que se espera do juiz nas ações coletivas, a sua **criatividade**, pois interesses e direitos transindividuais não são estáticos, ao contrário, estarão em constante modificação no tempo e no espaço, exigindo medidas preventivas e corretivas que se mostrem adequadas a essa peculiar natureza, o que se materializa por meio da aplicação do princípio da adequação do provimento ao direito material que deve ser tutelado.

¹³²⁷“É preciso desmitificar a auréola problematizante criada em torno do ativismo judicial, estigmatizando e rotulando os juízes que assumem postura proativa”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. 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, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

¹³²⁸Discricionariedade que é expressamente reconhecida no sistema da *class action* do Direito norte-americano desde a publicação da *Rule 23 of Civil Procedure* em 1938, que conferiu amplos poderes ao juiz nas ações de classe.

¹³²⁹Para CAPPELLETI o juiz realiza interpretação e criação do direito, apontando que “Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica em certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos”. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 128-129.

¹³³⁰DALLARI faz uma crítica contundente da aplicação automática e literal dos textos legais que ainda é justificada sob a assertiva de que “o juiz não é legislador”, o que acarreta conflitos entre o Direito e a realidade social, destacando que o próprio legislador deu liberdade ao juiz por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, que na realidade elenca critérios de interpretação dirigidas ao juiz, concluindo: “Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade *deve* procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100-110.

Criatividade que se faz presente em matéria de direitos sociais,¹³³¹ pois superada a interpretação inicial de que seriam as respectivas normas garantidoras meras cartas de boas intenções ou, na acepção jurídica do termo, direitos de natureza programática, não pode o Judiciário se furtar à responsabilidade que tem, na mesma medida que os outros dois Poderes, de exercer uma atividade propulsora de concretização desses direitos.

Não se pode esquecer que o Judiciário é um Poder que somente age por provocação, mas quando provocado deve se pronunciar,¹³³² e uma das principais (e muitas vezes esquecida) finalidade da atuação do juiz é **a pacificação social**, devendo usar da criatividade judicial para encontrar uma solução para o conflito coletivo capaz de alcançar tal objetivo.

Postura criativa que será exigida do juiz, especialmente ao decidir sobre **a melhor forma de reparação dos danos acarretados a interesses e direitos da coletividade**, pois esses não comportam uma reparação nos moldes do direito subjetivo, exigindo uma aproximação entre a reparação que seria ideal e aquela que é possível em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Nesse sentido, o exemplo do direito norte-americano, com relação à solução do tipo *cy pres* ou *fluid recovery* nas *class actions*, pode servir de inspiração para que o juiz do Trabalho faça uma destinação criativa e “o mais próxima do possível” à coletividade que suportou o prejuízo moral.

E, para tanto, será fundamental que o juiz assuma um papel mais ativo na condução do processo coletivo que tenha como objeto o pleito de reparação de dano moral coletivo, de maneira **a incentivar as partes a colaborar com o juízo**, apontando a melhor destinação possível para os recursos oriundos da respectiva condenação.

A necessidade de se alcançar **o efeito compensatório para a coletividade e pedagógico para toda a sociedade** é que fundamenta a postura ativa e criativa do juiz do

¹³³¹CAPPELLETI assevera que “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais” e acrescenta que será proporcionalmente mais ampla a discricionariedade judicial, quanto mais vaga a lei e imprecisos os elementos do direito, concluindo: “Essa é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 42.

¹³³²Constitui imperativo tradicional, pois previsto originariamente no artigo 4º do Código de Napoleão, a imposição para que o juiz sempre dê uma decisão para o conflito trazido pelas partes, não se eximindo de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade na Lei, sendo nesse sentido a codificação das leis no Brasil, conforme artigo 126 do CPC e artigo 8º da CLT.

Trabalho, pois a solução legal de remessa para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT não se mostrou capaz de concretizar tais efeitos, como demonstrado no presente estudo.

Embora na jurisprudência trabalhista a tendência majoritária ainda seja de remessa das indenizações por danos morais coletivos para o referido fundo, é possível encontrar-se decisões em que se verifica a postura ativa do juiz na condução do processo coletivo e utilização da criatividade para fazer uma destinação que mais se aproxime da reparação à coletividade lesada, do tipo *fluid recovery*, que também foi uma criação da jurisprudência norte-americana.¹³³³

E mais importante: nessas decisões inovadoras da Justiça do Trabalho, tem sido identificado **um sentimento coletivo** que fundamenta a reparação, e embora não deva ser exigido como requisito para o deferimento da indenização, pois não é passível de comprovação, deverá ser objeto da ponderação do juiz no momento de decidir sobre qual destinatário será beneficiado com o respectivo valor.

Deverá ser considerada e muitas vezes incentivada pelo juiz, a reparação do dano moral coletivo pelo próprio réu, por meio de sua atuação direta em benefício da coletividade lesada,¹³³⁴ como meio de fomentar um sentimento positivo, do ponto de vista

¹³³³ “A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluída), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 893.

¹³³⁴ “Em março de 2012, homologuei acordo em ação civil pública (ACP-0000410-02.2011.5.05.0651), inicialmente fixando compensação em pecúnia por dano moral coletivo, no montante de R\$205.000,00, a ser revertida em prol daquela mesma meta: a construção ou a reforma de cadeias públicas, conforme o caso, em quatro municípios da região (Bom Jesus da Lapa, Sitio do Mato, Santa Maria da Vitória e Correntina). Algum tempo depois e diante da dificuldade do estado em realizar as obras na celeridade e eficiência pretendidas, foi obtido um novo acordo, em que a empresa, mesmo já tendo quitado sua obrigação de pagar fixada no acordo, aceitou submeter-se a novo e difícil encargo: realizar todas as quatro obras com seus próprios recursos e seguindo projetos e cronograma preparados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.” RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

de quem acarretou o dano,¹³³⁵ além de alcançar o esperado efeito de reeducação para o ofensor e pedagógico para a coletividade.¹³³⁶

Aliás, quando se fala em práticas alternativas para solução dos litígios, não se pensa apenas na conciliação e na mediação,¹³³⁷ embora se reconheça a importância dessas técnicas, mas avança-se em termos de propugnar um papel ativo dos juízes em termos de justiça restaurativa,¹³³⁸ que embora seja mais lembrada em matéria penal, pode ser identificada com a atuação judicial em prol da reparação da lesão acarretada a bens e direitos não patrimoniais de uma determinada comunidade.¹³³⁹

¹³³⁵“A proposição desse segundo pacto fundou-se na inabalável crença do Juízo de que as empresas e os indivíduos que compõe a sociedade têm, via de regra, significativo interesse no desenvolvimento socioeconômico de sua região, além, é claro, do próprio estado (Ministério Público, Justiça do Trabalho, governo de estado, governos municipais) e das instituições sociais que acompanharam presencialmente as audiências (conselhos municipais de segurança, OAB, etc.). Daí por que estão dispostas a fazer sacrifícios para colaborar na melhoria das condições locais, tanto quanto demonstram resistência em enviar recursos para fora das regiões lesadas e carentes.” RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹³³⁶“A recomposição do dano difuso e coletivo junto às próprias comunidades lesadas pela prática do trabalho escravo – inclusive as de origem dos trabalhadores – pode representar o atendimento de importantes demandas de razoável número de cidades brasileiras, marcadas pelo isolamento geográfico, político e econômico, condizendo, ainda, com a expectativa social “da reparação, que é a reeducação do ofensor, além do exemplo pedagógico para outros potenciais ofensores.” PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 202

¹³³⁷“Instaura-se, como se percebe, uma espécie de mediação, e vários juízes do trabalho tem assumido a postura ativa de mediador nas conciliações em ações civis públicas que versam sobre dano moral coletivo em razão do trabalho escravo. Ministério Público do Trabalho – que se faz voz dos trabalhadores e da sociedade – e réu, com seus advogados, devem buscar o acordo no plano restaurativo.” PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 203.

¹³³⁸“A Secretaria de Reforma do Judiciário tem envidado significativos esforços na implementação de uma sólida política pública destinada à disseminação do uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, proporcionado as condições necessárias para sua expansão e para a aferição de sua efetividade. A partir de 2003, quando a Secretaria foi criada, tem-se investido em projetos-piloto de mediação, conciliação, justiça restaurativa dentre outras práticas de resolução adequada de disputas.” AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

¹³³⁹“Interessa-nos, nesse momento, apenas ressaltar a proximidade entre os objetivos perseguidos pelos adeptos da Justiça Restaurativa e pelos juízes e procuradores do trabalho que se deparam com a realidade do trabalho em condições análogas à de escravo, ou seja, o atendimento mais célere e eficaz possível das necessidades das vítimas.” PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 202.

É bom não esquecer, que as técnicas de mediação e também de justiça restaurativa têm importante papel no caso de conflitos em que as partes mantêm uma relação continuativa, como é o caso das relações de trabalho, viabilizando a manutenção dessas relações, com pacificação social.¹³⁴⁰

Não há como se negar que a decisão proferida em ações coletivas terá efeitos sociais, além da possível repercussão política, em razão de envolver entes públicos ou privados de grande poder empresarial, financeiro e econômico, colocando o juiz e o próprio Judiciário em destaque, notadamente quanto à efetividade ou não das medidas tomadas e a justiça da decisão.¹³⁴¹

Se a politização do Judiciário é vista como fato comum nos Estados Unidos,¹³⁴² no Brasil essa característica do chamado “Terceiro Poder” ainda causa surpresa, pois envolve um verdadeiro dogma: **a necessidade de se confiar no juiz**,¹³⁴³ presente nos sistemas de *civil law* desde do Código de Napoleão e que o Direito Livre pretendeu superar, assim como a filosofia do realismo jurídico.

E a falta da confiança no juiz na condução do processo coletivo ficou registrada no parecer que propôs a rejeição do **Projeto de Lei nº 5.139/2009**, pois apesar dos poderes conferidos aos juízes serem fundamentados em princípios do processo coletivo, o

¹³⁴⁰“A ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?” PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 203.

¹³⁴¹Para DALLARI a sociedade teria efeitos contraditórios, pois enquanto promoveria a solidariedade, no sentido que todos se beneficiam da convivência com os outros, também acarretaria inevitáveis conflitos de interesses, afirmando que “Aí estaria a raiz da função jurisdicional: a necessidade de esclarecer o direito e de garantir sua aplicação justa”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97

¹³⁴²“A expressão ‘governo dos juízes não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa ‘revolução constitucional’ promovida pelos juízes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

¹³⁴³Referindo-se à escola do Direito Livre afirmou BOBBIO: “Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos caos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 123. Também CAPPELLETTI ao se posicionar sobre a aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos existentes, o da *civil law* e da *common law*, não obstante reconhecesse a existência de diferenças fundamentais entre eles, apontou “a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 133.

entendimento que prevaleceu foi de que acarretariam a insegurança jurídica para a sociedade e a economia, além de proteger o autor da ação em detrimento do réu.¹³⁴⁴

Para que se alcance a efetividade da reparação do dano moral coletivo é imprescindível contar com o engajamento dos juízes do trabalho, pois como visto, além da jurisprudência majoritária em favor da remessa ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, o principal projeto de atualização em matéria de ações coletivas, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, encontra-se paralisado no Legislativo, aguardando apreciação de recurso em face do parecer de arquivamento.¹³⁴⁵

Assim, para que a reparação do dano moral coletivo também se caracterize pelos efeitos compensatório e pedagógico, superando o restrito efeito de punição para o ofensor, que se dá com a remessa da indenização ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, deverá o juiz do trabalho se valer, além dos fundamentos legais extraídos do próprio ordenamento, **dos princípios do processo coletivo**,¹³⁴⁶ apontados e analisados no presente estudo.

A indenização pelo dano moral coletivo deverá concretizar “o mais próximo do possível” a **compensação para a coletividade lesada**, devendo o juiz considerar essa diretriz na sua destinação, que poderá beneficiar entidades que tenham alguma relação com

¹³⁴⁴“A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.” (...) “Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. (Do Poder Executivo). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FB874A8207267A0DF1070D68FDE00FBB.node1?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹³⁴⁵ **Ficha de Tramitação do Projeto de Lei nº 5.139/2009.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 5139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹³⁴⁶Nesse sentido a lição que se mantém atual de José Carlos Barbosa Moreira, pois afirmou que independentemente das reformas da legislação processual, seria possível o juiz atuar, em prol da rápida solução do litígio, extraindo os princípios do próprio Código de Processo Civil. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

o trabalho¹³⁴⁷ e, ainda que a opção seja a de destinar valores a um fundo estatal, deverá considerar como imprescindível essa mesma conexão.¹³⁴⁸

A consciência dos juízes do novo papel que podem e devem desempenhar não será suficiente para a efetividade da reparação do dano moral coletivo e das ações coletivas de um modo geral, se não for acompanhada de medidas de melhoria na estrutura e organização do sistema de trabalho do juiz.

Na sua origem, o processo coletivo foi apontado como meio capaz de evitar a proliferação de litígios “atomizados” e de concretizar **o princípio da economia**¹³⁴⁹, mas não logrou alcançar tal objetivo, pois uma das razões para o arquivamento do Projeto de Lei nº5.139/2009, foi o receio de incentivar-se a propositura de novas ações coletivas, sem a redução do número de ações individuais, de maneira que essas representassem apenas mais um processo a ser julgado pelo juiz.

Por outro lado verifica-se que, pela primeira vez, a priorização no julgamento de ações coletivas foi contemplada como uma das metas para a Justiça Estadual e do Trabalho para o ano de 2014,¹³⁵⁰ o que se apresenta em consonância com **o princípio da**

¹³⁴⁷“Além disso, sabemos que o papel das universidades e institutos científico-tecnológicos públicos vai além de fornecer mão de obra qualificada para o mercado de trabalho. As possibilidades de interação entre universidades e empresas se expandem na medida em que a Justiça eventualmente decida apoiar a geração de conhecimento, para que essas instituições e o país não se distanciem das tecnologias de ponta disponíveis nos países mais desenvolvidos, e em alguns casos, possa estar à frente na produção dessas tecnologias”. RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹³⁴⁸“Há também fundos estaduais. Para fomentar diretamente projetos laborais, ilustrativamente, há o *Fundo estadual baiano de Promoção do Trabalho Decente – Funtrad* (Lei Estadual nº 12.356/11) que visa a captação, repasse e aplicação dos recursos para custear as políticas públicas destinadas a gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidade e de tratamento, além de combater os trabalhos infantil e escravo”. RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹³⁴⁹Por meio de processos coletivos se evitam “o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, atomizadas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

¹³⁵⁰**Metas Nacionais do Poder Judiciário para 2014: Meta nº 6** – Justiça Estadual e do Trabalho. Identificar e julgar até 31/12/2014 as ações coletivas distribuídas até 31/12/2011, no primeiro grau e no TST, e até 31/12/2012, no segundo grau. FREIRE, Tatiane; BRAGA, Mariana. Presidentes aprovam seis metas nacionais para garantir mais eficiência ao Judiciário em 2014. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26931-presidentes-aprovam-seis-metas-nacionais-para-garantir-mais-eficiencia-ao-judiciario-em-2014>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

priorização de tramitação do processo coletivo, não obstante essa meta esteja no mesmo nível de exigência de outras metas que abrangem os processos individuais.¹³⁵¹

Para que seja reduzido o número de ações individuais que todos os anos são propostas perante o Judiciário brasileiro, pela via das ações coletivas, **não basta que se estabeleça o julgamento dessas ações como meta do Poder Judiciário**, não obstante se reconheça a importância dessa medida como diretriz para o juiz e para a sociedade.

Esse resultado somente poderá ser alcançado se **o trabalho do juiz na condução e solução das ações coletivas for valorizado**, inclusive mediante a alteração das **estatísticas de produtividade dos magistrados**,¹³⁵² nas quais os atos praticados em processos individuais ou coletivos são lançados sem qualquer diferenciação qualitativa, sem considerar **a relevância social** do processo coletivo.

E ainda, para a solução do processo coletivo que objetive a reparação de danos coletivos deverá o juiz contar com estrutura diferenciada,¹³⁵³ pois necessitará de peritos ou assistentes técnicos das mais diferentes especialidades, tanto na fase de conhecimento do processo coletivo, como na fase de execução do julgado, pois imprescindível **a fiscalização quanto à utilização dos recursos em prol da comunidade lesada**.

¹³⁵¹“É cediço que o Poder Judiciário Trabalhista, apesar da promulgação de leis com o objetivo de criar formas alternativas de solução dos conflitos, preferencialmente extrajudiciais, prossegue sendo inundado por centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento da capacidade funcional dos órgãos judiciais, que se encontram cingidos por um número enorme e comprometedor de demandas atomizadas, em termos de qualidade e celeridade dos serviços jurisdicionais prestados.” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. “introdução”.

¹³⁵²“O raciocínio contrário também é verdadeiro: saber da destinação de indenizações em pecúnia para fundos federais, a recheiar cofres públicos, distantes do local originário da lesão, é a causa da repulsa que muitos sentem ao se deparar com ações civis públicas. Sem considerar, é claro, a ainda inadequada sistemática estatística, que não valoriza o trabalho em processo coletivo, mas o iguala àquele em uma simples causa individual sob o rito sumaríssimo.” RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹³⁵³A questão da estrutura adequada para as ações coletivas poderá ser incluída no planejamento dos Tribunais, em decorrência da diretriz estratégica do Poder Judiciário para 2014: “Outra novidade para 2014 é que as Cortes Estaduais, Trabalhistas e Militares terão de estabelecer e aplicar parâmetros objetivos de distribuição da força de trabalho, vinculados à demanda de processos, com a garantia de estrutura mínima para as áreas fins. Essa medida busca proporcionar estrutura adequada de trabalho, sobretudo para as varas da primeira instância da Justiça, que é porta de entrada dos cidadãos ao Judiciário e onde se encontram os principais gargalos. É no primeiro grau que tramitam 80% de todos os processos do Judiciário, segundo dados de 2012 do Relatório Justiça em Números 2013.” FREIRE, Tatiane; BRAGA, Mariana. Presidentes aprovam seis metas nacionais para garantir mais eficiência ao Judiciário em 2014. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26931-presidentes-aprovam-seis-metas-nacionais-para-garantir-mais-eficiencia-ao-judiciario-em-2014>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Não se pode esquecer **a necessária capacitação de magistrados no tema das ações coletivas**,¹³⁵⁴ ainda não verificada na prática, fato que aliado à majoritária atuação dos juízes em processos individualizados e à falta de valorização do árduo trabalho em ações coletivas, forma o cenário atual de pouco engajamento da magistratura brasileira na priorização das ações coletivas.

A questão **das parcerias**, com outros órgãos públicos e, especialmente, com o Ministério Público do Trabalho, que possui cadastros de destinatários dos valores oriundos dos Termos de Ajustamento de Conduta, inclusive para a troca de experiências entre o *parquet* trabalhista e o juiz do trabalho, numa *parceirização*¹³⁵⁵ entre os respectivos agentes do Estado, pode representar medida de significativa efetividade para a reparação do dano moral coletivo.

Com relação à criação Varas Especializadas em Ações Coletivas, embora possa parecer à primeira vista uma medida que contribuiria para a celeridade e efetividade do processo coletivo,¹³⁵⁶ poderia trazer mais prejuízos do que benefícios para a sociedade,¹³⁵⁷ pois afastaria a atuação judicial da comunidade afetada, comprometendo o **princípio da participação social**.

No mais, inviabilizaria a atuação do juiz que está inserido no local do dano e que tem mais condições de conhecer e apreender aquele “sentir coletivo” decorrente da lesão a bens imateriais da sociedade, bem como de interagir com as partes e os demais interessados na tutela, em atenção ao princípio da colaboração e em prol de uma decisão capaz de pacificar o conflito social.

¹³⁵⁴“E é o modo de ser do processo coletivo que cobra do juiz postura ativa da produção da prova. Para o exercício de tal postura, é mister que o juiz tome contato minucioso com o processo e que conheça a controvérsia trazida a ele também de forma individualizada. É necessário, pois, que se deem aos juiz condições de trabalho e proporcione a ele constante atualização nas matérias afetas aos direitos coletivos”. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

¹³⁵⁵SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microsistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parceirização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

¹³⁵⁶A especialização de juízos em ações coletivas foi prevista no §3º do artigo 4º do **Projeto de Lei nº 5.139/2009**. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.139/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹³⁵⁷CAPPELLETTI fez o seguinte alerta: “um juiz especializado pode também tornar-se muito isolado, desenvolvendo perspectiva demasiado estreita.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 163.

Enfim, se o juiz do trabalho não é mais um ser inerte, mas proativo,¹³⁵⁸ e deve assumir um papel ativo e criativo em prol da efetiva reparação do dano moral coletivo, **é imprescindível uma mudança da gestão quanto às prioridades do Judiciário, de forma que o foco de atuação dos juízes seja deslocado do individual para o coletivo.**

Sem essa mudança, muito pouco poderá ser feito em prol de um processo coletivo célere, efetivo e apto a produzir o efeito de pacificação social, com redução das ações individuais, pulverizadas em milhares de demandas distribuídas todos os anos, a sufocar o sistema judicial e os próprios juízes.

¹³⁵⁸“O que não atinou, a Recorrente, é que o Juiz não é mais aquele ser inerte, que só agia quando provocado, a direção do processo modernizou-se, tornou-se proativa.” PROCESSO TRT/CAMPINAS Nº 0022200-28.2007-5.15.0126 e 00684-59.2008.5.15.0126 (APENSADOS). Recorrentes: Shell Brasil Ltda., Basf S/A e Ministério Público do Trabalho. Acórdão unânime da 2ª. Turma, n. 019588/2011-PATR, publicado em 8-4-2011. Desembargador Relator Dagoberto Nishina. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 01 out. 2012.

CONCLUSÃO

Há algumas escolhas que são feitas quando se realiza o estudo de um determinado tema, as quais marcam o desenvolvimento do trabalho em todas as suas fases e, no caso da presente tese, essa escolha recaiu sobre a questão da **efetividade da indenização do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho**.

De plano, constatou-se que o envio para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT é a solução adotada pela jurisprudência trabalhista de forma majoritária, que assim decide com fulcro no pedido formulado nas ações coletivas e no disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP, tendo o presente estudo como objetivo fundamentar alternativas a tal forma de destinação, que possam ser adotadas pelos juízes do Trabalho.

Para tanto, se mostrou imprescindível o estudo dos **princípios do processo coletivo**, pois são esses princípios que servirão de base para que o juiz do Trabalho possa superar o entendimento jurisprudencial dominante, o pedido que é feito nas ações coletivas e o próprio fundamento legal quanto à destinação da indenização a um fundo estatal, em prol de uma reparação efetiva do dano moral coletivo.

Em reforço, embora o Brasil conte com o microssistema formado pela Lei nº 7.347/85 – LACP e Lei nº 8.078/90 – CDC e existam projetos de codificação do processo coletivo, especialmente o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que representaria avanço positivo na regulação das ações coletivas, não se tem muitas expectativas quanto à sua aprovação, o que não impede que muitas das suas inovações possam ser adotadas pelos juízes do Trabalho, pois fundamentadas nos princípios do processo coletivo.

Nessa linha, **foi realizado um estudo aprofundado dos princípios que regem o processo coletivo**, defendendo-se que nos litígios que envolvem interesses e direitos de natureza transindividual sejam aplicados princípios próprios desse ramo do processo, representando o presente estudo uma contribuição a respeito desse complexo tema, ainda pouco explorado pela doutrina trabalhista.

Destacou-se, inicialmente, que a importância e o papel dos princípios do Direito tiveram enfoques diversos nos movimentos conhecidos como jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, sendo esse último marcado pela positivação e constitucionalização dos

princípios, de maneira que tanto a lei como as decisões judiciais devem estar em conformidade com os princípios.

Os princípios gerais do processo sempre exigiram da doutrina um esforço de interpretação para que fossem deduzidos de regras mais gerais das Constituições brasileiras, esforço que pouco repercutia na jurisprudência, sendo esse cenário alterado significativamente com o advento da Constituição de 1988, pois os princípios passaram a constar de disposições expressas, formando um rol das garantias constitucionais do processo.

Princípios do acesso à Justiça, do devido processo legal, da igualdade, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, da publicidade e da duração razoável do processo formaram a base principiológica constitucional da qual foram extraídos os princípios do processo coletivo apontados no decorrer do presente estudo que se valeu, também, das propostas de codificação do processo coletivo e, especialmente, do disposto no artigo 3º. do Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Os princípios constitucionais de acesso à Justiça e do devido processo legal são considerados na presente tese como “**princípios balizas**”, pois deles decorrem ou defluem os princípios que regem o processo coletivo, constituindo os fundamentos de que pode se valer o juiz do Trabalho para garantir a efetividade da reparação do dano moral coletivo.

A presente tese apontou os seguintes princípios do processo coletivo: o **amplo** acesso à Justiça; a participação social; a economia processual; a adequação e flexibilidade procedimental e a máxima efetividade, além dos princípios que decorrem desse último, quais sejam, o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento de mérito da ação coletiva e o princípio da integral precaução, prevenção e reparação do dano coletivo, sendo esse de destacada importância para a tese aqui defendida.

Foram ainda listados como princípios do processo coletivo: a motivação adequada ou específica da decisão judicial; a publicidade e a ampla divulgação dos atos processuais; a prioridade de tramitação do processo coletivo em todas as fases e instâncias; a pacificação social; a colaboração ou cooperação; a relevância social e a proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, o que a presente tese propõe é uma base principiológica em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo, mas que será insuficiente se o juiz do Trabalho não assumir uma participação ativa no processo e não usar de sua

discricionariedade e criatividade para fixar uma indenização que beneficie a coletividade lesada.

Discricionariedade e criatividade judicial são aqui defendidas com base nos **princípios da relevância social** da tutela coletiva e, em especial, **no princípio da proporcionalidade e razoabilidade** na fixação do valor da indenização, com objetivo de alcançar o equilíbrio necessário entre a reparação e o dano, por meio dos seguintes critérios: a capacidade econômica do ofensor; a natureza e a gravidade da lesão; a ocorrência de culpa ou dolo na prática do ilícito e a reiterada ofensa ou sua reincidência.

Novo critério consistente **na punição do ofensor pelo enriquecimento sem causa** foi previsto pelo artigo 3º. do Projeto de Lei nº 5.139/2009 como integrante do princípio da tutela coletiva adequada para a efetiva precaução, prevenção e reparação do dano moral individual e coletivo, de forma a consagrar o efeito punitivo para o ofensor que auferiu benefícios econômicos à custa da lesão aos interesses e direitos transindividuais.

O enriquecimento sem causa constitui importante fundamento para o *dumping social*, admitido por parte doutrina e de forma minoritária pela jurisprudência trabalhista, **mas de acordo com a tese aqui defendida não poderá acarretar uma condenação em separado e em acréscimo pelo dano moral coletivo**, devendo ser considerado como agravante do ilícito e servir de fundamento para a majoração da respectiva indenização.

O dano moral coletivo, tal como o dano individual da mesma natureza, é indenizado por arbitramento judicial que exige bom senso e prudência do juiz, alcançados mediante ponderação entre os critérios acima apontados e as peculiaridades do caso concreto, não sendo possível adotar o legislador uma prévia tarifação, por incompatibilidade com o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição.

Ainda com relação aos critérios, destaca-se que **o dano moral coletivo não corresponde à somatória dos danos morais individuais**, razão pela qual a respectiva indenização não deve ser arbitrada considerando-se valores individuais, como o número de empregados e valor de salário, mas sim com base nos critérios acima apontados e considerando-se a extensão e a gravidade do dano para a comunidade.

Isso porque o dano moral coletivo repercute em uma classe, categoria ou comunidade de pessoas e é sempre global e indivisível, ainda que se possa vislumbrar do fato que o originou um dano aos indivíduos, que será de natureza divisível e poderá ser

postulado por meio de uma reclamação individual ou por meio de uma ação coletiva, se caracterizada a homogeneidade da pretensão.

Observou-se que os “sentimentos” estiveram na origem dos debates sobre a possibilidade de indenizar-se o dano moral individual, sendo viabilizada a reparação a partir da superação do argumento de não ser possível “colocar preço na dor”, o que não impede que sentimentos como despreço, humilhação e indignidade sejam frequentemente referidos pelos juízes no arbitramento da reparação individual.

Da mesma forma, embora não seja possível a comprovação quanto aos sentimentos da coletividade que foi lesada em seus valores, defende-se que o juiz do trabalho considere o “sentir coletivo”, na forma de indignação, repúdio ou consternação social, referidos pela jurisprudência trabalhista e que poderão ser considerados na ponderação de critérios e juízo de razoabilidade para fixação da respectiva indenização.

Não obstante se reconheça que não é tarefa simples alcançar-se **a percepção da coletividade quanto à reparação do dano moral coletivo**, ao contrário do que ocorre com o dano moral individual, poderá o juiz adotar medidas para divulgação da respectiva decisão judicial, devendo observar a devida clareza e simplicidade, com fundamento nos **princípios da ampla publicidade, participação social e motivação adequada ou específica do processo coletivo**.

Apenas **um juiz que assuma a condução ativa do processo coletivo no qual seja postulada a reparação do dano moral coletivo**, em **participação** não apenas com as partes, mas também com a comunidade prejudicada, terá condições de decidir sobre a melhor forma de reparação, de forma a concretizar o **princípio da máxima efetividade judicial e o princípio da integral precaução, prevenção e reparação desse dano**.

A presente tese defende a premissa que a indenização do dano moral coletivo, tal como ocorre com o dano moral individual, deve primar pelo **tríplice efeito da reparação, representando a punição para o ofensor, como também o fim pedagógico para toda a sociedade e a compensação para a coletividade prejudicada**.

Foi dedicada especial atenção ao **efeito compensatório da indenização por dano moral coletivo**, não admitido pela doutrina ou pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, defendendo-se ser **imprescindível que se alcance tal finalidade**, de maneira que a indenização beneficie a coletividade e represente também uma satisfação para aquele “sentir coletivo” de injustiça social.

Embora se reconheça que reparação *in natura* constitui exceção em matéria de dano moral coletivo e que uma compensação à comunidade jamais poderá obter a plena equivalência entre reparação e prejuízo acarretado, demonstrou-se que as lições do direito comparado podem trazer alguma luz para a questão da falta de efetividade da reparação no nosso sistema.

Foi da década de 70 do século XX que advogados atuantes nas *class actions* invocaram perante as Cortes dos EUA o precedente do *cy pres*, até então próprio do direito civil, nos casos em que remanescia valor no fundo criado para ressarcimento das vítimas do dano coletivo, com base na tese de aplicação desses recursos “o mais perto do possível” da natureza do dano e daqueles que foram prejudicados.

Em defesa dessa alternativa invocavam um argumento de equidade, pois não parecia justo que valores que remanesciam no fundo acabassem sendo devolvidos ao réu ou fossem destinados aos cofres públicos, no lugar de beneficiar, de alguma forma, aqueles que sofreram mais de perto os prejuízos, solução denominada de reparação *cy pres* ou *fluid recovery*.

Reportou-se que a reparação na forma de *fluid recovery*, expressão consagrada pela doutrina brasileira, fora adotada pelo artigo 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 – CDC, também para a hipótese de o número de habilitados individualmente ser desproporcional ao dano coletivamente considerado, tal como ocorre com as *class actions* no sistema norte-americano.

O estudo de direito comparado viabilizou o fundamento, aqui defendido, de que **deve o juiz buscar uma forma de reparação que estabeleça uma conexão mais próxima com o dano**, a “mais próxima do possível”, do tipo *cy pres* ou *fluid recovery* das *class actions* do direito norte-americano, inclusive para proporcionar uma satisfação àquele sentimento da coletividade lesada.

Na sequência foi empreendida pesquisa sobre a origem, a finalidade, os objetivos e os valores que são arrecadados anualmente pelo **Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, confirmando-se que esse fundo tem como objetivos custear os benefícios do seguro-desemprego e abono salarial, além de financiar a atividade produtiva, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Social - BNDES, contando, para tanto, com recursos garantidos pela Constituição.

Confirmou-se, assim, que **o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT não tem entre seus objetivos institucionais a aplicação de recursos na reparação dos danos morais coletivos reconhecidos pela Justiça do Trabalho**, não existindo informações claras sobre o destino dado a tais recursos nas suas demonstrações financeiras, além de serem frequentes as denúncias de desvio de verbas aplicadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES.

É verdade que a destinação dos recursos incumbe a um conselho, no caso ao CODEFAT, mas não foi assegurada a participação do Ministério Público do Trabalho, ao contrário do que ocorre com o Fundo de Direitos Difusos previsto pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/85, que assegura a representação e participação do *parquet*.

Coincidência ou não, foi o Ministério Público do Trabalho que primeiro se deu conta da **falta de conexão entre a reparação e o dano moral coletivo**, adotando formas alternativas em benefício da coletividade, de maneira a realizar, na atualidade, as mais variadas destinações que são autorizadas pelos seus órgãos internos de fiscalização.

Diante desse quadro, concluiu-se que **não é possível alcançar qualquer efeito de compensação à coletividade, exigido pelo princípio da integral reparação do dano, com a destinação do valor da indenização por dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, o que legitima a invocação do direito comparado, como forma de suprir a omissão do legislador, nos termos do artigo 8º. da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

No que se refere ao **efeito pedagógico da reparação**, deve a decisão repercutir na sociedade a fim de prevenir outras lesões, de acordo com o **princípio da máxima precaução e prevenção do dano, o que também não se concretiza com a remessa para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT**, pois nesse caso não haverá qualquer percepção da coletividade quanto à existência de condenação pelo dano moral coletivo.

O que se concluiu é que a remessa do valor da indenização por dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT alcança apenas **o efeito punitivo para o ofensor** e que alternativas a essa forma de destinação podem ser mais interessantes, por possibilitar o envolvimento do ofensor na atividade prática de reparação dos prejuízos acarretados à comunidade na qual, em regra, está também inserido, medida que encontra respaldo nos princípios da participação social e colaboração.

Registra-se, ainda, que ao contrário do que referido pela doutrina de forma quase uníssona, não há semelhanças entre o fundo comum ao grupo (*common fund*) oriundo de uma *class action* e o fundo de natureza difuso previsto pela Lei nº 7.347/85 – LACP, pois no sistema norte-americano o fundo é criado para um determinado processo, com valores que ficam a ele vinculados e para reparação dos respectivos danos acarretados às vítimas.

O mais significativo, entretanto, é que o sistema brasileiro de envio de valores a um fundo estatal acabou por **afastar o juiz da causa do acompanhamento da respectiva destinação e de possibilitar a evolução da jurisprudência nessa matéria**, pois os juízes têm por cumprido seu papel com a publicação da decisão judicial e posterior remessa de valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Sem dúvida que **a criação de um fundo geral para a reparação de danos acarretados à coletividade de trabalhadores, ou mesmo fundos específicos**, como os destinados a fomentar o trabalho decente ou combater as piores formas de exploração do trabalho humano, representariam um avanço significativo para a maior efetividade da reparação desse tipo de dano.

Por outro lado, ainda que no futuro lei disponha sobre a criação desses fundos, **incumbirá ao juiz do Trabalho decidir sobre a melhor forma de reparação**, para concretizar os efeitos compensatório, pedagógico e punitivo da indenização, com fulcro **no princípio da relevância social da tutela e princípio da integral precaução, prevenção e reparação do dano moral coletivo**.

Esses princípios legitimam, inclusive, **a decisão que determinar o depósito da condenação em pecúnia à disposição do juízo**, ao qual incumbirá decidir sobre a melhor forma de destinação para a recuperação ou compensação “o mais próxima do possível” dos danos morais coletivos, com a participação dos interessados por meio da audiência pública e acompanhamento do Ministério Público do Trabalho, tal como previsto pelo artigo 45, parágrafos 1º e 2º, do Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Poderá o juiz do Trabalho invocar, como reforço de fundamentação, o disposto no artigo 5º, inciso V, da Constituição, que dispõe sobre a reparação do dano proporcional ao agravo, bem como que a reparação deve considerar a extensão do dano (artigo 944 do Código Civil) e sua efetiva prevenção e reparação (artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 8.078/90 – CDC), o que importa considerar os efeitos compensatório e pedagógico da indenização, que somente serão alcançados se a destinação observar uma necessária conexão entre a

destinação e a natureza do dano (artigo 13 da Lei nº 7.347/85 – LACP; artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.008/95 e artigo 7º. do Decreto nº 1.306/94).

A presente conclusão não estaria completa se não apresentasse uma proposta contendo uma gradação que pudesse servir de referência para o juiz do Trabalho que decida direcionar a indenização em benefício da própria coletividade de trabalhadores lesada pelo dano de natureza imaterial:

1ª. Em benefício da própria coletividade lesada – programas e cursos de capacitação profissional; entrega de veículos para transporte seguro na área rural; creches para os filhos dos trabalhadores; programas de prevenção de acidentes; construção e manutenção de espaços de convívio e lazer; campanhas educativas sobre não discriminação no trabalho; combate ao trabalho escravo e de crianças e adolescentes;

2ª. Destinação às entidades governamentais ou da sociedade civil que tenham programas voltados para a proteção dos trabalhadores ou promoção de seus direitos, de âmbito municipal, regional ou nacional, de acordo com a natureza e a extensão do dano, como os projetos de combate ao trabalho escravo e de propagação do trabalho decente;

3ª. Benefícios para a comunidade em que estão inseridos os trabalhadores, como escolas, casas de repouso e hospitais que prestem atendimento para a respectiva comunidade, apenas no caso das duas anteriores não se mostrarem mais adequadas para reparar o dano coletivo.

É importante esclarecer que **a gradação ora proposta é apenas uma referência** e, em razão dos múltiplos aspectos envolvendo os danos morais coletivos, poderá ser totalmente invertida, como nos casos de danos acarretados à saúde e higidez física dos trabalhadores, quando a destinação para o hospital do local do dano será muito mais efetiva do que a implantação de cursos de capacitação ou treinamento.

Em razão da gradação acima proposta justifica-se **a posição contrária ao envio de valores decorrentes da indenização por dano moral coletivo a entidades de caridade como regra geral**, pois essa destinação não alcançará a finalidade compensatória da reparação, pela falta de conexão com a lesão perpetrada aos bens de natureza imaterial dos trabalhadores.

Em acréscimo, é imprescindível que se observe **o princípio da publicidade e da ampla divulgação dos atos processuais** para que sejam concretizados **os efeitos**

compensatório e pedagógico na prática, o que não será alcançado se a instituição e a respectiva comunidade não forem científicas sobre as razões da condenação por dano moral coletivo.

É verdade que o envio de valores a instituições assistenciais também é adotada nas *class actions* do direito norte-americano, com fundamento na *cy pres* ou *fluid recovery*, mas também é certo que a medida é alvo de várias críticas, sob o fundamento de desvios, conluio ou benefícios indiretos, risco já antevisto pelo Ministério Público do Trabalho, que não recomenda destinação em seu próprio benefício ou aos órgãos de fiscalização.

A possibilidade de remessa de valores a um fundo estatal não é totalmente descartada pelo presente estudo, mas é considerada apenas na impossibilidade de uma reparação em benefício da coletividade lesada, ou como destinatário de multas aplicadas nas ações coletivas, portanto, **como medida supletiva**, tal como dispõe o artigo 65, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Não se poderia deixar de enfrentar a questão do **pedido formulado nas ações coletivas e que indica o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT como destinatário da indenização por dano moral coletivo**, demonstrando que o juiz do Trabalho que determinar outra forma de reparação não estaria julgando *extra petita*.

E isso porque **o pedido a ser julgado é de reparação do dano moral coletivo e é esse que vincula o juiz do Trabalho e não a indicação do destinatário**, que pode ou não constar da petição inicial, pois deve ainda ser considerada a autorização legal para a dedução de **pedido genérico**, em razão da própria natureza da pretensão.

Em acréscimo, deve ser considerada a ausência de prejuízo para as partes, Autor ideológico e Réu, na determinação que destina o valor da indenização em benefício da coletividade lesada e não ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e, portanto, não decorre dessa decisão qualquer nulidade.

A decisão que remete o valor da indenização por dano moral coletivo para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT se afasta, ainda, do **princípio do amplo acesso à Justiça**, que na atualidade não mais se satisfaz com a garantia de acesso ao Judiciário, ao contrário, é **a efetividade do provimento** a condição para que tal princípio seja realmente concretizado.

Destaca-se a importância do **princípio da motivação adequada** em face da sentença que arbitra o valor da indenização por dano moral coletivo e indica a forma mais adequada da reparação, pois o juiz deverá demonstrar o raciocínio utilizado, os critérios que ponderou e aplicou, de acordo com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade e as peculiaridades do caso concreto.

O princípio da motivação adequada concretiza a garantia de imparcialidade do juiz, legitima a discricionariedade e criatividade judicial além de viabilizar o controle judicial pelos Tribunais Superiores que admitem a revisão da decisão que se afaste dos critérios apresentados para o respectivo arbitramento judicial.

A sentença que decide sobre o conflito coletivo concretiza o **princípio do interesse jurisdicional no conhecimento de mérito da ação coletiva**, o que significa envidar esforços para evitar a extinção prematura da ação, superar vícios e irregularidades, com base no princípio da adequação e flexibilidade procedimental, atuação que é legitimada pela **relevância social da respectiva tutela**.

Não há dúvida de que essa atuação do juiz não será isolada, pois sem a **colaboração das partes**, imbuídas do mesmo propósito de se alcançar uma sentença de mérito, capaz de solucionar em definitivo a questão controversa e difundir a pacificação social, nada ou muito pouco poderá ser efetivado pela decisão judicial, defendendo-se, inclusive que as próprias partes participem e apresentem propostas quanto à melhor forma de reparação dos danos morais coletivos.

Por essa razão, a **colaboração** é apontada como princípio capaz de, verdadeiramente, impulsionar uma mudança de cultura do processo, que não pode mais ser considerado como “uma luta” na qual deve se dar a garantia de “paridade de armas” às partes, concepção que alimenta uma litigiosidade praticamente enraizada na cultura jurídica do país.

A participação ativa do juiz no processo coletivo é imprescindível para que sejam concretizados **os princípios da colaboração e da pacificação social**, pois dos seus atos dependerá uma nova motivação para que as partes atuem em colaboração com o juízo e, ainda, é a decisão judicial que poderá ou não concretizar o objetivo de pacificação social.

Não se deve ser ingênuo a ponto de pensar que a colaboração, reconhecida como princípio pelo direito estrangeiro e nas propostas de reforma da codificação processual no Brasil, possa sempre ser conquistada entre os vários envolvidos num conflito coletivo, **mas**

é possível iniciar-se uma mudança de perspectiva no processo coletivo do trabalho, incentivando-se que todos participem e deem a sua contribuição para a melhor solução da lide.

A **economia processual** pode ser um argumento que incentive as partes a atuar em colaboração com o juízo, pois a economia tem um enfoque diferente no processo coletivo, no qual se expande para além do processo, já que uma única decisão pode prevenir o ajuizamento de diversas ações individuais acarretando maiores custos para todos os envolvidos.

Não se deixou de considerar que o processo coletivo exigirá a prática de numerosos e complexos atos processuais e que **a economia deverá ser vista do ponto de vista do sistema judicial como um todo e da própria sociedade,** como instrumento capaz de reduzir o imenso contingente de “demandas repetitivas” que são distribuídas todos os anos no Judiciário brasileiro.

Para que tal finalidade seja alcançada, deverá ser observado o **princípio da prioridade de tramitação da ação coletiva em todas as fases e instâncias,** pois somente com essa medida será possível prestigiar-se a sentença das demandas “moleculares” que podem não apenas reparar os danos coletivos, mas ter o efeito de impedir que se perpetuem e se agravem com o tempo.

A priorização das demandas coletivas pode ser administrada pelo próprio juiz do Trabalho por meio da inclusão desses processos em pautas de audiência e de julgamento, com fundamento no princípio do amplo acesso à Justiça, da economia processual, e da relevância social da tutela, embora não se possa deixar de reconhecer que essa medida teria seu efeito potencializado, se tomada como decisão de administração judiciária dos Tribunais.

Por outro lado, se o esforço do juiz em prolatar uma decisão adequada às peculiaridades das ações coletivas, bem como em **fiscalizar e acompanhar a correta destinação da indenização do dano moral coletivo,** não for devidamente valorizado, muito pouco será alterado do quadro existente de desprestígio dessas ações no Judiciário brasileiro.

Bastaria que se apontasse a questão da **equivalência numérica nas estatísticas de produtividade entre ações individuais e ações coletivas** para restar justificada a assertiva de que o juiz não tem qualquer razão para dedicar o seu tempo e o seu trabalho na busca de

uma solução justa e efetiva do processo coletivo, se for cobrado e avaliado de acordo com o número de ações individuais que conseguir solucionar.

A questão da **capacitação de juízes em matéria de processos coletivos e de técnicas de conciliação e mediação de conflitos coletivizados** foi destacada como imprescindível para uma mudança de foco, pois a maior parte dos juízes do Trabalho teve formação e atua de forma preponderante em reclamações trabalhistas que refletem os chamados conflitos “atomizados”.

Não se compartilha do entusiasmo daqueles que defendem a **criação de unidades judiciárias especializadas em processos coletivos como medida de economia e celeridade processuais**, pois essa centralização comprometeria o princípio da participação social, sendo o juiz da comunidade na qual ocorreu o dano, o que detêm melhores condições de apreender aquele “sentir coletivo”, de maneira a atuar em prol da pacificação social do conflito.

Defende-se, por outro lado, **que parcerias sejam feitas pelo Judiciário Trabalhista** visando auxiliar o juiz no processo coletivo, pois esse exigirá provas técnicas complexas, além da prestação de serviços de auxiliares do juízo, inclusive para a implementação e fiscalização da destinação da indenização do dano moral coletivo, devendo ser priorizado um diálogo permanente com o Ministério Público do Trabalho.

Constatou-se a **omissão da participação de juristas do direito do trabalho nas iniciativas de aperfeiçoamento e codificação do processo coletivo**, o que deveria ser revertido, pois embora esses projetos contenham inúmeros avanços, teriam que ser necessariamente adaptados ao processo do trabalho, acarretando grandes dificuldades para os juízes, aliás, como já ocorre com relação à aplicação do microssistema de processos coletivos.

Somente contando com o papel ativo e criativo dos juízes do Trabalho na aplicação dos princípios do processo coletivo e com a valorização e aperfeiçoamento do trabalho dos magistrados, poderá ser alcançado o objetivo de reparação efetiva do dano moral coletivo acarretado à coletividade dos trabalhadores brasileiros.

Assim, a presente tese pretende, por fim e depois de tudo bem ponderado, impulsionar uma reflexão sobre os efeitos que devem ser alcançados pelas condenações por danos morais coletivos na Justiça do Trabalho, lançando luz para o fato de que o envio

do respectivo valor para o Fundo de Amparo aos Trabalhadores – FAT representa apenas o restrito efeito punitivo para o ofensor.

A coletividade de trabalhadores que é lesada em seus valores e direitos imateriais merece muito mais do que isso. Merece ter uma reparação que represente uma compensação “o mais próxima do possível” em face dos danos sofridos e que possa também ter o efeito pedagógico para toda a sociedade em defesa dos direitos sociais.

E, para tal mudança, será fundamental considerar-se o papel do juiz do Trabalho e a aplicação dos princípios do processo coletivo.

É o que se defende e se espera ter contribuído com a presente tese.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad.de M.Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2 reimpr. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 20, n. 39, mar. 2010. Disponível em: <<http://fs1.anpt.org.br/aux1/2011/45/anpt1149708849286.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dos paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação à edição brasileira. In: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Título original: Responsibility and Judgement.

ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.enm.org.br%2Fdocs%2Fbiblioteca%2FDano%2520moral%2520coletivo%2520-%2520Revista%2520eletr%25C3%25B4nica%2520ENM.doc&ei=ebAnUpu_LIfs8QS-mYGYAw&usg=AFQjCNGubQ89cjY2fb60JDp1cbztxO8F3A>. Acesso em: 04 set. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coords.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. (Org.). *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2013.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *O dano moral e sua avaliação*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6990-6989-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Ação coletiva trabalhista: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Disponível em: <www.mpba.mp.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, out./dez. 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Proporcionalidade e processo. a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona).

BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-149, 1977.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Título original: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective – a general report*. Millan, 1978.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de ajustamento de conduta e a reconstrução dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 33, mar. 2007.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do trabalho*. 26. ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 12, p. 1463-1476, dez. 2008.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giufré, 1982. v. 1 e v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____; _____. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anot. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: LTr, 2009.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CREMONEZE, Paulo Henrique. *Dano moral: quantificação da indenização segundo a doutrina do punitive damage*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18529/dano-moral-quantificacao-da-indenizacao-segundo-a-doutrina-do-punitive-damage>>. Acesso em: 02 set. 2013.

CRISE e o 'ativismo' dos TRTs. *Estadão.com*. 08 abr. 2009 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-crise-e-o-ativismo-dos-trts,351642,0.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-262.

CY-PRÈS doctrine. *The Free Dictionary*. Disponível em <<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/cy+pres//>>. Acesso em: 30 set. 2013.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 7-14, jan. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 93-124.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DICIONÁRIO Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador, Podivm, 2008. v. 1.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Podivm, 2008. v. 4.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, p. 224-225.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, p. 21-38, dez. 1981/dez. 1982.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21-22.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano moral coletivo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

DÓRIA, Sampaio. *Princípios constitucionaes*. São Paulo: Saraiva, 1926. Grafia original.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Gerald Duckworth, 1978.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Prefácio. In: BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

ESSER, Josef. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho Privado*. Trad. de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ativismo judicial para bom entendedor*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2505200909.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

_____. Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da décima quinta região do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, ano 2, n. 7, p. 6853-6888, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

FERNANDES, Suellen. Juiz destina indenização trabalhista a entidades carentes do Vale do Paraíba. *G1 – o Portal de Notícias da Globo*. Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/12/juiz-destina-indenizacao-de-acoes-entidades-carentes-do-vale-do-paraiba.html>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Título II Das infrações penais, art. 61-80. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Dano moral. In: Santos, J. M. Carvalho (Coord.). *Repertório de direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 14, p. 249-250.

FRANK, Theodore H. *Class Action Watch – Cy Pres Settlements*. Disponível em: <http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

FREIRE, Tatiane; BRAGA, Mariana. Presidentes aprovam seis metas nacionais para garantir mais eficiência ao Judiciário em 2014. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26931-presidentes-aprovam-seis-metas-nacionais-para-garantir-mais-eficiencia-ao-judiciario-em-2014>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Dano moral causado à pessoa jurídica no direito brasileiro. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 9, n. 16-17, p. 117-139, jan./dez. 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. II – Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

GIDI, Antonio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio; FERRER MC-GRECOR, Eduardo (Coords.). *Processos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México-DF: Editorial Porrúa, 2003. p. 8-11.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; FERRER MC-GRECOR, Eduardo (Coords.). *Processos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México-DF: Editorial Porrúa, 2003.

_____; _____ (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia um Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

GIDI, Antonio's Scholarly Papers. Disponível em: <<http://ssrn.com/author=564684>>.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério do Trabalho. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 469-481.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 24-31, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____ et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JACOB, César Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237-283.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JUSTIÇA mantém condenação do Magazine Luiza ao pagamento de R\$ 1,5 mi por dumping social. Disponível em: <<http://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/112071265/justica-mantem-condenacao-do-magazine-luiza-ao-pagamento-de-r-15-mi-por-dumping-social>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Prólogo da edição de Viena. Prólogo de Kelsen à edição de Thévenaz.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGAL Esoterica: The Cy Pres Doctrine. Disponível em: <http://hennepin.membershipsoftware.org/article_content.asp?article=1647>. Acesso em: 30 set. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Direito e processo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Revovar, 2003.

_____. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev.atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. 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, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.78-89.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85 - 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAGAZINE Luiza condenado por dumping social. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=100106>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

MAGAZINE Luiza sofre condenação de R\$ 1,5 mi por dumping social” Disponível em: <<http://www.jornalcidadesonline.com/noticias1067.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

MALLET, Estêvão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*, Campinas, n. 22, p. 55-70, jun. 2003.

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

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1966. v. 3.

MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. In: MALLET, Estevão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coords.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos – considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1989.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2004.

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

MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 13.

MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori. Nonpecuniary class action settlements. *New York University, Center for Law and Business, Working Paper*, n. 98-013, Feb. 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=169526>>.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do Juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo, Abril, 1973(Coleção Os Pensadores, v. 21).

MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges; ELY, Leonardo (Coords.). *1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO JÚNIOR, Adil Guedes do. Dano moral no direito do trabalho: a majoração do *quantum* indenizatório à luz do *punitive damage*. *Revista Eletrônica*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 1-42, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cfd7c5-daac-4302-826f-e8d28d679c70&groupId=10157>.

NERY JUNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, p. 154-155, 2006.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual.com as novas Sumulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 430-456.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, ago. 2006.

_____. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *As garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona).

_____. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br> Acesso em: 20 ago. 2013.

PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações do Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Trad. Julia S. Munoz. Madri: Gredos, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PISCO, Cláudia de Abreu Lima. O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, os Dissídios coletivos e outras ações coletivas trabalhistas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas (SP): Millennium, 2003.

PROJETO das ações coletivas no RS disputará Prêmio Innovare. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/4922-projeto-das-as-coletivas-no-rs-disputarro-innovare>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 80-90, jan./mar. 1998.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAPASSI, Rinaldo. *Indenização por dano coletivo deve ser paga à sociedade*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/indenizacao-por-dano-coletivo-deve-ser-paga-a-sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REVISTA LTr, São Paulo, v. 71, n. 9, p. 1142-1148, set. 2000.

RIBEIRO, Saulo Telles. *Das questões relevantes sobre o dano moral coletivo*. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/SauloTellesRibeiro.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio; rev. da trad. Maria Ermantina Galvão; rev.téc. Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____. Ponderações sobre a *fluid recovery* do artigo 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 459-468.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini, rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. 1. reimpr. Bauru (SP): EDIPRO, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social: ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os pensadores, v. 6).

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 42. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

SADECK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-32.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Encadernadora Kristina, 1943.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Do microssistema processual de tutela coletiva ao fenômeno da parcerização jurisdicional trabalhista*. 2010. Tese (Livre docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

_____. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV*, Campinas, n. 5, 2012.

SANTOS, Ronaldo Lima. A equivocidade da competência territorial para as ações coletivas no Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011. p. 210-245.

SANTOS, Vivian Machado dos. Por dentro do FAT. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 3-14, dez. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2601.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2011.

SIGNIFICADO de Dumping. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/dumping/>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Érica Barbosa. Os direitos individuais homogêneos e a Lei nº 11.232/2005. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ricardo Gariba. *O dano moral e sua liquidação*. Artigo científico. Disponível em: <<http://www.forp.usp.br/restauradora/etica/dm.html>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

SILVA, Suzana Costa; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Dano moral coletivo decorrente da prática de dumping social. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 8, p. 955-964, ago. 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1317-1323, nov. 2007.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 565-587, maio 2011.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, 2000.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 1-7, abr./jun. 1996.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): caso SHELL/BASF. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Amatra XV, Campinas, ano 4, p. 252-303, 2011.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 51-64, jul./set. 1995.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo na relação de emprego. In: NORRIS, Roberto (Org.) *Temas polêmicos de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA JÚNIOR, José Guido. *Quantificação dos danos morais e materiais: e o acidente do trabalho no setor sucroalcooleiro*. São Paulo: LTr, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. v. 5.

TRAMONTE, Marina da Silva. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p.149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10369/10430>>. Acesso em: 26 set. 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 9, n. 4, p. 24-56, jul. 1987.

VENTURI, Elton. Aspectos Gerais do Projeto de Lei do Sistema Único de Ações Coletivas: objeto material e princípio. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli (Org.). *Ações coletivas: crítica para construção da nova Lei de Ação Civil Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2011.

_____. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 79-98, jul./set. 1995.

VENTURI, Elton. A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. (Col. Araken de Assis et al.).

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A prova do dano moral da pessoa jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 800-806.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Jan. 2007. Ministério da Justiça – Última versão. Incorporando Sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, 453-464.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ALESP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=99264>>. Acesso em: 30 set. 2013.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO - BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/fundos/FAT_Transf.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. (Do Poder Executivo). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FB874A8207267A0DF1070D68FDE00FBB.node1?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009>. Acesso em: 10 dez. 2013.

_____. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. *PL 5139/2009.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. *Projeto de Lei nº 5.139/2009.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

CODICE Procedura Civile. *Testolegge.* Disponível em: <<http://www.testolegge.com/italia/procedura-civile>>. Acesso em: 28 out. 2013.

CÓDIGO de Processo Civil Coletivo – um modelo para Países de Direito Escrito (Anteprojeto original). In: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Apêndice, p. 445-459.

CÓDIGO de Processo Civil Português. *Scribd.* Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/42939898/CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-PORTUGUES>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CÓDIGO de Processo do Trabalho. *Compilações legislativas Verbo Jurídico.* Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/download/codigoprocessotrabalho.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CÓDIGO Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Anexo, p. 421-432.

CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - XV CONAMAT. *Teses aprovadas.* Disponível em: <http://anamatra.tempsite.ws/conamat/teses_aprovadas.aspx>. Acesso em: 09 set. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11112013145136.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *20/09/2013 – Chegou ao fim o II Seminário...* Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=955023&articleId=2093948&version=1.0.>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. *TRT-GO*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=990681&articleId=1072358&version=1.0.>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. *TRT-PB*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/journal/view_article_content?groupId=990681&articleId=1132228&version=1.0.>. Acesso em: 10 out. 2013.

EXPOSIÇÃO de Motivos. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EXPOSIÇÃO de Motivos. Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Out. 2004. Roberto Berizoce (Presidente) – Argentina; Ada Pellegrini Grinover – Brasil; Angel Landoni Sosa- Uruguai. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Watanabe (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOVERNO DE PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/media/463728/c_digo_de_processo_civil_-_propostas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

METAS Nacionais. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 28 ago. 2013; 05 nov. 2013.

NOTA Técnica nº 2/2007. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11209-nota-tica-no-2-media>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

NOVO Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filenome=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm>. Acesso em: 24 set. 2013.

SENADO FEDERAL. *Em 2004, Planalto, Congresso e STF lançaram o 1º Pacto*. <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2009/04/17/em-2004-planalto-congresso-e-stf-lancaram-o-1o-pacto>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

SUPREME COURT OF CALIFORNIA RESOURCES. *State of California v. Levi Strauss & Co.* (1986) 41 Cal.3d 460, 224 Cal.Rptr. 605; 715 P.2d 564. *Stanford Law Review*. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/state-california-v-levi-strauss-co-30734>>. Acesso em: 30 set. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

_____. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2012.

TED Frank, *Moody v Sears: Lawyers, \$1M. Class, \$2,402*. *Overlawyered weblog*. May 5, 2007. Disponível em: <http://www.overlawyered.com/2007/05/moody_v_sears_lawyers_1m_class.html>. Acesso em: 11 out. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. *Andamento processual*. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/cons-anda-2inst>>. Acesso em: 16 out. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. 2ª. Turma. Recurso Ordinário nº 0000452-71.2011.5.05.0030RecOrd. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=315650&texto=FAT>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt8.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012; 02 set. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 20 fev. 2012; 31 mar. 2013; 20 set. 2013; 09 dez. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt20.jus.br>. Acesso em: 02 out. 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Audiência Pública*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 15 ago. 2013; 19 ago. 2013; 23 ago. 2013; 06 set. 2013; 09 set. 2013; 20 set. 2013, 27 set. 2013; 11 out. 2013; 13 out. 2013; 15 out. 2013; 10 dez. 2013.

TRT DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2013; 13 out. 2013.

US SUPREME COURT CENTER. *Evans v. Abney* - 396 U.S. 435 (1970). *Justia.com*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/435/>>. Acesso em: 30 set. 2013.