

**A LEGITIMIDADE DO SINDICATO
NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Aluno: FERNANDO CORRÊA MARTINS

Professor Orientador: ARI POSSIDONIO BELTRAN

Dissertação de mestrado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo/SP

Ano 2009

SUMÁRIO

	Pág
INTRODUÇÃO.....	1
1. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	8
1.1. Antecedentes.....	8
1.1.1. A ação popular.....	9
1.1.2. O Direito do Trabalho.....	10
1.1.3. Os direitos fundamentais.....	12
1.2. O desenvolvimento da ação civil pública.....	13
1.3. Posição da ação civil pública no Direito Processual.....	22
1.4. Conceituação.....	33
2. OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....	43
2.1. Introdução.....	43
2.2. O interesse simples e o jurídico.....	46
2.3. O interesse público e o privado.....	48
2.4. O interesse legítimo.....	50

2.5. Os interesses transindividuais.....	51
2.5.1. Os interesses difusos.....	55
2.5.1.1. Os direitos fundamentais e a legitimidade sindical.....	60
2.5.2. Os interesses coletivos.....	71
2.5.3. Os interesses individuais homogêneos.....	75
2.5.4. Critérios para a identificação do interesse concretamente disposto na ação.....	79
2.5.5. A importância dos interesses para o sindicato.....	82
2.6. As restrições aos interesses.....	84
3. A LEGITIMIDADE PROCESSUAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	88
3.1. A legitimidade como relação de pertinência.....	88
3.2. A legitimidade como condição da ação.....	90
3.3. Classificação da legitimidade.....	94
3.4. Fundamentação da legitimidade na ação civil pública.....	95
3.5. Natureza jurídica.....	99
3.5.1. Legitimidade extraordinária.....	99

3.5.1.1. Substituição processual e representação.....	102
3.5.2. Legitimidade ordinária.....	106
3.5.3. Legitimidade autônoma.....	108
3.6. Características da legitimidade coletiva.....	112
3.6.1. Legitimidade concorrente.....	112
3.6.2. Legitimidade exclusiva.....	113
3.6.3. Legitimidade disjuntiva.....	114
3.7. Outros requisitos.....	116
3.7.1. Autorização assemblear.....	116
3.7.2. Individualização dos substituídos.....	118
3.7.3. Pertinência temática.....	120
3.7.4. Período de pré-constituição.....	123
3.8. Legitimidade das centrais sindicais, federações e confederações para a ação civil pública.....	124
3.9. Legitimidade coletiva passiva.....	125
4. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	129

4. 1. A representatividade adequada no Brasil.....	129
4.2. A conceituação norte-americana da <i>class action</i>	142
4.3. Os objetivos da <i>class action</i>	154
4.3.1. Economia judicial.....	155
4.3.2. Acesso a justiça.....	157
4.3.3. Efetivação do direito material.....	162
4.4. Os requisitos da <i>class action</i>	169
4.4.1. A impraticabilidade do litisconsórcio.....	171
4.4.2. Questão comum.....	173
4.4.3. Tipicidade.....	176
4.4.4. Representatividade adequada.....	179
4.4.4.1. Ausência de conflito de interesses.....	183
4.4.4.2. Papel ativo da representação.....	187
4.4.4.3. Qualidade do advogado.....	188
4.4.4.4. Partes ideológicas.....	190
4.5. Hipóteses de <i>class action</i>	193

4.6. Aplicação da <i>class action</i> em casos de discriminação no trabalho.....	198
4.7. Conclusão.....	202
CONCLUSÕES.....	206
BIBLIOGRAFIA.....	211
RESUMO.....	225
ABSTRACT.....	227

INTRODUÇÃO

Uma das características da sociedade contemporânea é a massificação social, mediante a qual as pessoas são submetidas à uniformização das relações sociais. Nesse contexto, um acontecimento danoso pode atingir um número relativamente alto de vítimas.

A padronização social teve reflexos no direito. Tornou-se necessário o estabelecimento de um instrumento processual que abrangesse o prejuízo, em toda sua amplitude. A ação civil pública ocupou este espaço.

A escolha do tema “A legitimidade do sindicato na ação civil pública” pretende abordar a maneira pela qual o sindicato vem se inserindo nessa conjuntura.

A justificativa do tema baseia-se no fato de que a aplicação da ação civil pública na Justiça do Trabalho é recente e a aceitação da legitimidade do sindicato é mais ainda. A dificuldade na aceitação da legitimidade do sindicato decorreu da preexistência de instrumentos processuais coletivos próprios, como o dissídio coletivo.

Dessa forma, justifica-se a análise de como a teoria geral da ação civil pública tem incidido na legitimidade do sindicato.

O primeiro capítulo apresenta a ação civil pública, sua origem, conceito, virtudes e vicissitudes. A ação civil pública surgiu com o propósito de proteger um campo restrito de interesses sob a legitimidade do Ministério Público. Sua evolução posterior permitiu a expansão dos interesses protegidos, bem como a ampliação do rol de legitimados. No Direito do Trabalho, a aplicação da ação civil pública só se tornou pacífica no momento em que a lei a incluiu entre as atribuições do Ministério Público do Trabalho. A legitimidade sindical foi extraída da autorização concedida de forma genérica às associações em consonância com a previsão constitucional do artigo 8º, inciso III.

O capítulo destaca a importância da Lei 8.078/1990, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor, e da Lei 7.347/1985, que regula a ação civil pública. Essas duas Leis estimularam o desenvolvimento de um complexo sistema, formado por duas ações, a ação civil pública e a ação coletiva, para regular três esferas de interesses: os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para alguns, essas Leis são instituidoras de um novo ramo de direito processual, o Direito Processual Coletivo, ao lado do Processo Civil, Trabalhista e Penal. Para outros, essas leis compõem o núcleo de um microsistema coletivo.

O segundo capítulo versa sobre os interesses transindividuais. Para tanto, conceitua as diversas formas de interesses. Partindo da noção de interesse simples, não protegido pelo direito, até os tradicionais interesses públicos e privados.

Os interesses transindividuais, também conhecidos por metaindividuais, foram organizados em três categorias: os interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Os dois últimos não geram dificuldades quanto à legitimidade do sindicato. Mas os interesses difusos ocasionam incompatibilidade com a noção de categoria, resultando em grande divergência a respeito de sua tutela pelo sindicato.

Este capítulo se propõe a enfrentar essa questão por meio da Teoria dos Direitos Fundamentais. Originariamente, os direitos fundamentais regulavam a relação entre o indivíduo e o Estado. Com a extensão dos efeitos perante terceiros, que não o Estado, os direitos fundamentais se tornaram um modelo de conduta social que todos devem respeitar. Isto permitiu a unificação do conceito de cidadão, trabalhador e ser humano. O capítulo aborda o acesso coletivo ao Poder Judiciário como um direito fundamental, e procura compreender se seu regime jurídico permite que um indivíduo, ao ter um interesse difuso tutelado por uma associação, seja excepcionado se o indivíduo se

constituir em trabalhador; e a associação, em sindicato.

Por fim, o capítulo ainda trata dos critérios para identificação do interesse concretamente disposto na ação, as limitações impostas a alguns interesses para que não sejam objeto de ação civil pública e a importância dos interesses para os próprios sindicatos.

O terceiro capítulo enfoca o caráter subjetivo da ação, a legitimidade processual da ação civil pública. O processo individual, como regra, assenta a legitimidade em uma situação legitimante. Em geral, esta consiste em um liame de pertinência, de identidade entre o titular da relação material controvertida e aquele que ocupa o papel de parte na relação jurídica processual.

No processo coletivo, essa relação de pertinência, em geral, não ocorre, porque as partes representam interesses de terceiro. Assim, surgem outros critérios legitimadores, como o critério objetivo, que assenta na lei a legitimidade coletiva, ou a teoria do interesse institucional, que aponta quais os objetos que uma associação ou um sindicato se propõem a defender. Conforme o critério adotado, diferente será a natureza jurídica da legitimidade. A legitimidade será extraordinária caso se tenha por base que o

legitimado proteja interesses de terceiros. Ou a legitimidade será ordinária se o fundamento for a perseguição do objeto social da entidade. Enfim, menciona-se a legitimidade autônoma que procura superar os dois critérios anteriores.

Este capítulo faz referência às características da legitimação da ação civil pública: a legitimidade concorrente, exclusiva e disjuntiva.

Há diversos requisitos impostos pela lei aos legitimados, como a autorização assemblear, a individualização dos substituídos, a pertinência temática e o período de pré-constituição. Procura-se apresentar como eles afetam a legitimidade sindical.

Enfim, encerra-se o capítulo discorrendo sobre a eventual legitimidade das federações, confederações e centrais sindicais, e a polêmica legitimidade coletiva passiva.

O quarto e último capítulo utiliza-se do direito comparado para examinar o requisito da representatividade adequada. Por meio dele, o legitimado deve representar adequadamente os interesses da coletividade sob pena de não ter a legitimidade reconhecida. Não é pacífico que o legislador tenha adotado esse requisito na ação civil

pública.

Como a menção à representatividade adequada é recorrente na doutrina.

É conveniente conhecer o seu significado e o papel que ele desempenha no procedimento norte-americano, do qual é retirado.

Para tanto, este capítulo propõe-se a estudar a principal influência estrangeira na ação civil pública, a *class action* norte-americana. Essa ação de classe tem como objetivo favorecer a economia judicial, estimular o acesso a justiça e a efetivação do direito material. Há quatro requisitos gerais para a certificação de uma ação como coletiva: a impraticabilidade do litisconsórcio, a questão comum, a tipicidade e a representação adequada.

A representatividade adequada configura-se mediante a ausência de conflitos de interesses, e pelo bom desempenho do representante e do advogado.

É interessante a diferença do processo coletivo dos Estados Unidos quando comparada com a ação civil pública. Lá prevalece a legitimidade coletiva do próprio interessado, ao invés de um terceiro. Acredita-se que o trabalhador, no caso de Direito do Trabalho, defenderá melhor seu direito, do que um terceiro em seu nome.

Nesse sentido, o sindicato é classificado como parte ideológica, aquele que participa por ideologia, e não como vítima. Sua participação no processo ocorre de forma secundária, embora amplie o poder de barganha dos interessados.

Por fim, o capítulo demonstra a importância da ação coletiva nos Estados Unidos como forma de eliminação da discriminação no ambiente de trabalho.

A realização desse estudo pautou-se pelos critérios gerais das técnicas de pesquisa, especialmente análise bibliográfica, com a utilização de fontes legais e doutrinárias, nacionais e estrangeiras. O método dedutivo permitiu que os aspectos gerais atinentes à legitimidade da ação civil pública fossem analisados em relação a sua específica aplicação ao sindicato. Dessa forma, foi possível avaliar e extrair conclusões a respeito dos principais pontos polêmicos da legitimidade sindical na ação civil pública.

1. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.1. Antecedentes

A doutrina dos direitos ou interesses transindividuais no direito brasileiro é resultado da confluência de pelo menos quatro campos do direito: a ação popular, o direito do trabalho, os direitos fundamentais de terceira geração e a *class action* do direito norte-americano¹.

Esses domínios do direito, alguns em maior, outros em menor intensidade, ambientaram o contexto sob o qual foi possível estabelecer a tutela dos direitos transindividuais perante o Poder Judiciário.

A ação popular, não utilizada no Direito do Trabalho, é apontada como a primeira ação do direito brasileiro apta a tutelar os direitos difusos². É regida pela Lei 4.717/1965.

¹ Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 1-2.

Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 23-24

² José Carlos BARBOSA MOREIRA, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*, p. 7-19.

1.1.1. A ação popular

A ação popular teve origem no direito romano. Era o instrumento jurídico o qual autorizava o indivíduo a ingressar em Juízo para a defesa de um interesse que pertencia não somente a ele, mas também a uma coletividade.

Na verdade, o sistema judicial romano não apresentava um conceito abstrato ou genérico de ação popular, mas inúmeras previsões de ações populares para casos concretos. Talvez, por essa razão, o mais correto seria afirmar em plural que as ações populares tiveram origem no Direito Romano.

A ação popular e a ação civil pública compartilham em termos de legitimidade a característica de os autores se constituírem em substitutos da coletividade³. E se diferenciam na natureza do autor. Para a propositura da ação popular, exige-se que o autor da ação seja pessoa física e eleitor⁴; ao passo que na ação civil pública, os legitimados são pessoas jurídicas.

A doutrina costuma considerar o cidadão, legitimado individualmente,

³ Ada Pellegrini GRINOVER, *Uma Nova Modalidade de Legitimação à Ação Popular. Possibilidade de Conexão, Continência e Litispêndência*, p. 24.

⁴ Lei 4.717/1965, art. 1º, § 3º.

mais frágil que os “corpos intermediários”, geralmente constituídos em pessoa jurídica, para agir judicialmente na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo⁵.

Um sindicato, portanto, não está no rol dos legitimados à interposição da ação popular, ainda que eventualmente o bem tutelado possa coincidir. O meio ambiente, ilustrativamente, é tutelável tanto pela ação civil pública, quanto pela ação popular. Melo⁶ atenta ao fato que, após a Constituição da República, não há empecilho jurídico para que uma empresa pública, na condição de empregadora, ocupe o pólo passivo em uma ação popular, para a tutela do meio ambiente de trabalho.

1.1.2. O Direito do Trabalho

O direito do trabalho, por sua vez, foi responsável pela transição do individualismo e o liberalismo do século XVIII para a modernidade⁷, com previsão de diversas hipóteses processuais envolvendo coletivamente os trabalhadores.

Tradicionalmente, o sindicato tem legitimidade para defender coletivamente os associados ou os trabalhadores da categoria que representa. Nesse

⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 19.

⁶ Raimundo Simão de MELO, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*, p. 129-131.

⁷ Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 4.

sentido, Adamovich ressalta que o “conceito central de categoria continua válido, nos termos dos arts 511 e seus parágrafos e 570, da CLT”⁸.

O sindicato pode representar um grupo de associados perante o Judiciário nas discussões que envolvam insalubridade ou periculosidade (CLT, artigo 195, § 2º).

A CLT, por meio dos artigos 842 e 843, autoriza que a entidade sindical demande em nome de trabalhadores que prestem serviços na mesma empresa ou estabelecimento, se houver identidade de matéria discutida no processo.

A Lei 6.708/1979 permitia a substituição processual do sindicato em relação aos associados para tratar da correção monetária de salários.

No direito coletivo do trabalho, os sindicatos desempenham a representação da categoria por meio do dissídio coletivo (CLT, artigo 513, a) e da ação de cumprimento (CLT, artigo 872, § único).

Existe ainda a previsão no artigo 25 da Lei 8.036/1990, do Fundo de

⁸ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p.163.

Garantia do tempo de serviço (FGTS), pelo qual o sindicato pode compelir o empregador a efetuar o depósito dos valores de FGTS, entre outros.

1.1.3. Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão promoveram a necessidade de tutela jurídica a bens cuja titularidade é difusa, tanto assim, que se desenvolveram no plano do direito internacional. Foram chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade. Os maiores exemplos são: o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade⁹.

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão eram conhecidos como liberdades públicas. Protegiam os direitos individuais de cada ser humano, como a liberdade (de locomoção, de opinião entre outros), a propriedade e os direitos do cidadão (participação política)¹⁰.

Já os de segunda geração ou dimensão consistiam em direitos de crédito que as pessoas dispunham contra o Estado providência. Destacavam-se o direito à saúde,

⁹ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direito Humanos Fundamentais*, p. 57-58.

¹⁰ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direito Humanos Fundamentais*, p. 23-25.

ao trabalho, à seguridade¹¹.

Enquanto as duas primeiras gerações ou dimensões apresentavam sujeitos definidos, isto é, era possível indicar o titular do direito, a terceira geração agregou a noção de interesse difuso, disperso entre as pessoas. Essa dimensão impede que o direito seja atribuído a algum indivíduo ou coletividade isoladamente.

O sistema brasileiro de direito processual coletivo teve inspiração, ainda, nas “*class actions da common law*”, a partir da doutrina desenvolvida na Itália na década de setenta¹², especialmente por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vincenzo Vigoriti. Mas é importante assinalar que esses estudos tratavam da *class action* em momento anterior à reforma da legislação norte-americana ocorrida em 1966, ou, apenas nos primeiros anos de vigência¹³. Esse tema encontra-se desenvolvido no Capítulo IV.

1.2. O desenvolvimento da ação civil pública

A primeira menção à ação civil pública ocorreu em 1981, com a Lei

¹¹ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direito Humanos Fundamentais*, p. 48-53.

¹² Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 18.

Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 28.

¹³ Antonio GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 30-32.

Orgânica Nacional do Ministério Público Estadual, Lei Complementar nº 40. O artigo 3º, inciso III, previa a ação civil pública em contraste com o inciso II que se referia à ação penal pública.

Esta ação significava a atuação judicial do Ministério Público na esfera civil, não criminal.

A Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, introduziu a ação de responsabilidade penal e civil por danos ao meio ambiente, atribuindo a legitimidade ao Ministério Público. Era uma autêntica ação civil pública vinculada a proteção de um interesse difuso¹⁴.

Contudo, devido ao reduzido desenvolvimento processual na área dos interesses difusos, essa Lei permanecia pouco utilizada. A ação popular, com um regime jurídico melhor estabelecido, era mais empregada¹⁵.

Em 1985, foi promulgada a Lei nº 7.347, dispondo acerca do regime jurídico da ação civil pública. Estabeleceu-se um novo rol de legitimados à propositura da

¹⁴ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 52-54, 111-113.

¹⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 19.

tutela judicial dos interesses coletivos em sentido amplo¹⁶. Dentre os novos autorizados ao ingresso em Juízo, destacam-se as Pessoas Jurídicas de Direito Público: União, Estados e Municípios. Esses legitimados dispõem de amplos poderes administrativos de modo que o ingresso no Poder Judiciário só se justifica naquelas situações que o poder de polícia não for suficiente para impedir a violação dos direitos coletivos.

As associações foram citadas no rol dos legitimados da Lei 7.347/85 para a propositura da ação civil pública. São exigidos dois requisitos: a comprovação de que o propósito tutelado é compatível com o objeto institucional das mesmas e que a associação dispusesse de tempo de constituição mínimo equivalente a um ano. Esse prazo pode ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido¹⁷. Não há menção ao sindicato.

A legitimidade envolve a definição de um vínculo entre os sujeitos que tomarão parte no processo e os interesses que serão objeto da demanda. Em outras

¹⁶ Lei 7.347/1985, art. 5º.

¹⁷ Lei 7.347/1985, § 4º, art. 5º.

palavras, a legitimidade identifica quem é autorizado a atuar no processo e quais interesses está autorizado a proteger.

Em relação aos interesses, originalmente, o texto da Lei da Ação Civil Pública permitia a tutela do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A esperada cláusula de abertura à proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (artigo 1º, inciso IV) foi vetada pelo Presidente da República José Sarney, impedindo que a ação civil pública tivesse seu objeto ampliado.

Esta situação somente se alterou com o advento da Constituição da República de 1988¹⁸, que estabeleceu diversas normas tratando de interesses coletivos e sua tutela processual: direito de representação dos filiados pela entidade associativa (artigo 5º, XXI), mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX), a defesa de interesses coletivos pelo sindicato (artigo 8º, III).

O artigo 129, inciso III, da Constituição, ao apreciar a legitimidade do

¹⁸ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 97

Ministério Público na ação civil pública, especificou como objeto “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente”, mas criou a cláusula de abertura para a proteção “de outros interesses difusos e coletivos”. Esse conteúdo constitucional do interesse tutelado pela ação civil pública deve prevalecer sobre a legislação ordinária.

No ano de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) aperfeiçoou o regime jurídico da ação civil pública. Adamovich¹⁹ afirma que essa lei, “na verdade, reescreveu a Lei da Ação Civil Pública, conformando-a aos novos ventos democráticos que sopravam sobre o país”

O Código de Defesa do Consumidor definiu as categorias de interesses difusos e coletivos, instituiu os interesses individuais homogêneos²⁰ e os respectivos regimes jurídicos de coisa julgada.

O artigo 110 do Código incluiu o inciso IV, no artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública, reproduzindo o conceito constitucional de proteção a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

¹⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 97.

²⁰ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 19.

Esse inciso não teve vida longa. Ele foi renumerado para o inciso V pela Lei nº 10.257/2001, Estatuto da Cidade, e posteriormente foi alterado para “V - por infração da ordem econômica e da economia popular” pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, em vigor como decorrência do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, DOU 12.09.2001²¹.

A Lei da Ação Civil Pública omitiu o Distrito Federal, fato que veio a ser corrigido pelo Código de Defesa do Consumidor²². Mesma sorte não tiveram os sindicatos, que permaneceram sem receber menção expressa pela segunda lei.

Outra importante alteração, proporcionada pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, foi a introdução do artigo 21 na Lei da Ação Civil Pública, permitindo a aplicação das normas de defesa do consumidor em Juízo (Título III) na ação civil pública, da mesma maneira que o artigo 90 da Lei 8.078/1990 determinou o equivalente emprego da Lei 7.347/1985 no citado Título III, do Código de Defesa do Consumidor.

²¹ Nota na MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35, DE 24 DE AGOSTO DE 2001, *Júris Síntese IOB* Julho/Agosto de 2008

²² José Marcelo Menezes VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 146.

Foi instituída, dessa forma, uma interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública²³.

Embora a ação civil pública tivesse sido inspirada nas *class actions* dos Estados Unidos, inicialmente, a Lei nº 7.347/1985 tratava apenas dos “interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível”²⁴. Não havia possibilidade de postular indenização por danos sofridos individualmente de forma coletiva. Com a reciprocidade criada entre os dois instrumentos normativos, tornou-se possível a tutela dos direitos individuais homogêneos na ação civil pública²⁵.

O núcleo do sistema de direitos coletivos no ordenamento brasileiro passou a ser constituído por essas duas normas: Lei da Ação Civil Pública e pelo Código

²³ Ada Pellegrini GRINOVER, *Ação civil pública e ação em que a entidade associativa representa seus filiados. Defesa coletiva e individual. Incongruência lógica entre a narração dos fatos e a conclusão. Pedido juridicamente impossível. Ilegitimidade ativa. Inversão do ônus da prova*, p. 361.

²⁴ Ada Pellegrini GRINOVER, *O novo processo do consumidor*, p.129-130.

²⁵ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 99.

Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, Daniel Roberto FINK et al., p. 779.

de Defesa do Consumidor. Por um lado, esse regime agregou desenvolvimento jurídico à tutela coletiva, mas conduziu a um complexo regime formado por duas leis que se interagem com reflexos em uma desnecessária dualidade de ações: ação civil pública e ação coletiva.

Leis esparsas passaram a regular interesses setoriais específicos complementando o regime geral da ação civil pública.

O artigo 3º da Lei 7.853/1989 previu o uso da ação civil pública à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência.

A Lei 7.913/1989 protegeu coletivamente os titulares de valores mobiliários e investidores do mercado. Esta foi a “primeira *class actions for damages* do sistema brasileiro”, isto é, uma ação coletiva indenizatória²⁶.

O Capítulo VII, da Lei 8069/1990, trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos das crianças e dos adolescentes.

A Lei Antitruste nº 8884/94 autoriza a aplicação da subsidiária da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor (artigo 83) e permite que os legitimados

²⁶ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 159.

coletivos ingressem em juízo em defesa de interesses individuais homogêneos, para a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos (artigo 29).

Em relação à Justiça do Trabalho, era polêmica a aplicação da tutela civil coletiva. Além de não haver nenhuma menção nas leis, o Direito do Trabalho já dispunha de um Direito Coletivo vigente.

A Lei Complementar nº 75/93, artigo 6º, inciso VII, alínea “d” e artigo 83, inciso III, permitiu a aplicação da ação civil pública perante a Justiça do Trabalho, afastando as dúvidas existentes²⁷. Assim, quaisquer interesses que “se insiram harmonicamente na moldura do art. 114 da CF” podem ser postulados perante a Justiça especializada²⁸.

Pacificado o uso da ação civil pública na Justiça do Trabalho, era natural que o sindicato se utilizasse da Lei 7.347/1985. Para tanto, a doutrina reconheceu que o

²⁷ Francisco Ferreira JORGE NETO, Jouberto de Quadros Pessoa CAVALCANTE, *Direito Processual do Trabalho*, p. 1306-1308.

²⁸ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1416.

sindicato, na condição de espécie do gênero associação, estava contemplado na Lei²⁹.

Há, ainda, quem ressalte que o verdadeiro fundamento da legitimidade sindical assenta-se no artigo 8º, inciso III, da Constituição da República, que prescreve a legitimidade do sindicato para defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

A legitimidade do sindicato não se encontra restrita à matéria trabalhista, podendo representar os associados na condição de consumidores, ou outros interesses que eventualmente estejam previstos no estatuto³⁰. Por essa razão, o sindicato pode ingressar com a ação civil pública tanto na Justiça do Trabalho, quanto na Justiça comum, de acordo com a competência de cada uma³¹.

1.3. Posição da ação civil pública no Direito Processual

A partir da metade da década de oitenta, houve uma intensa produção

²⁹ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 147.

³⁰ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 302-305.

Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 149.

³¹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 270-271.

legislativa envolvendo a ação civil pública. Há, ainda, em tramitação projetos de lei que podem alterar razoavelmente o quadro atual, caso sejam promulgados, como o que propõe o Código de Processo Coletivo, e a Lei de Relações Sindicais, cujo Título VII regula a tutela judicial coletiva.

Da mesma forma, A doutrina aprimorou-se apresentando novos conceitos. O mais ousado foi proposto por Almeida³², que advoga o Direito Processual Coletivo como um “novo ramo de direito processual”, com “natureza, dignidade e berço constitucionais”.

O Direito Processual deixaria de ser bipartido em penal e civil, para agregar uma terceira espécie: o Direito Processual Coletivo. Ele justifica essa autonomia com base nas características próprias no modo de ser da ação, da jurisdição, do processo, da defesa, da coisa julgada e da legitimação.

Almeida³³ atribuiu à Constituição de 1988 o estabelecimento desse novo ramo. Antes da Constituição, apesar da existência de normas setoriais a respeito do

³² Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 16.

³³ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 16.

processo coletivo, inclusive a própria Lei da Ação Civil Pública, que fora promulgada em 1985, o rol de direitos tutelados era limitado, não havia uma previsão genérica de proteção a qualquer interesse transindividual. Com a Constituição da República, o rol deixou de ser taxativo em decorrência do artigo 129, III, que assegurou a ação civil público como instrumento de proteção de “outros interesses difusos e coletivos”.

Além disso, a Constituição de 1988 retirou da redação do artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece o direito de acesso a justiça, a menção aos direitos individuais. A presença dessa disposição na Constituição anterior restringia o desenvolvimento do processo coletivo. Almeida aponta ainda que o direito processual coletivo é uma concretização do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º da Constituição da República.

A autonomia não conflita com a unidade do direito processual presente na Constituição (Direito Processual Constitucional) e está em harmonia com a tendência processual recente de “reaproximação com o direito material”, no intuito de adaptação às peculiaridades do objeto do processo.

Almeida³⁴ conceitua: “O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no *plano abstrato*, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no *plano concreto*, pretensões coletivas em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social”. Importante salientar que a natureza social desse novo ramo significa que “ele deve ser concebido como instrumento de mobilização e detransformação da realidade social”.

Almeida subdivide o direito processual coletivo em comum e especial com base nos diferentes objetos material e formal: “a) *o objeto material do direito processual coletivo comum* é a resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude - é portanto a proteção de *direito coletivo subjetivo*; b) já *o direito processual coletivo especial* tem como *objeto material* o controle em abstrato da constitucionalidade das leis - é a tutela jurisdicional exclusivamente do

³⁴ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 22

direito objetivo. Aqui não seria correto falar-se em tutela jurisdicional de direito subjetivo, mas, sim, de *interesse coletivo objetivo legítimo*, tendo em vista que a tutela jurisdicional neste caso é objetiva e não subjetiva”³⁵.

Pelo objeto formal, há “um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios” para cada subclassificação. Para exemplificar, o direito processual coletivo especial dispõe da ação direta de inconstitucionalidade³⁶.

Didier Jr. e Zaneti Jr.³⁷ falam em “microsistema processual para as ações coletivas” e apresentam a descrição feita por Mazzei³⁸: “o *microsistema coletivo* tem sua formação marcada pela *reunião intercomunicante de vários diplomas*, diferenciando-se da maioria dos microsistemas que, em regra, recebem apenas influência de normas gerais”.

Aplicando essa teoria ao processo coletivo, Didier Jr. e Zaneti Jr. apresentam a seguinte hierarquia de normas a ser adotada em face de um problema de

³⁵ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 140-141.

³⁶ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p.139.

³⁷ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 48.

³⁸ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 49.

direito coletivo: primeiro, deve-se buscar a solução na Lei da Ação Civil Pública. Em não sendo suficiente, deve-se procurar no Título III do Código de Defesa do Consumidor. Caso a questão permaneça insolúvel, o interprete deve dirigir-se aos demais diplomas legais que tratem de direitos coletivos na tentativa de identificar uma “*ratio*” aplicável ao caso em análise.

Em outras palavras, Didier e Zaneti ressaltam a existência de um “procedimento-padrão”, formado pela simbiose da Lei da Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor. Ao lado dessa parte essencial, há os demais procedimentos específicos, como o mandado de segurança coletivo, ação popular, ação coletiva de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, mandado de injunção coletivo, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo.

Mancuso³⁹ expõe o “microsistema processual coletivo” composto “nuclearmente” pela ação civil pública, Código de Defesa do Consumidor e inclui a ação popular. As demais ações conformariam o “plano complementar-integrativo”.

³⁹ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *A concorrência de ações coletivas sobre um mesmo thema decidendum*, p. 475.

A doutrina menciona alguns critérios para caracterizar um processo como coletivo. Nery⁴⁰, ao tratar do mandado de segurança coletivo, afirma ser a natureza das entidades que receberam legitimidade de agir no texto constitucional que torna a ação coletiva.

Alvim⁴¹ assinala que o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao permitir a utilização de qualquer ação na defesa dos interesses transindividuais, irradiou o procedimento previsto naquela lei para as demais ações. No caso analisado, Alvim entendia que o Código de Defesa do Consumidor ampliava o rol de legitimados ao mandado de segurança coletivo, descritos na Constituição da República, artigo 5º, inciso LXX, alíneas “a” e “b”.

Didier Jr. e Zaneti Jr.⁴² apresentam três graus de intensidade de coletivização do processo. No primeiro, encontra-se o artigo 6º do Código de Processo Civil, que corresponde à “técnica de fragmentação dos conflitos”. No intermediário, situa-se o tradicional litisconsórcio, instituto conhecido do direito processual individual. Os

⁴⁰ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 161-162.

⁴¹ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 33.

⁴² Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 33.

autores assinalam que, a este passo, “o *exercício conjunto da ação* por pessoas distintas não configura uma ação coletiva”. Ao final, surge a ação coletiva “em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação a ‘*estrutura subjetiva*’ do processo, e, *sim*, a ‘*matéria litigiosa nele discutida*’”

No Direito do Trabalho, a sistematização se torna mais complexa, porque já existe um sistema coletivo consolidado. Nascimento frisa que “O Direito do Trabalho só conhecia os direitos individuais e os direitos coletivos”⁴³.

Por essa razão, Leite⁴⁴ sugeriu uma separação em três sistemas: a) o do acesso individual (dissídios individuais e plúrimo); b) o do acesso coletivo (dissídio coletivo); e o do acesso metaindividual (ação civil pública).

Comparando o processo coletivo com o metaindividual, Teixeira Filho⁴⁵ assinala que o “dissídio coletivo, que é a ação de maior transcendentalidade no quadrante

⁴³ Amauri Mascaro NASCIMENTO, *A defesa do direito coletivo em ação civil pública*, p. 8.

⁴⁴ Carlos Henrique Bezerra LEITE, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 69.

⁴⁵ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1404.

das relações de trabalho, está muito aquém da carga resplandecente contida na ação civil pública”. Adamovich⁴⁶ ressalta que a abertura da ação civil pública abrange muito mais matérias que a “antiga ação de cumprimento, do art. 872, parágrafo único, da CLT, cuja letra se restringe ao pagamento de salários.

Adamovich⁴⁷ assinala que a dimensão coletiva dos interesses não é nova para o direito do trabalho, “que é, ele mesmo, produto do que bem poderia chamar-se um primeiro estágio na sua sistematização científica.

Giglio⁴⁸ sintetiza em três critérios, com base nos quais, a doutrina busca a distinção entre essas duas categorias: “partes, objeto e finalidade”.

No processo individual do trabalho, as partes do são pessoas determinadas, o objeto cinge-se a interesses “concretos” dos indivíduos e a finalidade

⁴⁶ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*.

São Paulo, p. 120.

⁴⁷ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*.

São Paulo, p. 120.

⁴⁸ Wagner D. GIGLIO, Claudia Giglio Veltri CORRÊA, *Direito Processual do Trabalho*, p. 405-406.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: Doutrina e prática forense*. 27. ed. atualizada até 31/12/2006. São Paulo: Editora Atlas S.A.: 2007, p. 47.

consiste na aplicação de uma norma jurídica preexistente ao caso concreto.

No processo coletivo do trabalho, por sua vez, ao menos uma das partes é uma coletividade formada por sujeitos indeterminados e indetermináveis, o objeto versa a respeito de “interesses abstratos das categorias profissionais e econômicas” e a finalidade consubstancia-se na “criação, na modificação ou na interpretação em tese de uma norma jurídica”.

Importante ressaltar que, seguindo a lição de Maranhão e Teixeira Filho⁴⁹, a separação entre os dissídios individuais e coletivos não é absoluta, ao contrário, irradiam seus efeitos reciprocamente.

É importante observar que não é o número de litigantes que torna o processo coletivo. Um dissídio plúrimo (CLT, 842) é, ainda, um processo individual⁵⁰

O advento da ação civil pública agregou um elemento de complexidade nessa tradicional classificação a ponto de se propor uma divisão tripartite no processo do

⁴⁹ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1421.

Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1421

trabalho, conforme se pode depreender da conceituação elaborada por Leite⁵¹: “...para nos adaptarmos a nova ordem constitucional reinaugurada pela EC n. 45/2004, passamos a conceituar o direito processual do trabalho brasileiro como o *ramo da ciência jurídica constituído por um sistema de normas princípios regras e instituições próprias que tem por objeto promover a pacificação justa dos conflitos individuais, coletivos e difusos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho*”.

Independentemente de uma divisão processual bi ou tripartite, é importante assinalar que já se reflete na jurisprudência uma interação entre os três sistemas. Apenas para ilustrar, o Tribunal Superior do Trabalho julgou um recurso ordinário em dissídio coletivo, de nº RODC-156/2005-000-08-00.0 - 8ª REGIÃO - (AC. SDC), publicado em 03 de Agosto de 2007, que se tratava originariamente de uma ação declaratória de abusividade de greve proposta por empresa. O sindicato ingressou com um dissídio coletivo de natureza econômica como reconvenção, mas o processo teve a perda do objeto em razão da procedência de uma ação civil pública mais abrangente também

⁵¹ Carlos Henrique Bezerra LEITE, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 98.

proposta pelo sindicato.

1.4. Conceituação

A “ação civil pública” surgiu com a Lei Complementar nº 40/1981, que estabeleceu normas gerais para o Ministério Público Estadual. A Lei explicitou no artigo 3º, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção da “ação civil pública”, no inciso III; e a “ação penal pública”, no inciso II.

Portanto, em sua origem, a ação civil pública designava a atuação judicial do Ministério Público em ações de caráter não penal⁵². Era, e ainda o é, civil por não tratar de questões atinentes à esfera criminal⁵³. Era pública pela legitimidade exclusiva do Ministério Público⁵⁴.

Contudo, na atualidade, o Ministério Público não é mais o único autorizado à propositura dessa ação, pois compartilha a legitimidade com outras entidades, como a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios,

⁵² Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 305, nota 582.

⁵³ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 72.

⁵⁴ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 157-158.

Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 149.

autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, associações e sindicatos.

A “ação civil pública” não mais representa um processo privativo do Ministério Público. Por essa razão, não se justifica a permanência da adjetivação “pública” no título da ação. Tentou-se, assim, vincular o caráter “público” não mais ao aspecto subjetivo, ou seja, a quem detém a legitimidade da demanda, mas a um elemento objetivo, o interesse ou direito tutelado no processo.

Dessa forma, a ação permaneceria pública em razão da natureza do objeto defendido, a pretensão metaindividual, identificada pelos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁵⁵. A relevância desses direitos fundamenta a designação.

Mesmo assim, o título da ação não permanece imune a críticas. Adamovich⁵⁶ registra a ambigüidade do termo “ação civil pública”. Tradicionalmente, o civil representa o campo das relações privadas, esfera apartada da pública. A natureza

⁵⁵ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 157-158.

⁵⁶ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 104.

peculiar dos interesses tutelados nessa ação não seria privada nem pública, mas transindividuais, uma espécie de terceiro gênero.

Uma alternativa consistiria na substituição do nome da ação civil pública para ação coletiva, que não menciona o nome do autor, tampouco o interesse tutelado. Mas a doutrina está longe de atingir o consenso.

Didier Jr. e Zaneti Jr.⁵⁷ referem-na como “ação coletiva”.

Lenza⁵⁸ denomina ação coletiva típica ou em sentido estrito para interesses difusos coletivos *stricto sensu* e ação coletiva em sentido lato para a proteção dos interesses individuais homogêneos.

Adamovich⁵⁹ evitou a utilização da nomenclatura “ação coletiva”, mas reforçou o caráter “civil” da demanda, o qual resgata o ser humano como destinatário último do Direito, fugindo de “tentações autoritárias corporativistas que transferem para a esfera do público ou põem sob restrita e exclusiva gestão do Estado todos os direitos e

⁵⁷ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*.

⁵⁸ Pedro LENZA, *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 18 e 156.

⁵⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 104.

interesses que não podem ser qualificados exatamente como individuais”.

Fava⁶⁰ consigna que a expressão “ação civil pública coletiva”, utilizada na Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei Complementar 75/93, artigo 6º, inciso XII) serve para diferenciá-la da ação equivalente que tenha por objeto um interesse difuso.

Shimura⁶¹ define ação civil pública como “ação (*não penal*), ajuizada pelos entes previstos no art. 5º da Lei nº 7.347/85, com vistas à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Ele classifica a ação civil pública como espécie do gênero ação coletiva. Outras modalidades seriam a ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, entre outros.

Nery⁶² inverte a relação gênero-espécie ao classificar o mandado de segurança coletivo como uma espécie de ação civil pública.

Jorge Neto e Cavalcante⁶³ entendem que a ação civil pública busca um

⁶⁰ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 73.

⁶¹ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 150-151.

⁶² Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 161-162.

⁶³ Francisco Ferreira JORGE NETO, Jouberto de Quadros Pessoa CAVALCANTE, *Direito Processual do Trabalho*, p. 1310.

provimento abstrato e genérico, enquanto que a ação coletiva tem natureza reparatória.

Para Almeida⁶⁴, a “ação civil pública é um dos instrumentos constitucionais colocados à disposição do Ministério Público e de outros legitimados coletivos arrolados pela lei (art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 da Lei n. 8.078/90), para a tutela jurisdicional de quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos”.

Mazzilli⁶⁵ ressalta que, em rigor, a ação civil pública é aquela iniciada pelo Ministério Público; enquanto que a ação coletiva tem como demandante uma entidade privada. A Lei da Ação Civil Pública utiliza a expressão “ação civil pública”; enquanto que o Código de Defesa do Consumidor, “ação coletiva”. Contudo, esta distinção não resiste ao disposto em ambas as Leis, que, em suma, legitimam tanto autores privados, quanto públicos.

Se por um lado, a antiga ação civil pública compartilhou a exclusiva legitimidade do Ministério Público com os privados; por outro, fortaleceu seu antigo titular

⁶⁴ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 338.

⁶⁵ Hugo Nigro MAZZILLI, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*.

com novos poderes e garantias.

Arantes⁶⁶ assinala que a Lei 7.347/85 favoreceu a atuação do Ministério Público na tutela dos interesses metaindividuais, estabelecendo diversos instrumentos, como o inquérito civil e a figura criminal de recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

O fortalecimento do Ministério Público debilitou a presença da sociedade civil, inclusive os sindicatos, na tutela dos interesses coletivos. Na atualidade, os legitimados civis restringem-se ao envio denúncias ao Ministério Público, inclusive o do Trabalho, para que tomem as medidas que entender adequadas, tais como a abertura do inquérito civil ou ingresso de ação civil pública perante o Poder Judiciário.

A crise em relação à legitimidade da sociedade civil repercute ainda falta de consenso em relação ao objeto tutelado. Para alguns, a ação civil pública seria aquela que protege um interesse difuso; enquanto que a ação coletiva teria por objeto um

⁶⁶ Rogério Bastos ARANTES, *Ministério Público e Política no Brasil*, p. 66.

interesse coletivo em sentido estrito⁶⁷.

Essa dicotomia entre a sociedade civil e o Estado é agravada em relação aos sindicatos, que faziam parte de um estabilizado regime de Direito Coletivo do Trabalho.

O dissídio coletivo era o tradicional instrumento jurídico, posto à disposição dos sindicatos, a fim de elaborar normas coletivas perante o Poder Judiciário.

Tem origem no modelo corporativista de Estado, que propugna a união das classes e empresas sob a direção do Estado.

O modelo corporativista encontra-se superado no Brasil. Os sindicatos iniciaram uma longa transição, ainda não completada, para o modelo de liberdade sindical.

O marco dessa transformação se deu com a Constituição de 1988, que ficou a um meio caminho entre os dois modelos.

Em 2004, a Emenda Constitucional 45 alterou o artigo 114 da Constituição, restringindo a utilização do dissídio coletivo. Assim, os sindicatos encontram-se em um momento de limitação no contexto do Processo Coletivo do

⁶⁷ Antonio GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 23 e 24.

Trabalho.

Os sindicatos são afetados por dois movimentos em sentidos opostos: a expansão da ação civil pública e a restrição do dissídio coletivo.

Em relação aos interesses transindividuais, Nascimento⁶⁸ assinala que “Os danos trabalhistas não foram cogitados pela lei. Mas a subsidiariedade do direito comum permitiu a migração da ação civil pública para o âmbito trabalhista”.

Apesar da autonomia do Processo do Trabalho em relação ao Processo Civil, Adamovich⁶⁹ rechaça uma nova denominação, tais como “ação coletiva trabalhista” ou “ação civil pública trabalhista” em respeito aos usos e costumes dos profissionais do direito, que teriam dificuldade em assimilar uma terceira denominação. Melhor seria apenas adjetivar a ação civil pública como “trabalhista” ou “no Processo do Trabalho”.

Por outro lado, o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais criava no Título VII, uma autêntica regulamentação de ação coletiva trabalhista que, caso fosse promulgada, poderia se consubstanciar em um regulamento trabalhista próprio, com

⁶⁸ Amauri Mascaro NASCIMENTO, *A defesa do direito coletivo em ação civil pública*, p. 8.

⁶⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 105.

características distintas da ação civil pública comum, o que talvez viesse a justificar uma denominação específica.

Leite⁷⁰, preocupado com a sistematização dos dois sistemas de processo coletivo que passa a existir, designa por ações coletivas *stricto sensu* os dissídios coletivos, em oposição à “jurisdição trabalhista metaindividual”, formado pelas ações coletivas *lato sensu*.

Como se pode observar, as diferentes combinações que o regime da ação civil pública permite, por ser partilhado em duas leis (Lei 8.078/1990 e Lei 7.347/1985), com duas denominações diferentes de ação (ação coletiva e ação civil Pública), para regular três interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos), têm acarretado repercussões na escolha do legitimado, e na extensão do conteúdo da legitimação.

Essa complexidade começa a incomodar parte da doutrina. Gidi⁷¹ chega a declarar que “ação não tem nome” e defende a superação da divisão do processo coletivo

⁷⁰ Carlos Henrique Bezerra LEITE, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 309.

⁷¹ Antonio GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 23 e 24.

entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que estimula a reprodução de um sistema dualista de ações.

Para os fins desse trabalho, será adotado um conceito unitário de ação, de modo que os termos “ação civil pública” e “ação coletiva” serão utilizados como sinônimos.

A ação civil pública é o instrumento pelo qual se tutelam “todos os direitos e interesses massificados, sejam difusos, sejam coletivos, e até mesmo os direitos ou interesses individuais homogêneos”⁷².

⁷² Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 306.

2. OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

2.1. Introdução

A legitimidade para agir pode ser definida como uma autorização a alguém exercer o papel de parte no processo na defesa de um interesse. Este capítulo abordará a questão do interesse. Dinamarco⁷³ ressalta a importância do interesse de agir, de modo, que na ausência dele, a legitimidade também não remanesce.

Tradicionalmente, a ação processual se prestava somente à defesa de direito individual, conhecido como subjetivo. Santos⁷⁴ menciona três elementos do direito subjetivo: um sujeito, um objeto e a proteção jurídica.

Originariamente, o fundamento do direito subjetivo era a vontade do indivíduo. Aos poucos, a lei foi adquirindo relevância, de modo que, hoje, pode-se afirmar que o fundamento do direito subjetivo assenta-se quase que exclusivamente no direito objetivo⁷⁵.

⁷³ Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, p . 308.

⁷⁴ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 64.

⁷⁵ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p.113.

A conexão entre “direito subjetivo” e “interesse individual” é tão cristalizada no direito, que torna difícil, por vezes, estender estes conceitos para a coletividade⁷⁶.

Mas o fenômeno conhecido por massificação acarretou a reformulação desses conceitos individualistas. O capitalismo, como forma de produção em massa gerou homogeneidade no comportamento social. Todos são impulsionados a consumir os mesmos produtos, a ouvir idênticas músicas, a frequentar os análogos estabelecimentos e, como conseqüência, suportar semelhantes riscos⁷⁷. São as “relações jurídico-econômico-sociais assemelhadas e uniformizadas”⁷⁸.

Um evento danoso, muito facilmente, pode atingir uma multiplicidade de pessoas. Existe “cada vez um maior número de situações ‘padrão’, que geram lesões ‘padrão’”⁷⁹

A conseqüência direta de um dano comum à coletividade é o surgimento

⁷⁶ José Marcelo Menezes VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 59.

⁷⁷ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 26.

⁷⁸ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 58.

⁷⁹ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 34.

de vários processos judiciais similares⁸⁰. É possível afirmar que a massificação da sociedade gerou a massificação dos processos⁸¹, acentuando problemas estruturais da estrutura da Justiça, como a morosidade⁸², a necessidade de decisões unívocas, inviabilidade de comparecimento de todos interessados no juízo.

Fava⁸³ observa que a similaridade entre os processos favorece a implementação de reformas legislativas no intuito de agrupar ações em um processo coletivo. Pensar o processo “molecularmente”, conforme analogia de Watanabe⁸⁴, em oposição “atomização” do processo.

É interessante observar que não é a primeira vez que a massificação social apresenta reflexos no direito e no processo. As antigas fábricas, com grandes contingentes de trabalhadores, sujeitos ao modelo de vida similar resultou no

⁸⁰ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 24.

⁸¹ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 142.

⁸² Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 24.

Mauro CAPPELLETTI, Bryant GARTH, *Access to Justice*, p. 20.

⁸³ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 24.

⁸⁴ Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, Daniel Roberto FINK et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 803 e 809.

desenvolvimento direto do Direito Coletivo do Trabalho.

2.2. O interesse simples e o jurídico

A noção de interesse desempenhou um papel fundamental para o desenvolvimento do novo processo coletivo,.

No campo das necessidades humanas, um primeiro ponto a destacar é que interesse é gênero⁸⁵. Diferencia-se interesse de direito, porque não todos desejos humanos, isto é, os interesses em sua formulação mais genérica, são garantidos pelo direito.

Fava⁸⁶ confirma que tradicionalmente, a expressão “interesse” tem uma “conotação mais ampla” do que “direito”. Este, em geral, decorreria de lei.

Santos⁸⁷ denomina de interesses simples ou *lato sensu* aqueles que se situam “no mundo fático, nos planos da existência e da utilidade”, que não recebem a proteção do direito.

O interesse jurídico representava a parcela protegida pelo direito. Assim,

⁸⁵ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 58.

⁸⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 31-32.

⁸⁷ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 63.

o conceito de direito subjetivo e interesse jurídico individual são equivalentes⁸⁸, têm o “mesmo valor semântico”: “direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico”⁸⁹.

Em uma acepção mais restrita, para Mazzilli o interesse somente se torna direito subjetivo quando julgado procedente em ação, porque se torna protegido pelo direito. Em face do risco de improcedência da ação, não é possível assegurar que todo interesse seja legítimo⁹⁰.

Adamovich⁹¹ lembra que somente os interesses que tiverem a qualidade de jurídicos estariam sujeitos ao âmbito tutelar da ação civil pública e jurídicos seriam aqueles interesses protegidos “sob o manto protetor de normas ou princípios” jurídicos.

⁸⁸ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 64-65.

⁸⁹ Rizzato NUNES, *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*, p. 86.

⁹⁰ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 58-59.

⁹¹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 110 e 111.

2.3. O interesse público e o privado

Os interesses são tradicionalmente classificados em públicos e privados.

Para Grinover⁹², o interesse público faz-se “valer em relação ao Estado”, “todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação)” e “suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado”. O interesse privado, por sua vez, remete à noção clássica de direito subjetivo, na qual cada titular é considerado individualmente, mediante a “relação jurídica entre credor e devedor”.

A doutrina costuma, com base em Renato Alessi, subdividir o interesse público em primário e secundário. O interesse primário corresponde ao bem geral da coletividade; enquanto que o secundário se refere às pretensões específicas do órgão público⁹³.

A possibilidade de conflito entre os interesses primários e secundários de cada entidade pública antecipa a conflituosidade que caracteriza os interesses coletivos em sentido amplo. Sendo a sociedade moderna fragmentária, não é uma tarefa simples eleger

⁹² Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p.17.

⁹³ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 47.

qual é o interesse público. A complexa relação trabalhista bem ilustra essa situação. Não é possível identificar um interesse público exclusivo: o do trabalhador, a sustentabilidade econômica da empresa, a arrecadação de tributos, o sistema previdenciário e assim por diante. A conflituosidade pode extrapolar o campo trabalhista, envolvendo questões ambientais, familiares, de consumidores. Nesse contexto, os agentes públicos são impelidos em diferentes ocasiões a assumir como interesses público demandas de parcelas da população em detrimento das demais, o que tem suscitado parte da doutrina a negar a existência de um “único *bem comum*”, enfraquecendo o conceito de interesse público⁹⁴.

Outra crítica que se faz à dicotomia de interesse público e privado é a insuficiente em face da complexidade do mundo contemporâneo. Essa bipolaridade é típica do individualismo que caracterizava o liberalismo. O surgimento das massas acarretou os corpos intermediários, como os sindicatos e as associações⁹⁵, que não são estatais, nem individuais. Perde-se o foco no Estado, para direcioná-lo à sociedade civil⁹⁶. A repartição de interesses entre público e privado, portanto, “não subsiste às realidades de uma

⁹⁴ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 47.

⁹⁵ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 45-46.

⁹⁶ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 68.

‘sociedade de massa’⁹⁷

Mazzilli assinala, ainda que “a expressão *interesse público* tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou interesses difusos etc”⁹⁸.

2.4. O interesse legítimo

O interesse legítimo, não mencionado no sistema brasileiro, é uma categoria de interesse do direito italiano, que justifica as situações em que um indivíduo tenha legitimidade para anular um ato administrativo, embora não seja afetado por ele⁹⁹.

Adamovich¹⁰⁰ ilustra esse interesse com base na saúde do trabalhador.

Ainda que uma obrigação administrativa da empresa não configure direito subjetivo do trabalhador, ele teria interesse legítimo no cumprimento da obrigação pela empresa.

⁹⁷ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 32.

⁹⁸ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 46.

⁹⁹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 88-90.

¹⁰⁰ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVIK, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 111-113.

Como se pode observar, o interesse legítimo tem aplicação no campo da jurisdição administrativa.

2.5. Os interesses transindividuais

Uma das principais críticas que a dicotomia entre os interesses públicos e privados recebe é quanto a sua insuficiência devido ao desenvolvimento dos interesses sociais¹⁰¹. Estes “são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas”¹⁰². Por isso, são conhecidos por interesses intermediários¹⁰³.

A doutrina denomina-os indistintamente de interesses transindividuais ou metaindividuais. Mazzilli prefere o primeiro em razão de ser composto por prefixo e radical latinos. O segundo termo apresenta prefixo grego e radical latino, sendo uma palavra construída por hibridismo¹⁰⁴.

Santos informa que o sufixo grego “meta” significa “além,

¹⁰¹ Santos diferencia o interesse social lato sensu e stricto sensu. O primeiro se refere aos valores da sociedade; o último, ao objeto de uma empresa ou pessoa jurídica. Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 70.

¹⁰² Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p.17.

¹⁰³ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 17-20.

¹⁰⁴ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 50.

transcendência” e o sufixo latino “trans” quer dizer “movimento para além de, através de, posição para além de”. Segundo ele, as expressões “metaindividual”, “transindividual”, “supra-individual” sobreindividual”, “coletivos *lato sensu*” representam interesses que ultrapassam “o círculo jurídico do indivíduo”¹⁰⁵. Adamovich assinala que esses prefixos “têm em comum designarem uma espécie de direitos que está além dos direitos individuais, que os supera ou transcende, sem representar mera aglutinação deles”¹⁰⁶.

Muitas vezes, são apontados ainda como interesse público ou geral¹⁰⁷.

Mas, conforme registra Mazzilli, embora os interesses transindividuais transcendam a esfera do individual, eles não chegam a configurar interesse público¹⁰⁸.

O Código de Defesa do Consumidor regulou os interesses transindividuais em três categorias de interesses no artigo 81, § único: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

¹⁰⁵ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 71.

¹⁰⁶ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 119.

¹⁰⁷ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 70.

¹⁰⁸ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 48.

Considerando há falta de consenso na terminologia¹⁰⁹, torna-se relevante a definição legal.

Com essa sistematização, tornou-se comum referir-se ao conjunto das categorias criadas como interesses coletivos *lato sensu*. Nesses, Alvim¹¹⁰ inclui os direitos difusos e coletivos, sem mencionar os interesses individuais homogêneos. Outros doutrinadores¹¹¹ sintetizam no interesse coletivo *lato sensu* as três hipóteses de interesses da Lei nº 8.078/1990.

Moreira¹¹² classifica os interesses difusos e coletivos em intrinsecamente coletivos; enquanto que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos.

Assim, os direitos coletivo na "acepção lata" envolve as três hipóteses do § único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor; e "acepção estrita" ou *stricto sensu* refere-se ao inciso II, do mesmo § único supramencionado¹¹³.

¹⁰⁹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 71.

¹¹⁰ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 28.

¹¹¹ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 55.

Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 16.

¹¹² José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos*, p. 196.

¹¹³ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 25.

Castilho assinala que sempre existiram interesses coletivos. A discordância ocorre quanto ao surgimento da tutela coletiva¹¹⁴.

Grinover¹¹⁵, com base nos estudos da doutrina italiana, apresenta as seguintes características dos interesses coletivos: “indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada. os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo”.

Caracterizam-se, ainda, por ampla conflituosidade interna, no próprio grupo envolvido¹¹⁶.

¹¹⁴ Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 1.

¹¹⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p.17.

¹¹⁶ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 49.

Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 84.

2.5.1. Os interesses difusos

Os interesses difusos estão dispostos no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, § único, inciso I. Apresentam as seguintes características: transindividualidade, natureza indivisível, cujos titulares pessoas sejam indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Foi mencionado pela primeira vez na Constituição da República de 2008, no artigo 129, inciso III¹¹⁷.

O artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor prescreve aos interesses difusos a coisa julgada *erga omnes*, em caso de procedência do pedido em ação civil pública. Esse efeito decorre da indivisibilidade desse direito.

Marinoni e Arenhart¹¹⁸ assinalam que nos direitos difusos, tecnicamente não ocorre a coisa julgada *erga omnes*, porque um indivíduo comum não tem legitimidade para ingressar em juízo. Nesse caso, ele sofre o efeito da sentença. Para os legitimados, a eficácia *erga omnes* adquire significado, porque tem o condão de impedir a rediscussão da matéria que foi objeto no processo.

¹¹⁷ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 57.

¹¹⁸ Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 744.

O interesse difuso se identifica com o direito público primário¹¹⁹, salvo nas hipóteses que sejam vedadas aos entes públicos a tutela de direitos titularizados por sujeitos coletivos privados¹²⁰.

Santos¹²¹ apresenta como difuso “aquilo em que há difusão, que se propagou, que foi disseminado, divulgado, não circunscrito”

Rocha assinala que a noção de direito difuso é antiga, mas ganhou destaque na atualidade. Seu conceito foi sendo construído com base na negação: “não são diferenciados, como o é o direito subjetivo”, “não são organizados, como o são os interesses coletivos”, “ausência de relação jurídica base”, “indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto e duração efêmera ou contingencial”¹²².

Fava¹²³ assinala que “preponderantemente, os direitos difusos aplicam-se aos grupos a partir apenas da dimensão da humanidade, enquanto os demais direitos

¹¹⁹ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 141-142.

¹²⁰ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 57-58.

¹²¹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 80.

¹²² Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 56.

¹²³ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 37.

coletivos dirigem-se a categorias ou grupos que decorrem da noção corporativa”.

Segundo Adamovich, os direitos difusos têm titulares múltiplos e indefinidos. Somente podem ser tutelados de maneira indivisível¹²⁴, “não é possível distribuí-lo em pedaços”¹²⁵, são “insuscetíveis de destaque em cotas individuais ou de grupos; não são passíveis de repartição entre quaisquer dos eventuais titulares”¹²⁶

A legitimidade sindical em relação aos interesses difusos é o ponto que mais acarreta controvérsias.

Adamovich registra que “os interesses difusos no direito do trabalho é, certamente, o que tem suscitado mais dúvidas e incompreensões”, pois o conceito de difuso transcende a noção de empregados, sindicalizados ou categoria para atingir a sociedade como um todo. E certas questões difusas, como o meio ambiente do trabalho, podem muito facilmente ser avocados para outras disciplinas do Direito, no caso, o Direito Ambiental. Contudo, a permanência no Direito do Trabalho se justifica por ordem

¹²⁴ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 250.

¹²⁵ Márcio Túlio VIANA, *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, p. 182-183.

¹²⁶ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 83.

sociológica. Nas relações humanas, tudo o que concerne preponderantemente ao trabalho, deve permanecer na Justiça do Trabalho. Caso contrário, a greve também seria excluída do campo trabalhista, pois seus efeitos muitas vezes ultrapassam o campo restrito trabalhista¹²⁷

Viana¹²⁸ demonstra a dificuldade em reconhecer a existência de interesses difusos dos trabalhadores. Estes, com o contrato de trabalho, passam a pertencer a duas coletividades: empresa e categoria. Se um risco ultrapassa os muros da fábrica, os interesses dos trabalhadores permaneceriam sendo coletivos ao lado dos interesses difusos dos vizinhos da empresa. Contudo, conforme o raciocínio de Viana, se o contrato de trabalho é a forma de coletivizar os interesses, a empresa que adota um critério discriminatório para a contratação, nesse caso, estaria ferindo interesses difusos na esfera trabalhista.

Quanto à legitimidade do sindicato, Viana entende que o vínculo do sindicato à categoria impede que o mesmo possa ser autor de uma ação direcionada à

¹²⁷ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 136-138.

¹²⁸ Márcio Túlio VIANA, *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, p. 182-184.

proteção de um interesse difuso, embora admita que a proteção da categoria possa reflexamente garantir o interesses difusos dos trabalhadores.

Silva¹²⁹ reconhece a dificuldade identificar um interesse como exclusivamente difuso, e entende que o sindicato não está legitimado a tutelar mediante a ação civil pública tais direitos. Não obstante, deve-se tomar a cautela para que interesses que tangenciem a categoria dos difusos não fiquem sem a desejada proteção.

Santos¹³⁰ aduz que a representação sindical por categorias não aparenta ser compatível com a atuação sindical na defesa dos interesses transindividuais, porque ao se proteger algum dos interesses, simultaneamente, pode estar tutelando alguém que não seja parte da categoria.

Mazzilli¹³¹ entende que o sindicato pode defender interesses difusos.

Santos¹³² concebe que o sindicato possa defender direitos difusos da categoria. Ele fundamenta sua posição com base no princípio democrático, que deve

¹²⁹ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 124-125.

¹³⁰ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 176-177, 206-207.

¹³¹ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 302-305

¹³² Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 265.

fomentar “práticas efetivas de atuação social”.

Igualmente, Melo¹³³ fundamenta a legitimidade sindical em relação aos interesses coletivos, inclusive os difusos, no princípio democrático, que permite a organização da sociedade para defesa dos interesses.

Entre os exemplos de interesse difuso no Direito do Trabalho, a doutrina menciona o direito de greve, que afete “os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (artigo 9º, § 1º, da Constituição da República), o FGTS, que é utilizado para o financiamento de habitações populares¹³⁴ e prática discriminatória durante o “processo de seleção de candidatos ao emprego”¹³⁵.

2.5.1.1. Os direitos fundamentais e a legitimidade sindical

A limitação da legitimidade sindical, especialmente em relação aos interesses difusos, se possível, deve ser coerente e compatível com os direitos fundamentais. Esse cotejo torna-se necessário porque as ações coletivas adquiriram

¹³³ Raimundo Simão de MELO, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*, p. 119-124.

¹³⁴ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1406.

¹³⁵ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 125.

“configuração constitucional de direitos fundamentais”. Há diversos dispositivos constitucionais que confirmam essa ascensão: o do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX), ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), a ação civil pública (artigo 129, inciso III)¹³⁶. E, como “fórmula sintética”¹³⁷ de todos eles, o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV), que além de ser um direito fundamental, tem a função de ser garantia dos demais direitos¹³⁸.

Os direitos fundamentais, segundo Hesse¹³⁹, têm uma dupla face protegida constitucionalmente: são pertencentes aos homens, enquanto titulares de direitos; e representam os “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”.

Como princípios objetivos, os direitos fundamentais estabelecem as bases da ordem jurídica estatal: traçam os objetivos, os lindes e o modo de cumprimento das tarefas estatais. O Estado deve tutelar esses direitos por meio da legislação, inclusive à

¹³⁶ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 23.

¹³⁷ É a dimensão declarativa, que designa a soma de uma série de subprincípios. José Joaquim Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p. 73.

¹³⁸ José CICHOCKI NETO, *Limitações ao Acesso à Justiça*, p. 92.

¹³⁹ Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 225-230, 264-278.

constitucional, e pelos Tribunais. Dessa forma, os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a Jurisdição.

É conveniente que os direitos fundamentais estejam expressos no texto constitucional, inclusive as respectivas limitações. Reportando-se à Lei Fundamental Alemã, Hesse menciona que restrições decorrentes de *status* especial, como o do soldado ou funcionário público, são atualmente mais aceitáveis. Mas uma limitação autônoma determinada pelo Poder Executivo ou Judiciário é inadmissível¹⁴⁰. Da mesma forma, o Poder Legislativo não pode promover a restrição dos direitos fundamentais. É a garantia do conteúdo essencial que os protege contra a “escavação interna”. O legislador deve organizá-los juridicamente; e a Administração e o Judiciário, concretizá-los.

O âmbito de incidência dos direitos fundamentais expandiu-se no momento em que os efeitos de suas disposições deixaram de ser aplicáveis somente à relação entre o indivíduo e o Estado, para atingir o espaço privado, entre os particulares. O Tribunal Federal do Trabalho alemão aceitou essa tese e os direitos fundamentais

¹⁴⁰ Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 247-264.

ampliaram sua vigência para atingir o regramento da vida social¹⁴¹.

Na atualidade, Abrantes¹⁴² consigna uma intensa preocupação nos países desenvolvidos com a extensão da aplicação dos direitos fundamentais no ambiente de trabalho, a “cidadania na empresa”. Neste caso, não estão sendo referidos os direitos fundamentais especificamente laborais, mas os do cidadão, que devem alcançar o trabalhador na empresa. O contrato de trabalho não implica a privação dos direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão. É o direito do cidadão-trabalhador, enquanto trabalhador-cidadão, o estabelecimento de relações democráticas nas relações laborais.

Canotilho e Moreira¹⁴³ chegam à mesma conclusão quando afirmam a incidência dos princípios constitucionais sob uma base antropológica comum: o homem como pessoa, trabalhador e cidadão.

Retornando ao ponto de partida, o direito fundamental que permite o recurso ao Poder Judiciário encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da

¹⁴¹ Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 282-283.

¹⁴² José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 60-62.

¹⁴³ José Joaquim Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p. 74.

Constituição da República. Recebe diversas denominações da doutrina: “princípio da proteção judiciária”¹⁴⁴, “acesso a justiça”¹⁴⁵, “princípio da inarredabilidade ou inafastabilidade do controle judicial ou jurisdicional do ato ilegal, ou eivado de abuso de poder”¹⁴⁶, “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do acesso individual e coletivo à justiça ou ubiqüidade ou indeclinabilidade da Jurisdição”¹⁴⁷.

A aplicação do artigo 5º, inciso XXXV à pessoa jurídica é admitida sem oposição, inclusive ao sindicato. Isto significa que a pessoa jurídica tem o direito fundamental de ingressar com uma ação no Poder Judiciário na defesa de um direito próprio.

Pode-se assegurar que essa questão é pacífica para o Direito Constitucional. No direito português, Miranda e Medeiros¹⁴⁸ entendem que o “direito à protecção jurídica” é compatível com as pessoas coletivas (empresas e associações).

¹⁴⁴ Zaiden GERAIGE NETO, *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, p. 21.

¹⁴⁵ Alexandre Freitas CÂMARA, *O acesso à justiça no Plano dos Direitos Humanos*, p. 2.

¹⁴⁶ José CRETTELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 434

¹⁴⁷ Carlos Henrique Bezerra LEITE, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 67.

¹⁴⁸ Jorge MIRANDA, Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 185-187.

Hesse¹⁴⁹ assinala que, segundo o artigo 19(3) da Lei Fundamental alemã, os direitos fundamentais valem para pessoas jurídicas e até para grupo de pessoas sem personalidade jurídica.

Tradicionalmente, a garantia de acesso ao Poder Judiciário era expressamente restrita aos direitos individuais. Assim prescrevia a Constituição de 1946, artigo 141, § 4º; a Constituição de 1967, artigo 150, § 4º; a redação de 1969, artigo 153, § 4º.

A Constituição de 1988 cancelou a limitação ao “direito individual”¹⁵⁰.

Aplicando o texto constitucional do título do Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, sob o qual o artigo 5º, inciso XXXV encontra-se inserido, Didier Jr. e Zaneti Jr.¹⁵¹ fizeram a seguinte leitura da norma: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo.

Esse movimento em direção à coletivização do processo ocorreu

¹⁴⁹ Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 234.

¹⁵⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v.1, 1989, p. 141.

¹⁵¹ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p.27.

igualmente em Portugal. Miranda e Medeiros¹⁵², ao tratarem do artigo 20 da Constituição Portuguesa, “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”, apontam o aumento da extensão dos direitos protegidos. Em 1989, foram inseridos os “interesses legítimos”; em 1997, essa expressão foi substituída por “interesses legalmente protegidos”. Os autores elucidam que essa alteração, em conexão com o artigo 52, n° 3, “o direito de acção popular”, autorizou a de defesa dos interesses difusos.

No Brasil, o desenvolvimento da acção civil pública permitiu que uma associação defendesse em juízo um interesse difuso. Em outros termos, um indivíduo se torna membro de uma associação, e, por meio dela, pode ter um interesse difuso defendido perante o Poder Judiciário.

O sistema formado pela acção civil pública e pelo Código de Defesa do Consumidor consubstanciou-se na via eleita pelo Poder Legislativo para regular os direitos metaindividuais. Uma vez promulgado, esse regime se torna à concretização do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, em relação

¹⁵² Jorge MIRANDA, Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 185-187.

aos interesses coletivos¹⁵³.

Reconhecendo a constitucionalização da ação civil pública, e a forma especial de defesa de interesses perante o Poder Judiciário como expressão ou concretização do direito fundamental de acesso coletivo ao Poder Judiciário, questiona-se se esse regime jurídico permite a limitação da legitimidade do sindicato na ação civil pública em face dos interesses difusos. Em outras palavras, se o direito fundamental de ter um interesse difuso defendido por meio de uma associação que um cidadão possui é excepcionado pelo regime constitucional dos direitos fundamentais, caso esse cidadão ocupe a posição de trabalhador e a associação seja um sindicato.

A tendência de expansão dos direitos atribuídos ao cidadão para o trabalhador no ambiente de trabalho sugere que este, por meio do sindicato, possa, como qualquer outro cidadão, defender os interesses difusos em juízo.

A prestação jurisdicional dos direitos transindividuais distribuída aos cidadãos e associações deve valer para o sindicato enquanto associação, e para o

¹⁵³ Carlos Henrique Bezerra LEITE, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 68.

José CICHOCKI NETO, *Limitações ao Acesso à Justiça*, p. 130.

trabalhador enquanto cidadão.

Caso exista um sistema de exceção ou limitação ao direito fundamental de acesso coletivo ao Poder Judiciário, é necessário que este regime esteja previsto na própria Constituição.

No artigo 5º não existe esta restrição. Mas é importante analisar dois outros artigos: o artigo 8º, inciso III e o artigo 129, inciso III da Constituição da República.

Conforme questão sinalizada por Nascimento¹⁵⁴, haveria alguma prioridade para a legitimação ativa processual entre o Ministério Público e os sindicatos, de modo que o primeiro defenderia os interesses difusos, restringindo a legitimidade dos segundos. A própria Constituição, em coerência com o regime da legitimidade concorrente e disjuntiva, fornece a resposta. O § 1º do artigo 129 estipula que a legitimidade do Ministério Público “não impede a de terceiros”.

Parte da doutrina sustenta que o artigo 8º, inciso III, da Constituição da República, fundamenta à legitimidade sindical para ação civil pública. É necessário, pois, certificar se essa norma impõe alguma restrição à legitimidade do sindicato para defesa de

¹⁵⁴ Amauri Mascaro NASCIMENTO, *A defesa do direito coletivo em ação civil pública*, p. 9.

interesses difusos na ação civil pública.

Essa norma foi fonte de ampla discussão doutrinária. Fava¹⁵⁵ sintetiza a polêmica em três pontos: se a norma estabelecia hipótese de representação ou substituição processual, a amplitude dos representados a categoria ou os filiados, e se o objeto da demanda seria direitos “individuais em sentido estrito ou individuais heterogêneos”.

Como se pode observar, não estava em pauta a discussão sobre os interesses difusos. Estes somente foram criados em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor. E a postulação da ação civil pública perante a Justiça do Trabalho somente se pacificou com a atribuição dessa competência ao Ministério Público do Trabalho em 1993. É pouco provável que a norma constitucional tivesse em vista a definição que ainda não existia de interesses difusos para impor alguma restrição. Na verdade, a preocupação da norma constitucional era primordialmente de expandir a ação sindical para uma esfera maior que a dos meros associados, e não estabelecer uma restrição a ação sindical nos limites da categoria”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 127-128.

¹⁵⁶ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 211.

A Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, ao organizar legislativamente o acesso dos legitimados ao Poder Judiciário em três grupos de interesses: os difusos, coletivos e individuais homogêneos, em nenhum momento sinalizaram alguma diferenciação na aplicação de suas normas em relação ao sindicato, nem sequer o mencionaram. Aliás, quem fundamenta a legitimidade sindical nessas leis, a autorização conferida ao gênero associação para defender interesses difusos deve alcançar o sindicato, sob pena de não ser esse o fundamento legal da legitimidade do sindicato para demandar a ação civil pública.

A definição legal dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos surgiu para organizar prestação jurisdicional, e não para limitá-la. Por isso, não se presta para interpretar o artigo 8º, inciso III, restringindo a legitimidade do sindicato.

Como conclusão, na ausência de restrições expressas no texto constitucional em relação à legitimidade do sindicato para defender interesse difuso por meio da ação civil pública, é melhor estender ao trabalhador e ao sindicato direitos que estão disponíveis aos cidadãos e às associações.

Essa posição é coerente com a extensão dos direitos fundamentais (não os específicos trabalhistas, mas os gerais) à esfera trabalhista, atribuindo cidadania ao ser humano enquanto trabalhador.

2.5.2. Os interesses coletivos

Os interesses coletivos estão dispostos no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, § único, inciso II. A Lei lhes atribui as seguintes características: transindividualidade, natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

Para esses interesses, a Lei prescreve que o efeito subjetivo da lide é *ultra partes*, ou seja, abrange todos os representados do grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas.

Os componentes do grupo, categoria ou classe são determináveis¹⁵⁷, mas o objeto é indivisível¹⁵⁸. Viana assinala que o interesse coletivo não se divide porque pertence ao grupo, “daí por que se prendem por laços jurídicos”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 29.

¹⁵⁸ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 29.

¹⁵⁹ Márcio Túlio VIANA, *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, p. 182-184.

Para Adamovich¹⁶⁰, o direito coletivo não tem um titular determinado, a não ser “aquele que se organiza na comunhão dos diversos interessados a partir da relação jurídica de base que lhes propicia nascimento”. Se os grupos ou entidades não forem personificados, seria uma apresentação, mas com a personalidade jurídica, torna-se representação, já que seria um terceiro em relação aos grupos.

São traços comuns entre os interesses difusos e coletivos “a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto”¹⁶¹. Grinover¹⁶² faz a seguinte comparação: “se houvesse litisconsórcio entre os membros, se trataria de litisconsórcio unitário”.

Distinguem-se os interesses difusos dos coletivos pela existência do vínculo jurídico que liga os membros do grupo entre si ou à parte contrária nos coletivos,

¹⁶⁰ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 250-251.

¹⁶¹ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 20.
Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 121.

¹⁶² Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 20.

enquanto que nos interesses difusos somente se manifesta vínculo fático¹⁶³. No interesse difuso os sujeitos são indeterminados, enquanto que no coletivo, os indivíduos são determinados ou determináveis¹⁶⁴.

A dispersão dos interesses coletivos é inferior em relação aos interesses difusos.

O interesse coletivo discutido em juízo visa atacar diretamente o aspecto jurídico. Nos interesses difusos e individuais homogêneos, a questão discutida é fática.

Mas é importante ressaltar que nas ações, em geral, discutem-se mais de um interesse¹⁶⁵

A doutrina não cria maiores obstáculos em relação à legitimidade do sindicato em relação aos interesses coletivos¹⁶⁶

Rocha¹⁶⁷ afirma que o interesse coletivo “não é o interesse dos associados (soma) nem tampouco o interesse pessoal do sindicato”, mas a síntese, “o

¹⁶³ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 20.

¹⁶⁴ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 121.

¹⁶⁵ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 54-56.

¹⁶⁶ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 161.

¹⁶⁷ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 51.

interesse da profissão ou categoria *abstratamente considerada* – razão de ser do sindicato enquanto corpo intermediário”.

Adamovich¹⁶⁸ considera complexa a relação entre direito coletivo e direito público, especialmente porque a estrutura sindical é “bastante atrelada ao Poder Público” causando muitas vezes a confusão entre interesse coletivo e interesse público.

O corporativismo “enrijeceu a tutela dos interesses coletivos dos trabalhadores mantendo-a exclusivamente em mãos do Estado e dos sindicatos”¹⁶⁹.

Para Santos¹⁷⁰, o liame jurídico representa um mínimo de organização nos interesses coletivos.

Teixeira Filho¹⁷¹ considera o interesse de maior afinidade com o Direito do Trabalho por causa da “relação jurídica-base” que há entre os trabalhadores e a

¹⁶⁸ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 119.

¹⁶⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 123.

¹⁷⁰ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 76-77.

¹⁷¹ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1407.

empresa. Como exemplo de interesse coletivo trabalhista, Teixeira Filho¹⁷² menciona: “a sonegação pelo empregador dos depósitos para o FGTS” e no “direito a um ambiente de trabalho salubre para todos os empregados”.

2.5.3. Os interesses individuais homogêneos

Os interesses individuais homogêneos estão definidos no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, § único, inciso III. O único requisito constante da lei é a origem comum.

Rocha¹⁷³ assinala a tautológica da definição legal, porque “os radicais grego e latino (*genos* e *homos*) que compõem o termo *homogêneo*” significam origem comum.

A lei estipula a coisa julgada com efeito *erga omnes* para os direitos individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido. Por *erga omnes*, deve-se entender que é para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores do ato danoso.

Os direitos individuais homogêneos são tratados convenientemente de

¹⁷² Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1407.

¹⁷³ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 60.

forma coletiva, que são aqueles direitos decorrentes de origem comum, muitas vezes de natureza indenizatória.

Para Grinover¹⁷⁴, os interesses individuais homogêneos são “conduzidos coletivamente por força da origem comum, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza...se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio comum e facultativo”.

No mesmo sentido, Adamovich¹⁷⁵ considera essa categoria de interesses mais concreta quando em comparação com as demais. São “passíveis de satisfação individual, malgrado tratados coletivamente”.

Os interesses individuais homogêneos diferenciam-se dos difusos pela divisibilidade do objeto e pela possibilidade de identificação dos titulares¹⁷⁶.

Quanto à distinção entre interesses coletivos e os direitos individuais

¹⁷⁴ Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 20.

¹⁷⁵ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 116, 123..

¹⁷⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 40.

Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 31.

homogêneos, Fava¹⁷⁷ assenta a “diferença na ausência, para os interesses individuais homogêneos, de relação jurídica básica precedente ao fato-origem da aproximação. Até sua ocorrência — e isso pode permanecer inalterado depois — nenhum vínculo ou liame estaria estabelecido entre os titulares de interesses homogêneos comuns”.

Os direitos individuais homogêneos passaram a ser tutelados pela ação civil pública por força da simbiose existente entre a Lei da Ação Civil Pública, artigo 21 e o Código de Defesa do Consumidor, artigo 90¹⁷⁸.

Como a definição legal é muito sucinta, a doutrina procura fornecer novos elementos que permitam uma maior operatividade ao sistema.

Rocha¹⁷⁹, em analogia à *class action* norte-americana, sugere que a homogeneidade da questão dependa da prevalência das questões comuns sobre as individuais.

No mesmo sentido, Nascimento¹⁸⁰ assinala que as diferentes situações

¹⁷⁷ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 41.

¹⁷⁸ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 48.

¹⁷⁹ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 60-62.

¹⁸⁰ Amauri Mascaro NASCIMENTO, *A defesa do direito coletivo em ação civil pública*, p. 8.

em que se encontram os empregados em variadas empresas, ou mesmo sob o mesmo empregador obstam a configuração da homogeneidade. Não há justificativa processual para transferência da matéria de conhecimento para a execução.

Na verdade, a questão apresentada por Nascimento funda-se na mesma ressalva feita por Rocha¹⁸¹, de que homogeneidade e origem comum não estão necessariamente correlacionados. A origem comum pode resultar em situações heterogêneas, assim como situações homogêneas têm a possibilidade de surgir de fatos diversos.

Os direitos individuais homogêneos não são novidade para o Direito do Trabalho. Ora são tratados como direito coletivo¹⁸² ora como individuais plúrimos.

Para Santos¹⁸³, eles se diferenciam dos direitos individuais plúrimos pela relevância social, pelos indícios de que a lesão afeta um grande número de pessoas e pela potencialidade de propagação; já que os direitos individuais plúrimos são mais

¹⁸¹ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 60-62.

¹⁸² Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 262.

¹⁸³ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 93-96.

circunscritos.

Contudo, na definição da lei, nada impede que os direitos individuais plúrimos sejam considerados espécie do gênero interesses individuais homogêneos. O critério do artigo 842 da CLT, consistente na identidade de matéria dispersa entre os empregados da mesma empresa ou estabelecimento é mais restritivo que a origem comum do Código de Defesa do Consumidor.

Santos¹⁸⁴ observa que a diferença da ação de cumprimento do artigo 872 da CLT e da ação coletiva de defesa dos direitos individuais homogêneos situa-se exclusivamente na fonte normativa que fundamenta o pedido. Na primeira hipótese, são as normas coletivas: “acordos, sentenças e convenções coletivas”. Na segunda, os direitos podem estar “previstos em qualquer dispositivo legal ou normativo”.

2.5.4. Critérios para a identificação do interesse concretamente disposto na ação

Não obstante a aparente clareza da lei, a aplicação das hipóteses previstas de interesses geraram dificuldades de ordem prática, porque um mesmo fato pode

¹⁸⁴ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 410.

subsumir-se às diversas hipóteses de interesses. Variados critérios foram propostos para auxiliar na identificação do interesse.

Pelo critério processual, os elementos distintivos do interesse estariam definidos no pedido e na causa de pedir do processo. Nery frisa “o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo por exemplo que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*. Ou seja, o *tipo de pretensão que se deduz em juízo*. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual”¹⁸⁵.

A crítica que se faz é que não haveria distinção nas hipóteses de direitos coletivos fora do processo. Dessa forma, em vez de interesse coletivo, haveria pretensão coletiva¹⁸⁶.

Segundo o critério material, os elementos constitutivos de cada interesse

¹⁸⁵ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 159-160.

¹⁸⁶ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 66-68.

seriam extraídos do plano fático. Mas se a questão processual consistir na presença da relação jurídica básica ou da mera circunstância fática, o critério material torna-se impraticável. Por essa razão, Rocha sugere uma posição intermediária com a fusão das duas correntes¹⁸⁷.

A identificação dos interesses é relevante para a organização do processo, já que deles dependem a definição de procedimento e os efeitos da coisa julgada. Entretanto, a presença de um interesse não exclui necessariamente a do outro¹⁸⁸. As classes de interesses do Código de Defesa do Consumidor têm pontos de contatos, como demonstra o modelo ilustrativo de Teixeira Filho¹⁸⁹, que equipara os interesses a “autênticos círculos concêntricos”. O de maior amplitude representa os interesses difusos; o intermediário, os coletivos; e o anel interior, os individuais homogêneos.

Dessa forma, se um fato resultar em simultâneas violações de interesses

¹⁸⁷ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 66-68.

¹⁸⁸ Nery aponta a mesma dificuldade no mandado de segurança, no qual ora se restringe seu uso apenas a interesses coletivos, ora a difusos. Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 161

¹⁸⁹ Arnaldo SÜSSEKIND, Délio MARANHÃO, Segadas VIANNA, Lima TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 1405.

diversos¹⁹⁰, os difusos, coletivos e individuais homogêneos, o processo somente será pleno se abordar todos os diferentes interesses envolvidos.

2.5.5. A importância dos interesses para o sindicato

O sindicalismo encontra-se em crise. Um dos sinais visíveis é a diminuição dos números de filiados¹⁹¹.

Negt¹⁹² atribuiu um duplo significado à crise. Sob um aspecto, ela expressa separação, ajustes no relacionamento, organização. Ele comparou ao conceito de “anomia”, de Emile Durkheim, pelo qual os valores passados não permanecem mais válidos, e os novos não chegaram plenamente.

Sob outro ângulo, crise representa momento de decisão. Para tanto, os desejos humanos devem ser levados em consideração. Manifesta-se o enfraquecimento da antiga lealdade a instituições que não oferecem respostas a essas necessidades, enquanto se procura uma nova base de sustentação de apoio e satisfação.

Essa dupla acepção de crise aplica-se ao sistema brasileiro. O

¹⁹⁰ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 159-160.

¹⁹¹ Oskar NEGTE, *Wozu noch Gewerkschaften?*, p. 7.

¹⁹² Oskar NEGTE, *Wozu noch Gewerkschaften?*, p. 19-22.

sindicalismo se encontra em um ponto no tempo onde os valores corporativistas não estão mais vigentes, embora a organização sindical não tenha conseguido se libertar por completo desse antigo modelo. Assim, os novos valores encontram-se ainda em fase de maturação.

Em relação ao segundo significado de crise, as novas necessidades humanas, muitas vezes designadas “novos direitos”, como a proteção à criança e ao adolescente, às mulheres, aos idosos, às minorias, aos deficientes, a portadores de doenças, como o HIV, e às vítimas de trabalho escravo, entre outros, repercutem no Direito do Trabalho¹⁹³.

Nota-se a presença desses novos direitos nos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos protegidos pela ação civil pública.

O engajamento sindical em relação a esses direitos pode constituir-se em uma alternativa para a redefinição de um novo modelo sindical mais atento à diversidade de problemas que têm afetado o ambiente de trabalho.

¹⁹³ Ari Possidonio BELTRAN, *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 270-318.

Essa experiência ocorreu na Inglaterra¹⁹⁴, onde o *Trade Union Congress* (TUC) procurou agregar as preocupações dos jovens, mulheres e negros, como forma de desenvolvimento de um novo modelo de sindicalismo compatível com as necessidades atuais.

2.6. As restrições aos interesses

A limitação à tutela coletiva de interesses coletivos é uma questão polêmica.

A Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, acrescentou o parágrafo único no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, vedando a veiculação de pretensões na respectiva ação que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

A doutrina ressalta a inconstitucionalidade¹⁹⁵ pela ausência dos requisitos

¹⁹⁴ Peter FAIRBROTHER, Paul STEWART, *The Dilemmas of Social Partnership and Union Organization: questions for British Trade Unions*, p. 158-179, 2001.

Peter FAIRBROTHER, Charlotte A. B. YATES, *Unions in Crisis, Unions in Renewal?*, p. 1-31, 2001.

¹⁹⁵ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 47.

de relevância e urgência que justifiquem a alteração da legislação processual por meio de medidas provisórias¹⁹⁶.

Freire Júnior¹⁹⁷ entende que esse parágrafo fere o princípio da proporcionalidade, o acesso a justiça e contribui para a veiculação de demandas repetidas perante o Poder Judiciário.

Almeida¹⁹⁸ denomina o conteúdo constitucional da ação civil pública, extraído da conjunção do artigo 129, inciso III com o artigo 5º, XXXV da Constituição da República, de “Princípio da não-taxatividade da ação civil pública”. Por meio dele, o objeto da ação civil pública não pode ser restringida pela lei.

Com base nesse princípio, Almeida¹⁹⁹ qualifica de “flagrantemente inconstitucional” o parágrafo único do artigo 1º, da Lei 7.347/1985:

Em relação ao FGTS, os artigos 25 e 26, da Lei nº 8.036/80, autorizam a

¹⁹⁶ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 102-103.

¹⁹⁷ Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 69.

¹⁹⁸ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 340.

¹⁹⁹ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 340.

tutela judicial coletiva do FGTS.

No conflito entre a Lei do FGTS e a da Ação Civil Pública, adota-se o critério de que a lei especial do FGTS prevalece sobre a norma geral da Ação Civil Pública²⁰⁰.

Santos²⁰¹ assinala, ainda, que o FGTS é um direito fundamental previsto em norma constitucional, o que garante sua proteção jurídica pelo Ministério Público.

As normas que autorizam a tutela da ação civil pública para a defesa do FGTS situam-se na Constituição, nos artigos 127 e 129, incisos II e III; e na Lei Complementar 75/1993, artigos 6º e 83, III e 84, II.

Pelo critério da hierarquia, tanto a Constituição, quanto a Lei Complementar 75/1993 são superiores e prevalecem em relação à Lei da Ação Civil Pública.

As milhares de ações do FGTS²⁰² demonstram o quão prejudicial é a

²⁰⁰ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 345-346.

²⁰¹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 345-346.

²⁰² Rodolfo de Camargo MANCUSO, *A concorrência de ações coletivas sobre um mesmo thema decidendum*, p. 478.

restrição à proteção do FGTS por meio da ação civil pública.

Portanto, a doutrina majoritária opõe-se às restrições dispostas por meio do § único, do artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública.

3. A LEGITIMIDADE PROCESSUAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1. A legitimidade como relação de pertinência

A legitimidade processual individual, ou *ad causam*, é um atributo que qualifica alguém a ocupar uma das posições de parte, autor ou réu, em uma demanda judicial.

O conteúdo desse atributo é a situação que justifica a legitimação. Como regra geral, a situação legitimante envolve a relação de pertinência, de titularidade da relação jurídica controvertida.

Guedes²⁰³ define como situação legitimante a “existência, em abstrato, de uma conexão entre sujeitos processuais e o direito material pretendido em juízo”. Por essa razão, somente excepcionalmente se permite a legitimação extraordinária, ou seja, que alguém, em nome próprio, defenda direito de outra pessoa.

Adamovich²⁰⁴ descreve a legitimidade *ad causam* como “a relação

²⁰³ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 109-110.

²⁰⁴ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 209.

subjetiva que há entre o direito ou interesse pretendido e o sujeito que o pretende, ou, ainda, a pertinência subjetiva das figuras de autor e réu em face da situação litigiosa desenhada e da providência que se quer para a sua composição”.

Santos a define como “aptidão da pessoa para figurar como parte em determinada lide processual”²⁰⁵.

Para Spalding²⁰⁶ a legitimidade, "como regra geral", é "uma qualidade da qual a parte goza em decorrência de um pretense direito do qual alega ser titular". A “presença ou ausência da legitimidade de parte deverá ser apreciada de acordo com a situação concreta trazida a juízo”, "não são legitimados apenas os titulares da relação jurídica de direito material, mas sim os titulares da relação jurídica afirmada em juízo" que é aferida no começo do processo, quando se expressa a pretensão e a oposição. A análise da efetiva titularidade envolve o mérito²⁰⁷.

Para Silva²⁰⁸, a legitimidade de agir, com base em Liebman, consiste na

²⁰⁵ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 245.

²⁰⁶ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 45-46.

²⁰⁷ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 246.

²⁰⁸ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 117.

atribuição da titularidade, da pertinência subjetiva ao interesse de agir. Na legitimação ordinária ativa, encontra-se o titular do interesse objeto da pretensão. No outro pólo, na legitimação ordinária passiva situa-se o titular que se opõe à pretensão.

Segundo Rocha²⁰⁹, a situação legitimante é “a afirmação da titularidade da relação jurídica controvertida”.

Entretanto, a relação de pertinência não é a única hipótese de situação legitimante. Há outras que habilitam a propositura de ação. Apenas para ilustrar, a atuação do Ministério Público é justificada não pela relação de pertinência da relação jurídica controvertida posta em juízo, mas pela teoria do cargo²¹⁰.

Há casos, como o do processo coletivo, que não é simples encontrar uma regra de situação legitimante.

3.2. A legitimidade como condição da ação

Silva²¹¹ descreve o direito de ação como “direito público subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental...É de natureza pública, porque desencadeia uma função

²⁰⁹ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 109.

²¹⁰ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 110-111.

²¹¹ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 110.

pública do Estado, a jurisdição, como manifestação de seu poder soberano. É autônomo, porque não se vincula ao pretense direito subjetivo material de que se alega ser titular o autor. É abstrato, nas palavras de Micheli, porque ‘o exercício da ação não fica vinculado ao resultado do processo’. E é, finalmente, instrumental, porque sua finalidade consiste apenas em possibilitar o julgamento de uma pretensão de direito substancial”.

O ordenamento jurídico separa o processo em três “categorias fundamentais”: pressupostos processuais, condições da ação e mérito²¹².

A legitimidade da ação é descrita no ordenamento jurídico brasileiro como uma das condições da ação²¹³, juntamente com a possibilidade jurídica e o interesse de agir²¹⁴.

Silva²¹⁵ explica que “as condições da ação podem ser conceituadas como os requisitos previamente estabelecidos em lei e que devem ser preenchidos para que

²¹² Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 244

²¹³ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 245.

²¹⁴ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 208.

²¹⁵ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 110.

se chegue a uma decisão de mérito”.

A noção de legitimidade pode variar conforme a teoria de ação que se adote. A teoria concreta dispõe que só detém o direito de ação quem for o titular do interesse material. Nesse caso, a legitimidade ativa de direito material equivale à de direito processual.

A teoria abstrata de ação, como direito de “provocar a jurisdição”²¹⁶, torna a legitimidade processual independente da de direito material.

A teoria eclética atribui às condições de ação o papel de requisitos para a obtenção de sentença de mérito.

Na CLT não existe nenhuma menção às condições da ação. Adamovich justifica esse fato pela antiguidade da CLT, elaborada em momento que a doutrina não tinha desenvolvido plenamente a teoria das condições da ação, e pelos “propósitos de simplificação das atividades postulatória e decisória no processo do trabalho”. Não obstante, encontram aplicação no processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT²¹⁷.

²¹⁶ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 72.

²¹⁷ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 212.

A legitimidade *ad causam* diferencia-se da capacidade de ser parte ou legitimidade *ad processum*. A capacidade de estar em juízo ou capacidade processual é a aptidão de “instaurar um processo”²¹⁸, é um conceito intransitivo²¹⁹, o sujeito detém ou não em si essa qualidade, a qual consiste na possibilidade de “ser sujeitos de direitos e obrigações, regulada pelo Direito Civil”²²⁰. A legitimidade *ad causam* depende do complemento, do caso concreto discutido no Poder Judiciário. O proponente da ação é avaliado em face de uma pretensão concreta que está sendo discutida no processo.

A legitimidade *ad processum* é pressuposto processual, como requisito “para formação e validade da relação jurídica processual”. Significa que o sujeito tem aptidão para agir no processo²²¹.

A legitimidade *ad causam* não se confunde com a capacidade postulatória, que é o poder de manifestação no processo atribuído aos advogados²²².

²¹⁸ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p.48.

²¹⁹ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 93-94.

²²⁰ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 47.

²²¹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 244

²²² Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 51.

3.3. Classificação da legitimidade

Com base na “pertinência subjetiva da (afirmada) titularidade da relação material controversa”²²³, a legitimidade *ad causam* será ordinária, se o demandante defender pretensão própria, isto é, o titular da relação material controvertida coincide com o ocupante da posição processual; ou extraordinária, caso a parte tutele direito alheio²²⁴.

A legitimidade extraordinária será autônoma, se a presença do legitimado ordinário no processo for dispensável; ou subordinada, caso seja necessário. A legitimidade autônoma, por sua vez, pode ser concorrente ou exclusiva, se esta suprimir a legitimação ordinária²²⁵.

Rocha²²⁶ assinala que embora a substituição processual se constitua em caso de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, é comum sua equiparação à legitimidade extraordinária.

²²³ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 112.

²²⁴ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 57.

²²⁵ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 112.

Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 248-249.

²²⁶ Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 113.

3.4. Fundamentação da legitimidade na ação civil pública

A legitimidade *ad causam*, como condição da ação, foi desenvolvida tendo em vista os direitos individuais²²⁷. Sua transposição para o processo coletivo desperta divergências.

Almeida²²⁸ observa que a utilização dos institutos tradicionais do direito processual individual apenas resultou em barreira à tutela dos direitos transindividuais, dada a incompatibilidade entre os dois sistemas.

Adamovich²²⁹ entende que a utilização de categorias do processo individual para explicar o processo coletivo não é o mais adequado. É melhor a utilização de conceitos próprios do processo coletivo.

Nery Junior assinala que a regra do artigo 6º do Código de Processo Civil, que trata da legitimidade extraordinária, “não é idônea para solucionar o problema

²²⁷ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 110.

²²⁸ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p.138.

²²⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 213.

da legitimação para a causa na tutela dos direitos transindividuais”²³⁰

Guedes²³¹ entende que a dificuldade em identificar os titulares do direito coletivo e a indivisibilidade do objeto demonstram a “inoperância do processo civil tradicional” para a tutela dos direitos coletivos.

A questão é que a regra geral do processo individual, a legitimação ordinária decorrente da pertinência da relação material subjetiva não é válida para o processo coletivo²³².

O legitimado coletivo deve ser capaz de superar o obstáculo da “carência organizacional” dos interesses coletivos e ser capaz de litigar em condições de igualdade contra quem viola essa categoria de direito²³³.

²³⁰ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 155.

²³¹ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 111.

²³² Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Ação Popular*, p. 26.

²³³ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 111-112.

Adamovich²³⁴ fundamenta a legitimação para agir na teoria do interesse que intitula a representação. Para os coletivos ou individuais homogêneos, a teoria “identifica o interesse do grupo com o do autor”, a exemplo das *class actions* do direito americano.

Spalding²³⁵ apresenta duas concepções de relações jurídicas, a tradicional ou clássica, que se baseia na relação jurídica entre o sujeito ativo e o passivo; e a normativista, com base em Kelsen, para quem as relações jurídicas são estabelecidas por normas. Para explicar a legitimidade nas ações coletivas, ela entende que a concepção normativista é superior porque o legitimado não é o sujeito da relação jurídica de direito material.

Almeida²³⁶ entende igualmente que “a legitimidade no *direito processual coletivo* brasileiro é conferida expressamente pela própria lei (*ope legis*)”.

²³⁴ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 214.

²³⁵ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 35-41.

²³⁶ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 350.

Em relação aos direitos difusos, Adamovich²³⁷ assenta a legitimidade da parte na teoria objetivista ou institucional. Os interesses difusos não dispõem de um titular específico. Sendo dispersos entre todas as pessoas, apresentam ampla conflituosidade interna. Nesse caso, seu fundamento seria a “necessidade de realização efetiva da ordem jurídica”.

A legitimação coletiva configura, ainda, a concretização dos princípios constitucionais fundamentais: princípio democrático e republicano, pois permite o acesso das coletividades a justiça. A legitimação dos “corpos intermediários” constitui “autênticos veículos de participação democrática a servir de ponte entre o cidadão e o Poder Judiciário”. É, igualmente, um mecanismo de efetivação dos princípios constitucionais processuais, como o do “acesso à justiça, o devido processo legal, a isonomia processual, o contraditório, a celeridade e a economia processual”²³⁸

²³⁷ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 228.

²³⁸ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p.115-123,132.

3.5. Natureza jurídica

Freire Júnior²³⁹ sintetiza em três posições doutrinárias “a natureza jurídica da legitimidade para o processo civil coletivo, a saber: a) os defensores de que a legitimidade sempre seria extraordinária; b) os que sustentam uma legitimidade ordinária e c) aqueles que afirmam estarmos diante de uma legitimação autônoma para a condução do processo”.

3.5.1. Legitimidade extraordinária

Os que entendem ser a legitimidade coletiva de natureza extraordinária²⁴⁰, baseiam-se nos critérios do artigo 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual, a legitimação para pleitear direito alheio em nome próprio deve estar na lei²⁴¹.

Grinover considera a legitimação extraordinária somente nas circunstâncias em que as associações agissem no interesse “de alguns de seus filiados,

²³⁹ Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 67.

²⁴⁰ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 49.

²⁴¹ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 146-147.

membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais”²⁴².

Há uma tendência em considerar a legitimação extraordinária apenas em relação aos interesses individuais homogêneos ou coletivos em face da possibilidade de identificação do autor da ação e do terceiro cujo interesse é defendido²⁴³.

Para Alvim²⁴⁴, em relação aos interesses individuais homogêneos, é possível aproximá-los da substituição processual, mas mesmo assim, trata-se de um regime específico, no qual os substituídos permanecem com a possibilidade de propositura de ações individuais.

Para Mazzilli²⁴⁵, a legitimidade será sempre extraordinária ou anômala, mesmo em relação aos interesses difusos. Ele não considera ordinária, porque a coisa julgada não se formará apenas com o legitimado. Pela mesma razão, ele não concorda que seja uma legitimação autônoma, só porque nos difusos não é possível identificar o titular.

²⁴² Ada Pellegrini GRINOVER, *Mandado de segurança coletivo*, p. 99-100.

²⁴³ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 131.

²⁴⁴ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 51.

²⁴⁵ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 21-24, 61-62.

A lei não exige que o substituído seja uma pessoa certa.

Parte da doutrina especifica a legitimação extraordinária na modalidade substituição processual²⁴⁶.

Mas a doutrina tende a criticar a aplicação de um critério válido para o procedimento individual no processo coletivo²⁴⁷. Como diz Fava²⁴⁸, “da ótica do processo coletivo, a legitimação ativa para a proteção dos interesses transindividuais mostra-se, ordinariamente, extraordinária”, ou seja, é exatamente o oposto da excepcionalidade do artigo 6º do Código de Processo Civil.

Adamovich²⁴⁹ não se simpatiza com a utilização de conceitos de processo individual para classificar a legitimidade do processo coletivo. Assim, a legitimidade do sindicato na ação civil pública como legitimação extraordinária ou

²⁴⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 145.

Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 156.

²⁴⁷ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 56, 61.

Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 128-130.

²⁴⁸ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 121.

²⁴⁹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVIKCH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 249.

substituição processual até poderia ser feita, desde que mantivesse a coerência de englobar toda a teoria do processo sob uma ótica do processo individual. Mesmo assim, ele assinala que o sindicato “não é titular dos interesses coletivos que defende, devendo fazê-lo atento aos interesses da categoria e não aos seus próprios”²⁵⁰.

3.5.1.1. Substituição processual e representação

A legitimidade extraordinária relaciona-se diretamente com a questão da substituição processual.

Fava²⁵¹ conceitua a substituição processual “como a faculdade, extraordinária no sistema clássico, de alguém vir a Juízo, em nome próprio, na defesa dos interesses de outrem”.

Segundo Adamovich “a substituição consiste em estar em juízo em nome próprio para a defesa de um direito alheio. O substituto é parte...a substituição não transfere para o substituto a prática de todos os atos da parte, podendo restar alguns

²⁵⁰ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 252-253.

²⁵¹ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 121.

próprios desta última”²⁵².

Com base em Chivenda, Gunther²⁵³ define que a substituição processual é “o fenômeno pelo qual a legitimação para a causa não coincide com a titularidade do direito material discutido”.

Para Santos, a substituição processual designa “as hipóteses em que as entidades sindicais atuam em juízo em nome próprio na tutela de interesses dos trabalhadores”²⁵⁴

Belfort dispõe que a substituição processual permite que tanto o substituto quanto o substituído ingresse com a ação, como nas hipóteses dos artigos 195, § 2º e 872, parágrafo único, da CLT. Por essa razão, ele a chama de ‘imprópria ou *sui generis*’²⁵⁵.

Gunther²⁵⁶ registra uma preocupação da doutrina em evitar a

²⁵² Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 259.

²⁵³ Luiz Eduardo GUNTHER, *O fio de Ariadne do sindicato: a substituição trabalhista*, p. 516

²⁵⁴ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 251.

²⁵⁵ Fernando José Cunha BELFORT, *Substituição processual e sindicato no direito do trabalho*, p. 45-46.

²⁵⁶ Luiz Eduardo GUNTHER, *O fio de Ariadne do sindicato: a substituição trabalhista*, p. 513-527.

“substituição processual ampla e irrestrita” do sindicato, seja extraída do artigo 8º, III, da Constituição da República, ou da Lei 8.073/1990, artigo 3º. Com o cancelamento da Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que “recebemos a nossa liberdade, mas não sabemos como usá-la”.

Em relação à limitação dos substituídos, o Art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, prescreve: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

Grinover considera essa norma incompatível com o sistema dos interesses transindividuais. Os titulares dos interesses difusos são “por definição, indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, não havendo como saber onde estão domiciliados”. Quanto aos interesses coletivos e individuais homogêneos, a competência do órgão prolator pode se estender em âmbito regional ou nacional

conforme artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor²⁵⁷.

A representação diferencia-se da substituição processual²⁵⁸. Nesta, o autor atua em nome próprio no interesse alheio²⁵⁹. Naquela, o representante atua em nome de um terceiro, o representado, que é parte tanto na relação jurídica processual quanto na relação jurídica material.

A hipótese do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição da República, é de representação. Por meio dela, a associação representa seus membros. Para tanto, exige-se autorização e a coisa julgada apenas abrange os representados. Na ação civil pública, ocorre a substituição processual, na qual o “autor age como *substituto* processual da categoria ou classe, em nome próprio, mas defendendo direitos alheios”²⁶⁰

A relação jurídica entre a categoria e o sindicato, em que os atos de

²⁵⁷ Ada Pellegrini GRINOVER, *A ação civil pública no STJ*, p.38.

²⁵⁸ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 146.

Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 162, nota 41, “REsp. 487.202-RJ”.

²⁵⁹ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 130-122.

²⁶⁰ Ada Pellegrini GRINOVER, *Ação civil pública e ação em que a entidade associativa representa seus filiados. Defesa coletiva e individual. Incongruência lógica entre a narração dos fatos e a conclusão. Pedido juridicamente impossível. Ilegitimidade ativa. Inversão do ônus da prova*, p. 361.

disposição necessitem do consentimento dos substituídos como requisito de validade faz com que Adamovich questione os limites entre a substituição processual e a representação²⁶¹.

Adamovich assinala que a substituição processual é própria do direito individual; enquanto que a representação, do direito coletivo. A representação própria do Direito Coletivo do Trabalho para a defesa dos interesses coletivos e difusos do trabalhadores seria a mesma que justificaria a hipótese para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Os sindicatos não necessitam de autorização para dispor desses direitos, em sua parcela disponível.

3.5.2. Legitimidade ordinária

Em contraponto com a tese da legitimação extraordinária, parte da doutrina tirou o enfoque da pertinência individual do interesse, e passou a fundamentá-la nos interesses institucionais, aqueles que constam do instrumento constitutivo da associação²⁶².

²⁶¹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 259-261.

²⁶² Ada Pellegrini GRINOVER, *Mandado de segurança coletivo*, p. 99-100.

Adamovich²⁶³ considera a natureza da legitimidade do sindicato para ingressar com a ação civil pública como ordinária: “É do estudo do papel que o sindicato mais amplamente desempenha no terreno material que se pode firmar posição adequada e explicar tal legitimação como ordinária”. Com base em Gidi, ele reitera que o extraordinário somente pode existir com relação ao que é ordinário. No processo coletivo, a legitimidade do sindicato apresenta-se como ordinária, e não, como exceção.

Para os que adotam esta teoria, a legitimidade da associação e do sindicato é ordinária, não porque sejam detentores dos direitos protegidos, mas por ter como objetivo institucional a proteção desses interesses, ainda que eventualmente pertençam exclusivamente a terceiros.

Cumprir registrar a crítica que Mazzilli faz a essa teoria. Ele não considera que a classificação da legitimação da ação civil pública como ordinária seja suficiente. O legitimado defende mais do que seu próprio interesse institucional nessa ação,

Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 53.

²⁶³ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 249, 272.

defende direitos de terceiros²⁶⁴.

3.5.3. Legitimidade autônoma

Para Nery Junior, a legitimação autônoma para a condução do processo, *selbständige Prozeßführungsbefugnis* do direito alemão, teria a vantagem de explicar a legitimação para a causa sem recorrer à titularidade do direito material²⁶⁵.

Segundo esta teoria, a legitimidade autônoma é independente da relação de pertinência, de titularidade do interesse discutido no processo.

A doutrina vê essa teoria como uma forma de superação da discussão sobre a legitimidade ordinária ou extraordinária, especialmente para os interesses difusos e coletivos em sentido estrito²⁶⁶.

A importância que a legitimação autônoma conquistou no Brasil

²⁶⁴ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 63.

²⁶⁵ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 156.

²⁶⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 143-145.

Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 154-156.

Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 58.

Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 128-130.

Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 308.

justifica algumas palavras sobre o processo coletivo na Alemanha.

Burkhard Hess²⁶⁷ afirma que desde a década de setenta, tem sido discutida a questão do acesso coletivo, especialmente dos consumidores, ao Poder Judiciário. A partir de 2000, houve a implementação da Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. A partir de então, tornou-se possível o ingresso das associações com ações objetivando obrigações de fazer ou não fazer. Mas não era possível a propositura de ações indenizatórias, o que somente foi permitido com recentes reformas legislativas na *Rechtsberatungsgesetz*.

A Alemanha tinha uma visão negativa da *class action* norte-americana, pois o contato com essas ações ocorria, pelas empresas alemãs, na condição de réis; e a Alemanha foi ré na *human rights class action*, espécie de ação coletiva em que se tutela direitos humanos, em relação às vítimas do holocausto. Nesta espécie de *class action*, o vínculo entre os membros da classe não era de natureza econômica, mas de religião, raça,

²⁶⁷ Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p. 144-149.

preferência sexual e necessidades especiais²⁶⁸.

A situação alterou-se quando os próprios alemães começaram a fazer uso da *class actions* nos Estados Unidos em face de empresas alemãs discutindo valores mobiliários. Então surgiu a necessidade de permitir com que essas ações ocorressem na própria Alemanha. A situação ficou crítica quando quatorze mil pessoas entraram com duas mil e duzentas ações contra uma empresa, e o juiz de primeira instância declarou que levaria quinze anos para julgar todas ações se não fosse alterado o procedimento. Surgiu, então em 01 de Novembro de 2005 a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG*, Lei de Procedimento Modelo para Investidor de Capital. Quando esse procedimento é utilizado, um registro público especializado notifica os possíveis autores. Se surgirem mais nove interessados na demanda, o juiz resolve as questões comuns. Contudo, os interessados devem entrar com as respectivas ações após o encerramento do processo padrão, que caso-a-caso, o juiz aplicará a solução de acordo com as peculiaridades²⁶⁹.

²⁶⁸ Paul R. DUBINSKY, *Justice for the Collective: The Limits of the Human Rights Class Action*, p. 1158-1159.

²⁶⁹ Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p. 144-149.

Em relação ao Direito do Trabalho, Adamovich²⁷⁰ registra que os sindicatos detêm competência para propor as ações associativas, para discutirem questões referentes aos contratos coletivos, conforme as leis alemãs *Arbeitsgerichtsgesetz* e *Tarifvertragsgesetz*. Contudo, as discussões restringem-se à interpretação dos contratos coletivos ou seus efeitos, vinculando apenas as partes contratantes. A jurisprudência nega, no entanto, que os sindicatos possam ter uma autorização para litigarem como substitutos processuais das partes.

Kocher²⁷¹ apresenta a existência da *Verbandsklage* no direito alemão, uma espécie de ação coletiva destinada “à defesa de interesses difusos, não organizados”, prevista na *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, traduzida pela autora como “Lei de Regulamentação das Cláusulas Contratuais Gerais”, hoje incorporada no Código Civil Alemão, nos parágrafos 305 a 310, e na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*”, Lei contra a Concorrência Desleal. Essa ação tem natureza inibitória, portanto não se propõe a buscar indenização por “danos

²⁷⁰ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 91 a 93.

²⁷¹ Eva KOCHER, *A ação civil pública e a substituição processual na Justiça do Trabalho*, p. 80-81.

individualmente sofridos nem outros direitos individuais”. A *Verbandsklage* em substituição processual aproximou-se da categoria de direitos coletivos em sentido estrito do direito brasileiro. Contudo, no Direito do Trabalho, os sindicatos não tiveram esse poder reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho Alemão (*Bundesarbeitsgericht*).

Esse foi o contexto sobre o qual a legitimação autônoma para o processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*) se desenvolveu.

Rocha²⁷² critica a legitimação autônoma para condução do processo no sentido em ela se restringe a afirmar que a situação legitimante não é a titularidade do direito material, mas não apresenta uma nova justificativa que fundamente a legitimidade.

3.6. Características da legitimidade coletiva

3.6.1. Legitimidade concorrente

A legitimidade para a propositura da ação civil pública é concorrente²⁷³.

Dessa forma, “a legitimação processual é concedida, por lei, a diversas entidades, de modo que uma mesma pretensão material pode ser deduzida em juízo por entes igualmente

²⁷² Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 138.

²⁷³ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 128-130.

legitimados”²⁷⁴. Contudo, não se admite a duplicidade de ações²⁷⁵.

3.6.2. Legitimidade exclusiva

A legitimidade é exclusiva porque somente os entes arrolados na lei podem promover a ação civil pública²⁷⁶.

No caso dos sindicatos, embora não haja qualquer menção expressa da legitimidade para demandar a ação civil pública, a doutrina entende que a autorização decorre da natureza jurídica de associação²⁷⁷.

²⁷⁴ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 359.

Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 309.

Hugo Nigro MAZZILLI, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 76.

Ada Pellegrini GRINOVER, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 20.

Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 157.

²⁷⁵ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 118.

²⁷⁶ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 309.

Hugo Nigro MAZZILLI, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 75.

Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 123.

Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVIKCH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 268-270.

Para Adamovich²⁷⁸, o sindicato pode ingressar com a ação civil pública tanto na Justiça do Trabalho, quanto na Justiça comum, de acordo com a competência de cada uma. Silva²⁷⁹ indica que talvez o sindicato não detenha a legitimidade exclusiva da ação civil pública na esfera trabalhista, em face da existência de outros entes arrolados na lei.

3.6.3. Legitimidade disjuntiva

A legitimidade mostra-se disjuntiva em razão de a possibilidade de um legitimado coletivo mover a ação isoladamente²⁸⁰, independentemente da anuência, ou da presença dos demais²⁸¹. Não há critérios de hierarquia ou condição entre os entes legitimados²⁸².

²⁷⁸ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 270-271.

²⁷⁹ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 119.

²⁸⁰ Hugo Nigro MAZZILLI, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 76.

²⁸¹ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 157.

Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 309.

Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 359.

²⁸² Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 145.

Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 128-130.

Almeida assinala que a “disjuntividade não é absoluta, pois o Ministério Público, quando não for o autor da demanda coletiva, obrigatoriamente atuará no processo coletivo como parte adesiva ativa (art. 5º, §§ 1º e 5º, da Lei n. 7.347/85)”²⁸³.

A legitimidade concorrente e disjuntiva tem apoio constitucional no § 1º do artigo 129.

O § 2º, do artigo 9º, da Lei da Ação Civil Pública autoriza as associações a apresentar razões escritas ou documentos ao Conselho Superior do Ministério Público. Esta norma pode ser interpretada no sentido de que há alguma hierarquia entre os legitimados, de modo que o arquivamento do inquérito civil impediria a propositura da ação civil pública pelas associações e, conseqüentemente, pelos sindicatos.

Ainda, o § 6º, do artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública permite que os legitimados públicos tomem termos de ajustamento de conduta.

A legitimidade disjuntiva, a rigor, não impede a legitimidade dos demais legitimados, inclusive a dos sindicatos, em caso de arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público, nem no estabelecimento de termo de ajuste de

²⁸³ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p. 349.

conduta.

Caso alguma associação ou sindicato ingresse com ação civil pública nessa circunstância, é necessário que o juiz avalie as cláusulas do termo de ajuste de conduta ou a fundamentação do arquivamento do inquérito civil.

Se os interesses metaindividuais não estiverem razoavelmente protegidos no termo de ajuste de conduta ou na fundamentação do arquivamento em face das pretensões dispostas na ação civil pública, o juiz deverá decidir pelo prosseguimento da ação.

3.7. Outros requisitos

3.7.1. Autorização assemblear

O § único e o artigo 2º-A acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, determinam que nas ações coletivas propostas por associação “contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

Contudo, o artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor dispensa a autorização assemblear²⁸⁴.

Grinover²⁸⁵ assinala que “a exigência de autorização assemblear, acompanhada da relação nominal dos associados e da indicação dos respectivos endereços, que representa um obstáculo para o acesso das associações à Justiça e que é limitada às demandas intentadas contra o Estado e suas entidades autárquicas e fundacionais, é uma clara demonstração de privilégio que não se coaduna com o princípio da igualdade processual, decorrente da isonomia garantida pela Constituição. Não se trata de prerrogativa, que poderia se justificar em face da complexa organização dos órgãos estatais ou paraestatais, que permite que se tratem desigualmente os desiguais. Nenhuma facilitação da atividade defensiva surgirá para o Estado dessa exigência, que tem apenas o intuito de dificultar o acesso à Justiça das associações que contra ele litigam”.

²⁸⁴ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 133.

Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 144-145

²⁸⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, *A ação civil pública no STJ*, p.39.

Para Gunther²⁸⁶, “é desnecessária a autorização por assembléia para o sindicato atuar como substituto processual. Também é desnecessária a outorga de instrumento de mandato pelos substituídos. Trata-se de autorização já concedida genericamente pelo texto constitucional”. O Supremo Tribunal Federal dispensou a autorização dos sindicalizados em mandado de segurança coletivo.

Spalding conclui que para interesses heterogêneos, o sindicato precisa de autorização individual dos "substituídos", para os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos da categoria, em ação civil pública ou mandado de segurança coletivo, é dispensada a autorização²⁸⁷.

3.7.2. Individualização dos substituídos

O parágrafo único do artigo 2º-A da Lei 9.494/97, incluído por força da Medida Provisória 2.180-35, prescreve que nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar acompanhada da relação nominal dos seus associados

²⁸⁶ Luiz Eduardo GUNTHER, *O fio de Ariadne do sindicato: a substituição trabalhista*, p. 513-527.

²⁸⁷ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 171-173.

e indicação dos respectivos endereços.

Gunther²⁸⁸ afirma que a matéria é polêmica, e que, na “sistemática das ações coletivas, somente após a condenação é que, por meio de uma liquidação peculiar, os substituídos (credores) são individualizados e identificados”.

Mazzilli²⁸⁹ assinala que o Supremo Tribunal Federal entendeu, em mandado de segurança coletivo, ser desnecessário a apresentação da relação nominal dos associados.

Alvim²⁹⁰, referindo-se ao mandado de segurança coletivo, aduz que essa norma “não encontra respaldo no disposto no art. 82, IV do CDC – e, tão pouco, no disposto no art. 5º, LXX, “b” da CF”.

Em relação aos trabalhadores, essa norma atinge uma das principais justificativas do processo coletivo, que é o anonimato, a fim de que se evitem as retaliações, comuns nas relações jurídicas continuadas.

Essas prescrições lembram a advertência feita por Hesse acerca do risco

²⁸⁸ Luiz Eduardo GUNTHER, *O fio de Ariadne do sindicato: a substituição trabalhista*, p. 513-527.

²⁸⁹ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 304-305.

²⁹⁰ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 52.

de “escavação interna” dos direitos fundamentais, segundo o qual a legislação inicia um processo de limitação, de corrosão interna desse direito. Não se “admite a consagração, no plano legal, de exigências que consubstanciem tão-somente condicionantes processuais *desprovidas de fundamento racional e sem conteúdo útil ou excessivas*”²⁹¹

3.7.3. Pertinência temática

O artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 5º, inciso V, alínea “b” da Lei da Ação Civil Pública exigem que a associação “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

A doutrina tem entendido que esse rol é exemplificativo. Assim, as associações podem conter autorização estatutária para outros interesses que não os arrolados nesses incisos²⁹².

A questão da pertinência temática relaciona-se com esse inciso.

²⁹¹ Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 191, 264.

²⁹² Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 144.

Alvim²⁹³ a define como a “correspondência do interesse que se pretende tutelar com os fins institucionais da associação, entidade de classe ou sindicato”, embora há quem afirme que esse requisito deve abranger todos os demais legitimados²⁹⁴.

Fava²⁹⁵ descreve a “tendência doutrinária de interpretação do rol dos legitimados a partir da vocação de cada um, de forma que, excetuado o Ministério Público, cuja função institucional é abrangente (art. 127, Constituição Federal), os demais estariam adstritos a manejar ação coletiva apenas para tutela de interesse que lhe fosse pertinente”. Somente as associações são submetidas ao requisito da pertinência temática²⁹⁶. As pessoas legitimadas têm “atribuições legais, estatutárias, convencionais e institucionais peculiares”, que certamente exigem cautela maior com o problema alheio e evitam o abuso e a insuficiente defesa dos direitos transindividuais.

Shimura²⁹⁷ entende que as associações, inclusive os sindicatos, devem

²⁹³ Eduardo Arruda ALVIM, *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*, p. 53.

²⁹⁴ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 142.

²⁹⁵ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 130-132.

²⁹⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 132.

²⁹⁷ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 160.

“demonstrar a *pertinência temática* entre a sua finalidade e o bem jurídico a ser tutelado”.

Para Silva²⁹⁸, a pertinência temática é plenamente aplicável ao sindicato.

Este deve comprovar a inclusão nos fins institucionais a proteção do bem que for objeto da ação civil pública.

Em relação ao sindicato, é importante verificar se o mesmo estaria restrito às questões trabalhistas. A doutrina entende que o sindicato pode agir em outros interesses que envolvam a classe desde que haja autorização nos estatutos ou na assembleia²⁹⁹.

No mesmo sentido, Santos³⁰⁰ entende que a norma constitucional já limitou a legitimidade do sindicato no artigo 8º, inciso III. Dessa forma, para defender interesses relacionados com a categoria, não é necessária a previsão estatutária. Esse campo de atuação é designado pelo autor de área de atuação primária. Mas em relação a outras matérias, área de atuação secundária, torna-se necessário a previsão.

²⁹⁸ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 117.

²⁹⁹ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 132-133.

³⁰⁰ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 354-355.

Mazzilli³⁰¹ apresenta decisões do Supremo Tribunal Federal, em processos coletivos de mandado de segurança, na quais não se exigiu a pertinência temática do objeto da demanda. Mas é necessário que o direito discutido esteja nas atividades exercidas pelos associados.

3.7.4. Período de pré-constituição

O período de pré-constituição da associação há pelo menos um ano é previsto na Lei da Ação Civil Pública, artigo 5º, incisos V, alínea “a”, no Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso IV e no artigo 3º, da Lei 7.853/1989, que regula os interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência. É, portanto, um critério legal.

Esse requisito pode ser dispensado pelo juiz, “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, nos termos do artigo 5º, § 4º, da Lei da Ação Civil Pública e do artigo 82, § 1º.

³⁰¹ Hugo Nigro MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 304-305.

Para Fava³⁰² este requisito é um autêntico controle da representatividade adequada feito pelo juiz.

Silva³⁰³ considera este requisito aplicável aos sindicatos.

Em sentido contrário, Santos³⁰⁴ entende que o critério do prazo de pré-constituição não se aplica ao sindicato. O sindicato tem características que o difere das associações, como o regime da unicidade sindical. Assim, basta o depósito dos estatutos no Ministério do Trabalho para que tenha por satisfeito a representatividade adequada.

3.8. Legitimidade das centrais sindicais, federações e confederações para a ação civil pública

Os sindicatos têm a incumbência de defesa jurídica dos interesses da categoria. “As centrais sindicais ou outras associações de interesses tópicos têm atuação social e política, mas não têm representatividade jurídica”³⁰⁵. Por essa razão, não se

³⁰² Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 130-132.

³⁰³ Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 117.

³⁰⁴ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 355-358.

³⁰⁵ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 163.

reconhece que as centrais sindicais possam ser legitimadas para a propositura da ação civil pública.

Em relação às federações e confederações, Santos entende que possuem legitimidade. “Quando não houver sindicato representativo da categoria econômica ou profissional, poderá a representação ser instaurada pelas federações correspondentes e, na falta destas, pelas confederações respectivas, no âmbito de sua representação” por aplicação analógica do artigo 857, § único da CLT³⁰⁶.

3.9. Legitimidade coletiva passiva

É polêmica a existência da legitimidade coletiva passiva.

Segundo Didier Jr., “haverá ação coletiva passiva quando um agrupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – formula-se demanda contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas”³⁰⁷.

Mesmo na *class action*, apesar de prevista, é de rara ocorrência. Entre as

³⁰⁶ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 422.

³⁰⁷ Fredie DIDIER JR., *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 99-100.

desvantagens dessa ação, Mulheron³⁰⁸ assinala que, em geral, o réu não aceita voluntariamente ser constituído em representante dos ausentes. Há, portanto, uma representação sem boa vontade. Os ausentes necessitam de uma proteção reforçada, em razão do risco de perder o processo. E o direito de exclusão, o *opt out*, teria o efeito inverso de obrigar uma ação individualizada contra quem se excluir do processo.

Segundo Didier Jr., os que negam a existência da legitimidade coletiva passiva baseiam-se em três argumentos: ausência de expressa disposição legal, dificuldade na identificação de um representante adequado e o regramento da coisa julgada, que não pode prejudicar os direitos individuais (artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor). Mas ele entende que esses obstáculos são transponíveis, pois a “atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se a retire do sistema jurídico”. Como exemplo, Didier Jr. menciona o ajuizamento de “ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial” proposta pelo réu da ação coletiva ativa, situação que exige um legitimado coletivo no pólo passivo da ação³⁰⁹.

³⁰⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 44-45.

³⁰⁹ Fredie DIDIER JR., *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 101-104.

Para Almeida, a presença de uma associação no pólo passivo, como substituto processual, viola a garantia individual do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, inc. LV) e do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), pois a sentença não pode prejudicar terceiros (art. 472 do Código de Processo Civil).

Contudo, Almeida registra ser possível “o ajuizamento de *ação civil pública* em face da associação na condição de substituta processual, mas desde que ela seja indicada, no pólo passivo, como litisconsorte dos associados que serão atingidos pela coisa julgada. O que não será admissível, em tais casos, é legitimidade extraordinária passiva exclusiva da associação”³¹⁰.

Fava³¹¹ admite existência da ação coletiva, com um dos legitimados extraordinários da classe, no pólo passivo, com base artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor. Menciona as seguintes possibilidades de aplicação: “ação declaratória da inexistência de insalubridade ou periculosidade no ambiente de trabalho; de declaração de inexistência de certo direito, aplicável a outros trabalhadores ou contratos; para identificar

³¹⁰ Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, p.354-355.

³¹¹ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 140.

a extensão e a interpretação de cláusula contratual ou de norma de regimento interno da empresa; para declarar lícito o desconto salarial imposto para cobertura de gastos com o plano de saúde, fornecido espontaneamente pelo empregador”.

É preciso realçar que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu por meio da Súmula nº 406, II, a possibilidade de o sindicato figurar como réu na ação rescisória, se ele tiver atuado como substituto processual e autor da reclamação trabalhista.

4. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

4. 1. A representatividade adequada no brasil

Por influência do direito norte-americano, tornaram-se rotineiras na doutrina brasileira, referências a um dos requisitos da ação coletiva dos Estados Unidos (*class action*): a representatividade adequada.

Este item da ação de classe pode ser compreendido, na expressão utilizada por Rocha³¹² como uma “análise da aptidão para tutela de direitos”.

Por ser representação, é razoável que se dê um destaque que o direito a ser protegido pertence a terceiros. Assim, o requisito consiste na “análise da aptidão para tutela de direitos” de terceiros.

Não é claro o papel que este quesito desempenha em relação à legitimidade.

Para parte da doutrina, ambos são equivalentes: o autor é legitimado porque é um representante adequado e vice-versa. A justificação baseia-se no argumento legal: a verificação da adequação, assim como a da legitimidade, foi apreciada pelo

³¹² Luciano Velasque ROCHA, *Ações coletivas*, p. 141-142.

legislador.

Para Shimura³¹³, a análise da adequação foi decidida pelo legislador, não restando espaço para outras discussões, seja pelo lesado ou pelo juiz, salvo quanto ao requisito da pré-constituição.

Spalding³¹⁴ afirma que a adequação do representante foi fixada segundo o critério *ope legis*. Por essa razão, a análise da representatividade adequada fica inviabilizada pelo próprio ordenamento jurídico³¹⁵.

Fava³¹⁶ assevera que o critério da “*adequacy of representation*” decorre, no sistema dos EUA, da avaliação judicial (*ope judicis*). No Brasil, os critérios que definem a representatividade adequada são objetivos, previstos na lei (*ope legis*). Portanto, a análise judicial da adequação do representante não é possível no direito brasileiro.

Gidi³¹⁷ discorda que o legislador tenha certificado abstratamente a

³¹³ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 155.

³¹⁴ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 56, 58 e 119.

³¹⁵ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 119.

³¹⁶ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 123

³¹⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 134.

adequação dos representantes. Assinala, inclusive, o risco de coisa julgada contra a classe, desde que tenha havido provas. Se o legislador já tivesse conferido a qualidade do representante, o Poder Judiciário, como consequência, não poderia extinguir um processo por inadequação da representação do Ministério Público, caso essa situação se verificasse em algum caso concreto.

Na verdade, não faz sentido importar um instituto estrangeiro se ele não tiver alguma utilidade. A análise da representatividade adequada aferida pelo legislador é pré-jurídica. As razões pelas quais o legislador elegeu certos sujeitos de direito como legitimados não terão relevância no curso da ação.

Certificar que a representatividade adequada já foi avaliada pelo legislador para afastá-la do juiz equivale a afirmar que não existe o critério de adequação do representante no direito brasileiro.

Outros autores apontam os requisitos de período anual de pré-constituição da associação e a pertinência temática como uma análise de adequação do representante³¹⁸.

³¹⁸ Alessandra Mendes SPALDING, *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 120.

Para Guedes³¹⁹, a adequação da representatividade é “presumida por lei”, com exceção das associações civis, que o juiz deverá certificar o cumprimento dos requisitos da pré-constituição.

Para esses autores, a pertinência temática e a pré-constituição não esgotam a análise da adequação do representante, mas são as parcelas dessa condição que se encontram vigentes no ordenamento brasileiro.

Grinover³²⁰ propõe que a representatividade adequada seja empregada pelo juiz no caso de dispensa do requisito da pré-constituição das sociedades: “O requisito da pré-constituição, juntamente com o da coincidência dos fins institucionais com os bens objeto da pretensão, foi exigido pelo legislador como critério objetivo de aferição da representatividade adequada, em substituição ao critério subjetivo do juiz da *common law*, que pode avaliar sua existência caso a caso.

Marcello Ribeiro SILVA, *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*, p. 125.

³¹⁹ Clarissa Diniz GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 124.

³²⁰ Ada Pellegrini GRINOVER, *Ação civil pública e ação em que a entidade associativa representa seus filiados. Defesa coletiva e individual. Incongruência lógica entre a narração dos fatos e a conclusão. Pedido juridicamente impossível. Ilegitimidade ativa. Inversão do ônus da prova*, p. 361.

É certo que o próprio legislador, no § 1º do art. 82, permite ao juiz a dispensa do requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social na admissão em juízo da associação constituída há menos de um ano, em face da dimensão e características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Mas a possibilidade de dispensa deve ser avaliada em face da representatividade adequada, ou seja, da credibilidade, da seriedade e da capacidade da entidade formada há menos de um ano. Isto significa que a lei permite que o juiz utilize critérios diversos dos indicados pelo legislador para a aferição da representatividade adequada. Esta, porém, deve sempre existir, como dado fundamental legitimante às ações coletivas”.

Gidi³²¹ considera possível, no ordenamento jurídico brasileiro atual, que o juiz avalie a qualidade do representante. Esse exame concretiza o devido processo legal constitucional.

Lenza³²² defende a representatividade adequada *ope judicis*. Para ele, o

³²¹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 134.

³²² Pedro LENZA, *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 169.

juiz nas ações coletivas deve ser “verdadeiro protagonista”. Caso o juiz perceba que a associação não se revele séria, com “credibilidade, capacidade econômica e técnica, pode “indeferir o processamento da ação por falta do preenchimento do requisito da *representatividade adequada*”.

Freire Júnior³²³ observa que para a doutrina tradicional, a “adequação de representatividade em nosso país foi delimitada na lei”. Não seria viável o controle judicial na forma em que ocorre nos Estados Unidos. Mas ele se filia à corrente que sustenta “a necessidade de ser interpretados que mesmo no Brasil é possível o controle judicial sobre a adequada representação do legitimado ativo”, a fim de se evitar que o instrumento processual criado para proteger a coletividade “produza resultados práticos diametralmente opostos”.

Didier Jr.³²⁴ entende que a análise da legitimação ativa coletiva não depende exclusivamente apenas do “exame do texto de lei”. Esta é apenas a primeira parte

³²³ Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 71-72.

³²⁴ Fredie DIDIER JR., *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 96-97.

da análise, na qual se verifica a existência de “autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo”. A segunda fase consiste no controle concreto que o juiz faz a respeito da adequação. Um dos critérios trata-se da pertinência temática.

Como expressão da representatividade adequada no Brasil, Didier Jr.³²⁵ apresenta decisões do Superior Tribunal Federal, impedindo que o Ministério Público empregue ações coletivas relacionadas com matéria tributária ou direitos individuais disponíveis.

Grinover³²⁶ observa que o legislador brasileiro não acolheu o sistema da representatividade adequada, exigindo, apenas “o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas”. Esses critérios, aponta Grinover, foram adotados pela Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), depois pela Constituição, no mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, alínea “b”), e no Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV).

Dos motivos pelos quais o modelo norte-americano não foi transposto

³²⁵ Fredie DIDIER JR, *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 98, nota 8, “RE 195.056-1/PR” e, em sentido contrário, decisão do STJ “REsp 505.303/SC”.

³²⁶ Ada Pellegrini GRINOVER, *O novo processo do consumidor*, p.132.

para o sistema jurídico brasileiro, Grinover³²⁷ aponta: “a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada”.

Em relação ao sindicato, Santos³²⁸ assinala que a ação civil pública não é o instrumento apropriado para avaliar a representatividade do sindicato, “conforme o significado conferido pela política sindical”. Para a ação, é suficiente a comprovação do “depósito dos seus estatutos no Ministério do Trabalho”, demonstrando a “representação” do sindicato. O Ministério Público, como fiscal da lei, pode suprir eventuais carências de “representatividade”.

Para Santos³²⁹, a noção de categoria é o critério que demonstra a satisfação desse requisito pelo sindicato. Para o campo de atuação primária, a adequação

³²⁷ Ada Pellegrini GRINOVER, *O novo processo do consumidor*, p.133.

³²⁸ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 358.

³²⁹ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 352-353.

da representatividade “é extraída da própria norma do art. 8º, inciso III da CF/88”. A ação deve direcionar-se a “algumas das empresas pertencentes ao ramo de atividade econômica em face do qual ele atua”. Para o campo de atuação secundária, é preciso analisar a compatibilidade da pertinência temática com os estatutos ou fim institucional. Não deve, ainda, invadir o campo primário de outra categoria. O autor assinala que não deve confundir a adequação do representante com a “matéria debatida em juízo”. Esta pode ser qualquer interesse transindividual “ligado, direta ou indiretamente, à categoria por ele representada”.

Em relação estabelecimento de prazo de pré-constituição, Santos³³⁰ o considera incompatível com a forma de sua constituição do sindicato.

Adamovich³³¹ conclui que o legitimado ao processo coletivo deve demonstrar a adequação da representação. Para tanto, é suficiente ao sindicato a indicação das previsões estatutárias dos objetivos da entidade para que ela possa ser legitimada.

³³⁰ Ronaldo Lima dos SANTOS, *Sindicatos e Ações Coletivas*, p. 355-358.

³³¹ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 248.

Mello Filho³³² registra que a definição do sindicato como ente apropriado à representação foi determinado pela própria Constituição: “o pré-requisito da *representatividade adequada* impede seja equiparado o ente a que a Carta Magna conferiu legitimidade para a defesa de determinada categoria profissional, no que diz respeito à seriedade, à credibilidade, à capacidade técnica e econômica, na hipótese em condições de paridade com o poder econômico do empregador, com o empregado individualmente...carente de recursos materiais”. Por essa razão, Mello Filho³³³ e Manus³³⁴ observam que na hipótese de litispendência entre uma ação proposta pelo sindicato na qualidade de substituto processual e a mesma ação proposta pelo trabalhador, a tendência do Tribunal Superior do Trabalho é pelo o reconhecimento da litispendência e a extinção da ação do trabalhador.

³³² Luiz Philippe Vieira de MELLO FILHO, *A ação coletiva induz litispendência para a ação individual no processo do trabalho? Breves reflexões para o debate*, p. 36.

³³³ Luiz Philippe Vieira de MELLO FILHO, *A ação coletiva induz litispendência para a ação individual no processo do trabalho? Breves reflexões para o debate*, p. 36

³³⁴ Pedro Paulo Teixeira MANUS, *A litispendência e a substituição processual no processo do trabalho: ação ajuizada pelo sindicato na condição de substituto processual e ação distinta ajuizada pelo empregado substituído com mesmo pedido*, p. 46.

A adoção expressa da representatividade adequada é proposta pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, artigo 2º, § 2º e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 20³³⁵.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos a introduz na seguinte redação:

“Art. 20. Requisitos da ação civil pública - São requisitos da ação civil pública, a serem aferidos em decisão especificamente motivada do juiz:

I — a adequada representatividade do legitimado;

II — a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a — a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b — seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

³³⁵ Fredie DIDIER JR, *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 98.

c — sua conduta em outros processos coletivos;

d — a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e — e tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América

prescreve o requisito da seguinte forma:

“Art 2º. São requisitos da demanda coletiva:

I — a adequada representatividade do legitimado;

II — a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par. 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

- a — a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b — seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c — sua conduta em outros processos coletivos;
- d — sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;
- e — a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- f — o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

Como se pode observar, a representatividade adequada pode se tornar em um importante critério de definição de legitimidade.

Mancuso³³⁶ fala que “a imbricação entre ações coletivas voltadas para uma mesma finalidade” pode ser solucionada de dois modos: a reunião do processo, que pode ocorrer tanto por meio da conexão, quanto pela continência, ou a extinção da ação

³³⁶ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *A concorrência de ações coletivas sobre um mesmo thema decidendum*, p. 471-491.p. 480-481.

repetida.

Nesses casos, a representatividade adequada poderia constituir-se em critério para definir quem terá a titularidade da ação remanescente.

A não satisfação desse requisito não resulta necessariamente na extinção da ação. Para Fava³³⁷, os problemas da legitimidade ampla solucionam-se por meio da coisa julgada e pela possibilidade de litisconsórcio ativo. O juiz poderia, *ex officio*, notificar a entidade que lhe pareça mais adequada para a defesa de um direito, que eventualmente não estivesse sendo bem representado.

Para Didier Jr.³³⁸, a inadequação do representante não deve acarretar a extinção da demanda. Primeiramente, o juiz deve procurar aproveitar o processo permitindo a substituição do legitimado por outro, conforme prevêem o artigo 9º da Lei da Ação Popular e o artigo 5º, § 3º, da Lei da Ação Civil Pública.

4.2. A conceituação norte-americana da *class action*

Talvez a maior influência estrangeira para o desenvolvimento da ação

³³⁷ Marcos Neves FAVA, *Ação Civil Pública Trabalhista*, p. 131.

³³⁸ Fredie DIDIER JR, *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 99.

civil pública seja proveniente dos Estados Unidos: a *class action*³³⁹.

Por essa razão, justifica-se o conhecimento de alguns pontos relevantes sobre o funcionamento dessa ação. Somente dessa forma, torna-se possível a compreensão do requisito da representatividade adequada, que interessa ao estudo da legitimidade do sindicato.

É importante salientar que os requisitos do processo coletivo dos Estados Unidos são verdadeiros princípios gerais que exercem influência em todos os países do sistema jurídico da *common law*.

No Canadá, a maior parte das províncias, em razão do federalismo, promulgou a respectiva legislação dispendo acerca da ação coletiva. A legislação das províncias British Columbia e Ontário a designa *class proceeding* (procedimentos de classe). Mesmo nas províncias onde ainda não existe semelhante norma, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade do ajuizamento dessa ação³⁴⁰.

A lei australiana, *Federal Court of Australia Act 1976*, chama as ações

³³⁹ Ada Pellegrini GRINOVER, *O novo processo do consumidor*, p.126-127.

³⁴⁰ Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p. 258-259.

de classe por *representative proceeding* (processos mediante representação) com a finalidade de afastar uma percepção negativa existente contra as *class actions* norte-americanas³⁴¹.

A influência da ação coletiva não se restringe a jurisdições da *Common Law*. No Canadá, a província de Quebec, de tradição jurídica francesa, teve a lei *Class Action Act* promulgada em 1978, embora as ações coletivas somente adquiriram relevância nesse país quando a província de Ontário promulgou sua própria lei em 1995.³⁴²

O Brasil foi igualmente receptivo a esse legado jurídico norte-americano. Por essa razão, é conveniente apreender o conhecimento dos princípios gerais que regem a ação de classe americana.

Adamovich³⁴³ entende até que, respeitadas as peculiaridades dos diferentes sistemas jurídicos da *common* e da *civil law*, o artigo 8º, *caput*, da CLT, autoriza

³⁴¹ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 6, nota 25.

³⁴² Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p. 258-259.

³⁴³ Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 139.

e justifica a aplicação de normas ou princípios da *class action* em caso de lacuna na ação civil pública trabalhista.

Friedenthal, Kane e Miller³⁴⁴ afirmam, que “a *class action* permite a propositura de uma ação por ou contra um grande número de indivíduos ou organizações cujos interesses são suficientemente relacionados de modo que é mais eficiente julgar seus direitos e responsabilidades em uma única ação do que em uma série de procedimentos individuais”³⁴⁵.

Jones³⁴⁶ trata da ação coletiva do seguinte modo: “um procedimento de classe é uma ação proposta por um ou mais indivíduos (os representantes da classe) em nome de um grupo de pessoas semelhantemente situadas (a classe) para defender uma ação comum contra o mesmo réu ou diversos réus”

³⁴⁴ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 722

³⁴⁵ Todos os textos em língua estrangeira que forem transcritos no decorrer dessa monografia são de tradução livre do autor da monografia.

³⁴⁶ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 9, O original do autor: “A class proceeding is a lawsuit brought by one or more individuals (the ‘class representatives’) on behalf of a group of persons similarly situated (‘the class’) to assert a common claim against the same defendant or group of defendants”.

Mulheron³⁴⁷, em livro que analisa os regimes jurídicos das ações de classe da Austrália, da província canadense de Ontário e dos Estados Unidos da América define ação de classe como “um procedimento judicial no qual se permite que alegações (ou parte delas) contra o mesmo réu sejam decididas em um processo. Em uma ‘*class action*’, uma ou mais pessoas (autor ou autora representante) podem demandar em seu próprio interesse e nos de outras pessoas (a classe) com a finalidade de obtenção de uma solução judicial para um mesmo ou similar ato ilícito que aquele alegado pelo autor ou autora representante, e de quem tem alegações que compartilham questões de direito ou de fato com as do autor representante (questões comuns). Somente o autor ou autora

³⁴⁷ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 3: “A class action is a legal procedure which enables the claims (or part of the claims) of a number of persons against the same defendant to be determined in the one suit. In a class action, one or more persons (‘representative plaintiff’) may sue on his or her own behalf and on behalf of a number of other persons (‘the class’) who have a claim to a remedy for the same or a similar alleged wrong to that alleged by the representative plaintiff, and who have claims that share questions of law or fact in common with those of the representative plaintiff (‘common issues’). Only the representative plaintiff is a party to the action. The class members are not usually identified as individual parties but are merely described. The class members are bound by the outcome of the litigation on the common issues, whether favourable or adverse to the class, although they do not, for the most part, take any active part in that litigation”.

representante é parte da ação. Os membros da classe não são geralmente identificados como partes individuais, mas são apenas descritos. Os membros da classe são submetidos aos efeitos da ação no que diz respeito às questões comuns, sejam favoráveis ou contrários à classe, embora a maior parte de seus componentes não desempenhe papel ativo na ação”.

Por meio dessas definições, é possível inferir as características da ação:

um autor ou um réu, que age em interesse próprio, e no interesse de uma classe de indivíduos para resolver em apenas um processo, os litígios semelhantes de cada membro da classe.

Gidi assinala que existem diversos tipos de *class actions*, cada qual com diferentes peculiaridades e adverte que o sistema americano funda-se na “especificidade fática do caso concreto e no substrato político de cada solução pragmática”³⁴⁸.

Embora a *class action* se consubstancie na forma mais importante de processo coletivo nos Estados Unidos, ela não é a única. Há outras maneiras de tratar coletivamente o processo, como o litisconsórcio (*simple joinder*) ou *multi-district*

³⁴⁸ Antonio GIDI, A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 20-22.

*litigation*³⁴⁹, que se constitui em “um litígio no Poder Judiciário Federal, no qual ações civis pendentes em diversos distritos e envolvendo questões comuns de fato são transferidas para um único distrito para procedimentos coordenados de pré-julgamentos, após os quais as ações são remetidas para os distritos originais para julgamento”³⁵⁰.

Os Estados Unidos possuem vários regimes jurídicos adotados para a *class action*, por causa do federalismo presente naquele país, existindo, portanto, regramento nas esferas federal, estadual e local.

Em linhas gerais, a doutrina costuma reunir as diferentes legislações estaduais em quatro grupos. O primeiro é adotado pelo Estado da Califórnia, e se aproxima da simplicidade da *Equity*.

O berço das ações coletivas modernas situa-se nos Tribunais de Equidade ingleses (*Courts of Equity* ou *Courts of Chancery*)³⁵¹. O sistema jurídico inglês

³⁴⁹ Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p. 257, 262.

³⁵⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY. GARNER, Bryan A. (editor-chefe).. Abridged 8. Edition. St Paul: Thompson/West, 2005, p. 856.

³⁵¹ Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 254.

era bipartido entre a *Common Law* e a *Equity*. Pelo primeiro, ou o juiz fazia a justiça completa ou se abstinha de julgar. Assim, era necessário que todos os envolvidos se tornassem partes, como que em um litisconsórcio necessário, para que a ação pudesse prosperar. Como o rigor dessa regra acarretava dificuldades, as Cortes de Equidade estabeleceram o *Bill of Peace*, no século XVII, que autorizou as ações representativas nas situações em que não fosse possível o litisconsórcio³⁵².

Assim como na Inglaterra, o sistema jurídico dos Estados Unidos se cindia em *Common Law* e *Equity*. No século XIX, o direito norte-americano contribuiu para a evolução da *class action*, ao atentar para a questão do acesso a justiça, como na situação em que o valor individual da causa não justificasse economicamente a ação, a não ser mediante a coletivização.

O sistema de equidade norte-americano proporcionou a codificação da *class action* pela primeira vez em 1842, por meio da *Federal Equity Rule 48*. Em 1912, surge a *Federal Equity Rule 38*.

O modelo de *class action* adotado pela Califórnia apóia-se no modelo da

³⁵² Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 41-45.

Equity, no qual era suficiente a presença dos requisitos para que a ação pudesse ser certificada como coletiva, não havendo nenhuma etapa posterior.

Com a unificação dos sistemas da *Equity* e da *Common Law*, surgem as Regras Federais de Processo Civil – *Federal Rules of Civil Procedures* – em 1938³⁵³.

Conforme Gidi, essas consistem em um conjunto de normas emitida pela Suprema Corte dos Estados Unidos por delegação do poder legislativo americano³⁵⁴.

Outros estados seguem essa versão das regras federais que disciplinam as ações de classe, *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, que criaram três hipóteses de interesses coletivos: *true*, *hybrid* e *spurious*³⁵⁵.

Segundo Gidi³⁵⁶, a *true class action* permitia a representação da classe quando o litisconsórcio de todos fosse essencial para a solução da controvérsia. Esta era a única hipótese que estendia o resultado da demanda a todos os membros da classe

³⁵³ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 17-20.

³⁵⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 46-47.

³⁵⁵ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 722.

³⁵⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 48-52.

independente do resultado da demanda.

Na *hybrid class action*, embora houvesse direitos diversificados, o resultado da demanda vinculava a todos os membros do grupo no que se refere a direitos relacionados com a propriedade ou fundo envolvido na demanda. Contudo, era necessário que as partes promovessem a adesão à classe, mediante o procedimento de inclusão – o *opt in*.

A *spurious class action* envolvia questões comuns de fato ou de direito.

A sentença não decidia de modo definitivo o direito de quem não era parte formal no processo por meio da adesão, o *opt in*. Esse procedimento se assemelhava a um listisconsórcio facultativo posterior. As partes recebiam um convite para participar.

Dessa forma, os estados que seguem esse modelo, além de apresentar os requisitos genéricos da ação de classe, precisam apontar em qual dessas três hipóteses a ação se insere.

Contudo, o processo de adesão na *spurious class action* gerou dificuldades, porque as partes podiam pedir a inclusão no processo, o *opt in*, mesmo após a procedência da ação, sem correr os riscos da improcedência. Gidi assinala que essa

possibilidade ficou conhecida como “one-way intervention”, intervenção de uma via só.

Para evitar essa adesão tardia, os juízes tentavam qualificar as ações coletivas como *true class action*, o que gerou mais dificuldade em diferenciar os três tipos legais de *class actions*.

Constatada a insatisfação desse sistema, as Regras Federais sofreram reformas em 1966³⁵⁷. O terceiro tipo de ação coletiva, a *class action for damages*, que será adiante analisada, passou a ter efeitos *erga omnes*. Para tanto, tornou mais robusto o controle de adequação da representatividade, com notificação aos membros da classe e direito de auto-exclusão, o *opt out*³⁵⁸.

Há estados que seguem o modelo da Regras Federais 23 na versão de 1966³⁵⁹. Essa norma contém duas partes. A primeira, Regra 23(a), apresenta os requisitos gerais de qualquer *class action*: numerosidade, questões comuns, tipicidade e adequação do representante.

A segunda parte, Regra 23(b), apresenta três categorias de *class action*.

³⁵⁷ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 9.

³⁵⁸ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 50-55.

³⁵⁹ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 722.

A ação deve corresponder a uma delas. A aplicação exige inicialmente a satisfação dos requisitos gerais da regra 23(a) e depois a incidência de alguma das três hipóteses da Regra 23(b)³⁶⁰.

Entre as diferenças nas Regras 23 de 1966, em relação às de 1938, destacam-se a notificação da classe³⁶¹, inclusive para que os interessados manifestem sobre a adequação do representante³⁶², imposição de condições aos representantes e aos intervenientes³⁶³ e o regramento relativo a acordo³⁶⁴

A legislação de 1966 recebeu diversas propostas de reformas. O Estado de Nova York utilizou desses projetos para desenvolver seu próprio estatuto jurídico para as ações de classe³⁶⁵. Este se constitui no último modelo de regramento relativo às ações de

³⁶⁰ Richard H. FIELD, Benjamin KAPLAN, Kevin M. CLERMONT, *Materials for a basic course in civil procedure*, p. 1306.

Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 10.

³⁶¹ Regra 23(c)(2)

³⁶² Regra 23(d)(2)

³⁶³ Regra 23,(d)(3)

³⁶⁴ Regra 23(e)

Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 257.

³⁶⁵ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 722.

classe nos estados americanos.

4.3. Os objetivos da *class action*

A doutrina reconhece três grandes objetivos das *class actions* no ordenamento norte-americano: a economia processual, o acesso a justiça e a aplicação do direito³⁶⁶.

Outros objetivos menores são mencionados, tal como a eliminação de decisões contraditórias. Gidi assinala que a ausência de decisões conflitantes é mais uma consequência do que um objetivo das ações coletivas norte-americanas³⁶⁷.

Mulheron menciona que as preocupações comuns nas jurisdições por ela estudadas referem-se à previsibilidade das regras e à proporcionalidade. Em relação ao último item, ela apresenta o pensamento de Zuckerman, para quem, além da “retitude da decisão” outros valores como “pontualidade da justiça e razoabilidade de custos são

A tradução da Regra 23 encontra-se em Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 506-509.

Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 259.

³⁶⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 15

³⁶⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 25

Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 30.

considerações relevantes e importantes na alocação de recursos judiciais finitos”. Muitas vezes, o custo da exata indenização pode ser muito elevado. Sabendo-se que todo sistema contém erros, a busca desse equilíbrio representa a proporcionalidade³⁶⁸.

4.3.1. Economia judicial

Jones³⁶⁹ destaca que a *class action*, evitando a duplicação de provas e análises jurídicas, economiza custos tanto para o autor quanto para o réu. Por essa razão, tanto um quanto o outro podem requerer que o juiz certifique uma ação individual como coletiva³⁷⁰.

Gidi lembra que a economia de tempo e dinheiro abrange ainda o Judiciário.

Jones³⁷¹ assinala que diversas ações de pequeno valor, quando agregadas, tornam-se economicamente viáveis, melhoram a qualidade dos autores e réus e seus advogados pelos investimentos necessários para o litígio.

³⁶⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 47-50.

³⁶⁹ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 28.

³⁷⁰ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 33-39

³⁷¹ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 3.

Mulheron entende que a economia judicial está presente especialmente nas ações de caráter indenizatório, quando são viáveis à propositura de ações individuais. Ao tratar da equivalente ação australiana, a *representative proceeding*, assinala que a economia judicial estaria evidente nos processos com um número elevado de autores, na medida em que o valor individual de cada ação fosse suficiente à propositura de processos individuais³⁷².

Kane³⁷³ ressalta igualmente que a *class action*, ao agrupar um número elevado de interesses em um único processo, cumpre o objetivo da eficiência, inclusive em termos econômico.

Há uma posição doutrinária que não reconhece ser a ação coletiva fonte de economia processual. Segundo essa corrente, a ação de classe permite a propositura de ações de pequenos valores agrupadas, as quais, individualmente, não seriam aptas, ou melhor, economicamente viáveis para isoladamente movimentarem o Poder Judiciário.

Gidi diverge dessa visão ressaltando que o objetivo do poder Judiciário

³⁷² Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 6, nota 25, p. 57.

³⁷³ Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 252.

é decidir litígios e fazer justiça. A economia processual não é um valor em si mesmo³⁷⁴.

No Brasil, o princípio da economia processual preconiza “a redução de custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional”³⁷⁵, evitando a pluralidade de processos³⁷⁶.

A “uniformização dos julgamentos” tem sido outra preocupação expressada pela doutrina brasileira³⁷⁷.

4.3.2. Acesso a justiça

Cappelletti e Garth³⁷⁸ sistematizaram o acesso a justiça comparando-a a ondas que revolucionaram a forma e a abrangência da prestação jurisdicional.

A primeira onda identificada pelos autores empenhou-se em fornecer assistência jurídica aos pobres. A grande questão discutida era como custear o advogado.

Havia a possibilidade de prestação jurídica gratuita pelo procurador

³⁷⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 27-28.

³⁷⁵ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 34

³⁷⁶ Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 11.

³⁷⁷ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 34.

Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 11.

³⁷⁸ Mauro CAPPELLETTI, Bryant GARTH, *Access to Justice*, p. 22-54.

como *munus honorificum*, com a crítica de ser um sistema inefetivo. Poderia igualmente o Estado fornecer alguma compensação àqueles que desempenhavam a tarefa.

Essa onda se concretizou por meio de duas soluções e suas combinações: *Judicare System* e o *Public Salaried Attorney Model*. Pelo primeiro sistema, o Estado cobria as despesas da advocacia. Para ter acesso ao serviço, o interessado devia preencher os critérios previstos em lei. A crítica apresentada é que esse modelo negligência os pobres como classe.

O *Public Salaried Attorney Model* constituía-se em um escritório de advocacia de vizinhança, sustentado pelo governo, para atender os interesses dos desprovidos. Em oposição ao modelo anterior, esse método ignora os direitos individuais, que podem receber auxílios secundários. Cappelletti e Garth o consideram paternalista.

A segunda onda ultrapassou a questão da pobreza para resolver a representação dos interesses difusos. Discutiui-se a adequação do representante e a eficácia da decisão judicial *erga omnes*.

A primeira solução era estatal. A representação desses interesses se daria por meio de ministérios públicos, agências públicas regulatórias especializadas,

advocacia pública entre outros. O problema dessa alternativa, segundo os autores, é que, de maneira geral, a atuação estatal é lenta, inflexível e passiva.

A segunda hipótese ocorreu mediante o *private attorneys general* e pelas partes ideológicas. Por meio da primeira forma, um indivíduo, ao defender um direito próprio, recebe a incumbência de proteger os interesses de terceiros. E as partes ideológicas são as associações e sindicatos.

Por último, citam o *organizational private attorney general*, que envolve o reconhecimento e fortalecimento de grupos privados. Isto seria possível por intermédio da *class action* e do *public counsel*. Este envolve recursos governamentais sob o controle de grupos privados.

A terceira onda, sempre segundo Cappelletti e Garth, trata do acesso à representação legal para uma concepção ampla de serviços. Utiliza-se de repercussões do processo coletivo nos casos individuais.

Para Gidi³⁷⁹, a ação coletiva proporciona um maior acesso a Justiça ao tutelar interesses de pessoas hipossuficientes, ou de pessoas temerosas de enfrentar

³⁷⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 29-32.

diretamente o responsável pela conduta ilícita, com receio de represálias. Isto ocorre especialmente nas situações em que existe um relacionamento jurídico contínuo entre as partes, como nas ações trabalhistas entre os empregados e os patrões ou nas ações que envolvam franqueados na relação de franchising. Ele assinala que a ação coletiva coloca em pé de igualdade partes desiguais. A união das vítimas com a conseqüente agregação de valor à causa resulta em um equilíbrio processual, já que permite a avaliação total do dano causado, o enriquecimento ilícito do autor do dano e o restabelecimento da igualdade.

Mulheron menciona que o acesso à justiça é reconhecido nas jurisdições onde a agregação das pessoas por meio das ações de classe dilui os custos do processo permitindo maior acesso à justiça. Quatro aspectos são referidos. O meio processual atribui uma maior efetividade à lei substantiva, pois o total do dano causado é avaliado. A ação coletiva supera a barreira econômica, dos custos da demanda, especialmente nas de pequeno valor, quando a despesa para promover a ação de modo individual torne a ação inviável. O procedimento colima o equilíbrio das partes, em oposição ao desequilíbrio que se manifesta na ação individualmente proposta. E, a ação coletiva favorece a celeridade da justiça, o acesso a uma justiça não tardia, não pontual.

Porém, Mulheron pondera duas advertências: há quem acredita que as ações de classes aumentam os litígios na medida em que permitem o acesso ao judiciário de ações, especialmente as de pequeno valor, que de outra forma, jamais chegariam ao judiciário.

A segunda advertência é que o acesso a justiça é uma “via de mão dupla”, a ação de classe protege igualmente o réu de inúmeras ações. A justificativa para a existência de uma ação de classe é que ela seja única, e não mais uma a que o réu tem que responder³⁸⁰.

No Brasil, uma nova visão do acesso a justiça constitui uma das justificativas do processo coletivo transindividual. Esse princípio deixa de ser uma preocupação exclusiva do direito individual, para adquirir uma feição sociológica, refletindo a mudança da sociedade pelos conflitos de massa³⁸¹, que ocorrem em decorrência da realidade socioeconômica atual, marcada pela padronização das relações

³⁸⁰ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 6, nota 25, p. 53-57.

³⁸¹ Fredie DIDIER JR., Hermes ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 34

sociais e jurídicas, conhecida por economia de massa³⁸².

É o acesso individual e coletivo a justiça. A agregação no processo coletivo permite ainda um novo desenho de equilíbrio entre as partes envolvidas no processo³⁸³.

4.3.3. Efetivação do direito material

Gidi observa que a *class action* objetiva a realização da justiça no caso concreto, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado. Nos Estados Unidos, o processo civil em geral e as ações coletivas em particular são consideradas um dos instrumentos centrais do processo regulatório da sociedade. Pela noção de *private attorney general litigation*, a demanda proposta pelo particular tem o efeito de tutelar os interesses da comunidade. Parte-se da premissa que é melhor um particular defendendo um interesse particular do que o poder público agindo em nome desse autor.

A ação coletiva não deixa de ser um mecanismo de realização de políticas públicas. Para tanto, o Judiciário passa a ter uma visão global do problema em

³⁸² Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, Daniel Roberto FINK, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 780.

³⁸³ Ricardo CASTILHO, *Acesso à Justiça*, p. 12.

superação ao ponto de vista egoística das partes³⁸⁴. Por essa razão, Kane assevera que quanto aos interesses públicos, “as cortes foram empurradas para a arena política”³⁸⁵. E nesse contexto, as ações coletivas, por sua força, são muito sensíveis às concepções ideológicas do aplicador do direito³⁸⁶. Mancuso³⁸⁷ percebe essa tendência no Brasil ao falar em processo civil de interesse público.

Para atenuar este aspecto, Mulheron aponta a necessidade de equilíbrio entre o ativismo judicial e a autonomia pessoal. O Juiz, na *class action*, é mais atuante que nas demais ações, porque é dele a responsabilidade pela certificação da ação como coletiva e a proteção das pessoas ausentes.

Contudo, as partes dispõem de alguns mecanismos de participação, seja por meio de soluções de conflitos de interesses dentro da classe, via o estabelecimento de subclasses, ou mediante a participação no processo, ou até pela auto-exclusão da classe

³⁸⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 33-39

³⁸⁵ Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 254.

³⁸⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 39.

³⁸⁷ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *A concorrência de ações coletivas sobre um mesmo thema decidendum*, p. 475.

(*opt out*)³⁸⁸.

Como forma de efetivação do direito material, surge à noção de *deterrence*, que, segundo *Gidi*, consiste no estímulo ao cumprimento voluntário do direito, pelo desestímulo do ilícito mediante a punição. É uma ameaça intermediária, entre a compensação e a prevenção.

Gidi assinala que o *deterrence* é inerente à aplicação do direito e está, ao menos potencialmente, em toda ações coletiva. Nas ações cujas pretensões individuais são de pequenos valores, a efetivação do direito tem o mérito de destituir do réu o lucro ilicitamente obtido e o *deterrence* desencoraja a prática de condutas ilícitas³⁸⁹.

Mulheron registra igualmente a importância do *deterrence*, que torna uma ação “barata” em “cara” para o réu a fim de estimular que “as corporações reflitam sobre suas práticas de financiamento e emprego”³⁹⁰.

Jones³⁹¹ utiliza-se de um modelo “econométrico” da “*law and*

³⁸⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 60-65.

³⁸⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 33-39

³⁹⁰ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 6, nota 25, p. 63.

³⁹¹ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 15-37.

economics” para tratar da *deterrence*. Ele enfatiza que a análise tem como objetivo maior evitar a negligência do que a estrita responsabilidade do prejuízo.

A análise parte do pressuposto que uma empresa prefere transferir para terceiros uma pequena parcela de prejuízo a inserir pequenos ajustes em sua produção. Esse processo é conhecido por externalização.

No processo individual tradicional, o causador do dano de massa transfere o prejuízo para as vítimas. Estas sofrem o dano e padecem dos custos individualmente. Jones denomina este aspecto por “assimetria estrutural” em favor do réu.

Se pela externalização a empresa transfere prejuízos, mediante a agregação, tenta-se fazer o caminho inverso para internalizar esses prejuízos no réu.

Assim, para Jones, “a ótima *deterrence* será alcançada quando o total de custo do prejuízo for ‘internalizado’ pelo que causa o dano”.

Jones alega que “quando falamos de ilícitos de massa, nós estamos referindo-nos a situações em que um dano difuso resulta de uma decisão ou de uma série de decisões feitas centralmente, quase sempre decididas no curso da administração de uma empresa ou no estabelecimento de serviços estatais”. Da mesma forma, “condições

perigosas de trabalho” ou “discriminação racial podem ser ilícitos de massa se provêm de uma central de política de uma grande empregadora”. Nesse contexto, a *deterrence* surge como uma forma de “modificação do comportamento”.

Jones desenvolve a distinção entre os conceitos de compensação (ressarcimento) e *deterrence*. Pode existir uma *deterrence* sem compensação, como estabelecimento de figuras criminais, ou compensação sem *deterrence*, onde há estritamente a indenização. Há produtos que trazem em si um risco esperado. Isto significa que, socialmente, o benefício trazido pelo bem produzido justifica algum prejuízo social. Nessa situação, “a compensação é a medida de prejuízos não razoáveis”. O problema de futuras ações é de compensação e não de *deterrence*, “ pois a *deterrence* ótima pode ser alcançada sem o conhecimento da identidade dos futuros autores, ou talvez até a verdadeira extensão do dano”³⁹².

Ele diferencia a *deterrence* geral, que busca alterar antecipadamente o comportamento dos diversos sujeitos sociais e a *deterrence* específica, que tem a finalidade de alterar a conduta do réu para não reincidir.

³⁹² Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 85.

A ação coletiva deve visar à redução dos custos de acidentes de massa.

Para esse fim, o mecanismo de *deterrence* deve ter maior valor que o da compensação, deve ser pior que o pagamento de um seguro, para encorajar o investimento do réu em segurança.

Apesar de a noção de *deterrence* não ser desenvolvida no Brasil, Gidi³⁹³ lembra que o direito penal é utilizado como elemento dissuasivo e inibidor.

No âmbito do processo coletivo no Brasil, Shimura³⁹⁴ cita os meios intimidatórios que estimulam o credor a cumprir a obrigação, como a previsão de multa diária do artigo 84, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, essa multa não tem a natureza de *deterrence*, já que sua finalidade restringe-se a estimular o cumprimento de uma obrigação, mas não a uma mudança de comportamento. A multa somente tem incidência se a parte não cumprir a obrigação prevista.

No Brasil, ao invés de ressaltar a necessidade de efetivação do direito material, fala-se, com contornos aproximados, em efetividade do processo.

³⁹³ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 37.

³⁹⁴ Sérgio SHIMURA. *O papel da associação na ação civil pública*, p. 154.

Watanabe³⁹⁵ ressalta que a preocupação do legislador na elaboração do Código do Consumidor pautou-se pelo fornecimento de uma “instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo”.

Novos conceitos de legitimidade, interesses e coisa julgada foram elaborados com a finalidade de tornar efetiva a tutela processual dos direitos transindividuais.

No Brasil, entre os objetivos da ação coletiva, é importante destacar, ainda, a finalidade de estimular maior participação da sociedade civil. Essa é a razão da legitimidade atribuída às associações e aos sindicatos.

Há uma tradição na sociedade brasileira de dependência do “paternalismo do Estado”³⁹⁶. Com o desenvolvimento da complexidade social, surgiram os interesses sociais, que não são públicos, apropriados pelo Estado, nem são individuais. A ação civil pública experimentou essa emancipação da sociedade civil.

³⁹⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, Daniel Roberto FINK, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 780.

³⁹⁶ Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, Daniel Roberto FINK, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 781.

Esse objetivo não é mencionado pela doutrina norte-americana, porque culturalmente, a sociedade civil naquele país é mais participativa. E o próprio desenvolvimento da *class action* demonstra a preocupação em evitar que a ação seja entregue ao Estado ou às associações ou sindicatos de forma exclusiva.

4.4. Os requisitos da *class action*

Conforme foi supramencionado, a Regra 23 (a) prescreve quatro requisitos gerais para que uma ação possa ser qualificada coletiva³⁹⁷:

1) *joinder impracticability* ou *numerosity*: impraticabilidade de litisconsórcio ou numerosidade;

2) *commom question* ou *commonality*: questão ou questões comuns à classe;

3) *typicality*: o representante deve ter as mesmas pretensões que o grupo;
e

4) *adequacy of representation*: adequação do representante.

³⁹⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 15.

A doutrina costuma classificar os dois primeiros como requisitos objetivos, pois dizem respeito aos fatos³⁹⁸ ou à classe³⁹⁹; e os dois últimos, subjetivos, pois se constituem em atributos dos representantes⁴⁰⁰.

Além desses requisitos explícitos, a doutrina apresenta os seguintes requisitos implícitos:

1) a definição da classe⁴⁰¹, importante para que se possa identificar quem pertence a ela e estará sujeita à decisão. Klonoff⁴⁰² afirma que se deve evitar critérios que dependam de mérito, como uma definição que reconheça a classe segundo quem tiver sido discriminado. Deve-se igualmente evitar decisões de caráter subjetivo, tal qual uma classe formada por pessoas que estavam em determinado estado mental. É igualmente razoável

³⁹⁸ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 67-68.

³⁹⁹ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 61.

⁴⁰⁰ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 67-68.

Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 729-730.

⁴⁰¹ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 727.

⁴⁰² Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 41-50.

que a definição de classe não afaste um grande número de pessoas;

2) o representante deve ser parte da classe⁴⁰³; e

3) o direito do representante deve permanecer atual (*mootness*)⁴⁰⁴.

4.4.1. A impraticabilidade do litisconsórcio

O requisito da impraticabilidade de litisconsórcio ou numerosidade⁴⁰⁵ encontra-se previsto na Regra 23(a)(1) e sua origem remonta ao Bill of Peace do sistema de equidade inglês do séc. XVIII⁴⁰⁶.

Essa norma recebe diferentes feições nos demais países da *Common Law*. Alguns ordenamentos expressam-se exigindo “numerosas pessoas”, a Austrália requer um número específico de sete pessoas, a Província canadense de Ontário menciona dois ou mais indivíduos, e, por essa razão, Mulheron faz a crítica que essa quantidade torna

⁴⁰³ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 727.

Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 51-54.

⁴⁰⁴ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 55.

⁴⁰⁵ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 728.

⁴⁰⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 72,.

esse requisito irrelevante⁴⁰⁷.

Nos Estados Unidos, vários números são apresentados para implementar esse requisito, como trinta ou vinte e cinco pessoas. Já houve caso em que a Suprema Corte negou a certificação de ação coletiva com quinze empregados.

Na verdade, a impraticabilidade não significa impossibilidade, mas inconveniência. Diversos fatores além do quantitativo numérico podem justificar o implemento dessa condição. Um juiz pode certificar uma pequena ação de classe com apenas vinte ou quarenta pessoas como forma de acesso a justiça, se as pessoas forem hipossuficientes com reduzido valor de pretensões individuais⁴⁰⁸.

Outros fatores que podem ser relevantes são: a dispersão geográfica, a possibilidade de retaliação por parte do réu nas relações jurídicas continuativas (relações de emprego e franchising), o receio de exposição ao público, o ilícito possa atingir pessoas no futuro, a eficiência, a conveniência, a economia processual e a avaliação superficial do mérito da causa⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 115-116.

⁴⁰⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 115-116, 122-124.

⁴⁰⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 74-76.

Na propositura da ação, caso o candidato a representante não tenha certeza do número de vítimas, ele pode servir-se do mecanismo da *discovery*, que é um procedimento voltado à obtenção de informações. Segundo Gidi, a *discovery* só é limitada ao dinheiro que o advogado quiser gastar na causa. Contudo, é ônus do autor fornecer uma estimativa de boa-fé ao juiz⁴¹⁰, ressalvando que em muitas hipóteses, o próprio réu dispõe da lista com os membros da classe⁴¹¹. Jones⁴¹² assinala que o próprio réu tem bastante ganho de escala se as questões comuns a diversas pessoas são discutidas em uma única ação.

4.4.2. Questão comum

O segundo requisito encontra-se descrito na Regra 23(a)(2), que prescreve a exigência de questões comuns de fato e de direito ao grupo⁴¹³.

As questões comuns devem ser aquelas postas em litígio⁴¹⁴, que

⁴¹⁰ Antonio GIDI, A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 77.

⁴¹¹ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 122-124.

⁴¹² Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 86.

⁴¹³ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 728.

⁴¹⁴ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p.166.

coloquem todos em situação semelhante, e permita uma decisão unitária da lide⁴¹⁵.

Nos Estados Unidos, onde há diversas legislações estaduais decorrentes do federalismo, um mesmo fato pode estar sujeito a diversas questões de direito. Nesse caso, a ausência de questão comum de direito torna-se obstáculo à certificação de uma ação de classe nacional. Por essa razão, recorre-se à divisão da classe em subgrupos⁴¹⁶. Para Jones⁴¹⁷, a eficiência sugere que um advogado para várias subclasses tende a direcionar seus recursos para as questões comuns.

Jones observa que o ideal seria a existência de uma ação em um amplo espaço geográfico, pois “apesar de vivermos em um mundo de jurisdições geográficas”, as decisões empresariais de mercado, como o preço, não levam em consideração os espaços de cada jurisdição, mas um amplo território. A consequência é que se a indenização é viável em uma jurisdição, a vantagem da empresa é subsidiada pelos consumidores da jurisdição onde a viabilidade da ação é obstaculizada⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 76.

⁴¹⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 82.

⁴¹⁷ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 87.

⁴¹⁸ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 87-90.

A questão comum pode situar-se somente na defesa do réu, caso em que o juiz certifica uma ação coletiva parcial (*issue class action*).

A questão pode ser única.

As situações individuais não precisam ser iguais para todos os membros da classe. Em uma ação coletiva que trate de discriminação no trabalho, não afasta a questão comum o fato de cada empregado ter sido discriminado de diferentes formas ou ter sofridos diversos prejuízos⁴¹⁹.

As variações no tempo podem afetar o requisito da questão comum. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que os trabalhadores vítimas de amianto, que já desenvolveram moléstias não podem representar aqueles que no futuro venham a desenvolver sintomas de doença, pois aqueles não teriam interesses em obter indenizações menores com a finalidade de preservar a empresa para que mais adiante ela tenha capacidade de pagar indenizações aos que venham sofrer os efeitos vindouros da doença (*asbestos mass tort case*)⁴²⁰.

⁴¹⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 83-85.

⁴²⁰ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 180-186.

A divisão em subclasses, com base em questões comuns, é uma solução.

Entretanto, cada subclasse deve apresentar os mesmos requisitos da *class action* para ser certificada. Assim, em uma ação coletiva discriminatória, pode haver conflito entre os que não foram aceitos no emprego por discriminação e entre os que, mesmo sendo vítimas, estão empregados, em razão do número finito de empregos. Nesse caso, a divisão em subclasses se torna viável⁴²¹.

4.4.3. Tipicidade

O terceiro requisito das ações de classe norte-americana denomina-se tipicidade⁴²². Encontra-se previsto na Regra 23(a)(3). Essa norma determina que os pedidos ou as defesas dos representantes do grupo sejam típicos, isto é, os mesmos que os dos demais membros do grupo.

Por essa razão, Gidi registra ser necessário que o representante seja membro do grupo, participe nos mesmos interesses que os demais componentes da classe. Deve existir uma pretensão comum baseada nos mesmos fatos e fundamento jurídico⁴²³.

⁴²¹ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 180-186.

⁴²² Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 729.

⁴²³ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 88-93

Permanece alguma dificuldade na definição da tipicidade. Os requisitos das ações coletivas são relacionados de tal forma que, muitas vezes, a ausência de um significa a carência dos demais; e a presença de um, indício que os demais estejam presentes. Assim, há setores da doutrina chegam a afirmar que a tipicidade não tem significado próprio, sendo a mera duplicação dos requisitos questão comum e adequação do representante⁴²⁴.

Mulheron sugere que a tipicidade seja uma forma de o representante demonstrar a existência da classe, com interesse na ação⁴²⁵.

Questão interessante emerge em situações que envolvam múltiplos réus. É necessário que o autor representante tenha ação contra todas as empresas? Mulheron afirma que a resposta a esta questão implica tomar decisão entre duas teorias mencionadas por Morabito. Pela “*class standing*” – legitimidade da classe – embora o autor falhe em demonstrar sua legitimidade, ele ainda pode representar a classe. É uma independência entre as legitimidades individual e coletiva. Pela teoria da “*open door*”, a legitimidade é

⁴²⁴ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 89.

⁴²⁵ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 309-318.

uma porta aberta a quem tiver satisfeito os critérios de legitimidade. Nessa teoria, só terá legitimidade de representar a classe o autor que igualmente apresente a legitimação individual. Nos EUA, o critério é a tipicidade⁴²⁶. Portanto, para que possa existir um litisconsórcio passivo entre cinco empresas, é necessário que entre os representantes estejam pessoas que tiveram os direitos violados pelos cinco réus⁴²⁷.

Contudo, Mulheron apresenta as duas exceções conhecidas como *juridical links doctrine*, referidas por Henderson, que as cortes norte-americanas têm admitido. A primeira, denominada *concerted action*, consiste nas situações em que os prejuízos suportados pelas vítimas foram resultados de esquemas combinados pelos réus. E a segunda, *juridical link*, trata dos casos em que os réus são juridicamente relacionados de forma que o litisconsórcio passivo se justifica⁴²⁸.

Gidi exemplifica a aplicação do requisito da tipicidade no caso em que um ex-empregado represente uma *class action* para valer os direitos de ex-empregados e empregados do tempo em que trabalhava par ao réu.

⁴²⁶ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 144-145.

⁴²⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 97.

⁴²⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 158-159.

Esse ex-empregado não pode representar as reclamações ocorridas após a data de saída do emprego porque lhe faltará a tipicidade necessária ao representante⁴²⁹.

Como se pode observar, esse requisito, que não existe no ordenamento jurídico brasileiro, constituir-se-ia em barreira à legitimação do Ministério Público, associações ou sindicatos. Os legitimados brasileiros não precisam ser vítimas com base nos mesmos fatos e direitos que afligem aqueles que são por eles representados⁴³⁰.

4.4.4. Representatividade adequada

O quarto requisito da *class action* denomina-se representatividade adequada ou adequação do representante (*adequacy of representation*)⁴³¹. É igualmente designado por teste de vigorosa tutela pelo representante (*vigorous prosecution test*)⁴³², por ser uma análise qualitativa do representante⁴³³.

Aquele que representará a classe, no direito norte-americano é

⁴²⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 88-93.

⁴³⁰ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 97-99.

⁴³¹ Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 730.

⁴³² Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 99

⁴³³ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 99,105.

conhecido por “*representative party*”; no Canadá, “*representative plaintiff*”⁴³⁴.

Encontra-se previsto na *Federal Rule of Civil Procedure*, artigo 23(a)(4), com a seguinte redação: “os representantes protegerão justa e adequadamente os interesses do grupo”⁴³⁵.

Gidi afirma que a adequação do representante não é recente, nem exclusividade da *class action*⁴³⁶. Nestas, é o principal requisito a ser avaliado pelo juiz na opinião de parte da doutrina⁴³⁷.

A adequação do representante é apreciada pelo juiz no começo da ação, no momento da certificação como coletiva, mediante uma análise “prospectiva” na qual se avalia as condições do proponente de representar adequadamente a classe.

Contudo, esta questão não preclue, mas permanece sob a supervisão da

⁴³⁴ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 275-276.

⁴³⁵ Tradução do artigo de lei feito por Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 506.

⁴³⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 103.

⁴³⁷ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 109.

corde durante o processo inteiro⁴³⁸. Mesmo após o trânsito em julgado, o juiz pode, em análise “retrospectiva”, negar o efeito da coisa julgada pela ausência deste requisito⁴³⁹.

Gidi menciona o caso *Johnson v. Uncle Ben's*, no qual se discutiu discriminação em ambiente de trabalho em razão de cor (negros) e origem (latinos): “Como o representante do grupo concentrou as suas provas quase inteiramente na pretensão dos negros, não foi considerado um adequado representante dos latinos. Conseqüentemente, a sentença não fez coisa julgada para os últimos”⁴⁴⁰.

Para tornar ineficaz a coisa julgada, o juiz leva em consideração o tempo e o dinheiro que o réu despendeu na defesa da ação. Por essa razão, esse risco faz com que o réu zele pela representação adequada do grupo⁴⁴¹.

Mesmo assim, há, em parte da doutrina, um certo ceticismo de que o oponente alegue a inadequação do representante. Pois, para o réu é melhor que exista um

⁴³⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 276.

⁴³⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 102.

⁴⁴⁰ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 107.

⁴⁴¹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 102-103.

mau representante⁴⁴².

A importância desse requisito nos Estados Unidos decorre do fato que cada pessoa individualmente tem o direito de ser ouvido na corte, de ter um dia no tribunal. Essa manifestação deve ser qualificada “como um direito de acesso a outro maleável termo: ‘justiça’”⁴⁴³. Não como um direito de demandar, mas de ter os interesses representados por uma forma peculiar de representação: “a autonegação”⁴⁴⁴.

O direito individual de possuir um dia na corte impõe que os ausentes tenham os interesses protegidos: “ou a representação é adequada ou não houve representação”. A adequação é o mecanismo que respeita o devido processo legal constitucional em relação aos ausentes⁴⁴⁵.

Este quarto requisito das ações de classe tem por objetivos: a

⁴⁴² Jack H. FRIEDENTHAL, Mary Kay KANE, Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, p. 89.

⁴⁴³ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 76-77.

⁴⁴⁴ Owen FISS, *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, p. 240.

⁴⁴⁵ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 100-101.

Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law*, p.262-263.

minimização do risco de colusão, o rigor na conduta do representante e que os reais interesses das partes estejam sendo defendidos no juízo.

A colusão entre as partes não afeta o requisito da representatividade adequada, mas indica a inexistência de “efetiva disputa”, requisito de sede constitucional, cuja ausência elide a jurisdição do Estado⁴⁴⁶.

O autor representante age por si e em nome da classe que ele representa.

A idéia subjacente é que o representante defenda o interesse da classe, da mesma forma que cada interessado ausente faria se estivesse no processo⁴⁴⁷.

Para que o representante seja considerado adequado, são desejadas as seguintes qualidades: ausência de conflito de interesses, capacidade de representar fiel e adequadamente a classe e que possua o mesmo direito de ação que os demais membros da classe⁴⁴⁸.

4.4.4.1. Ausência de conflito de interesses

A ausência de conflito de interesses entre o autor representante e a

⁴⁴⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 108.

⁴⁴⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 100.

⁴⁴⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 275.

classe não é expreso na Regras Federais de Processo Civil, mas decorre da interpretação do dispositivo ora analisado, 23(a)(4), que prescreve que “o representante deve proteger razoável e adequadamente os interesses da classe”⁴⁴⁹.

O conflito de vê ser real, atual⁴⁵⁰ e dizer respeito às questões comuns discutidas no processo.

Mera competição geral entre os membros da classe, de modo que não afete as questões comuns, não abala a qualidade da representação. Casos em que empregados demitidos busquem a readmissão na empresa em um limitado número de vagas, afeta a representação. É o caso de discriminação, onde trabalhadores que tiveram o emprego negado, caso tenham a ação julgada procedente, entrarão em conflito com os trabalhadores que ocupam as vagas atuais. Por essa razão, não há possibilidade de haver um só representante para ambas as categorias de trabalhadores⁴⁵¹.

A mera variação no montante da indenização envolvendo o

⁴⁴⁹ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 276.

⁴⁵⁰ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 117.

⁴⁵¹ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 276-278.

Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 115.

representante e a classe ou mesmo a pretensão a diferentes provimentos (*remedies*) não afeta a adequação do representante. Assim, em um caso de discriminação de empregados, o representante pode pedir indenização aos que trabalham e aos despedidos e medidas anti-discriminatórias aos atuais empregados⁴⁵².

Pode afastar a adequação do representante a diferente maneira de provar os danos: pessoas que ficaram expostas a substâncias cancerígenas utilizarão de um mecanismo de prova diferente daqueles que desenvolveram câncer, bem como daqueles que perderam parentes com essa doença.⁴⁵³ Provavelmente, os que estiveram expostos à doença tentarão preservar a empresa de indenizações elevadas para que, no futuro, a empresa possa ter capital suficiente para novas reparações. Posição contrastante com as pessoas que já manifestam a doença⁴⁵⁴.

Outro caso de conflito entre o representante e a classe ocorre na hipótese em que o representante de uma ação trabalhista ou de consumo seja igualmente acionista

⁴⁵² Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 279, 282..

⁴⁵³ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 280-281.

⁴⁵⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.115.

da ré⁴⁵⁵.

O conflito de interesses torna-se evidente se o representante for parente do réu. Parentesco ou um relacionamento próximo com o advogado demonstra um potencial conflito, porque o autor poderia tomar medidas que beneficiasse não a classe, mas os honorários advocatícios.

Torna inadequado o representante que adote medidas que ocasione danos à classe. Mulheron registra, ainda, que sendo o autor representante em mais de uma ação de classe, e houver alguma interferência de modo que o sucesso de uma ação tenha algum efeito adverso sobre a outra classe, há o conflito de interesses⁴⁵⁶.

É importante assinalar que o mero conflito de interesses entre o autor representante e a classe não impede a certificação da ação de classe. Há técnicas para eliminação do conflito, porque a unanimidade é muito difícil ser alcançada. Na classe, pode haver pessoas que até concordem com a conduta do réu. Assim, o juiz pode restringir a ação à parte harmoniosa da classe, ou buscar alguma outra forma de garantir a

⁴⁵⁵ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 114-115.

⁴⁵⁶ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 283-284.

Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 115.

adequação⁴⁵⁷, como por meio da utilização de subclasses, procedimento de auto-exclusão (*opt-out*) e adição ou substituição de representante⁴⁵⁸.

4.4.4.2. Papel ativo da representação

Mulheron aponta que o representante, além de membro da classe, deve ter um papel ativo na representação dela. Um autor que abandone a representação nas mãos do advogado é inadequado. Entretanto, devido à complexidade dos casos, na prática forense americana, os representantes têm tido uma mínima participação, restringindo-se a uma supervisão. O autor representante deve compreender a ação⁴⁵⁹, ter os mesmos interesse da classe e manter os demais membros informados, não pode ter um passado de condutas anti-éticas ou ilegais. O equilíbrio é uma característica esperada dele, pois a atuação não pode justificar-se apenas em um espírito de vingança. É impróprio ainda ser um “autor profissional”, “envolvido em litígios anteriores” demonstrar um “padrão de abuso do sistema judicial”.

⁴⁵⁷ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 117-119

⁴⁵⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 287-288.

Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 115.

⁴⁵⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.108.

Questões de saúde, argumentos do tipo “muito doente ou muito velho” não tem impedido o preenchimento do requisito da representação adequada. Salvo problemas de ordem psicológica que impede o representante de tomar decisões. O aspecto financeiro do representante não tem sido obstáculo, especialmente em razão de medidas, como fundos públicos que amenizam o problema financeiro. Recentemente, há casos de indeferimento quando o representante não se dispuser a arcar com as despesas da notificação dos membros ausentes⁴⁶⁰.

4.4.4.3. Qualidade do advogado

Embora a Regra 23(a)(4) fale em partes, a sua aplicação foi estendida de modo a atingir o advogado⁴⁶¹.

A “vigorosa tutela pelo advogado” é avaliada pelo juiz em relação à classe, e não à figura do representante⁴⁶². A regra 23(g)(1)(C) apresenta um rol aberto de

⁴⁶⁰ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 290-299.

Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 115.

⁴⁶¹ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 108.

⁴⁶² Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.110-111.

questões a ser avaliadas pelo juiz para nomear o advogado, como a atuação anterior no processo para identificar as pretensões do grupo, a experiência, o conhecimento do direito aplicável, propostas de honorários advocatícios entre outros.

Gidi ressalta que a *class action* é um empreendimento do advogado, É ele quem “inicia, financia e controla a ação coletiva”⁴⁶³. O autor não dispõe de meios para financiar a ação. O advogado trabalha gratuitamente até o momento de fechar acordo, ocasião em que surge o conflito entre o advogado e a classe, máxime nas indenizações pequenas em que o alto honorário pode afetar o valor da indenização individual dos componentes do grupo⁴⁶⁴. Não existe a regra da sucumbência. Os advogados apenas recebem se ganharem a ação. Os honorários são retirados do fundo criado pelas indenizações com o resultado positivo da ação⁴⁶⁵.

Não é pacífico se um advogado pode ser membro da classe. O desejável

⁴⁶³ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 106.

⁴⁶⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 121-122.

⁴⁶⁵ Owen FISS, *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, p. 238-239.

é que o representante controle o advogado e vice-versa⁴⁶⁶.

Jones aduz que, embora não exista má-fé, pode haver colusão entre os advogados dos representantes e o réu, nas situações em que este procura com aqueles estipular um acordo “global”. Esta questão se repete quando há várias ações tentando a certificação como coletiva. Neste caso, pode se evidenciar uma “colusão estrutural” entre os autores e o réu, por meio de um estímulo a acordos para favorecer alguma certificação em detrimento dos interesses da classe⁴⁶⁷.

4.4.4.4. Partes ideológicas

Os sindicatos, assim como “grupos de defesa de consumidores, entidades de caridade, organizações não lucrativas, grupos ativistas de meio ambiente, entidades corporativas, organizações comerciais, um individuo consciente da injustiça de outros”, quando demandam uma ação representativa, são designados partes ideológicas, porque “não dispõem de ação privada ou queixa contra o réu”.

Essa modalidade de legitimidade caracteriza-se por ser uma espécie de

⁴⁶⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 123.

⁴⁶⁷ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 91-92.

representação (*representational standing*) da associação em relação a seus membros.

A Suprema Corte dos Estados Unidos⁴⁶⁸ estipulou os seguintes requisitos: que os afiliados da associação tenham o direito de ação (de ingressar com a demanda), a conexão do interesse dos titulares do direito com o objetivo da associação e que não seja necessária a presença dos afiliados.

Essa modalidade de legitimidade, que não é expressa no direito norte-americano, derroga o requisito da tipicidade, já que as associações não são titulares dos mesmos interesses e defesas que a classe. Por outro lado, a pretensão restringe-se a provimentos de natureza declaratória ou mandamental. Para pedidos de indenização, é necessário que a associação seja, semelhantemente aos demais, titular de tal pretensão⁴⁶⁹.

Jones declara que “do ponto de vista puramente econômico, nosso sistema opera essencialmente com o pressuposto de que as decisões econômicas são melhores quando tomadas pelos verdadeiros donos da propriedade e não por terceiros’ ignorando que atores econômicos mais poderosos em ‘nosso sistema’ – corporações,

⁴⁶⁸ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p.305

⁴⁶⁹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 126-127.

governos, organizações sindicais, fundos de investimentos – empregam gestores especializados para elaborar ‘decisões econômicas’ em nome de indivíduos⁴⁷⁰.

Dentre as vantagens dessa representação, Mulheron ressalta o maior acesso a justiça entre os representados, esse modelo evita retaliações, em ambientes de escassa instrução, talvez somente estas associações tenham possibilidade de representação e podem dispor de mais recursos financeiros e técnicos.

Gidi consigna que a presença de uma parte ideológica aumenta o poder de barganha, embora não possa representar os demais que não sejam associados⁴⁷¹.

Associação, sindicato ou membros da classe podem, ainda, financiar a ação. Em geral, esse papel é desempenhado pelos escritórios de advocacia⁴⁷².

Como desvantagens, Mulheron aponta que se a parte ideológica não é membro da classe, todo o processo parte deficiente no quesito de legitimidade. Em locais onde não está prevista essa legitimidade, como Ontário, não foi percebido prejuízo em razão de sua ausência. A possibilidade de alteração no regime das ações de classe para que

⁴⁷⁰ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 74.

⁴⁷¹ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 126-127.

⁴⁷² Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.109-110.

se permita um não membro da classe, como representante ideológico, seja autor da demanda é uma medida impopular. Na Província British Columbia, do Canadá, é prevista essa legitimidade “somente se necessário para evitar uma injustiça substancial à classe”, mas foi raramente utilizada⁴⁷³.

4.5. Hipóteses de *class action*

A ação coletiva, além de cumprir os quatro requisitos previstos na Regra Federal de Processo Civil 23(a): impraticabilidade de litisconsórcio ou numerosidade, questões comuns à classe, tipicidade e adequação do representante, deve incidir em alguma das três hipóteses previstas na Regra 23(b).

A Regra 23(b)(1) é de “reduzida utilização prática”, a b(2) obteve relevância na década de sessenta e setenta, durante o apogeu do movimento contra a discriminação. Conforme afirma Gidi, “o seu estado de decadência, porém, é o fruto do seu próprio sucesso”. Essas ações buscam de modo prevalente obrigações de fazer ou não fazer, “pretensões de caráter declaratório ou injuntivo” e não, indenização⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p.303-308.

⁴⁷⁴ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.142-143.

Há uma presunção que nessas hipóteses a classe é mais coesa. Por essa razão, a participação na classe é compulsória⁴⁷⁵.

A ação prevista na hipótese b(3) é conhecida por *class action for damages*. Passou a ter grande utilização a partir da década de noventa. Tem finalidade predominantemente indenizatória⁴⁷⁶. Por essa razão, há liberdade para os que assim desejarem, procedam a auto-exclusão da classe (*right to opt out*).

Há dois regimes de participação da classe. Pelo *opt in*, a pessoa interessada toma medidas para se tornar parte da classe para ao final ser abrangida pela sentença judicial. Mediante o *opt out*, mais adotado nas jurisdições da *common law*, a pessoa é membro da classe, a menos que ela tome medidas para que seja excluída. Tem duas etapas: primeiro são notificados, depois manifestam o desinteresse em participar da ação⁴⁷⁷.

Jones⁴⁷⁸ assinala que em um regime de direito público (*public law*), o

⁴⁷⁵ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 31.

⁴⁷⁶ Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 140-146.

⁴⁷⁷ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 29-34.

⁴⁷⁸ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 78-79.

objetivo da notificação é o cumprimento do dever de comunicação, bem como uma critério de aferição do interesse do representante. Dessa forma, é importante que o autor representante demonstre que tomou medidas de divulgação, notificou uma parcela dos envolvidos e que sua representação não está sendo abusiva⁴⁷⁹.

Em um modelo de direito privado (*private law*), prevalece o interesse de cada envolvido ausente em ser notificado, com o conseqüente encarecimento do processo⁴⁸⁰

Nas *class actions for damages*, é necessário a notificação individual dos componentes do grupo e existe a possibilidade de auto-exclusão. A Suprema Corte dos Estados Unidos definiu que a notificação deveria ser individual no caso *Eisen vs Carlisle & Jacquelin*. Fiss⁴⁸¹ atribui essa decisão ao momento conservador pelo qual

Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 262.

⁴⁷⁹ Owen FISS, *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, p. 241-249.

⁴⁸⁰ Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 78-79.

Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 262.

⁴⁸¹ Owen FISS, *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, p. 241-249.

passava os Estados Unidos na metade dos anos setenta, quando essa decisão foi tomada. A consequência para o financiamento privado da ação é agravado.

Aproximadamente, é possível comparar os direitos difusos e coletivos com a hipótese de class action sob a rubrica de número b(2), enquanto que a hipótese prevista na (b)(3) seria equivalente aos interesses individuais homogêneos⁴⁸².

A regra 23(b)(3) exige, além dos requisitos gerais de toda ação de classe, dois requisitos específicos para a *class actions for damages*, ação coletiva indenizatória: a predominância e superioridade.

Em relação ao requisito da predominância, a Regra 23(b)(3) dispõe que as questões comuns de fato e de direito devem predominar sobre as questões individuais. A prevalência estará presente se a solução da questão comum resolver as responsabilidades e direitos das partes. Há outros critérios que auxiliam a constatação da predominância, como a comparação entre o número de questões comuns e individuais, ou o tempo que levará para resolver a questão comum em relação às individuais⁴⁸³.

⁴⁸² Eduardo Henrique Raymundo von ADAMOVICH, *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo, p. 62.

⁴⁸³ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 196-200.

Segundo Mulheron, a superioridade exige que a Corte decida se a ação de classe é uma forma superior a outros mecanismos para a solução do conflito. Assim, um valor individual de indenização irrisório indica que a ação individual é uma alternativa inviável e, portanto, inferior à ação de classe. Um elevado valor individual de indenização pode impedir a certificação sob o argumento que cada pessoa preferirá zelar por seu próprio dinheiro, embora haja argumento que a Regra 23 não impõe limitações a reparações em valores monetários superiores.

Para alguns tribunais, a existência de muitas ações pode indicar que os autores preferem exercer a titularidade da ação; para outros, que a ação de classe é necessária. A ausência de ações pode se tornar igualmente motivo de não certificação.

A crítica que se faz em relação à superioridade é que ela permite discricção demais ao Juiz⁴⁸⁴.

A Regra 23(b)(3) estabelece quatro critérios para o juiz tomar em consideração para decidir sobre a presença da superioridade: “(A) o interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a propositura ou defesa de ações individuais

⁴⁸⁴ Rachael MULHERON, *The class action in common Law legal systems*, p. 220-237.

separadas; (B) a amplitude e natureza de qualquer litígio relacionado à controvérsia já ajuizado por ou contra os membros do grupo; (C) a conveniência ou inconveniência de concentrar o julgamento de todas as pretensões num determinado juízo; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração dessa ação coletiva”⁴⁸⁵.

4.6. Aplicação da *class action* em casos de discriminação no trabalho

A norma que regula a *class action* nos Estados Unidos, a *Federal Rule of Civil Procedure 23*, é exclusivamente processual, com aplicação nos diversos ramos do direito, inclusive no trabalhista⁴⁸⁶.

Para exemplificar ao menos um dos temas em que as ações de classe foram bastante utilizadas, será abordada a questão da discriminação no trabalho.

Um artigo publicado no jornal *Star Tribune*⁴⁸⁷, das cidades gêmeas *Minneapolis* e *St Paul*, Serres narra o aumento de reclamações de discriminação religiosa

⁴⁸⁵ tradução feita por Antonio GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 507.

⁴⁸⁶ Mary Kay KANE, *Civil procedure in a nutshell*, p. 259.

Ada Pellegrini GRINOVER, Kazuo WATANABE, Linda MULLENIX, p.262-263.

Craig JONES, *Theory of Class Actions*, p. 14.

⁴⁸⁷ Chris SERRES, *On the job, their way*, p. A1,A10.

no trabalho por parte dos somalis muçulmanos na Agência Americana de Igualdade de Oportunidade no Emprego, *U.S. Equal Employment Opportunity Commission*, especialmente após o atentado nas torres gêmeas de New York em 11 de Setembro de 2001.

As divergências envolvem desde os uniformes até a oração. As mulheres, que usam trajes típicos de sua cultura, recusam-se a vestir as roupas determinadas pela empresa, especialmente as calças ocidentais. As empresas alegam que as tradicionais vestimentas são fatores de risco perto de máquinas. Em relação às orações, a reportagem informa que os muçulmanos rezam cinco vezes ao dia entre o nascer e o por do sol. As empresas alegam que essa interrupção para orar atrapalha o trabalho, sendo que esse horário varia de acordo com as mudanças diárias do sol (inverno/verão) de modo que não é simples estipular uma pausa para oração na empresa. Por outro lado, os religiosos alegam que a oração não dura mais que um intervalo para ir ao banheiro, o que não é proibido. Há outros pequenos casos de ordem religiosa, como de caixas de mercado que se recusam a manusear produtos que envolvam carne suína ou motorista de taxi que não transporta pessoas que ingeriram álcool.

Enfim, o texto encerra mencionando casos de empresas com sucesso no

treinamento dos empregados de diferentes culturas, superando barreiras como a de homens que têm dificuldade em receber ordens de mulheres, ou mesmo brigas no ambiente de trabalho entre membros originários de tribos ou etnias rivais.

O artigo registra a utilização de *class action*, e contextualiza a complexidade da sociedade norte-americana, onde essa ação coletiva tem sido aplicada.

Em relação ao ordenamento jurídico, algumas normas podem ser mencionadas em razão de já terem sido aplicadas no âmbito das ações de classe, como o Título VII da Lei de Direitos Civis (*Title VII of Civil Rights Act of 1964*), o qual trata de discriminação no emprego em razão de raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade. A legislação aborda tanto a discriminação intencional ou efeitos discriminatórios de práticas aparentemente neutras (*disparate impact*), tais como diferenças em salários ou em promoção. Há previsão de indenização⁴⁸⁸. Há outras normas de proteção como a de apoio aos deficientes (*Americans With Disabilities Act of 1990 – ADA*) ou à discriminação no emprego por idade aos maiores de quarenta anos (*Age Discrimination in Employment Act*

⁴⁸⁸ Robert H. KLONOFF, Edward K.M. BILICH, *Class actions and other multi-party litigation : cases and materials*, p. 836-837.

of 1967).

É importante assinalar que, conforme o que já foi dito, a violação do direito deve incidir sobre um número razoável de pessoas a fim de que a ação possa ser certificada, segundo os requisitos da Regra Federal 23, como coletiva. Por essa razão, adquire relevância diferentes mecanismos de prova.

Inicialmente, as ações de classe utilizaram as provas estatísticas para demonstrar discriminação de forma estrutural. Por meio delas, verificavam que uma empresa pagava diferentes faixas salariais, ou promoviam menos, as pessoas de determinada classe (etnias, gênero ou outro fator).

A defesa da empresa era igualmente estatística. Esta procurava desqualificar a análise do autor utilizando, para tanto, a estatística de diferente espaço geográfico abrangido pela empresa, ou de algum setor específico para demonstrar que não era política da empresa discriminar determinada classe.

Com o passar do tempo, as empresas passaram a empregar diferentes classes, etnias e gêneros, inclusive nos cargos elevados, de forma representativa. Assim, a importância da prova de uma discriminação estrutural mediante provas estatísticas cedeu

espaço para a prova de desvio de conduta do autor de discriminação. A doutrina norte-americana denomina esses casos de “segunda geração”⁴⁸⁹.

Esses pequenos relatos demonstram o poder e a conseqüente polêmica que as ações de classe atingiram nos Estados Unidos.

4.7. Conclusão

O sistema norte-americano da *class action* é muito diferente do modelo adotado na ação civil pública brasileira. Lá, prevalece a idéia de que um particular, ao zelar pelo seu próprio direito, pode promover um bem maior, tutelando os direitos dos outros indivíduos. No Brasil, prepondera a força do Estado, como o promotor natural dos direitos coletivos, embora exista previsão em lei para a legitimação de entes privados.

O requisito da representatividade adequada é um requisito geral de qualquer *class action*. No Brasil, existe risco de que o requisito representatividade se converta em mais um incentivo aos legitimados públicos e barreira aos legitimados privados, caso exista presunção de que os legitimados estatais são representantes

⁴⁸⁹ William T. BIELBY, Pamela COUKOS. "Statistical dueling" with unconventional weapons: what courts should know about experts in employment discrimination class actions, p. 1567-1568.

adequados dos ausentes no processo, isto é, que os legitimados públicos estejam dispensados de comprovação de sua qualidade; ao mesmo tempo em que os legitimados privados estejam sujeitos a uma análise de sua capacidade como representante.

A doutrina brasileira já sinaliza nesse sentido, quando afirma que somente as associações devem estar sujeitas ao critério da pré-constituição e da pertinência temática, como um reflexo daquele requisito no sistema processual brasileiro.

Em relação aos sindicatos, a situação se agrava, por causa da unicidade sindical. Talvez o conceito de representatividade adequada perca o sentido, já que o universo de representantes se limita a um. Caso o único sindicato legitimado ao caso concreto não seja considerado adequado, restará ao Ministério Público do Trabalho assumir a titularidade da ação. Outra alternativa seria a permissão aos entes de grau superior, como a federação ou confederação, caso os mesmos demonstrem interesse na causa e sejam confirmados como representantes adequados.

Apesar de os objetivos buscados pela *class action*, a economia judicial, o acesso a justiça e a efetivação do direito material encontrarem-se presentes na a ação civil pública, não há uma sensibilização a respeito de seus benefícios. Basta verificar a

energia jurídica despendida com os milhares casos de expurgo inflacionário do FGTS pelos planos econômicos do governo federal, que poderiam ser decididos em apenas uma *class action*, com algumas subclasses, caso a ação civil pública ou coletiva estivesse mais desenvolvida no Brasil.

Os autores representantes em cada sistema jurídico são intrinsecamente diferentes. No Brasil prevalecem os órgãos públicos e as partes ideológicas, dentre as quais, o sindicato. Nos Estados Unidos, os representantes são algumas das vítimas.

Essa disparidade já demonstra que o requisito da representatividade adequada terá um conteúdo diferente em cada sistema jurídico, já que sua incidência se dará em sujeitos que ocupam situações diversas em relação aos ilícitos.

Apenas para ilustrar, a análise da pertinência temática só faz sentido se os representantes são partes ideológicas. Para o representante norte-americano pessoa física, esse conceito perde significado.

No caminho inverso, o representante norte-americano deve ser vítima, membro da classe, questão irrelevante nas situações em que os representantes são órgãos do Estado, como o Ministério Público, ou mesmo os sindicatos.

Enfim, dadas as diferenças entre os dois sistemas, a única semelhança entre o requisito da representatividade adequada nos Estados Unidos e no Brasil seria a atribuição do encargo ao juiz de conferir a aptidão do representante para a tutela dos direitos de terceiros. O conteúdo dessa aptidão, no Brasil, entretanto, é ainda um ponto em discussão.

CONCLUSÕES

1. O desenvolvimento da ação civil pública ampliou-se da proteção de um campo restrito de interesses sob a legitimidade do Ministério Público para uma abertura a interesses diversificados sob um rol mais amplo de legitimados. Assim, a ação civil pública passou a ser admitida perante a Justiça do Trabalho, e o sindicato teve sua legitimidade reconhecida.

2. A legitimidade sindical para a ação civil pública ampara-se na previsão constitucional do artigo 8º, inciso III, e na autorização concedida de forma genérica às associações na Lei da Ação Civil Pública, artigo 5º, inciso V e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso IV.

3. O regime do processo coletivo assenta-se no microsistema formado por duas leis, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública. Esse sistema dualista de Leis permitiu que parte da doutrina propusesse a existência de um regime formado pela ação civil pública e pela ação coletiva, com repercussões no objeto tutelado e na legitimidade das partes. Em sentido contrário, as Leis também autorizam um conceito unitário de ação. O modelo de ação coletiva nos Estados Unidos, a *class action*, a

maior influência estrangeira na ação civil pública, tem por base a premissa de que a ação coletiva é única, e não mais uma a que o réu terá que responder.

4. A legitimidade do sindicato na ação civil pública sofre o impacto de duas tendências opostas. Pela primeira, a origem da ação civil pública como instrumento de atuação do Ministério Público marcou o seu posterior desenvolvimento. Parte da doutrina tem cautela em estender pura e simplesmente a aplicação da ação civil pública aos entes privados. Pela segunda, o sindicato encontra-se em um longo período de transição do modelo corporativista para um regime de liberdade sindical. Assim, há uma dificuldade de compatibilizar o conceito de categoria com os interesses transindividuais.

5. O Código de Defesa do Consumidor organizou os interesses em três categorias: os interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Os interesses difusos são os que geram maior oposição da doutrina em relação à legitimidade sindical, em razão de sua amplitude quando comparado com a noção de categoria.

6. Com base no Princípio Democrático, que postula o desenvolvimento da sociedade, é possível conceber a tutela dos interesses difusos pelos sindicatos mediante a ação civil pública. Outrossim, a Teoria dos Direitos Fundamentais, ao unificar o conceito

de cidadão, trabalhador e ser humano, favorece a equiparação entre os direitos do cidadão enquanto trabalhador, e, como consequência, do sindicato, enquanto associação. Dessa forma, torna-se mais um argumento favorável à defesa dos interesses difusos pelo sindicato.

7. A situação legitimante ordinária nos direitos individuais é a relação de pertinência da relação material controvertida posta no processo. Ela justifica a legitimidade de quem ocupa o papel de parte no processo. Na ação civil pública, a situação muda, porque, como regra geral, o legitimado coletivo é um terceiro em relação ao direito material discutido no processo.

8. Conforme o critério adotado, a legitimidade coletiva será extraordinária, considerando que o legitimado representa interesses de terceiros; ordinária, na medida em busca a consecução do objeto social da entidade; e autônoma, caso se abstraia dos critérios anteriores. A legitimação coletiva é ainda a legitimidade concorrente, porque há vários legitimados autorizados pela Lei; exclusiva, pois a legitimidade tem que estar disposta na Lei; e disjuntiva, já que entre os autorizados não existe relação de hierarquia para a propositura da demanda.

9. A doutrina entende razoáveis os requisitos da pertinência temática e o período de pré-constituição da associação; mas considera obstativos da demanda coletiva os requisitos que exigem a autorização assemblear e a individualização dos substituídos.

10. A *class action* é uma ação muito antiga no ordenamento norte-americano e já desempenhou papel relevante como forma de regulação social. Um de seus requisitos, a representatividade adequada, envolve a análise da aptidão do legitimado para a tutela de direito próprio e de terceiro pelo juiz. Esse requisito é geral, deve existir em toda e qualquer *class action*. No Brasil, questiona-se a existência desse requisito. A maior parte da doutrina entende que esse critério foi adotado na Lei; em relação ao sindicato, na Constituição, no artigo 8º, inciso III. Nesse caso, é melhor reconhecer que este requisito não se encontra vigente no Brasil, porque ele não apresenta nenhum elemento em comum com a representatividade adequada. Este requisito somente pode ser avaliado em relação ao legitimado no caso concreto pelo juiz, ainda que a diferença da legitimação na ação civil pública (ação proposta por terceiro) e na *class action* (ação proposta pela vítima) resulte na adoção de critérios diversos para a avaliação. Parte da doutrina sugere que a análise da pertinência temática e da dispensa ou não do prazo de pré-constituição é um mecanismo de

verificação da representatividade adequado no Brasil. Contudo, corre-se o risco de esse requisito ser aplicável somente em relação às associações e sindicatos.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In Rodrigo Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 28-64.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/Idesp/Educ, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. In: *Temas de Direito Processual – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BELFORT, Fernando José Cunha. *Substituição processual e sindicato no direito do*

trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

BELTRAN, Ari Possidonio. A relação do Direito do Trabalho com os demais ramos da Ciência Jurídica. In: Marcus Orione Gonçalves Correia (Org.). *Curso do Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, v. I, p. 155-167, 2007.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: Globalização e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BIELBY, William T.; COUKOS, Pamela. "Statistical dueling" with unconventional weapons: what courts should know about experts in employment discrimination class actions. *Emory Law Journal*, v. 56, n. 6, p. 1563-1612, 2007.

BLACK'S LAW DICTIONARY. GARNER, Bryan A. (editor-chefe). 8. ed. St Paul: Thompson/West, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O acesso à justiça no Plano dos Direitos Humanos. *in* Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (organizador). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 1-9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*.

Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice*. Milão: Giuffré, vol. I,

Livro I, 1978.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: Tutela coletiva de Direitos pelo Ministério*

Público: Uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

CD Júris Síntese IOB nº 73, Set-Out/2008

CLAPP, James Edward. *Randon House Webster's Dictionary of the Law*. New York:

Random House, 2000.

CÔRTEZ, Oscar Mendes Paixão. Ação civil pública: considerações sobre a legitimidade

do Ministério Público do Trabalho e a impugnação às decisões judiciais. In Rodrigo

Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora

Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 528-535.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v.1. Rio de

Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas

passivas (o art. 82 do CDC). In Rodrigo Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 96-105

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Salvador: Edições JusPODIVM, v. IV, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, v. II, 2005.

DUBINSKY, Paul R. Justice for the Collective: The Limits of the Human Rights Class Action. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 102, n. 6, p. 1152-1190, mai. 2004.

FAIRBROTHER, Peter; STEWART, Paul. The Dilemmas of Social Partnership and Union Organization: questions for British Trade Unions. In: *Trade Unions in Renewal*. Peter Fairbrother e Charlotte A. B. Yates (edit.), London-New York: Continuum, p. 158-179, 2001.

FAIRBROTHER, Peter; YATES, Charlotte A. B.. “Unions in Crisis, Unions in Renewal?”. In *Trade Unions in Renewal*. Peter Fairbrother e Charlotte A. B. Yates (editores), London-New York: Continuum, p. 1-31, 2001.

FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo:

LTr, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v.1, 1989.

FIELD, Richard H.; KAPLAN Benjamin; CLERMONT Kevin M. *Materials for a basic course in civil procedure*. 7. ed. Westbury: Foundation Press, 1997

FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles; Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*. In Rodrigo Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 66-80.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R.. *Civil Procedure*. St. Paul: West Publishing CO., 1985.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: Art.

5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Coleção Estudos de Direito de Processo

Enrico Tullio Liebman – vol. 56. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: As ações

coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

LTDA, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*: A codificação das ações

coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*.

15. ed. rev. e atual. conforme a EC n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. In GRINOVER, Ada

Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.24-41.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública e ação em que a entidade associativa

representa seus filiados. Defesa coletiva e individual. Incongruência lógica entre a

narração dos fatos e a conclusão. Pedido juridicamente impossível. Ilegitimidade ativa.

Inversão do ônus da prova. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio

de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.360-374.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. Constitucionalidade da legitimação ativa do MP. O fundamento da legitimação das associações. Inexistência de imposição de um direito aos beneficiários. A eficácia da sentença em âmbito nacional. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.423-441.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.97-114.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.124-137.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.3-23.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK,

Daniel Roberto; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev. amp. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. XIII Congresso Mundial de Direito Processual . Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema n. 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In Rodrigo Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 108-139.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O fio de Ariadne do sindicato: a substituição trabalhista. In Marco Antônio Villatore, Roland Hasson (Coord.). Ronald Silka de Almeida (Organ.). *Direito Constitucional do Trabalho vinte anos depois: Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 513-527.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da*

Alemanha. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JONES, Craig. *Theory of Class Actions*. Toronto: Irwin Law Inc., 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa.

Direito Processual do Trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, t. 2.

JÚRIS SÍNTESE IOB - CD: Legislação atualizada e consolidada até 06.06.2008. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, 2008.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

KLONOFF, Robert H., BILICH, Edward K.M.. *Class actions and other multi-party litigation: cases and materials*. St. Paul: West Group, 2000.

KOCHER, Eva. *A ação civil pública e a substituição processual na Justiça do Trabalho: “Verbandsklagen” no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.

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

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

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concorrência de ações coletivas sobre um mesmo *thema decidendum*. In Ives Gandra Martins, Francisco Rezek (Coord.). *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: CEU – Centro de Extensão Universitária, Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2008, p. 471-491.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANNRICH, Nelson. A Administração Pública do Trabalho em face da Autonomia Privada Coletiva. In Estêvão Mallet, Luiz Carlos Amorin Robortella (Coord.). *Direito e Processo do Trabalho: Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996, p. 541-553.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A litispendência e a substituição processual no processo do trabalho: ação ajuizada pelo sindicato na condição de substituto processual e ação

distinta ajuizada pelo empregado substituído com mesmo pedido. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: Magister Editora, v. 74, n. 3, p.43-46, jul./set. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Melchiades Rodrigues; FERRARI, Irany. *Consolidação das Leis do Trabalho: Doutrina-Jurisprudência Predominante e Procedimentos Administrativos: Segurança e Medicina do Trabalho – artigos 154 a 201*. São Paulo: LTR, v. 3, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: Doutrina e prática forense*. 27. ed. atualizada até 31/12/2006. São Paulo: Editora Atlas S.A.: 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 5. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A ação coletiva induz litispendência para a ação individual no processo do trabalho? Breves reflexões para o debate. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre: Magister Editora, v. 74, n. 3, p.35-42, jul./set. 2008.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo, LTr, 2004.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 7, n. 28, p. 7-19, out./dez. 1982

MULHERON, Rachael. *The class action in common Law legal systems: A comparative perspective*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, n. 97, p. 7-10, mai. 2008

NEGT, Oskar. *Wozu noch Gewerkschaften?*. Göttingen: Steidl Verlag, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. Ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In Rodrigo Mazzei, Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 82-93.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. rev. amp., São Paulo: Ltr, 2008.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos e atuais do dano moral coletivo decorrente da relação de trabalho. Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro; Márcio Mendes Granconato (Coord. Cient). *Revista da Escola Paulista de Direito*. Campinas: Millennium Editora LTDA, Ano IV, n. 4, mar/abr. 2008, p. 299-315.

SERRES, Chris. On the job, their way. *Star Tribune*, Minneapolis-St. Paul, 15 jun.

2008, p. A1, A10.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In Rodrigo Mazzei,

Rita Dias Nolasco (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin

do Brasil, 2005, p. 142-170.

SILVA, Marcello Ribeiro. *Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho*. Ribeirão Preto:

Nacional de Direito Livraria Editora, 2001.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*. Curitiba:

Juruá, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima.

Instituições de Direito do Trabalho. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind, Lima

Teixeira. São Paulo: LTr, v. 2, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*. Revista LTR:

Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 59, n. 2, p. 182-184, fev 1995.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo:

Editora Atlas, 1999.

RESUMO

O regime da ação civil pública baseia-se no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública.

A legitimidade sindical fundamenta-se na previsão constitucional do artigo 8º, inciso III, e na autorização concedida de forma genérica às associações na Lei da Ação Civil Pública, artigo 5º, inciso V e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso IV.

O Código de Defesa do Consumidor organizou os interesses em três categorias: os interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Os interesses difusos são os que geram maior oposição da doutrina em relação à legitimidade sindical, em razão de sua amplitude quando comparado com a noção de categoria.

Mas é possível fundamentar a legitimidade sindical em relação aos interesses difusos com base no Princípio Democrático e na Teoria dos Direitos Fundamentais.

No processo coletivo, a regra geral é que o legitimado é um terceiro em relação ao direito material discutido no processo. A legitimação é concorrente, exclusiva e

disjuntiva.

A doutrina aceita os requisitos da pertinência temática e o período de pré-constituição da associação; mas considera obstativos da demanda coletiva os requisitos que exigem a autorização assemblear e a individualização dos substituídos.

No Brasil, questiona-se a existência do requisito da representatividade adequada da *class action*. Este requisito somente pode ser avaliado em relação ao legitimado no caso concreto pelo juiz, mas muitos entendem que a legislação já fez essa avaliação ao autorizar abstratamente a legitimação. A doutrina assinala, ainda, que esse requisito somente será aplicável em relação às associações e sindicatos.

ABSTRACT

The civil public action was governed by Code of Protection of the Consumers and the Law of Civil Public Action.

The standing to sue of the labor union in the civil public action was accepted by the article 8º, III from the Brazilian Constitution and by a generic allowance to associations at the article 5º, V of the Law of Civil Public Action and the article 82, IV, of Code of Protection of the Consumers.

The Code of Protection of the Consumers creates three kind of general interests: diffuse, collective and homogeneous individual interests. There is opposition again standing to sue of the labor union relative to the diffuse interest, because that kind of interest is more widely spread out than the labor class that the labor union represents.

The standing to sue of the labor union in the case of the diffuse interest is based on the Democratic Principle and the Human Rights Theory.

In the collective suit, the general rule is that the party to suit is a third one in relation with the person that is connected with the substantive law effects. The standing to sue in the civil public action is considered free to all of the collective players

that are mentioned by the law, without any hierarchy among them.

About the requirement imposed by the Law, doctrine accept the thematic pertinence and the time of one year of the settlement of the association; but take as obstructive the requirements that impose the name of members of the group and the permission decided in special meeting of the labor union or civil association.

There is doubt about the existence of the requirement of the adequacy of representation, from the American class action, in the civil public action. That requirement must be analyzed by the judge, but most of the doctrine affirms that the adequacy of representation was made by the lawmaker when they choose which one would have the standing to sue. Most of the doctrine asseverates that the adequacy of representation is necessary only for the private entities.