

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

DENIS RODRIGUES EINLOFT

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS  
DOS TRABALHADORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São Leopoldo

2010

DENIS RODRIGUES EINLOFT

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS  
DOS TRABALHADORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de Mestre, pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2010

Ficha catalográfica

E35n	Einloft, Denis Rodrigues	
E35nEinloft	<b>Novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores no Estado Democrático de Direito / por Denis Rodrigues Einloft. – 2010.</b>	s no
No	133 f. : 30cm.	
E	Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.	ma de
P	“Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro”.	
5	1. Tutela coletiva. 2. Processo civil. 3. Processo do trabalho.	J347.955
	4. Jurisdição. 5. Trabalhador – Direitos sociais. I. Título.	34:316 34:331

Catálogo na Fonte:  
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**Novas perspectivas para tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores no estado democrático de direito**", elaborada pelo mestrando **Denis Rodrigues Einloft**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 31 de março de 2010.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo

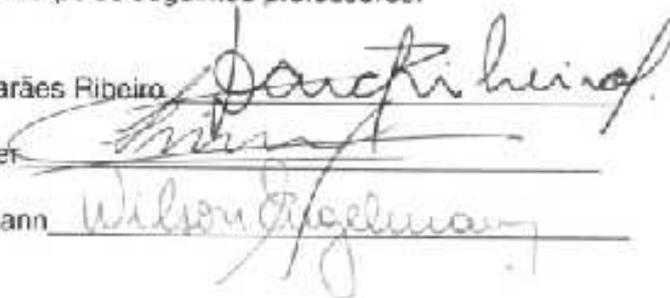
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darcy Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Gilberto Stürmer

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Àqueles que, como eu, não se conformam com a desigualdade social.  
Aos meus pais Luiz Carlos e Margareth.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pela incomparável atenção e orientação dedicada para o desenvolvimento deste trabalho e por ter me demonstrado novas possibilidades para a compreensão do Direito.

À CAPES, pela bolsa concedida, a qual possibilitou a realização do curso de mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos pela oportunidade concedida e aos professores que me permitiram desvelar um novo horizonte para o estudo da ciência do direito.

Aos grandes amigos e amigas que fiz nesses dois anos de convívio, em especial um agradecimento à Gabrielle Kölling, pela incomparável ajuda e estímulo, o mesmo valendo para a Noeli Fernandes, sempre encantadora e motivadora. À Secretária do PPG-Unisinos, nas pessoas da Vera Loebens e da Simone Vidal, sempre atenciosas e comprometidas para o sucesso do Programa.

Aos colegas de trabalho, pelo estímulo e, principalmente, pela compreensão ante minhas ausências no curso desses dois anos, o que agradeço em especial ao Antonio Carlos Maineri, João Miguel Catita e Milton Munhoz Camargo, exemplos de dedicação e amor ao Direito do Trabalho.

Aos amigos, pela compreensão das minhas ausências e pelo estímulo ao estudo.

*Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.*

*Montesquieu  
(Do Espírito das Leis, Livro XI, cap. XX)*

## RESUMO

Este trabalho discute a possibilidade da construção de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, no âmbito do processo. Procura, a partir da superação do paradigma racionalista-liberal, reconhecer novas condições de possibilidade para a concretização dos direitos sociais, contextualizados num Estado Democrático de Direito. Nesse ambiente a pesquisa se desenvolve, reconhecendo o papel transformador do Poder Judiciário que, num compromisso de solidariedade com os demais poderes, atua como ente realizador das políticas públicas sociais, a partir da figura do juiz que tem potencializado o papel criador, de Carnellutti. É reconhecido um novo tempo em que a tutela coletiva mostra-se adequada à solução dos problemas de massa e para os mais diversos anseios da sociedade dita pós-moderna. Com isso, são revistos alguns institutos processuais diretamente vinculados à tutela coletiva, como a substituição processual e a questão da legitimação ordinária e extraordinária. A construção dessa nova perspectiva para a tutela coletiva é dada a partir também, de um novo compromisso dos entes legitimados, rompendo com os paradigmas racional-liberal-individual, que impregnam a ciência processual e, a partir de uma leitura constitucional, ganham nova roupagem, no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: jurisdição, tutela coletiva, processo civil e processo do trabalho.

## ABSTRACT

This paper discusses the possibility of building new perspectives for the collective protection of social rights of workers, in the process. Search from overcoming the liberal-rationalist paradigm recognize new conditions of possibility for the realization of social rights, contextualized in a democratic state. In this environment research is developed recognizing the changing role of the judiciary that is commitment to solidarity with other public entity acts as director of public social policies, from the figure of the judge who has enhanced the creative role from Carnellutti. It recognized a new era in the collective protection proved to be adequate to solve the problems of mass and for the most diverse wishes of society itself postmodern. With this revised some institutes are directly related to the procedural protection, as the replacement procedure, and the question of legitimacy ordinary and extraordinary. The construction of this new perspective to a collective protection is given as also a new commitment of legitimate entities, breaking with the rational-liberal paradigms-individual, which underlies the process science, and reading from a constitutional earns new clothes in a democratic state.

Keywords: jurisdiction, class action, civil and labor law process.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O DESVELAR DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS MESMAS FACES DE UMA PROPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>14</b>
2.1 Direitos Sociais e Direitos Fundamentais.....	18
2.2 Direitos Sociais dos Trabalhadores .....	23
2.3 Os direitos sociais na sociedade pós-moderna .....	27
<b>3 O REENCONTRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>33</b>
3.1 O caminho de concretização do Estado Democrático de Direito .....	34
3.2 O papel do judiciário no Estado Democrático de Direito.....	41
3.2.1 O Juiz afinado com a constituição e o esforço criativo para a implementação dos direitos sociais dos trabalhadores .....	49
3.2.2 O juiz afinado com o processo coletivo .....	51
3.3 O judiciário afinado com a mundialização.....	53
3.4 A tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores .....	54
3.4.1 Surgimento das normas de proteção do trabalho.....	56
3.4.2 Contextualizando o direito processual do trabalho .....	62
3.5 A jurisdição especializada do trabalho .....	66
3.6 Legitimidade ordinária e extraordinária .....	70
3.7 A representação .....	80
<b>4 A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES.....</b>	<b>83</b>
4.1 O poder normativo da justiça do trabalho: o dissídio coletivo .....	83
4.2 A ação civil pública.....	90
4.3. A proteção coletiva por parte de entes associativos .....	97
4.3.1 O Ministério Público .....	97
4.3.2 Sindicatos .....	100
4.3.3 Associações Profissionais.....	108
4.3.4 O papel da OIT .....	111
4.4 A tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores e o papel do judiciário na concretização da constituição.....	114
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>126</b>

## 1 INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O tema proposto para a investigação científica delimita-se no campo do direito processual consistente na busca de uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, tem por meta superação do paradigma racionalista que envolveu as ciências humanas e sociais no curso dos anos e superação do modelo liberal de estado, com as influências de ambos na conformação do Direito, com ênfase dada no caso proposto para o ramo especializado do processo: o Direito Processual do Trabalho.

Esse novo paradigma em construção está atento à Constituição, à complexidade social e aos direitos humanos, em que a jurisdição estatal deve necessariamente dialogar com as questões complexas envolvendo as (novas) demandas sociais.

A construção de uma resposta está sedimentada na adoção da uma matriz teórica em consonância com a problemática apresentada, permitindo com isso a identificação e a releitura dos direitos sociais dos trabalhadores a partir da Constituição Federal de 1988, passando por um breve exame histórico da consolidação dos seus direitos sociais.

Procurar-se-á identificar o problema da eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores, veiculados na maioria das vezes por normas programáticas, e a sua inserção aos ordenamentos jurídicos, em especial com enfoque para o ordenamento nacional, em que se concilia a extensão dos direitos sociais dos trabalhadores, sob o prisma dos juristas adeptos ao formalismo do positivismo jurídico (modelos liberais), com o modelo próprio de juristas inseridos no contexto de Estado Democrático de Direito, afeto às novas técnicas hermenêuticas, numa visão metodológica social.

Desse modo, uma possível compreensão e interpretação dos diversos institutos jurídicos passa, pois, pelo estudo da sua formação e evolução histórica, conjuntamente com o exame histórico da formação dos Estados nacionais até a aproximação com a formação do Estado Democrático de Direito e os direitos sociais nele previstos. Faz-se um exame analítico dos fatores externos (fontes materiais) que informaram a atual formatação do modelo jurídico de tutela coletiva, voltando atenção para a mudança do paradigma do processo individual para o coletivo e, com isso, a necessária superação do racionalismo, bem como dos mitos do linear e da certeza.

Examina-se, quanto ao instituto da substituição processual, a figura da tutela coletiva desde Roma, com a figura da “ação popular” passando ao estudo das *class actions* norte-

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi redigido em consonância com as regras do novo acordo ortográfico.

americanas, com origem na *common law*, tendo presente que, embora de formação romano-germânica, em especial com forte influência do direito processual italiano, boa parte do nosso direito processual coletivo hoje é fundamentado nos institutos das *class actions*. No aspecto, faz-se uma releitura de alguns institutos processuais como forma de melhor compreender, a partir disso, não somente a substituição processual, mas outras formas de tutela coletiva de direitos dos trabalhadores, como as ações coletivas e civis públicas, com destaque para as condições da ação e a definição de parte no processo.

Para que se tenha uma jurisdição célere, efetiva e democrática, a releitura do paradigma racional é a tônica de desenvolvimento do estudo, a partir dos reflexos desse pensamento sobre os institutos do processo e a forma com que são interpretados e aplicados no cotidiano forense. Destaque, também, para a legitimidade das ações coletivas propostas pelos agentes legitimados e os efeitos dessa sobre os tutelados e qual seja a parcela de autonomia dos sujeitos e os limites de atuação de cada um, frente aos “novos” direitos. A partir do domínio dos conceitos examinados, entende-se cabível o estudo, objetivando um panorama da tutela coletiva frente aos novos direitos, ditos metaindividuais e o projeto nacional de código de processo coletivo.

Com esse amadurecimento teórico, construído ao longo da pesquisa, autoriza-se a proposição de possibilidade para outras entidades coletivas litigarem, em juízo, a proteção dos direitos sociais, além do sindicato de classe. Exemplo disso é o papel das associações profissionais, hoje com papel muito mais associativo e distante da jurisdição do trabalho; do Ministério Público do Trabalho, dentre outras que podem se desvelar no curso da realização da pesquisa.

Rediscutir o processo civil e a forma de tutela dos direitos sociais dos trabalhadores frente a um novo momento constitucional, vigente no Estado Democrático de Direito e um repensar da jurisdição à luz de uma tutela efetiva e concretizadora, em que se desvela um novo papel para o Judiciário, aqui como agente partícipe transformador da realidade, num compromisso fraterno com os demais poderes.

Ponto nevrálgico é o estudo da necessidade de superação do atual estágio do processo civil (e do trabalho) ainda enraizado(s) em suas origens individuais, focadas numa relação atomizada, ignorando o viés molecular das relações de massa e os anseios de eficácia e efetividade clamados pela população, reconhecendo a insuficiência do processo individual frente às demandas sociais, em que o viés coletivo desponta como meio naturalmente apto para a superação das diferenças sociais, redução das desigualdades e concretização, efetiva, do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a proposta da pesquisa insere-se na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de direitos” do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – nível mestrado – da Unisinos. O estudo do tema delimitado no campo do direito processual do trabalho está centrado na concretização dos direitos sociais dos trabalhadores, por meio da superação do viés individualista e racional-dogmático, a partir da delimitação da pesquisa em torno da adoção da tutela coletiva conjunta com uma ação criativa do juiz em um novo plano de ação para o poder judiciário, em concretizar os ditames constitucionais, a partir das observações intelectuais de Ovídio Araujo Baptista e os aportes da teoria monista<sup>2</sup> em que se fundamenta Darci Guimarães Ribeiro, ao reconhecer, no monismo, um papel fundamental para o juiz, em que a solução para o caso concreto não existe antes da sentença, em que neste sentido, no campo dos direitos sociais a implementação se dá, justamente, no processo, pela atividade criativa do magistrado. Trata-se de uma proposição de um novo paradigma para a tutela dos direitos sociais, frente à complexidade das relações humanas inseridas num plano de relações de massa, coletivas, em busca de uma revisão das estruturas do sistema processual.

O presente estudo está vinculado ao ramo do processo coletivo, sob uma perspectiva constitucional. Tem como objeto central a tutela de direitos sociais dos trabalhadores e a extensão de sua eficácia, efetividade e aplicabilidade. Tal estudo dar-se-á a partir do exame de diversas fontes bibliográficas, tendo presente a relevância dos estudos dos Professores Ingo Sarlet, com sua obra de referência sobre os Direitos Sociais; sob uma perspectiva constitucional do estudo do processo, é referência a obra do Professor Darci Guimarães Ribeiro e Nicola Picardi; ainda, sob a questão do Estado, são relevantes as obras de autores como Professor José Luis Bolzan de Moraes, Gilberto Bercovici e Lenio Streck.

A exposição, dentro do possível, dar-se-á com fundamento em abalizada doutrina, em acordo com a problemática proposta, seguindo uma metodologia de interpretação social no que diz respeito aos direitos sociais, em superação a uma visão liberal, própria do Estado Liberal que tinha na garantia da liberdade individual o cerne de proteção. A proposição toma por base os ideais do Estado Social em que há uma revisão dos postulados de liberdade, com

---

<sup>2</sup> Entendemos por *monismo* a teoria de que a solução para os conflitos sociais não está previsto no texto da lei, sendo construído na sentença, mediante uma valoração criativa do juiz, balizada nos limites da Constituição, em que o julgador apresenta a concretização do dissídio na sentença tal como apregoa Carnelutti. (Para uma completude maior vide nota 11, adiante). Segue-se, nesta linha a tese defendida por Darci Guimarães Ribeiro (La pretension procesal y La tutela judicial efectiva. Hacia una teoria procesal Del derecho. Barcelona: J.M.Bosch, 2004, p. 28-45), no sentido de que tão somente com o *processo* é que o sujeito tem como exigir o cumprimento de uma prestação, não passando o enunciado do texto puro de lei, apenas, de uma referência balizadora da atividade humana que, por si, não seria plenamente dotada de força.

ênfase para uma ação interventiva do Estado, realizador das prestações reclamadas pela sociedade.

A construção de uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, à luz de um Estado Democrático de Direito, é construída com base nas proposições da teoria monista, com apoio em Carnellutti, potencializando e valorizando a ação do juiz, como um dos agentes partícipes da concretização das promessas constitucionais, reconhecidas pela Constituição, essa inserida num contexto de Estado Democrático de Direito.

Adota-se o método fenomenológico-hermenêutico<sup>3</sup> a partir da constatação e da compreensão do fenômeno da precarização das relações sociais, por meio da interpretação da universalização dos direitos humanos, propõe-se construir e desvendar os direitos laborais como valores universalizáveis, lançando uma nova proposta à humanização do atual modelo de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa se dá, eminentemente bibliográfica, pois buscará se respaldar, para a resolução da questão proposta, a partir das legislações vigentes e, especialmente, da Constituição, como ponto, marco referencial para uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, justamente na efetivação dos direitos sociais fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988.

O trabalho está estruturado em um primeiro capítulo, no qual são revistos os direitos fundamentais e sociais, onde é proposta uma nova abordagem interpretativa, a partir de uma matriz social, de efetiva implementação, em que a jurisdição ganha um relevante papel de realizador (concretizados) das políticas sociais não cumpridas, do texto constitucional. O desenvolvimento segue para o segundo capítulo, em que são estabelecidos os novos contornos dos direitos sociais em um ambiente de Estado Democrático de Direito, em análise do século XX e as diversas experiências em torno dos matizes ideológicos, no tocante à definição do papel do Estado. Nesse ponto, encontra-se presente, na pauta de discussão, um modelo de Estado que atenda as reais necessidades do mundo contemporâneo. O “Estado Social”, que assumiu inúmeras atividades administrativas fundamentais, chamando para si a responsabilidade às prestações dos direitos sociais fundamentais, mostrou-se ineficiente na

---

<sup>3</sup> Merece aqui a ressalva de que a construção de uma nova proposição para a tutela coletiva, delimitada no capítulo 4 parte, necessariamente, de um viés de aparente dogmática, como não poderia deixar de ser, mas, de toda forma demonstra a superação desse viés ao reconhecer que a solução para as novas perspectivas da tutela coletiva aqui defendidas estão sedimentadas em um outro olhar sobre os institutos do processo – é nesse ponto que pode aparentar uma contradição entre a contestação ao dogmatismo e a construção a partir desse viés. Daí que parece fazer todo o sentido a adoção do método fenomenológico-hermenêutico na medida em que reconhece a importância da experiência, da realidade, que por si já é uma interpretação da realidade do ser.

consecução dessas atividades, face às crescentes demandas sociais de uma sociedade pluralista.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou um modelo social, atribuindo funções ao Estado que deve orientar o novo paradigma para a tutela coletiva e do papel do Estado, em que se tem por indispensável, a solidariedade entre os três Poderes com especial atenção, por opção metodológica, ao papel da Jurisdição e do Magistrado para a concretização dos direitos sociais fundamentais.

Seguindo esses contornos, no terceiro capítulo é feita uma proposta de reestruturação dos institutos da substituição processual e da tutela coletiva, bem como de uma releitura e a proposição de novos contornos para os agentes sindicais, para as associações profissionais e para o Ministério Público do Trabalho, tendo em vista as diversas formas de tutela coletiva, como a ação civil pública, o dissídio coletivo e a própria substituição processual.

A busca de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais é aqui abordada a partir de um recorte metodológico sob o ângulo dos direitos inerentes aos trabalhadores, hoje inseridos num modelo de Estado Democrático de Direito, de superação do Estado Liberal e Social, mas que tem nesse forte referencial teórico, em especial no último, pela adoção de uma metodologia social, de realização efetiva dos direitos fundamentais, sociais.

Tem presente o ambiente da sociedade pós-moderna, em que os conceitos de solidariedade entre os Poderes é um dos aspectos fundamentais para a compreensão e desenvolvimento do estudo; sem esquecer, ainda, o papel do magistrado como agente transformador da prescrição constitucional.

Por certo a temática não é esgotada no estudo, frente ao seu amplo viés e as mais diversas metodologias de abordagem, mas representa uma contribuição e subsídio eloquentes para o debate acadêmico, verdadeiramente preocupado em implementar a transformação social e a realização das promessas políticas constitucionais.

## 2 O DESVELAR DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS MESMAS FACES DE UMA PROPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em 2008 comemoramos vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, momento que proporciona um olhar crítico e hermenêutico sobre o que, de fato, ela trouxe de melhorias para as relações sociais, em especial, para os trabalhadores.

Neste contexto, chama atenção o paradoxo brasileiro de uma Constituição reconhecidamente de vanguarda (com previsão de direitos e garantias sociais, ambientais, econômicas, consumeristas, dentre tantas outras) juntamente com uma economia que transita entre as dez maiores do mundo ao lado de dados estatísticos oficiais, demonstrando que 14% (21 milhões) da população brasileira são pessoas abaixo da linha da indigência e 33% (50 milhões), abaixo da linha da pobreza<sup>4</sup>.

Por definição, a Constituição é a reunião de princípios supremos que definem os órgãos supremos do Estado e suas mútuas relações<sup>5</sup>. Nesse modelo a Constituição é representada como um instrumento de governo, legitimando e limitando o poder; a política está fora do centro de debate constitucional<sup>6</sup>. Com isso, abre-se espaço para um questionamento: a Constituição deve ou não representar o aspecto político de uma nação? Ela deve ou não fundamentar a transformação social?

Justamente o reconhecimento de que a Constituição pode ser muito mais do que um papel<sup>7</sup> é que traz ao debate a temática dos direitos sociais e a sua (in) eficácia no plano constitucional. O objeto de debate em torno dos direitos sociais passa invariavelmente pela ação estatal e o modelo de estado vigente. Nisso, propomos uma releitura dos direitos sociais

---

<sup>4</sup> Segundo dados do IBGE, in: KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002, p.17.

<sup>5</sup> Esse é um conceito que toma por base a doutrina de Georg Jellinek, vinculado a uma idéia de Teoria Geral do Estado.

<sup>6</sup> BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria constitucional. In: *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 85.

<sup>7</sup> É de LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p.48: a constatação de que de nada servirá o que se escreve numa folha de papel, se não se justifica pelos fatores reais e efetivos do poder. Afirma Lassalle que uma Constituição escrita é boa e duradoura, quando corresponde à constituição real e tem suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Ver também HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

dos trabalhadores à luz de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade<sup>8</sup> dita pós-moderna.

Também não podemos esquecer um novo marco histórico para o papel do Estado, a partir de setembro de 2008<sup>9</sup>, quando o mundo econômico ainda adepto da política neoliberal, de não intervenção nos mercados, viu-se na dependência da intervenção estatal, no plano mundial, sob pena de um cataclismo de todo o sistema financeiro mundial.

Nesse *novo* ambiente, que há muito se desvela, os direitos sociais dos trabalhadores não poderiam ter uma leitura dogmática centrada unicamente como uma “evolução” do Estado Liberal; a compreensão merecida dos direitos sociais passa, ao que se vê, por sua contextualização e por sua politização num ambiente do século XXI, e num contexto presente da intervenção estatal para a concretização de boa parte das políticas públicas.

Daí que faz todo o sentido, o debate hermenêutico em torno do Estado, da sociedade brasileira, e o papel do Judiciário de modo a perceber novos ou velhos, problemas e suas soluções. Especificamente dentro da temática proposta, direitos sociais dos trabalhadores, o que se busca é o reconhecimento da falibilidade do Estado Administrador, como executor das políticas constitucionais, em que o judiciário se vê num novo papel, hoje, de implementador (realizador) das promessas constitucionais não cumpridas. Daí a necessidade de uma releitura dos direitos sociais<sup>10</sup> e, em especial, da tutela jurisdicional desses direitos, contextualizada dentro do processo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Procuramos identificar a sociedade seguindo o modelo de Zigmund Bauman descrito em sua obra *Modernidade Líquida*, 2001, em que se fornecem novos elementos para a compreensão da dinâmica social que é fruto de uma longa gestação que teve início com as grandes navegações e que chega ao século XX com as relações sociais taxadas de inconstantes e móveis. A modernidade fluída, apoiada em táticas pré-determinadas e solidificadas, não comporta tradições ideológicas. Ao contrário, poucas coisas são pré-determinadas e, menos ainda, irrevogáveis, bem como poucas derrotas são definitivas e, raríssimos contratempos, irreversíveis; em contrapartida, nenhuma vitória é, tampouco, final.

<sup>9</sup> Ressente-se ainda de um estudo acadêmico mais profundo sobre o tema, mas podemos estabelecer as bases de uma possível “queda do muro neoliberal” parafraseando a “queda do muro de Berlim”, como marco da derrocada do socialismo soviético. Boa parte dos noticiosos deu conta da percepção de risco sistêmico por conta da “severa” crise financeira internacional, em que todos os mercados sentiram os reflexos da grave crise no sistema imobiliário-financeiro americano. Neste contexto, foi reconhecida a necessidade de intervenção direta do Estado na economia, socorrendo o sistema financeiro, não somente no plano dos Estados Unidos, mas em boa parte do mundo. Sobre esse enfoque, recomenda-se a leitura da obra “O estado pós-moderno” de Jacques Chevallier (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.), aqui tomado como referencial teórico para a abordagem do segundo ponto desse trabalho.

<sup>10</sup> A fim de instigar o debate, traz-se o exemplo das inúmeras ações ajuizadas em busca de medicamentos, no campo dos direitos sociais dos trabalhadores não causaria espanto o ajuizamento de *reclamações trabalhistas* contra o Estado, em busca da concretização de postos de trabalho.

<sup>11</sup> Propõe-se o estudo a partir da constatação que é no processo que o juiz constrói uma decisão juridicamente válida, motivada e fundamentada – art. 93 da CF/88. Candido Dinamarco (DINAMARCO, Candido. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 5 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.) em defesa da teoria dualista a distingue da monista e com base nas ideias de Carnelutti e Chiovenda: “A função criadora do processo, nessa perspectiva, consistiria no que Carnelutti denominou de justa composição da lide. Tal é uma

Com isso, se procura firmar uma nova perspectiva dos direitos sociais dos trabalhadores frente a um Estado Democrático de Direito, ambos contextualizados numa sociedade pós-moderna. Nesse ambiente, o papel do Direito e da tutela jurisdicional também passam por uma releitura<sup>12</sup>, em superação ao modelo racional-positivista de “boca da lei”<sup>13</sup>, dando-lhe margem para a *criação* da solução jurídica, realizando, por meio do processo, a transformação social, tendo como proposta a tutela coletiva.

Muitos juristas, alguns com mais brilho, como Ovídio Araujo Baptista<sup>14</sup> dedicam boa parte dos escritos a tecer críticas não somente ao modelo de jurisdição vigente e da concepção do processo civil; mas à própria metodologia de ensino (reprodução) do direito, dando a inestimável noção histórica dos prejuízos decorrentes do afastamento da ciência do direito do campo dos fatos, em festejo ao modelo racionalista pelo qual a sociedade da Revolução Francesa clamava.

Cumprê destacar que a ideia de jurisdição nasceu com a formação do Estado Moderno, a partir da superação da ideia de que o divino, ou o sobrenatural, regiam as relações humanas. É com o monopólio estatal que avoca para si a resolução dos conflitos, como decorrência da

---

colocação puramente jurídica, dado que se limita, tanto quanto a de Chiovenda, a examinar o fenômeno processo como algo preordenado exclusivamente à vida do direito material. A grande diferença entre as duas teorias residia em que, enquanto para uma a norma do caso concreto receberia da sentença o seu acabamento final e antes dessa, os direitos inexistiriam (Carnelutti); para a outra, o ordenamento jurídico é composto de dois planos distintos (teoria dualista, Chiovenda) e os direitos e obrigações preexistem à sentença, sendo por ela revelados com vista à concreta realização prática determinada pela norma também preexistente.” (Ibidem, p. 145). De outro lado, com aportes promissores, Mauro Cappelletti, citando Lord Radcliffe: “o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade tomam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 23)

<sup>12</sup> Boaventura de Sousa Santos traz para o campo do direito, aportes epistemológicos da sociologia que permitem construir uma crítica ao atual modelo de jurisdição. Busca-se com isso a construção de uma possibilidade efetiva de superação do modelo de jurisdição reproduzido nos bancos acadêmicos, estabelecido a partir de uma concepção moderna (racional-científica-individualista) que hoje demonstra a falibilidade do modelo de solução jurisdicional dos conflitos sociais. Em que pese há algum tempo se verificar o estímulo de formas alternativas à jurisdição, no plano nacional especialmente a partir da promulgação da lei que instituiu a arbitragem, tal expediente é pouco conhecido e pouco utilizado quando comparado ao campo do direito internacional. Duas obras desse autor merecem o destaque no campo do Direito e que servem de base para o presente estudo: SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 93-135 e *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007)

<sup>13</sup> A origem do “juiz boca da lei” decorre do momento histórico pós-revolução francesa, com a ideia de separação dos poderes e *racionalismo*, em que o direito passou a ser obra de criação do Poder Legislativo e ao Juiz competiria tão somente a aplicação do texto de lei, não lhe competindo a sua interpretação. SILVA, Ovídio A. B. *Processo e Ideologia*. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 35-56.

soberania das nações; que emerge o conceito de jurisdição, por meio do qual o Estado, aparelhado para tanto, faz cumprir o “contrato social” firmado entre os agentes, restabelecendo a ordem.

Neste ponto vale destacar a definição de Darci Guimarães Ribeiro, em torno do monopólio da jurisdição por parte do Estado, para quem:

El monopólio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado que trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el próprio Estado. Para los primeros, alejó definitivamente la posibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier titular, consecuentemente ellos se encuentran impedidos de actuar privadamente para la realización de sus intereses. Para el segundo, monopólio creó el deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva a cualquier persona que lo solicite<sup>15</sup>.

Como limitador do poder absoluto, centrado na figura de um rei, a jurisdição sofreu as influências do modelo político liberal, do capitalismo crescente e, em especial, da formação dos Estados Nacionais, passando, a jurisdição, a ser uma função ou poder estatal. Nesse contexto, há uma limitação do poder político por meio da repartição dos poderes, consagra-se os direitos de primeira geração, com a submissão do governo à lei, o poder ilimitado do monarca passa a ser, então, limitado.

Esse modelo correspondeu até o segundo pós-guerra à sociedade então vigente. Em breves linhas, esse poder conferido ao Estado, promovendo a ordem jurídica, *com eficácia vinculativa plena*<sup>16</sup>, ou seja, com intento de definitividade é que se reproduz, ainda hoje, em pleno século XXI, centrada unicamente sob o aspecto do indivíduo, da demanda única.

Com razão, o Estado não só tem que compor o conflito, como também tem que garantir aos destinatários da tutela jurisdiccional, o direito de torná-la efetiva, dialogando com o multiculturalismo e a globalização em que o próprio Estado tem em xeque o poder de resolução dos conflitos.

Daí que se traduz a necessidade de um repensar acerca da tutela estatal sobre os direitos sociais, em que se propõe o reconhecimento da via coletiva, com novas perspectivas

<sup>15</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y La tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal Del derecho. Barcelona: J.M.Bosch, 2004, p. 76.

<sup>16</sup> Tomemos emprestado o conceito que a manualística traz para definir a Jurisdição. Vide Athos Gusmão Carneiro (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-7.) que a jurisdição é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto. Dissecando a definição, Athos Carneiro destaca que o ato jurisdiccional tem como caráter primordial a finalidade de eliminação da lide, ou a sua composição, para a qual a lide é “eliminada” mediante a declaração ou a realização do direito (processo de conhecimento e de execução, respectivamente). Enquanto que a lei procura a tutela coletiva, mediante a formulação de regras de conduta; a sentença individualiza o comando daquela, mediante a interpretação lógica da norma pelo magistrado. Neste sentido, o ato jurisdiccional, é uma atividade de aplicação do direito, a subsunção do fato à norma

para os diversos institutos, como da ação civil pública e, ainda, novos aportes para a implementação de novos agentes no plano da jurisdição, como as associações profissionais, adiante examinadas.

## 2.1 Direitos Sociais e Direitos Fundamentais

Já nos adverte Ingo Sarlet<sup>17</sup> que é justamente em vista da forma pela qual são positivados que os direitos sociais que se travam as mais acirradas controvérsias em torno de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. Mas um pensamento anterior nos faz refletir acerca do que, propriamente, podemos compreender por direitos sociais e a sua inserção dentro de uma configuração de direito fundamental.

A identificação dos direitos sociais como direitos fundamentais é uma pontuação na obra de Ingo Sarlet, para o qual os direitos sociais são por excelência *direitos fundamentais*<sup>18</sup>,

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296.

<sup>18</sup> Os Direitos Fundamentais podem ser compreendidos como direitos reconhecidos e protegidos pelo direito interno de cada Estado, positivados em uma Constituição, de onde não se confundem com direitos do homem (como direitos naturais, não positivados); tampouco com direitos humanos (positivados pelo direito internacional). (Ibidem, p. 36.) Em mesmo sentido MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3. Neste contexto, não podemos esquecer que desde a antiguidade admitiu-se a existência de valores soberbos, imutáveis, inerentes à natureza humana e não passíveis de subversão pelo poder. Os direitos do homem, com alguma certeza, tomou lugar no século XVIII, quando emergiram as primeiras reações contra o poder Estatal. A vitória das revoluções que surgiram nesse contexto (Revolução Francesa e Industrial) levou ao nascimento do Estado de Direito, que tinha como meta primordial o estabelecimento de um governo de leis e não de homens, em consonância com a lição aristotélica segundo a qual as leis, ao contrário dos homens, não têm paixões. Assim é que, com o passar do tempo e o advento do Estado de Direito, o discurso acerca de valores, de direitos naturais, teve que abandonar um pouco o caráter teológico e metafísico que o jusnaturalismo do século XVIII lhe atribuiu, abrindo espaço para um discurso científico e sistemático do Direito capaz de viabilizar a sua proteção e efetivação na prática, promovendo a segurança das relações travadas em sociedade. Diversos países, portanto, buscaram a declaração de direitos que, inicialmente, conforme nos ensina José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.175) “assumiram a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, enunciam-se os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente”. Tais declarações tinham o fito, portanto, de buscar, ou melhor, positivar o reconhecimento pelo Estado de direitos que preexistem a ele, como sendo inerentes ao homem que, a partir do Estado de Direito, era visto como sujeito de direitos. A doutrina dos direitos fundamentais sofreu ampliações e transformações significativas ao passar dos tempos, chegando a descrever os direitos fundamentais em gerações. Sob o ponto de vista clássico, portanto, são três as gerações de direitos fundamentais: a 1ª geração prevê os direitos da liberdade, correspondentes aos direitos informados pelo valor liberdade (ex.: direitos civis e políticos); a 2ª geração os direitos de igualdade, informados pelo princípio da igualdade (ex.: direitos sociais, culturais e econômicos); a 3ª geração envolve os direitos de fraternidade ou solidariedade, que consistiriam nos direitos difusos, direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, direito de comunicação e etc. Alguns autores ainda chamam a atenção para a existência de direitos de 4ª geração como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, introduzidos pela globalização política.

mas, assim considerados direitos prestacionais, ou seja, que demandam uma ação positiva do Estado ou do indivíduo<sup>19</sup>.

Os direitos sociais procuram colocar à disposição dos sujeitos uma prestação que constitui seu objeto. A correta identificação dos direitos sociais dos trabalhadores passa por uma constatação histórica, em especial das (r)evoluções sociais e seus marcos históricos.

O ser humano, por sua natureza, é gregário. Embora individualmente possa atender as suas necessidades vitais básicas é, em sociedade, que o homem desenvolve suas aptidões físicas e culturais com maestria. O convívio social faz com que das relações intersubjetivas surjam inúmeros conflitos de interesses, sendo o direito, o mecanismo adequado para a construção de uma paz social. A posse da terra, dos instrumentos de trabalho, o ânimo empreendedor e criador do ser humano, a par de favorecer o grupo social com avanços tecnológicos incontáveis e indispensáveis, a sua sobrevivência, trouxe, no âmbito das relações de trabalho a conhecida “questão social” fundamentada no conflito entre os interesses do capital e do trabalho<sup>20</sup>.

Nesse contexto, o fenômeno cultural do direito, como mecanismo de pacificação social, hodiernamente ganha maior destaque com os conflitos coletivos de massa, em que as lesões ocasionadas, tanto por patrões como trabalhadores, não podem ser valoradas no âmbito individual, mas, na sua esfera coletiva ou metaindividual<sup>21</sup>. E assim, temos uma nova realidade social e jurídica estabelecida em torno dos direitos (e conflitos) coletivos, os quais não estão restritos ao indivíduo, mas nele em relação ao grupo social em que está necessariamente inserido.

No campo laboral, desde as mais remotas formações coletivas, verifica-se o embrião do que hoje entendemos por direitos metaindividuais. Muito embora seu estudo, com propriedade, tenha início já no final do século XX, ousamos afirmar que os conflitos metaindividuais há muito se fazem presentes no Direito do Trabalho. Seja a reivindicação de melhores condições de trabalho, seja uma marcha organizada, os fatos sociais representam a organização colegiada humana, em que os seus interesses individuais são comuns ao grupo, constituindo verdadeiros direitos metaindividuais.

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo. *Op. Cit.*, p.299.

<sup>20</sup> Ainda se tem presente no campo do direito do trabalho expressões como a “questão social” ou conflito “capital x trabalho” em que há uma nova roupagem de negociação e dialogo, não mais de empate direito. É possível num ambiente de século XXI estabelecer novos contornos para as relações de trabalho e com isso para uma nova definição semântica e prática das expressões.

<sup>21</sup> Ou transindividual.

É certa a assertiva que o desenvolvimento dos direitos sociais passa do Estado Liberal<sup>22</sup> para o Estado de bem-estar social, em que o liberalismo – cerne filosófico do primeiro - não se mostrou suficiente para garantir o equilíbrio da sociedade. A liberalização da economia, segundo muitos, gerou uma classe trabalhadora oprimida, gerou uma classe proletária insatisfeita com os desníveis sociais<sup>23</sup>.

A identificação dos direitos sociais dos trabalhadores passa sobre a contextualização da relação de emprego. Essa, fundamentada na existência do trabalho livre e subordinado, justifica o estudo a partir da existência da figura do trabalhador formalmente livre e independente, o que se dá, no mundo ocidental, a partir dos ideais da Renascença e da Revolução Francesa. É em torno do elemento fundamental (relação de emprego) que circunda uma série de institutos, direitos e obrigações que envolvem os atores da relação (empregados e empregadores), bem como as suas entidades representativas, no plano coletivo.

Daquela referida relação de emprego eclode uma série de circunstâncias fáticas que alteram o equilíbrio das relações entre os trabalhadores e os empregadores. Em sua maioria, divergências assentadas no aspecto econômico, como consequência da insatisfação dos trabalhadores com relação ao valor do trabalho dado e a contraprestação oferecida pelo empregador.

Certo que a Revolução Industrial impôs uma série de mudanças na ordem social e econômica, em especial nas condições de trabalho e, propriamente, na forma com que passou a se desenvolver o trabalho humano. O advento da máquina a vapor, do tear mecânico, ocasionou o desemprego em massa dos trabalhadores e o aviltamento do salário daqueles empregados, eis que havia mão-de-obra excedente. Daí os trabalhadores, aglomerados em torno dos centros urbanos, deram início à formação de uma *consciência coletiva*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Em sua origem o modelo de Estado liberal se propunha à manutenção da ordem e segurança; protegendo liberdades civis e a liberdade econômica no mercado capitalista (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2008.), que passa para uma ação positiva estatal de remoção de obstáculos para o auto-desenvolvimento dos homens.

<sup>23</sup> Eric J. Hobsbawn em sua obra “Os Trabalhadores. Estudos sobre a história do operariado.” (HOBSBAWN, Eric. *Os Trabalhadores*. Estudos sobre a história do operariado. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra; 2000, p. 213-234.) faz um relato histórico acerca do início dos movimentos sociais dos trabalhadores, em especial os Ingleses, dando conta da sua insatisfação com as condições de trabalho, em especial, com os salários.

<sup>24</sup> Expressão que contextualizamos como uma afinidade, identificação com interesses comuns entre os trabalhadores que organizaram movimentos reivindicatórios, e o uso de meios de coerção como a greve. Sobre o tema merecem destaques duas passagens: “Do que não se tem dúvida é que o indivíduo procurou unir-se ao(s) seu(s) colega(s) de atividade para constituir com ele(s) uma força capaz de levar avante propósitos e reivindicações que visassem à melhora da situação profissional. Passando da coalizão, rápida e agressiva, para o associativismo permanente (tolerado, regulado, protegido ou simplesmente liberado pelo Estado), a união profissional foi (e continua sendo), com uma identidade não muito mutável, na essência, elemento marcante na História da Humanidade, sobretudo nos últimos trezentos anos.” (CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato*. Evolução e desafios. São Paulo: Ltr, 2005, p. 135-136); e também: “A lógica dos fatos marcava o

Nas culturas antigas já existiam entidades de classe para a manutenção dos seus privilégios, como no antigo Egito em que se moldavam corporações de arte e ofício. Em Roma havia os “colégios”, entidades multifacetadas com os mais diversos objetivos. Já no século X, Mozart Russomano<sup>25</sup>, faz referência às *guildas*, vinculadas aos povos anglo-saxônicos, como grupamentos sociais com fins políticos, econômicos e sociais, voltadas para a proteção e auxílio dos “associados”. No início do século XI, no que corresponde à Idade Média, verifica-se as corporações de ofício, como estrutura embrionária da organização coletiva, com fins de proteção dos interesses profissionais.

Mas, somente no período da Revolução Industrial é que se dá, com maior ênfase, a inserção do trabalhador no sistema produtivo e o dilema crescente dos conflitos de trabalho, os quais eram regulados, à época, pelas normas de Direito Civil, de formação liberal-individualista, como consequência dos ideais liberais da Revolução Francesa. Esse modelo *civilista-liberal* de solução dos conflitos (capital e trabalho) não concedia uma resposta adequada ao “fato novo”: a relação subordinada de emprego<sup>26</sup>.

Do breve referencial histórico, situando o leitor ao contexto do trabalho humano juridicamente subordinado, temos que as relações coletivas de trabalho, e mesmo a formação do direito individual do trabalho, tem a sua origem, com alguma certeza, no período da primeira Revolução Industrial, com a formação das classes operárias, em sua maioria constituída de trabalhadores vindos do campo, como decorrência do declínio da Idade Média (lida campesina) e, em especial, em busca de melhores condições de vida nas cidades, então em desenvolvimento.<sup>27</sup> Operários que, inicialmente, desorganizados, não tinham condições de

---

pensamento dos juristas: Se o trabalhador era livre para contratar seu serviço com o empresário e, além disso, era também livre para se associar aos outros trabalhadores, não se poderia negar-lhe o direito de rebelar-se contra condições de trabalho consideradas insatisfatórias ou injustas. Assim como podia, individualmente, demitir-se do emprego, o trabalhador podia, também, por estar associado a outros trabalhadores, transformar seu protesto individual em movimento coletivo. A retirada do trabalho consistia, pois, numa legítima ação coercitiva contra o empregador, para forçá-lo a aceitar novas condições contratuais. Essa é a razão fundamental da inserção da greve no curso normal da vida capitalista clássica, que assentava na liberdade política, na liberdade econômica e na liberdade moral do homem.” RUSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 244.

<sup>25</sup> RUSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>26</sup> Formado a partir de uma idéia horizontal de igualdade dos sujeitos, o Direito Civil passava ao largo da desigualdade substancial e da verticalidade presente na relação de emprego. Nesse contexto, a contar da segunda metade do século XIX, os trabalhadores observam ser muito mais eficaz a sua ação quando coletiva. É a partir do desprendimento da sua matriz civilista que surge o Direito Coletivo do Trabalho (e o próprio Direito do Trabalho), regulando as relações decorrentes da autonomia privada coletiva. Cumpre, assim, ao Direito Coletivo, importante papel de criação de normas jurídicas, formação política e econômica, bem como a pacificação de conflitos de natureza coletiva. A negociação coletiva, enquanto instrumento de solução dos dissídios coletivos mostra-se como elemento fundamental para a solução dos conflitos, tanto de natureza jurídica, como econômica.

<sup>27</sup> A doutrina nacional é, salvo engano, uníssona quanto ao marco histórico da Primeira Revolução Industrial, com a criação da Máquina a Vapor de Newcomen e o seu posterior aperfeiçoamento, por Watts, como sendo

exigir melhores condições de trabalho, vivendo em situação de miséria e exploração, situação comum a maioria dos trabalhadores da época. A formação de uma “consciência coletiva” tem as suas raízes no fato que, em sua maioria, os trabalhadores, residiam em torno das áreas industriais formando uma “consciência coletiva”, a partir, justamente, do relacionamento natural do homem – como ser gregário que é – e a comunicação dos grupos, em torno dos seus interesses.<sup>28</sup> Naquele tempo, o trabalho e o trabalhador dividiam-se naturalmente, segundo as habilidades de cada um, e as pessoas, que exerciam os mesmos ofícios, já se organizavam para ajuda mútua. Há, pois, a formação das organizações coletivas voltadas, então, para a defesa e reivindicação de melhores condições para o trabalho assalariado. Trata-se de um novo ideal, que rompe com a lógica individualista e que vai ter seus reflexos na jurisdição, mesmo até os dias atuais, para enfrentar o fenômeno que conhecemos, hoje, como “lesões de massa”.

A ação política da época, fundada no liberalismo, com base nos ideais da Revolução Francesa, recusava a presença de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado.<sup>29</sup> Até o início da primeira Revolução Industrial, havia forte presença das Corporações de Ofício, sendo esses organismos de produção uma forma de proteção das cidades contra os artesãos estrangeiros, bem como disciplinando a concorrência interna entre os seus “associados”. A doutrina econômica, que fundamentou a Revolução Industrial, queria liberdade de concorrência, o que implicava o fim dos monopólios – fossem eles de trabalhadores, do Estado ou das próprias Corporações de Ofício.

A evolução do fenômeno sindical, como consequência do associativismo humano, tem origem no continente europeu, no final do século XIX, e foi ampliado no início do século XX, com a atual formatação dos Sindicatos. Afirma, com propriedade, Amauri Mascaro Nascimento<sup>30</sup>, que embora os ideais da Revolução Francesa (liberalismo) fossem contrários ao associativismo, ao ponto de proibirem expressamente a organização dos trabalhadores (destaca-se a Lei Le Chapelier), essa organização prosseguiu a margem da lei, até o momento

o primórdio da formação do Direito do Trabalho. Neste sentido, citamos a doutrina de Carmem Camino, Wagner D. Giglio, João Regis F. Teixeira, José Augusto Rodrigues Pinto, Arnaldo Sussekind, dentre outros.

<sup>28</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 21: “O associativismo humano deve ter encontrado a sua razão de ser no instinto de defesa, mas na medida do desenvolvimento do raciocínio se expandiu para outros campos de motivação, gerando as primeiras sociedades organizadas sobre bases de afinidade, afetividade e, sobretudo, de interesses, os quais exigindo disciplina, inspiram a formação do Direito”.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 975.

<sup>30</sup> Identifica a abalizada doutrina de NASCIMENTO, *Ibidem*, p. 976, referindo Ojeda Aviles, que há três fases na evolução história do associativismo sindical: a primeira delas a fase de proibição, fundada nos ideais da Revolução Francesa; a segunda, como sendo a fase de tolerância; e por fim, a terceira, com o reconhecimento da ação coletiva, inicialmente sob o controle do Estado e depois desvinculado desse. Em mesmo sentido é a doutrina de DELGADO, Maurício Godinho, *Op Cit.*, p. 1353-1354.

histórico que a doutrina situa como sendo a terceira fase, de reconhecimento do direito sindical. E tanto é verdade que Mozart Victor Russonamo<sup>31</sup> cita que nos idos de 1720, alfaiates britânicos, em numero superior a sete mil, marcharam em direção ao parlamento britânico pleiteando melhores salários e a redução da jornada de trabalho, período no qual vigiam os primados do liberalismo francês que culminaram, posteriormente, com a Revolução Francesa.

No plano Constitucional a história dá conta das Constituições de Weimer (1919) e Mexicana (1917) como primeiras normas a regular as questões de direitos sociais<sup>32</sup>, embora a atual Constituição Alemã não incorpore em seu texto nenhuma norma de direito social e reconhece na primeira constituição como um modelo fracassado, que inclusive deu margem para insurreições sociais que culminaram com o crescimento do nazismo.<sup>33</sup>

## 2.2 Direitos Sociais dos Trabalhadores

Como ponto inicial da exposição, é importante retomar a distinção conceitual de suma importância: a dos direitos de defesa ou os que demandam uma abstenção do Estado; e os direitos que demandam uma proteção em vista de uma ação positiva do Estado<sup>34</sup>. Para dar cabo dessas demandas o Estado pauta suas ações com base nos objetivos traçados na Constituição<sup>35</sup>.

E não é sem razão que Robert Alexy no prólogo de sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, afirma:

Las cuestiones acerca de cuáles derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es lo que exige la realización de la dignidad

<sup>31</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. In: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 1353.

<sup>32</sup> Vale o registro de que no Rio Grande do Sul, com influência dos ideais positivistas, surge a primeira Constituição a tutelar o trabalho, já em 14 de julho de 1891, como consequência da crescente industrialização e a inequívoca marginalização do trabalhador.

<sup>33</sup> KRELL, Andreas J. *Op. Cit.*, p.47. Ainda que a Constituição Alemã não tenha inserido em seu texto um artigo como o 7º da CF/88, o legislador daquele país elaborou inúmeras leis ordinárias regulamentando o trabalho, como por exemplo a Lei contra os despedimentos (*Kündigungsschutzgesetz*) de 25.08.69, julgada constitucional pelo Tribunal Constitucional a teor da previsão contida em seu art. 12.1 daquela Norma, a saber: “*Todos os alemães têm o direito de escolher livremente sua profissão, seu emprego e seus estabelecimentos de formação. O exercício da profissão pode ser regulamentado pela lei ou em virtude de uma lei.*” BVERFG, In: NJW, 1998, p. 175, apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e direito privado*, p. 34.

<sup>34</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.) *Direitos Sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 930.

<sup>35</sup> Os direitos sociais não estão dispostos de maneira uniforme, homogênea, na Constituição Federal de 1988, embora em parte descritos no caput do art. 6º.

humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes.<sup>36</sup>

Com alguma certeza pode se afirmar que a Constituição Federal de 1988, ao incorporar um vasto catálogo de direitos e conferir a qualidade de clausula pétreia, inscreveu em sua ordem um dever geral de proteção da pessoa sempre que essa se mostrar em perigo<sup>37</sup>.

No caso brasileiro, podemos identificar boa parte dos direitos sociais elencados no capítulo II, que no artigo sexto estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

É na sequência, a partir do artigo sétimo que vemos elencados boa parte dos direitos atinentes aos trabalhadores, mas que não se exaurem naquele. A exemplo, também é um direito social do trabalhador a previdência, a segurança, a educação, enfim, por o trabalhador se tratar de uma pessoa, é também destinatário dos direitos estabelecidos pelo caput do artigo sexto. E, também, o próprio trabalho acaba por ser um direito social, erigido a essa condição a partir da reação estatal às corporações de arte e ofício, que até então detinham o monopólio técnico e econômico das atividades profissionais<sup>38</sup>, tornando acessível, em potencial, para todo e qualquer cidadão<sup>39</sup>.

Assim como a Constituição representou nos séculos XVI e XVII a consagração da soberania dos Estados, consolidando o Estado Moderno, a partir dos ideais iluministas e racionalistas em sobreposição ao poder decadente do absolutismo, pode-se dizer que a Constituição brasileira de 1988 é, também, um reflexo do momento histórico que a precedeu, não o modelo absolutista europeu, mas o modelo ditatorial, que se sobrepôs aos direitos

<sup>36</sup> ALEXY. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 21.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 932

<sup>38</sup> ALEMÃO. Ivan. O direito ao trabalho na história e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.) *Direitos Sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 959. Até a Revolução Francesa os poderes estatais apoiavam as corporações de ofício, por pagarem taxas ao monarca e colaborar com o estabelecimento da paz.

<sup>39</sup> Em nota refere Ivan Alemão (*Ibidem*, p. 961) que “Primeiro surge o “direito de trabalhar”, no começo do século XVI, enquanto privilégio que poderia ser vendido pelo rei. Esse *direito* a que Tocqueville se refere ainda ano é o direito ao trabalho. O “direito de trabalhar” convive com a existência das corporações, que estabeleciam monopólios prejudiciais ao progresso das tecnologias e causavam revolta. O “direito de trabalhar” é o contrário do “direito ao trabalho”. Lis XII estabelecera a venalidade dos ofícios; Henrique IV, a venda de título hereditário. Se não foi Henrique III quem deu origem ao mal, ou seja, à venda do direito de trabalhar, por certo foi quem o generalizou, até Luis XVI, que o extirpou.

humanos, suspendendo direitos individuais, o respeito à democracia, com eleições indiretas, centralizadas num poder único<sup>40</sup>.

No plano dos direitos sociais, dos trabalhadores, inclusive, não foi diferente. O constituinte de 1988 foi cuidadoso ao elencar os direitos dos trabalhadores<sup>41</sup>, mas que não se encerram em si mesmos, sua enumeração é exemplificativa, de modo que estes podem ser

<sup>40</sup> ALEMÃO. Ivan. Op. Cit. p. 959-973.

<sup>41</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família para os seus dependentes; XIII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XIV - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) XV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XVI - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVII - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º) XVIII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIX - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XXI - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXIII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIV - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXV - aposentadoria; XXVI - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; XXVII - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) XXVIII - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXIX - proteção em face da automação, na forma da lei; XXX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXXI - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) XXXII - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXIII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXIV - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXV - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz; XXXVI - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XXXVII - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de processo Civil*. Yussef Said Cahali (Org). 9 ed. Rev. atual. São Paulo: RT, 2006.

acrescidos para a melhoria crescente da condição social do trabalhador, inclusive pela via da legislação ordinária. Também a organização sindical vem a constituir um direito social do trabalhador, lhe facultando a livre associação, descrito no artigo oitavo<sup>42</sup>, e o direito de greve, no artigo nono<sup>43</sup>.

Sem dúvida alguma a constituição representa um marco histórico na evolução do direito social nacional, que num primeiro momento apenas estabelecia garantias individuais de propriedade e liberdade, passando para um modelo social, na busca da reconstrução do Estado Democrático de Direito.

Para os direitos sociais dos trabalhadores, a Constituição trouxe ao nível constitucional direitos já consagrados pela legislação ordinária até então vigente<sup>44</sup>. Procurou dar maior relevância para o universo sindical<sup>45</sup>, mantendo o intervencionismo sobre a ação coletiva, mas

---

<sup>42</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

<sup>43</sup> Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

<sup>44</sup> São exemplos: a gratificação natalina, o FGTS, o salário mínimo que antes de 1988 eram e continuam sendo regulados por legislação ordinária.

<sup>45</sup> Embora a Constituição de 1988 tenha trazido em sua redação a idéia de liberdade sindical, essa se manifesta unicamente sob o prisma da liberdade sindical individual (relação do trabalhador ou empresa com seu sindicato). Nessa o trabalhador pode, livremente, segundo sua convicção e vontade, associar-se ou não ao sindicato, assim como se desassociar ou permanecer associado a ele (art. 8º, V, CF/88). Também o trabalhador aposentado filiado tem o direito sindical individual de votar e ser votado em seu sindicato (art. 8º, VII, CF/88). Ninguém pode ser obrigado a associar-se, permanecer associado ou se desassociar do Sindicato. Portanto, o contrato de trabalho que, por exemplo, contiver uma cláusula obrigando o trabalhador a se associar ou a não se associar ou se desassociar do Sindicato, como condição para obtenção ou manutenção de emprego, viola flagrantemente o direito de Liberdade Sindical Individual e é nula. Da mesma forma quando os estatutos sociais impõem a trabalhadores ou empresas, requisitos para filiação, desfiliação ou manutenção de filiação no Sindicato, salvo pagamento de mensalidade e pertencer à categoria profissional ou econômica. Em contraponto a liberdade sindical coletiva, que diz respeito à relação do Sindicato, Federação ou Confederação com o restante da sociedade e o Estado, em que os dois principais direitos relacionados a essa liberdade são o de Livre Criação do Sindicato (respeitada a unicidade sindical) e o de Não Intervenção na Organização Sindical. Nem o Estado, nem qualquer pessoa física ou jurídica pode pretender impedir a fundação de um Sindicato, como também não pode pretender estabelecer regras para a organização da entidade sindical. Não é permitido a uma empresa, por exemplo, dizer o que pode ou o que não pode na organização do sindicato, qual associado pode ou não ser escolhido como dirigente sindical, ou o que pode ou não ser discutido e deliberado

privilegiando a vida associativa, concedendo poderes e valorizando a possibilidade de negociação coletiva para estabelecer condições de trabalho, tais como a flexibilização do salário e da jornada.

Com efeito, em relação à Constituição de 1988, após vinte anos de vigência, alguns institutos e direitos demonstram a necessidade de aperfeiçoamento, de regulamentação, ou até mesmo a sua efetiva aplicação, como a substituição processual e de modo geral a tutela coletiva dos direitos sociais, mas no essencial podemos vê-la como uma tentativa ampla e consciente de dar um tratamento político para a questão dos direitos sociais.

### 2.3 Os direitos sociais na sociedade pós-moderna<sup>46</sup>

Sem sobra de dúvidas a temática é ampla e a doutrina permite um estudo minucioso, guiada por mais diversos matizes. A proposição de construção teórica dá-se com a tentativa trazer ao debate uma nova visão sobre a questão dos direitos sociais, a partir de uma abordagem centrada em uma *matriz social*<sup>47</sup>, procurando superar entraves calcados em teorias

---

em Assembléia Geral, pois estas questões são internas à entidade sindical e somente dizem respeito aos que a integram. Um estudo aprofundado e muito bem fundamentado é o que propõe Gilberto Sturmer em sua obra *A liberdade sindical na constituição da republica federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.* (STURMER, Gilberto. *A liberdade sindical na constituição da republica federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.* Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007) na qual toma o questionamento de que se há ou não liberdade sindical no Brasil e em que extensão se dá essa *liberdade*, trazendo ao debate o contraponto da proibição de pluralidade sindical na mesma base territorial, da filiação compulsória por categoria e da contribuição compulsória.

<sup>46</sup> O termo de uso corrente “sociedade pós-moderna” é, sem dúvida, um daqueles que desperta grande debate na academia. Com a devida vênica aos entendimentos que se consolidam negando o conceito de pós-modernidade, adoto tal expressão como um novo marco na evolução cultural da sociedade, como momento de tomada de consciência da falibilidade do modelo racionalista que impregnou as ciências e, em especial, que fundamentou as relações humanas num prisma de valorização do indivíduo, isolado em si, sem o contextualizar num ambiente social-coletivo. É uma distinção para destacar a evolução tecnológica verificada, em especial, a partir da década de 1970, com a informática, a expansão e a instantaneidade das comunicações; outro fator que também qualifico é o momento de valorização do consumo, em que há uma predominância do “aqui e agora”, da instantaneidade. A expressão “pós-moderna” que aqui adoto é impregnada pelos conceitos de globalização, tecnologia genética e direitos humanos, conceitos que hoje já é palco para debates acadêmicos em plano mundial. Para o presente estudo vale a reflexão de que a pós-modernidade é um momento em que o debate de liberdade é acompanhado do neoliberalismo, da economia de mercado, em que a concretização dos direitos sociais resta prejudicada, sob o manto de “justificativas doutrinárias” que segregam a inclusão e proteção dos excluídos (referidos no início do trabalho) de onde se propõe com o presente estudo uma sociedade pós-moderna em que há uma reconciliação entre direitos humanos, democracia e política econômica, sob uma perspectiva “integradora” (LIPOVETSKY. Gilles. *Os tempos hipermodernos.* Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p.57.). E tal reflete diretamente na compreensão não somente dos direitos sociais, de modo geral, mas também na compreensão dos elementos de Teoria de Estado e, com mais razão, sobre a compreensão do processo, com o que pretendemos discorrer no presente estudo.

<sup>47</sup> Essa é uma metodologia em contraposição a uma visão *liberal*, própria do Estado Liberal que tinha na garantia da liberdade individual o cerne de proteção. A proposição toma por base os ideais do Estado Social (adiante

que fornecem bases doutrinárias à ineficácia dos direitos, tais como a desqualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais, ou a limitação de sua eficácia.

A matriz social que propomos adequada ao modelo constitucional brasileiro tem em conta a contextualização dos direitos sociais inserido em uma sociedade pós-moderna, em que o postulado da *reserva do possível*<sup>48</sup> não encontra respaldo da sociedade num modelo de Estado Democrático de Direito<sup>49</sup>. Além do mais nesse novo ambiente social, embora o Poder Judiciário exerça um papel de destaque na realização e construção das promessas constitucionais, os demais poderes, necessariamente, superam a vetusta orientação de separação e independência, sendo solidariamente responsáveis pela concretização dos direitos sociais. E a via adequada para a concretização das expectativas é a matriz social.

O ponto de partida dá-se com a constatação de Gilles Lipovetsky, expressa em sua obra “Os tempos hipermodernos<sup>50</sup>” na qual dá conta de que o mundo vive numa intensificação das relações sociais e culturais; centrando sua crítica a partir daquilo que a “pós-modernidade” tem como tripé de sustentação: o mercado, o indivíduo e o conhecimento técnico-científico. Diz que as novas tecnologias passaram a interferir diretamente sobre o comportamento e o modo de vida, chamando atenção para a instantaneidade das relações; a valorização quase “esquizofrênica” do jovem, da moda. Mas também constata que há uma valorização ou retorno para o conhecimento do próximo, da religião, da cultura, da transculturalidade, em síntese, refere-se à ação humana em um mundo reconhecidamente global.

Disso se extrai que a sociedade atual mudou, evoluiu, e neste passo o direito haveria de acompanhar tal evolução. A mudança do paradigma social começa com a mutação do paradigma de direitos meramente individuais, próprios do Estado liberal, para um modelo de direitos sociais, inerentes a um modelo de Estado Democrático de Direito<sup>51</sup>. Com essa troca de paradigma, a leitura dos direitos sociais também deve ser acompanhada de uma mudança

---

estudado) em que há uma revisão dos postulados de liberdade, com ênfase para uma ação interventiva do Estado, realizador das prestações reclamadas pela sociedade.

<sup>48</sup> Aqui entra em debate a questão econômica para a concretização do direito social, em que não seria possível a efetividade da prestação objeto do direito sem que o Estado despenda algum recurso; neste contexto o argumento de efetividade imediata de normas e direitos fundamentais é mitigado frente as limitações de caixa do Estado. Nas palavras de Ingo Sarlet: “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstancias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar de invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.” SARLET, Ingo. *Op. Cit.*, p. 305.

<sup>49</sup> Temática adiante abordada.

<sup>50</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Op Cit.*

<sup>51</sup> Essa transformação se viu no início do Século XX com as ideias de Estado Social, adiante examinadas.

em sua base metodológica, para uma matriz social, que procure alcançar máxima efetividade para a proposição diretiva estabelecida nas cartas constitucionais.

A abordagem social dos direitos é compreendida a partir de uma constatação e necessidade de comprometimento entre a sociedade e o Estado, vinculados, como instrumentos promotores da promessa constitucional dos direitos fundamentais, de forma que o primado de independência dos poderes estatais seja entendido como superado, para uma proposição de solidariedade, de mutuo comprometimento para a realização do direito social.

No contexto atual o primado da *reserva do possível*<sup>52</sup>, não se apresenta como fundamentação metodológica válida para retirar o caráter de fundamentalidade do direito social, em especial a sua eficácia e aplicabilidade imediata. Não caberia, nesse modelo, uma avaliação ou eleição de prioridades sobre os destinos orçamentários no que tange a realização dos direitos sociais, senão pela comprovação pontual e impossibilidade real de execução do comando social constitucional. Nesse aspecto, a discricionariedade econômica acerca da reserva do possível e dos direitos sociais, é uma matriz vinculada ao modelo de estado liberal, adiante estudado, que unicamente está preocupada com a proteção das liberdades individuais, mas não a proteção ou concretização dos ditames de proteção social, que é, base do Estado Social e, na sequência histórica é o fundamento para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Como referido, nem mesmo a separação de poderes seria escusa razoável para o inadimplemento das prestações sociais de onde o judiciário ganharia relevante papel, de realizados das promessas não cumpridas.

Como leciona Andreas Krell:

Num Estado Social, modelo adotado pela Carta Brasileira de 1988, o Poder Judiciário é exigido a estabelecer o sentido ou a completar o significado da legislação constitucional e ordinária que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica, o que o da o papel de “legislador implícito”. Dessa maneira, a “agenda da igualdade” [...] redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o princípio da reserve do possível recomenda-se a leitura de obras como PREIRA, Potyara. Necessidades humanas. Subsídios à crítica dos mínimos sociais. 4ª Ed. São Paulo: Cortez, 2000; AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.) Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 313/339; TIMM, Lucino; et.al. Direito Fundamentais - Orçamento e Reserva do Possível. 2ª Ed. Porto Alegre: do advogado, 2009 e OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais – Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>53</sup> KRELL. Andreas J. *Op. cit.*, p. 98.

Nessa seara, onde o Estado se omite na prestação de direitos sociais, cumpre ao judiciário tomar a iniciativa de realização dos direitos sociais, tal como leciona Lenio Streck:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um interprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente<sup>54</sup>.

Além do mais, no campo dos direitos sociais dos trabalhadores outro aspecto chama atenção: a eficácia dos direitos sociais diante de terceiros. Alguns direitos dos trabalhadores não constituem meras prestações estatais, mas é imposto a outros sujeitos (empregadores) o cumprimento da prestação social.

Daí que se trata da aplicação dos direitos fundamentais não só nas relações entre o Estado e os cidadãos, mas também nas relações entre pessoas privadas, o que a doutrina constitucional alemã denominou de “eficácia externa dos direitos fundamentais”, em que há uma nova ponderação, ou seja, não somente os poderes públicos estão obrigados a concretizar o direito social, mas também é exigível dos *poderes privados* (empregador).

Assim, há que se reconhecer um novo momento histórico, que justifica uma releitura dos direitos sociais, a partir do que propomos de uma matriz social, que garanta uma concretização das prestações sociais dos trabalhadores, à luz de que o Poder Judiciário é um agente ativo para o cumprimento da Carta constitucional, em especial a partir do modelo social de Estado Democrático de Direito e, os outros agentes são também solidariamente responsáveis pela implementação das garantias sociais.

Solidariedade que vem na mão histórica da geração de direitos e tem no ideário da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade) sua fundamentação. Deve ser adaptado em uma leitura contemporânea, constitucional, adequada ao modelo de sociedade pós-moderna.

Com isso se dá uma boa margem teórica da proposição que se pretende construir acerca da tutela coletiva dos direitos sociais, sob o prisma do Estado Democrático de Direito e tendo em conta o papel *criador do juiz*<sup>55</sup> na construção de uma decisão motivada e fundamentada para a solução do caso concreto.

---

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45 e ss.

<sup>55</sup> O que se afirma aqui e melhor desenvolvido no terceiro capítulo é adoção de uma perspectiva monista, com base nos postulados de Carnelutti, em que o direito é um postulado vivo, inerente aos fatos do caso concreto e

Nesse ambiente também há um papel importante acerca do comprometimento social: ao lado dos direitos sociais se impõe a observância dos deveres fundamentais, contrapostos a cada um dos direitos sociais dos trabalhadores, em maior ou menor grau de exigibilidade.

Já se tem consciência da superação do ideal neoliberal<sup>56</sup> de Estado mínimo, ao menos no Brasil, em que se tem presente a necessidade da ação interventiva do Estado para a implementação de políticas sociais, no intento de redução da desigualdade econômica, cultural, sanitária, etc.. É, portanto, incompreensível (ou inviável) a redução do tamanho da proteção Estatal, hoje estabelecido em nossa Constituição.

Mas também não se pode ocultar o fato de que nos países periféricos como o Brasil, muitas previsões constitucionais não foram implementadas, em parte pela questão de corrupção e desvio de verbas, tal como expressa Marciano Buffon:

Além disso, o aprofundamento da democracia tem como consequência natural a redução das possibilidades da corrupção. Se não é possível erradicar a corrupção, é possível minimizá-la através de mecanismos de controle do Estado. Se isso ocorrer – e for perceptível – há uma clara tendência que os deveres fundamentais – o de pagar tributos especialmente – sejam mais bem assimilados e deixem de ser vistos como uma intromissão violenta do Estado na liberdade individual. Por decorrência, o dever de contribuir, paulatinamente, passará a ser entendido como o preço a ser pago pela própria liberdade e o ônus inescapável de se fazer parte de uma sociedade<sup>57</sup>.

Assim é que ao visualizarmos no pós-guerra uma crescente preocupação e constitucionalização de direitos fundamentais, de cunho prestacional, como reação social para o atual estado de reconstrução da democracia, verificou-se, no curso dos anos, o que Buffon descreve como uma “hipertrofia<sup>58</sup>” de direitos, sem uma preocupação real de implementação desses direitos, em especial pela ausência de uma fonte de recursos para o custeio. Por isso julgamos adequado e de relevância o debate não somente dos direitos e deveres fundamentais

---

não uma mera abstração, como compreende a visão dualista, calcada no momento histórico de pós-Revolução Francesa em que se pretendia limitar o poder dos magistrados.

<sup>56</sup> Identifica-se o modelo neoliberal como a política de Estado tomada a partir do final da década de 70, especialmente na Inglaterra com a eleição de Margareth Thatcher e a retomada de ideais liberais de redução da intervenção do Estado nos mais diversos campos da economia e da assistência, como destaca da leitura da obra de Ricardo Antunes: ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaios sobre afirmação e negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.

<sup>57</sup> BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana*. Entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 p. 74-75.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 80.

(sociais), mas, também, do ambiente democrático e solidário<sup>59</sup>, para concretização dos direitos sociais e fundamentais.

Assim, para a construção hermenêutica de um novo modelo de tutela jurisdicional para os direitos sociais, não podemos olvidar, paralelamente, a relevância dos deveres fundamentais, até como elemento de motivação para a decisão judicial, adiante estudada.

---

<sup>59</sup> O ideal de deveres fundamentais aqui proposto não se confunde com o chamado ideal de “deveres fundamentais” adotados pelos modelos nacional socialista que não tinham a intenção real de transformação de uma democracia, mas estavam baseados, a partir do dever de trabalho, e na prestação de servir os poderes e de defender o Estado e o povo.

### 3 O REENCONTRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste ponto do trabalho, procura-se recuperar a contextualização do Estado em seu momento contemporâneo<sup>60</sup>, reconhecendo com isso a necessidade de um repensar da temática dos direitos sociais dos trabalhadores, inseridos numa compreensão social, ambientada no Estado Democrático de Direito, a partir de uma idéia de superação do positivismo-racionalista, próprio de um modelo formalista de Estado, essa baseada numa perspectiva liberal-individualista.

A construção de uma resposta acerca da tutela coletiva dos direitos passa, necessariamente, por essa contextualização representada pela evolução do modelo Liberal e Social de Estado, agora formatado sob o manto de uma Democracia e fraterna<sup>61</sup> (solidária).

Neste ponto, a própria hermenêutica sofreu as influências de um novo modelo estatal, em que os métodos interpretativos tradicionais como o literal, a histórica, a teleológica, a extensiva e a restritiva dão espaço, no Estado Democrático de Direito, para um modelo axiológico; apegado às texturas abertas da norma jurídica<sup>62</sup>, em contraponto ao modelo lógico-dedutivo que, no modelo liberal de estado resultava na busca pelo sentido “correto” da aplicação da lei ao caso concreto.

O que se busca para a proposição de uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito, é o reconhecimento do potencial criativo no processo, para o equacionamento das demandas sociais não cumpridas, na previsão constitucional. É o reconhecimento de uma evolução do modelo social.

<sup>60</sup> Pós-segunda guerra. Sobre o tema recomenda-se a leitura do primeiro capítulo de “O estado de direito – História, teoria e crítica.” ZOLO, Danilo; et.al. São Paulo: Martins, 2006.

<sup>61</sup> O direito fraterno fornece uma alternativa metodológica de abordagem do direito, com fundamentos na amizade, à quebra da obsessão da identidade, ao jurar conjuntamente e ao cosmopolitismo. A professora Sandra Regina Vial, diz que: “O Direito Fraterno propõe uma “nova/velha” análise dos rumos, dos limites e das possibilidades do sistema do direito na sociedade atual. Porém, seguindo-se a metodologia das ciências sociais, está-se diante de uma abordagem que propõe uma nova forma de análise do direito atual e, mais, uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão de fato universal. Todo o pensamento apresentado pelo Professor Eligio Resta tem um grande valor científico, o qual se configura em uma abordagem científica do e para o direito atual. O autor conclui a versão em português do texto direito fraterno com a seguinte proposta: “O direito fraterno, então, vive da falta de fundamentos, anima-se da fragilidade; procura evitar afirmar que ‘deve’ ser, e que existe uma verdade que o move. Ao contrário, arrisca numa aposta, exatamente como na aposta de Pascal sobre a existência do bem comum: se tivesse existido, o benefício teria sido enormemente maior do que o custo empregado com as próprias contribuições pessoais. No caso em que, ao contrário, não tivesse existido aquilo que se gastou, teria tido um pequeno custo em relação àquilo que se poderia ter ganho. “Convém, então, apostar na fraternidade”. VIAL, Sandra Regina. *Políticas públicas de combate à violência: uma análise a partir do direito fraterno*. Material cedido pela autora.

<sup>62</sup> A “textura aberta do direito” é no caso concreto que se deverá ponderar e equilibrar os interesses conflitantes que variam de peso de caso a caso. Não que se deva criar, em cada situação, em cada caso concreto, uma nova forma de solução do litígio, mas deve-se aceitar a função criadora dos intérpretes do direito, segundo Lenio Streck, “fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. São Leopoldo: 1999, p. 108.

### 3.1 O caminho de concretização do Estado Democrático de Direito

Há uma relação umbilical entre o estudo dos Direitos Sociais e o Estado<sup>63</sup>. Pretende-se mais do que uma definição doutrinária acerca do Estado, ou da Teoria Geral desse, intenta-se estabelecer uma compreensão da sua vertente Democrática<sup>64</sup>.

Neste contexto é que há uma correlação entre o ordenamento jurídico de um Estado e a ideologia<sup>65</sup> política predominante, visível no campo da Teoria Geral de um e de outro. A política e o ordenamento, são os elos de ligação a partir do que se pode concluir por uma vinculação do Estado Liberal com os direitos de primeira geração; do Estado Social com os direitos de segunda e, por fim, do modelo de Estado Democrático de Direito com os direitos de terceira geração.

Mas essa definição torna-se essencialmente superficial para a compreensão do atual momento histórico, merecendo destaque a observação introdutória de Jacques Chevallier, para o qual diz:

Trata-se nessa obra de se interrogar sobre a dimensão das transformações que todos os Estados conheceram, em diferentes graus, e que põem em questionamento os princípios sobre os quais a forma estatal foi construída. Essas transformações são indissociáveis de mutações mais profundas. De fato, tudo se passa como se as sociedades contemporâneas conhecessem, nesse início do século XXI, uma transformação profunda de seus princípios de organização: transformações que afetam, em maior ou menor medida, ainda que de diferentes modos, todas as sociedades, para além da diversidade dos seus contextos locais; transformações que atingem também todos os níveis do edifício social, bem como o conjunto das instituições (econômicas, culturais e políticas...). Para mensurar as mutações em curso, os esquemas do pensamento tradicional não são suficientes: é necessário se

<sup>63</sup> Aqui tomamos em consideração a proposição de Ingo Sarlet (*Op cit.*, p. 296-324), considerando que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais propriamente ditos) se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo, já que estes dizem com a atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado Democrático de Direito e não propriamente como garante dos padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com seus direitos a algo (prestações fáticas) decorrente da atuação do Estado como Estado Social.

<sup>64</sup> Alain Touraine nos traz uma definição de Democracia a partir da constatação de que essa estabelece quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais os procedimentos adotados, em leitura conjunta com o maior número possível de pessoas que participam, direta ou indiretamente, na tomada de decisões, tendo presente a realidade. *O que é a democracia*. Trad. Guilherme J. F. Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes, 1996, p.19.

<sup>65</sup> Adota-se, aqui, a contextualização de ideologia segundo Ovídio Araújo Baptista, o qual estabelece o seu conceito de ideologia com base em Karl Manhein, no sentido de ser um pensamento que se encontra em estado de incongruência com a realidade e que, por estar identificado com o passado que pretende perenizar, serve como instrumento de manutenção do *status quo* em contraponto com a utopia que também vive dissociada da realidade, mas, ao contrário, pretende transformá-la. Segundo o autor: “Enquanto a ideologia contém um cariz essencialmente conservador, as utopias – distorcendo igualmente a realidade – têm sentido organicamente revolucionário.” SILVA, Ovídio A. B. da. *Op Cit.*, p. 23.

esforçar para construir novas ferramentas, forjar outros instrumentos de análise; e a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada<sup>66</sup>.

E no campo do Direito do Trabalho, mesmo no seu plano individual ou coletivo, não há como se negar os reflexos de cada um dos modelos estatais, em um contexto histórico determinado.

O modelo liberal fomentou o ideal de liberdade contratual, base para o nascimento da relação de trabalho livre<sup>67</sup>. Neste paradigma, o homem livre teria plena liberdade para contratar, o Estado não teria ingerência alguma, senão como garantidor da realização da possibilidade de contratar<sup>68</sup>. Nesse ambiente, a Teoria do Direito estava lastreada nos ideais da Revolução Francesa<sup>69</sup> e na ação limitada do juiz, como mero reproduzidor do texto de lei (Código Civil).

O modelo civil-liberal de solução dos conflitos decorrentes da nova relação de trabalho, sedimentada no Estado Liberal<sup>70</sup>, com base unicamente no vigente Direito Civil (contrato de locação de serviços romana) passava ao largo da desigualdade substancial e da verticalidade presente na relação de emprego. Neste período, era praticamente inexistente legislação específica tutelando a relação de emprego. Somente com o avanço para o modelo

<sup>66</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 11.

<sup>67</sup> O exame da evolução histórica da organização dos trabalhadores, objeto de nossa exposição inicial, passa, como se disse, pela análise da categoria básica sobre a qual erigiu-se o Direito do Trabalho: a relação de emprego. Fundamentada na existência do trabalho livre e subordinado justifica o estudo a partir da existência da figura do trabalhador formalmente livre e independente, o que se dá, no mundo ocidental, a partir dos ideais da Renascença e da Revolução Francesa. A exemplo do que refere Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício. *Curso de direito do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 105.) , no Brasil, tratamos, ou deveríamos tratar, o estudo do Direito do Trabalho somente após 1888 (momento histórico da Lei Áurea); eis que, antes, a maioria da doutrina faz referência ao período, da “pré-história” do Direito do Trabalho nacional. É em torno daquele elemento fundamental (relação de emprego) que circunda uma série de institutos, direitos e obrigações que envolvem os atores da relação (empregados e empregadores), bem como as suas entidades representativas, no plano coletivo.

<sup>68</sup> Vale a transcrição do pensamento de Thomas Paine, que em seu panfleto de 1776 sob o título de “Senso Comum” traduz um pouco o sentimento histórico acerca do papel do Estado, em suas palavras: “Alguns escritores confundiram de tal forma a sociedade com o governo que fizeram, entre os dois, pouca ou nenhuma distinção; eles não são, entretanto, apenas diferentes, mas também possuem origens diferentes. A sociedade é produzida por nossas necessidades; o governo, por nossa maldade; a primeira promove a nossa felicidade positivamente, unindo nossas afeições; o último o faz negativamente, limitando nossos maus hábitos. Uma encoraja a inter-relação, o outro cria distinções. A primeira é uma patrona; o segundo, um punidor.” PAINE, Thomas. *Senso comum*. Ipm Poket, p. 11.

<sup>69</sup> A ação política da época, então fundada no liberalismo, com base nos ideais da Revolução Francesa, recusava a presença de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Ideais de liberdade , igualdade e solidariedade.

<sup>70</sup> O modelo de Estado Liberal surge em contraposição ao absolutismo até então vigente, em que o primeiro tem no contratualismo, no indivíduo, o cerne do modelo político-constitucional que se estabelecia. Neste sentido, bem refere José Luis Bolzan de Moraes: “O contratualismo tem no seu cerne a idéia de indivíduo, seja em Hobbes, seja em Locke, particularmente. O consentimento era dado pelo indivíduo, sendo que o último aprofunda-o, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com suas invocações anteriores.” MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política & Teoria do estado*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

de Estado Social é que houve o fomento dos ideais intervencionistas, impulsionando o processo de constitucionalização dos direitos sociais, em parte por pressões dos movimentos sociais.

E com razão afirma José Luis Bolzan de Moraes:

Dessa forma, pensamos poder situar o liberalismo como uma doutrina que foi-se forjando nas marchas e contramarchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal.<sup>71</sup>

E acresce, melhor identificando o modelo de Estado Liberal:

Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso à força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individual(is)<sup>72</sup>.

É assim que o Direito do Trabalho começa a tomar forma: da passagem do Estado Liberal para o modelo Social (protecionista-intervencionista). O Direito do Trabalho, nesse sentido, como sistema de normas positivas estatais, é fruto de um longo e complexo desenvolvimento, em resposta às reivindicações de proteção dos trabalhadores frente às atividades econômicas respaldadas pela liberdade e autonomia contratual. Não havia mais espaço para a ampla liberdade de contratar. As normas legais, tutelares do contrato individual de trabalho, passam a ser de ordem pública, cogentes e indisponíveis. Os direitos adquiridos pelo empregado, à luz da lei estatal, ficam definitivamente incorporados ao seu patrimônio jurídico, são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis<sup>73</sup>. Há a formação do princípio da

<sup>71</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>73</sup> A regra geral prevista no art. 614, § 3º, da CLT é a de que as convenções ou acordos coletivos de trabalho não podem ser estipulados por prazo de vigência superior a dois anos, ou seja, os direitos vigem por um período determinado. Contudo, quando se trata da conformação de direito fundamental social, se enseja debate acerca da possibilidade de sua supressão. Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet, citando doutrina de Luís Roberto Barroso, o princípio da proibição de retrocesso na ordem constitucional não é expresso, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, segundo o qual uma lei, ao regulamentar determinado mandamento constitucional, instituindo direito, esse se incorpora ao patrimônio jurídico do cidadão e não deve ser suprimido. (SARLET,

proteção (favorecimento do empregado) e da irrenunciabilidade (porque indisponíveis os direitos), hoje cristalizado em nossa legislação.

Neste modelo de estado social, o direito toma uma posição justificadora da intervenção estatal em que há uma alteração do paradigma, redefinindo o conceito de liberdade e igualdade<sup>74</sup>. É certo dizer que mesmo o Estado Liberal nunca deixou de estabelecer uma “ordem de proteção mínima”<sup>75</sup>, que a partir do século XIX apresenta um aumento na interferência estatal, com políticas ativas, de prestações públicas.

O conceito de *welfare state* desenvolvido com o Estado Social refere-se a uma dimensão da política estatal, mensurável em parte pelas cifras destinadas aos serviços sociais à procura da neutralização das desigualdades sociais, em resposta ao modelo de Estado liberal burguês, como forma de adaptação à nova sociedade industrial que se desvelava a partir do século XVIII-XIX. Trata-se de uma política tanto de melhorar as condições sociais, como de adaptar o modelo estatal aos efeitos e consequências da industrialização.

Os valores do estado liberal (como liberdade, propriedade, segurança jurídica) são concebidos com uma ideia de maior efetividade no modelo de Estado Social<sup>76</sup>, a partir da compreensão de que sociedade e estado não são contraditórios, mas têm uma interação recíproca, em que um não se realiza sem o outro.

Para o modelo de Estado Social, a segurança formal tem que vir acompanhada de segurança material, frente ao modelo econômico, de onde o Estado Social estaria centrado num modelo de justiça distributiva. O Estado age como um distribuidor, acentuando, por

Ingo. *Op Cit.*, p. 456-457). A supressão da prestação material assim obtida somente é aceitável se vier acompanhada de compensação adequada. Se não verificado isso, a segurança pessoal e social são valores a serem considerados para solver adequadamente a questão jurídica. Fazendo-se a transposição do entendimento à seara trabalhista, a conformação de direitos por meio de normas coletivas pode ensejar a aplicação do mesmo entendimento doutrinário. De outro lado, é cabível fazer analogia no caso entre o Estado — do qual provêm as leis abstratas e gerais — e o empregador — em relação ao qual a CF confere a prerrogativa da conformação de direitos por meio de negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). Assim como o Estado, o qual tem o compromisso de prestar serviço público, garantir a implementação dos direitos sociais (art. 6º, CF) e elaborar as normas gerais e abstratas em regra oriundas do Poder Legislativo, o empregador tem poder para negociar em âmbito coletivo e dever de assegurar ao seu empregado direitos em relação aos quais ele tem expectativa de gozo, principalmente quando se trata de direito fundamental social. Direitos que ostentam status jusfundamental e que obtêm conformação no âmbito da negociação coletiva são passíveis de incorporação definitiva ao contrato de trabalho dos empregados que integravam a categoria profissional no período de vigência da norma coletiva. Aplica-se o princípio da vedação do retrocesso social, o qual tem a virtualidade de impedir que depois de implementado direito fundamental social.

<sup>74</sup> CARVALHO NETO. Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de direito comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2000, p. 36.

<sup>75</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política & Teoria do estado*. *Op Cit.*, p. 63.

<sup>76</sup> Segundo Paulo Bonavides, quando o Estado busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social é que surge o momento de ruptura entre o modelo Liberal e surge o modelo Social de Estado, fundamentado na “força das massas”, em decorrência, boa parte, de questões econômicas envolvendo o capital e o trabalho. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184-194.

exemplo, a funcionalização da propriedade, sendo um conceito chave em questões de estrutura e função Estatal; e ainda, atuaria fazendo a seleção e hierarquização de objetivos, entre os objetos/valores em jogo, definindo as atuações políticas do próprio aparato estatal e, também, dos paraestatais; procura alcançar a racionalidade política, administrativa e econômica-social.

É um modelo estatal que pode ser concebido como preocupado em não somente não negar os valores do estado liberal (liberdade, propriedade, participação dos cidadãos) mas também em torná-los efetivos, dando bases materiais para as prestações sociais<sup>77</sup>, em aproximada sintonia com o Estado Democrático de Direito, hoje vigente, que tem um cariz transformador, com propósito de mutação da realidade social, em que o direito toma papel de destaque, como bem salienta Jacques Chevallier:

A crise do direito moderno é o subproduto de uma transformação nas condições de utilização da técnica jurídica em virtude do surgimento do Estado Providência. Um direito novo, então, apareceu, um direito “intervencionista” (N. LUHMANN), concebido como um instrumento de ação nas mãos do Estado, colocado a serviço da realização das políticas públicas (C.A. MORAND, 1999) e visando não mais a enquadrar os comportamentos, mas a atingir certos objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais; enquanto o direito de moderno “de tipo formal” garantia a autonomia dos atores sociais, esse direito novo, “de tipo material” e “de tipo reflexivo” (G. TEUBNER), manifestará “concepções regulatórias”, buscando agir sobre os equilíbrios sociais. As regras de direito se inscrevem, a partir de então, no quadro de “programas complexos”, mobilizando um conjunto de meios jurídicos e extrajurídicos ao serviço de objetivos: típico do surgimento de um “Estado propulsor”(C.A. MORAND dir. 1991), que pretende agir sobre o social em nome de uma preocupação de justiça, esse direito é caracterizado por uma nova positividade e governado por uma lógica de eficiência; a preocupação de obter os resultados pretendidos justifica, desse modo, o desenvolvimento do processo de negociação com os destinatários (“direito reflexivo”), tal como a redução das soluções coercitivas (“direito inclinador”), o que modifica em profundidade a estrutura do direito clássico (C.A. MORAND, 1999)<sup>78</sup>.

Dois fatores contribuíram para a evolução do Estado – agora Democrático<sup>79</sup>. A crise fiscal-econômica, agravada no segundo pós-guerra pela crise do petróleo de 1973 e a

<sup>77</sup> Síntese da leitura de GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 18-218.

<sup>78</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 120.

<sup>79</sup> É importante contextualizar que por modelo democrático, por “democracia” – assinala Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 46) – entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a

bancarrotas do estado provedor, consequência dos déficits econômicos para a implementação das políticas sociais.

Nesse novo modelo estatal há uma aliança do modelo de estado liberal e social, em que o estado deixa de ser o provedor único, há uma participação (daí a solidariedade) da sociedade, comprometida com a realização dos direitos fundamentais, em que há relevância para a participação popular.

Hoje vivemos inseridos numa profunda revolução tecnológica, que nos últimos vinte anos do século XX acumularam-se mais conhecimentos tecnológicos do que em toda a história da humanidade. Ao lado dos incontáveis benefícios para a sociedade, não se pode ignorar os malefícios representado pela questão da automação e o desemprego; a industrialização e a poluição do meio ambiente; a tecnificação da agricultura e os efeitos pouco conhecidos da transgenia; ou das novas descobertas da ciência. O homem não tem o conhecimento pleno, vive num ambiente de incertezas e risco<sup>80</sup>.

Podemos observar que a compreensão do mundo encolheu de maneira impressionante, que por custos reduzidos se pode trocar instantaneamente informações e conhecimento. No campo financeiro os efeitos da globalização dão margem a uma prodigiosa polarização mundial entre ricos e pobres; a mídia fomenta o consumo que por sua vez não é acessível aqueles excluídos do sistema econômico financeiro. Com isso, vê-se crescer a criminalidade, como forma de inserção entre os ricos.

Todas essas (inter)relações sociais são geridas dentro de um espaço estatal que tem que conviver com suas instituições, muitas delas ainda baseadas num modelo liberal, onde as relações e os conflitos estavam, em sua maioria, restritos as fronteiras nacionais, sendo resolvidos em grande monta de forma particular, atomizada<sup>81</sup>.

Pierre Rosanvallon<sup>82</sup> reconhece uma crise no modelo de Estado Providência, a partir de um viés inovador que não unicamente o plano econômico, em que os custos da

---

oligarquia. O mesmo autor conceitua democracia, em linhas gerais, no único sentido em que se pode falar racionalmente de democracia sem permitir enganos, ou seja, um sistema no qual vigorem e sejam respeitadas algumas regras que permitam ao maior número de cidadãos participar direta ou indiretamente das deliberações que em diversos níveis (locais, regionais, nacionais) e nas mais diferentes sedes (a escola, o trabalho, etc.), interessam à coletividade.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1998.

<sup>81</sup> Adianta-se a contraposição entre a posição “atomizada” e “molecular” proposta por Freddie Diddier Jr e Hermes Zaneti Jr, na obra Curso de Direito Processual (DIDDIER, Freddie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual*. v. IV. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 35) adiante melhor desenvolvida.

<sup>82</sup> ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora UFG, 1997, p. 89.

manutenção das prestações não são alcançadas pelas instituições estatais<sup>83</sup>, de onde propõe um repensar de alternativas a esse modelo. E justamente um repensar do modelo estatal, aqui sob a proposição de um Estado Democrático de Direito, compreendido como uma participação ativa do poder judiciário, em seu viés transformador, mas em solidariedade com os demais poderes num pacto de realização das promessas constitucionais.

O estudo da evolução histórica do Estado, dentro do corte metodológico proposto de contextualização (não tende a esgotar o tema), significa a fixação dos modelos fundamentais em que o Estado tem adotado através dos séculos, reconhecendo, todavia, que os “tipos estatais” não têm um curso uniforme, muitas vezes exercendo influência em períodos descontínuos. Não se pode, por isso, dispor cronologicamente, em ordem sucessiva apoiada na História, os exemplares de Estado que tenham realmente existido uns após os outros, o que se dá mais por fins didáticos.

---

<sup>83</sup> Trilhando pelos elementos do Estado-Providência francês, o autor verifica que, nesse modelo, há verdadeira crise política e sociocultural, distanciando-se do aspecto econômico-financeiro até então suficientemente debatido por aqueles que se ocupavam do tema. Pierre Rosanvallon remete-nos às origens do modelo de Estado-Providência, concebendo-o como consequência lógica do Estado-protetor. É com certa dose de inovação que aborda o surgimento desse modelo estatal em face ao declínio da convicção na providência religiosa. A sociedade, afirma, prefere a certeza da providência pelo Estado à incerteza da providência pela religião. Nesse contexto, o autor atribui três elementos distintos à crise do Estado-Providência. Primeiramente, destaca o declínio do princípio igualitário como finalidade social. É que tal princípio, no campo econômico, tem o fito de reduzir desigualdades e, por mais das vezes, “a redução automática das ‘pequenas’ desigualdades é, assim, percebida como uma injustiça”. Como segunda causa para a crise do Estado-Providência, Rosanvallon indica novo conceito, o de solidariedade automática. Salienta que o Estado-Providência, ao centralizar-se como principal provedor social, “funciona como uma grande interface: substitui o face-a-face dos indivíduos e grupos”. Isso tornaria mais abstrata a organização da solidariedade que, por não passar pelo crivo direto dos indivíduos, é qualificada como automática. Sob a perspectiva econômica, vislumbra o autor mais uma causa contribuidora para a conjuntura desfavorável em questão. Enxerga o modelo keynesiano como determinante para a crise do modelo de Estado-Providência estatal, pois o keynesianismo mostrou-se incapaz de superar as crises econômicas da atualidade. A solução estaria, portanto, alicerçada no tripé composto por socialização, descentralização e autonomização. Socialização seria a desburocratização e a racionalização administrativa dos equipamentos e das funções coletivas. Descentralização seria remodelar e preparar alguns serviços públicos com o fito de torná-los mais próximos dos usuários, das coletividades locais. Autonomização, por fim, consistiria na transferência para coletividades privadas tarefas de serviços públicos. O terceiro elemento é a maior contribuição intelectual de Rosanvallon e do qual irá ocupar-se pelo restante da obra. Afirma que, para a obtenção de sucesso na solução da crise, é mister o “tríplice movimento de redução da demanda do Estado, de reencaixe da solidariedade na sociedade e de uma produção de maior visibilidade social. Nesse sentido, com a produção de sociabilidade e a consequente redução da demanda social do Estado, com a reintegração do indivíduo em redes de solidariedade diretas e com o social menos opaco no Estado-Providência, Rosanvallon vislumbra a possibilidade de superação da crise. Afirma que, para a produção de sociabilidade, é necessário o direito social autônomo, o reconhecimento de segmentos da sociedade civil como sujeitos produtores de direito e que o Estado conceda incentivos, principalmente fiscais, à iniciativa privada prestadora de serviços de interesse público. Para a reinserção do indivíduo em redes de solidariedade diretas, propõe reaproximar a sociedade de si mesma, apontando a redução da jornada de trabalho como instrumento apto a permitir ao indivíduo, com mais tempo livre, integrar-se às redes de solidariedade. MOREIRA DA CRUZ, G. A crise do Estado-Providência de Pierre Rosanvallon. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, América do Sul, n. 18, v. 3, agosto de 2007.

### 3.2 O papel do judiciário no Estado Democrático de Direito

Um dos pontos de maior relevância ao estudo proposto é justamente o paradigma do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito que é intimamente ligado à proposição de uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores.

Essa proposição parte de uma constatação da mutação social que aqui representamos pelo editorial do jornal Correio do Povo, o qual sintetiza:

#### PASSAMOS DOS 190 MILHÕES

O censo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) nesta sexta-feira traz um número emblemático: estamos na casa dos 190 milhões de brasileiros. Os brasileiros que viveram a década de 70 lembram-se bem dos versos de uma canção que dizia que somos '90 milhões em ação'. Naquele tempo, em que a democracia ainda era uma miragem no horizonte, o país vivia o milagre econômico e sonhava com a retomada da normalidade democrática. O Brasil era tricampeão de futebol, havia a tortura e a censura era uma realidade no meio cultural e jornalístico. Havia apenas dois partidos, e muitos cargos majoritários, como o de governador, eram indicados pelo poder centralizado em Brasília. A imprensa da época e a arte, nos seus limites preestabelecidos, tentavam furar um bloqueio que blindava a opinião pública de versões que não fossem as oficiais e autorizadas pelo regime.

De lá para cá, muitas mudanças. Com o fim do autoritarismo, vieram as eleições e a Constituição de 88. A imprensa pôde voltar ao seu papel e os artistas retomaram sua atividade sem peias. A palavra final sobre os eleitos, para o bem e para o mal, voltou a ser dos eleitores.

O Brasil hoje está mais industrializado, a economia cresceu, os segmentos econômicos ficaram mais diversificados. Contudo, muitos problemas sociais continuam e se agravaram. ***O desafio deste século que ora se inicia é resolver as demandas de uma população que já beira os 200 milhões de habitantes.***

Os nós que o país precisa desatar são em diversas áreas, como na educação, saúde, segurança, geração de empregos, meio ambiente, infância, para ficar em alguns deles. Também o envelhecimento da população é um tema que exige o devido enfrentamento, a par de um combate sem trégua à corrupção, chaga das chagas.

A correta leitura do levantamento do IBGE permitirá a orientação das políticas públicas. Estudar os dados e os números poderá ser de grande valia para que o país real seja considerado para efeito de elaboração de programas de governo e para traçar as metas do novo milênio. É preciso que tenhamos estes 190 milhões em ação para construir o desenvolvimento que vimos almejando há tempos, num ciclo virtuoso de oportunidades para todos<sup>84</sup>.

Neste contexto, tendo presente a leitura em conjunto com o dado estatístico lançado no prólogo do capítulo anterior, sem dúvida alguma podemos questionar e tecer algumas críticas

<sup>84</sup> CORREIO DO POVO. Porto Alegre, ano 114, n. 320, 16 de agosto de 2009.

sob o prisma hermenêutico para a construção de um modelo jurisdicional mais afinado com a crescente demanda de litígios e novos direitos<sup>85</sup>, com os quais, em última análise, os juízes terão que lidar.

Assim, uma mudança do paradigma de pensamento, que não aquele vetusto racionalista-dogmático<sup>86</sup>, tende a tomar espaço. Boaventura de Sousa Santos<sup>87</sup> traz para o campo do direito aportes epistemológicos da sociologia, que permitem construir uma crítica ao atual modelo de jurisdição. Busca-se, com isso, a construção de uma possibilidade efetiva de superação do modelo de jurisdição reproduzido nos bancos acadêmicos, estabelecido a partir de uma concepção moderna (racional-científica) que hoje demonstra a sua falibilidade, em especial no modelo de solução individual dos conflitos sociais.

E tal necessidade, comprovando a vinculação do movimento social ao jurídico, sob um prisma coletivo é sentida pela doutrina nacional e estrangeira, valendo aqui a citação, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

El fenómeno de la masificación ha repercutido en la esfera de lo jurídico, produciendo nuevas y complejas relaciones entre el individuo y la sociedad. Caracteriza a la “modernidad” el reconocimiento y la legitimación de asociaciones o grupos de todo tipo: partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales, organizaciones supranacionales, organismos nacionales e internacionales no gubernamentales, etc., que aunado a la aparición de la nueva ola de derechos humanos de la tercera generación que tienen su sustento en la solidaridad, quebranta con las respuestas clásicas ofrecidas desde el derecho romano basado en el carácter individual<sup>88</sup>.

Reconhecidamente o marco histórico da Revolução Francesa influenciou o campo da ciência do direito e, também, do Poder Judiciário, mormente pelos novos limites e modelos de interpretação da lei, representados pela conhecida assertiva “juiz boca da lei”; hoje se verifica um repensar desse modelo de juiz, mais compatível com uma sociedade de massa, em números ascendentes de crescimento populacional, que trazem consigo.

Como limitador do poder absoluto, superando a figura do rei – como centro do poder, a jurisdição sofreu as influências do modelo político liberal, do capitalismo crescente e, em

---

<sup>85</sup> Aqui se pode desenvolver uma definição da expressão “novos direitos”, identificando-os como aqueles emergentes das novas relações sociais, da internet, da informática, da bioética e de tantos outros campos, como a nanotecnologia.

<sup>86</sup> Identifica-se aqui com a proposta de superação do processo concebido na sua via individualista, em que o juiz é um mero aplicador do texto da lei, distante da realidade política, ou da realidade do cotidiano da sociedade, aqui desenvolvido. Para um aprofundamento da crítica racionalista consultar, BAPTISTA. Ovídio A. Processo e Ideologia. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>87</sup> Ver nota de rodapé nº 12.

<sup>88</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Judicio de amparo e interes legítimo*: la tutela de los derechos difusos y colectivos. México: Editorial Porrúa 2003, p. 3.

especial, da formação dos Estados Nacionais, passando, a jurisdição, a ser uma função ou poder estatal. Nesse contexto, há uma limitação do poder político por meio da repartição dos poderes e a consagração dos direitos de primeira geração, com a submissão do governo à lei, o poder ilimitado do monarca é limitado, numa nova concepção de Estado de Direito, prevalecendo a lei sobre o animo dos governantes, em contrário ao modelo absolutista.

A construção de uma crítica de superação do modelo positivista-liberal do judiciário assume o comprometimento com o papel criador do intérprete e aplicador do direito, chamando atenção, por outro lado, para o grave inconveniente de que o modelo não possa servir como um justificador ideológico de contra-senso ao ditame da Constituição, mas avalizado senão em consonância com a Constituição e em solidariedade com os demais Poderes, sob pena de recair em inevitável regressão, em que o Judiciário aparece como uma *elite* e uma elite inevitavelmente comprometida com o modelo de dominação instituído.

Neste sentido é a observação de Darci Guimarães Ribeiro:

Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles<sup>89</sup>.

Não devemos ignorar que a busca de um paradigma judicial deve ser tratado em conjunto com as condições sociais e econômicas, especialmente vinculada a uma perspectiva

---

<sup>89</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. *Revista da Ajuris*, n. 114, jun. 2009, p. 91-103.

e compromisso de realização efetiva da Democracia, a partir da ótica de solidariedade para a concretização dos direitos sociais.

A opção metodológica em que o Judiciário ganha papel de destaque, como agente transformador<sup>90</sup>, se dá pelo fato de que é um poder em que os níveis de corrupção dos seus agentes são os menores, comparativamente aos demais. É o Poder em que a participação, a publicidade e a representatividade se manifestam de formas claras e acessíveis aos interessados, neutralizando boa parte do interesse e pressão econômica sobre o aspecto político – fato social – em debate. Além de ter um comprometimento constitucional com a organização social.

Essa posição de destaque com que se pretender conceber o judiciário é o julgamento mais adequado e compatível com a democracia, encarando a competição e o conflito como fatos naturais e normais nas relações sociais, em que justamente pessoas e grupos se dispõem a dirimir os dissídios no palco do Judiciário –, mas não exclusivamente<sup>91</sup>.

Neste sentido, Nicola Picardi, chama atenção para um novo papel do Judiciário:

Com efeito, hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz, e não faltou quem, seja embora sob diversos matizes, tenha considerado a sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica. A jurisdição assume, por outro lado, o papel de fonte subsidiária e flexível; fala-se, a propósito, de “source délicate” ou de “direito dócil”. Trata-se de uma linha de tendência que – de forma mais ou menos acentuada – parece comum à civilização jurídica ocidental. Surge assim, uma importante questão: fenômenos do gênero podem indicar a passagem do *gesetzstaat* ao *richterstaat*, de um Estado em que predomina o Poder Legislativo para um Estado em que predomina o Poder Judiciário<sup>92</sup>?

Aqui é que começa a construir uma proposição de paradigma para o Poder Judiciário – e, para o microcosmo do juiz, a sua inserção no contexto de mundialização<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Segundo Nicola Picardi (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6). A transferência para o Judiciário se dá em vista da “inatividade do legislador”, em que tarefas originalmente previstas para outros poderes, outros órgãos do estado, passam para o judiciário.

<sup>91</sup> A construção não pretende excluir outras formas de solução dos conflitos, mas agregar um potencial de efetividade e atualidade para o Poder Judiciário; notadamente pelo descrédito e morosidade com que foi visto no final da década de 80 e início dos anos 90.

<sup>92</sup> PICARDI, Nicola. *Op Cit.*, p. 3.

<sup>93</sup> Aqui talvez cumpre fazer menção a distinção semântica feita por Delmas-Marty em torno das expressões universalização, mundialização e globalização, tratadas, em regra como sinônimos. Pela proposição da autora mundialização e universalização seriam conceitos mais apropriados para o campo do direito, como elemento de distinção para a “globalização” que tem em si uma forte carga de referência econômica. Mundialização está adrede a uma idéia de “difusão espacial”; e Universalização com “compartilhar os sentidos”. Em suas palavras: “Difusão espacial de um lado, compartilhar o sentido de outra, estas duas fórmulas descrevem muito

Neste sentido, Allard e Garapon:

A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente consideradas como critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada que ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar essas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes. Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes activos num comércio em constante evolução<sup>94</sup>.

É importante, antes de mais nada, ter presente que a aludida crise do sistema jurisdicional não é um fato isolado do restante do sistema social. No campo da ciência política e teoria do estado, questiona-se o modelo de democracia representativa. No mesmo sentido, outros campos da ciência deparam-se com novos paradigmas: a física (quântica) e a psicologia (dinâmica).

Isso quiçá reflita uma mudança de paradigma do próprio homem, inserido em uma “nova” sociedade, massificada, fundada em relações instantâneas, com acesso amplo e irrestrito a uma gama quase imensurável de informações, também, instantâneas. A sociedade dos novos direitos, da internet, enfim, uma sociedade que o modelo racional das ciências exatas parece não traduzir uma resposta adequada, ou eficaz, célere. Também é referência para o modelo dessa nova sociedade a ideia de mundialização e cooperação entre nações.

Segundo as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>95</sup>, prevalecem as ideias de um Estado Social, promotor e garantidor os valores humanos, pondo a jurisdição como um mecanismo de pacificação social, eliminando os conflitos entre as pessoas, buscando a concretização e realização da justiça, por meio do processo. Exercendo a atividade jurisdicional, o Estado substitui os interessados, por meio de agentes imparciais, que dirão com quem o direito e a justiça estão, busca-se não somente a realização do direito material, mas a pacificação e harmonização da sociedade.

---

bem as diferenças que separam os dois fenômenos que eu denominarei globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os direitos do homem.” DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. De Fauzi hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 8-9.

<sup>94</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização*. A nova revolução do direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 35-36.

<sup>95</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Melheiros, 2005, p. 37-38.

Esse modelo correspondeu até o segundo pós-guerra à sociedade então vigente. Em breves linhas esse *poder* conferido ao Estado, promovendo a ordem jurídica, com *eficácia vinculativa plena*, ou seja, com intento de *definitividade* é que se apresenta ainda hoje, em pleno século XXI. Com razão, o Estado não só tem que compor o conflito com perenidade, como também tem que garantir aos destinatários da tutela jurisdicional o direito de torná-la efetiva, mas a partir de uma ideia de multiculturalismo e globalização o próprio Estado tem em xeque o poder de resolução dos conflitos.

Como bem refere Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>96</sup>, a partir da segunda guerra mundial a Europa viu crescer um movimento de solidariedade, de cooperação, vindo a formar o que hoje ordinariamente se entende pela União Européia. E o mesmo, mais recentemente, se apresenta a experiência do MERCOSUL, na América do Sul. Nesse contexto, questiona-se a legitimidade do Estado Nacional para dialogar com relações que transcendem suas fronteiras.

Mas não é só.

No próprio âmbito interno da jurisdição há referências ao direito externo, à experiências estrangeiras, a novos paradigmas para o Poder Judiciário que talvez tenha se apercebido da sua magnitude, como ator ativo no dialogo com essa nova perspectiva de sociedade, globalizada e os novos direito advindos. Os julgamentos do STF são precedidos da participação dos interessados<sup>97</sup>, referências a decisões estrangeiras são fonte de motivação para decisões.

E é nesse contexto social que se desvela a falibilidade do modelo racional-normativista<sup>98</sup>. Mas é oportuno referir que o próprio modelo vigente não deixa de reconhecer a sua fragilidade e procura, por seus meio e métodos, adequar o modelo jurisdicional à nova realidade. Assim são as sucessivas reformas do Código de Processo Civil<sup>99</sup> nos últimos cinco

<sup>96</sup> SALDANHA, J. M. L. *Cooperação jurisdicional*. Reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>97</sup> A Lei 9.868/98 que regula o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) estabeleceu no artigo 9º §1º, a possibilidade para o Ministro do STF convocar audiência pública para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. São exemplos os julgamentos da ADIn 3510 sobre células tronco embrionárias; e ainda as previsões de consultas para os julgamentos das ADPFs 54 (aborto/interrupção terapêutica da gravidez em caso de anencefalia), 101 (importação de pneus usados) e agora a ADPF 186 (ação afirmativa/cotas).

<sup>98</sup> Vale transcrever a definição proposta por Ovídio Baptista, para o qual, racionalismo é compreendido como: “[...] para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos *ídolos*, inteiramente desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas.” SILVA, Ovídio A. B. da. *Op Cit.*, p. 6.

<sup>99</sup> São alterações de relevo para o sistema processual as Leis: 8.455/1992 que alterou a sistemática da prova pericial; a Lei 8.710/1993 que alterou a citação; a Lei 8.898/1994 que alterou os recursos, criando o sistema de preparo simultâneo e a nova regulamentação dos recursos para o STF e para STJ; a Lei 8.952/1994 que alterou o processo de conhecimento introduzindo a tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (inibitória), um avanço para a eficácia da tutela jurisdicional; a Lei 10.358/2001 que alterou o processo de conhecimento; e a Lei 10.444/2002 que alterou dispositivos do processo de conhecimento e o processo de

anos; e foi também a compilação do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a fragilidade do cidadão consumidor frente ao comércio multinacional.

Busca-se uma proposição de construção solidaria (democrática) do direito numa perspectiva coletiva para a tutela.

Aqui vale a transcrição do que Dworkin compreende pela democracia num prisma coletivo:

Primeiro, numa democracia entendida como um governo comunitário de iguais, a cada pessoa deve ser oferecida a chance de desempenhar um papel que possa fazer uma diferença no caráter das decisões políticas e a força de seu papel – a magnitude da diferença que ela possa fazer – não deve ser fixada estruturalmente ou limitada por suposições acerca de sua dignidade, talento ou habilidade, ou a solidez de suas convicções ou gostos. Segundo, decisões coletivas devem refletir igual consideração pelos interesses de todos os membros. A qualidade de membro de uma unidade coletiva de responsabilidade envolve reciprocidade: uma pessoa não é membro de uma unidade coletiva compartilhando sucesso e fracasso a menos que seja tratado como um membro por outros, e tratá-lo como membro significa aceitar que o impacto da ação coletiva na sua vida e em seus interesses é tão importante para o sucesso como um todo da ação quanto o impacto na vida e interesses de qualquer outro membro. Embora os próprios alemães que se opuseram ativamente a Hitler sintam uma medida de responsabilidade coletiva por seus crimes, seria absurdo, até perverso, que os judeus alemães tivessem tal sentimento. Então, a concepção comunitária de democracia explica uma intuição que muitos de nós compartilhamos: a de que uma sociedade na qual a maioria deliberadamente distribui recursos de maneira não equânime seja tão antidemocrático quanto injusto. Terceiro, se uma comunidade deve ter um significado moral, de modo que suas decisões ofereçam legitimidade para a coerção de dissidentes, então esta deve ser uma comunidade de agentes morais. Os cidadãos devem ser encorajados a ver julgamentos morais e éticos como suas próprias responsabilidades, ao invés da responsabilidade da unidade coletiva; de outro modo, eles formaram não uma democracia, mas uma tirania monolítica. Um governo democrático comunitário não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões relativas a julgamentos políticos, morais ou éticos, mas deve, pelo contrário, prover circunstâncias que encorajam os cidadãos a formar crenças sobre essas questões por meio de suas próprias convicções reflexivas e, finalmente, individuais<sup>100</sup>.

Trazendo aportes da jurisprudencialização dos conteúdos constitucionais em que o judiciário faria a vez de realizador (executor das diretrizes nela prevista), na tentativa de

---

execução; a Lei 11.232/2005 e, posteriormente foram aprovadas as Leis 11.276 e 11.277; as Leis 11.382/2006 e a Lei 11.417/2006 que regulamentou a súmula vinculante; a Lei 11.418/2006 que inseriu requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional; a Lei 11.419/2006 que instituiu o processo eletrônico e a Lei 11.441/2007 que criou o inventário e a partilha, a separação consensual e divórcio consensual extrajudiciais; são alguns exemplos da constante onda de mudanças e reformas do CPC.

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, n. 3, v. I, 1995, p. 2-11.

superação do paradigma de normas constitucionais programáticas de direitos e a sua não execução pelo poder competente (executivo-legislativo), trás ao judiciário a função de realizá-los – , daí jurisprudencialização do direito constitucional, realizada pelos tribunais superiores, em especial quanto ao controle de constitucionalidade.

O judiciário apareceria como um agente de implementação dos direitos fundamentais-sociais, assumindo um papel de intérprete do texto constitucional, em que a aproximação com a política permite a realização concreta e, então transformadora do Estado, num contexto de solidariedade<sup>101</sup> entre os três poderes, e não separação, como proposto originalmente pelo modelo estatal Liberal.

A construção de uma nova perspectiva para a implementação dos direitos sociais dos trabalhadores parte de um novo compromisso dos Poderes, superando o marco divisório da separação, em busca de uma construção político-jurídica com base em uma matriz social. O novo modelo de Estado Democrático, aqui abordado, tem por base a salvaguarda e a concretização cada vez maior da dignidade humana do trabalhador, representado por seus direitos sociais, que são compreendidos em vista de uma construção histórica e social onde o Poder Judiciário, em especial, ganha um papel de destaque para a efetiva concretização dos direitos sociais dos trabalhadores, sem com isso esquecer o dever de solidariedade dos demais poderes.

Repisa-se que se concebe boa margem teórica da proposição que se pretende construir acerca da tutela coletiva dos direitos sociais, sob o prisma do Estado Democrático de Direito e tendo em conta o papel *criador do juiz*<sup>102</sup> na construção de uma decisão motivada e fundamentada para a solução do caso concreto. O reconhecimento desse campo de novos direitos e novas relações sociais que simplesmente não foram elevados à categoria de norma jurídica, autorizando o intérprete à possibilidade de aplicar ou não a regra jurídica. A partir disso, o modelo de Estado Democrático de Direito traduz uma nova condição de possibilidade para o Direito, superando o modelo racionalista.

---

<sup>101</sup> Solidariedade que vem na mão histórica da geração de direitos, e tem no ideário da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade) sua fundamentação, deve ser adaptado em uma leitura contemporânea, constitucional, adequada ao modelo de sociedade pós-moderna.

<sup>102</sup> O que se afirma aqui e melhor desenvolvido no terceiro capítulo é adoção de uma perspectiva monista, com base nos postulados de Carnelutti, em que o direito é um postulado vivo, inerente aos fatos do caso concreto e não uma mera abstração, como compreende a visa dualista, calcada no momento histórico de pós-Revolução Francesa em que se pretendia limitar o poder dos magistrados.

### 3.2.1 O Juiz afinado com a constituição e o esforço criativo para a implementação dos direitos sociais dos trabalhadores

Nessa busca de construção para um novo paradigma do judiciário, temos presente a necessidade de superação do ideal de reprodução do modelo liberal. A atual Constituição brasileira trouxe uma infindável gama de proteção a novos direitos e relações sociais, próprias de um modelo de Estado Democrático de Direito. Assim, o Poder Judiciário necessariamente deve estar afinado com os comandos constitucionais que determinam a implementação dos direitos sociais dos trabalhadores.

A abertura e flexibilidade proposta pela expressão do esforço criativo aqui proposta não pode nos remeter a um impróprio ativismo judicial<sup>103</sup>, fundado na intenção do juiz em ir além dos limites constitucionais para a construção de uma resposta que julga adequada, segundo sua consciência. Daí que os princípios, como não deixam, de ser a abertura e flexibilidade, não podem ser compreendidos como uma autorização irrestrita para o julgador; podem sim, resgatar o *mundo prático* no direito. Mas esse resgate não pode ignorar a necessidade de fundamentação e motivação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Neste sentido é o que expressa Nicola Picardi:

Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicação”, mas é sempre uma contínua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> A liberdade de criação é aquela proposta em respeito à Constituição, com base na constatação de que, segundo a teoria monista, tão somente a partir da sentença é que há o direito ao caso concreto. Assim é a motivação da sentença que representa o ápice da ação criativa do julgador, tendo presente os ditames e a principiologia constitucional, em especial a dignidade humana. Aqui, sob o enfoque da hermenêutica filosófica é de relevante contribuição a assertiva de Lênio Streck: “Isso significa dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto (norma), e, de outro, busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados lingüísticos.” Verdade & Consenso. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 8.

<sup>104</sup> PICARDI, Nicola. *Op Cit.*, p. 15.

E a própria alardeada “crise institucional do Estado”<sup>105</sup> nos faz pensar na concretização dos ditames constitucionais, que reflete, em outras palavras, própria crise constitucional, em parte relacionada com a previsão programática de direitos e a sua (in) execução pelo poder competente (executivo-legislativo) que trás ao judiciário a função de os realizar.

Em razão disso, a questão do papel do judiciário (jurisdição constitucional) deve ser (re) pensada desde um viés que considere uma democratização substancial, diante das características assumidas pelo constitucionalismo contemporâneo, frente ao Estado Social.

Neste sentido é a contribuição de Darci Guimarães Ribeiro:

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade<sup>106</sup>.

Há uma crise da autoridade estatal que faz com que a sociedade se socorra ao judiciário em busca da concretização da promessa constitucional/institucional não cumprida. Nesse contexto, é que a tutela coletiva pode se apresentar como uma alternativa ao modelo individualista-racional de processo.

Conforme leciona Bercovici<sup>107</sup>, há um reconhecimento da crise constitucional, intimamente ligada a uma crise do estado, em que não se consegue lidar com os problemas sociais e econômicos, como consequência de uma despolitização da constituição e da sua excessiva formalização (normas), fazendo com que, nessas perspectivas de inoperância dos

---

<sup>105</sup> No momento em que a força normativa da constituição é questionada por um conjunto de fatores econômicos, políticos, sociais e científicos, a questão de um repensar do judiciário como poder capaz de transformar a realidade chama atenção dos estudiosos do direito. A crise institucional aqui referida toma por base a obra de José Luis Bolzan de Moraes (MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.) para o qual é representada por um enfraquecimento na realização Política da Constituição, ante o distanciamento do direito e da política, tendo, no judiciário a fonte transformadora/concretizadora do ideal de Estado Social, a partir de uma reaproximação desses dois polos.

<sup>106</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *O papel do processo na construção da democracia*. Para uma nova definição da democracia participativa. *Op Cit.*, p. 91-103.

<sup>107</sup> BERCOVICCI, Gilberto. *Op Cit.*

demais poderes, o judiciário tenha o papel de realizador (concretizador) do comando programático. Daí a referência a Heller, com o modelo de constituição material, reconhecendo o caráter histórico e dinâmico da sociedade/estado, voltada para a realidade, em que a constituição assume papel de legitimadora do poder, e não apenas de sua organização.

Nesse meio, reforça-se a ideia do papel e relevância do potencial intelectual do juiz, na citação de Lord Radcliffe, por Mauro Cappelletti:

[...] o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade tomam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nos todos como instrumentos de inovação<sup>108</sup>.

Há o reconhecimento de uma nova posição ativa e criativa nos limites da teoria monista para o magistrado, dentro dos limites constitucionais e no intento de aplicação e concretização dos ditames da Constituição.

### 3.2.2 O juiz afinado com o processo coletivo

E o debate acadêmico, subsidiado pelo conhecimento da realidade forense é o elemento que julgamos adequado para a construção de um processo civil efetivo, que tenha por justificativa e fundamento a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, sabe-se que a sociedade somente será livre, justa e igualitária quando a tutela jurisdicional, para aqueles que dela se socorrem, for eficaz e célere; não combina com aqueles primados a morosidade e a entrega tardia do direito.

De outro lado, também não se mostram razoáveis as “fórmulas mágicas” e proposições de reformas mirabolantes que têm a intenção de tolher o direito de recurso ou ainda, como nos casos da súmula vinculante e na impeditiva de recurso, negar o direito de ação.

---

<sup>108</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op Cit.*, p. 23.

Algumas soluções práticas adotadas nas conclusões do Projeto Florença<sup>109</sup> dão conta de que o acesso à justiça deve se dar pelo incentivo de mecanismos que atendam os direitos emergentes, oriundos da sociedade de massa; com o incentivo de ações coletivas, para desafogar o judiciário.

O processo coletivo tem por fundamento inicial, o distanciamento dos institutos congêneres que alicerçam o processo individual.

Como se observa, o presente estudo tem por fundamento, em síntese, a proposição de uma solução para a efetividade do processo e a celeridade na prestação jurisdicional, na qual, a ação coletiva, ou tutela coletiva, é proposta.

O seu estudo passa pela necessária desvinculação do modelo processual liberal – individualista que fundamenta o CPC/73, passa pelo estudo da sociedade pós-moderna, de massa, com lesões a direitos que atingem uma gama infinita de indivíduos. Passa pela Constituição de 1988 em que a ação coletiva ganha maior importância, mediante a concessão de legitimidade, para que entidades associativas civis e o Ministério Público, tutelem direitos metaindividuais.

Essa visão coletiva do processo atende, pois, os anseios da sociedade de massa, quando viabiliza, por meio de uma única ação, a proteção de um direito da coletividade, de forma célere e econômica, como os anseios do próprio Judiciário, na medida em que num único processo discute-se o dissídio, reduzindo o número de idênticas ações que seriam ajuizadas. Há um benefício recíproco aos envolvidos, ante o desafogo do Judiciário.

Com isso, há uma mudança no paradigma no processo civil moderno, o qual até então era voltado para resolver dissídios puramente individuais, não contando com mecanismos adequados para a tutela de direitos coletivos. Dessa forma, vê-se, em colapso, eis que o modelo processual vigente não segue a evolução cultural da sociedade.

Os direitos pertencentes à coletividade ou a um grupo determinado, não se enquadravam naquele modelo liberal-individual do processo, e nem mesmo os operadores do direito tinham a correta compreensão do fenômeno pelo qual a sociedade há muito clamava: tutela coletiva de direitos.

---

<sup>109</sup> Foi Mauro Cappelletti em sua obra intitulada de “Acesso à justiça”, com patrocínio da Ford Foundation, que consolidou o projeto de estudos denominado de “Projeto Florença”. Foi quem consolidou a idéia de “eficácia do processo”. Seus estudos fundamentados na aplicação conjunta do que define como três ondas, a saber: de mecanismos que facilitem o acesso do cidadão à jurisdição e tutelem os direitos emergentes; incentivo aos instrumentos coletivos de solução dos conflitos e por fim a terceira onda centrada na desburocratização do processo. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 7-13.

Mas não basta a mudança do procedimento se a estrutura que opera não é moderna. Como já referido, há necessidade de uma política administrativa que, com base em dados confiáveis, demonstre os pontos de estrangulamento do processo e mesmo do judiciário, propondo, a partir desse conhecimento, a elaboração de reformas. Muitas das proposições vigentes são consequências do trabalho puramente acadêmico, distante da realidade forense, o que traz a dúvida de sua eficácia, com relação à proposta inicial de conceber uma prestação jurisdicional célere e justa.

Nesse sentido, em tempos em que o Direito se apresenta como um poder transformador da realidade, tipicamente vinculado ao modelo de Estado Democrático de Direito, o processo coletivo contribui, inequivocamente, para a transformação da realidade social, servindo como fundamento para que a sociedade tenha conhecimento e possa eventualmente participar do processo decisório.

### **3.3 O judiciário afinado com a mundialização**

Outro ponto de destaque para um repensar do paradigma de tutela dos direitos sociais, seja aqui a perspectiva individual ou coletiva, é o reconhecimento da produção intelectual além dos limites da jurisdição nacional.

Aqui pesa o referencial teórico de Allard e Garapon, bem como de Delmas-Marty, os quais reconhecem os efeitos da mundialização sobre os campos do direito, em superação à tradição de experiência regional. Neste ponto, é bom reforçar a ideia de que não se pretende um governo de juízes, mas sim a sua inserção de proeminência na tomada de decisões político-sociais, num âmbito de solidariedade com os demais Poderes.

E a inserção do judiciário nas experiências mundiais, sem dúvida alguma, senão de aplicação imediata ao ordenamento pátrio, até pelas diferenciações sistemáticas dos mais variados ordenamentos, assume um papel de fonte para construção de respostas, com base em fundamentos universalmente reconhecidos, caminhando para um paradigma *mundial* de direito, em que o direito dos trabalhadores não pode ser indiferente.

É o que leciona Allard e Garapon:

Começamos por uma constatação que irá pôr toda a gente de acordo: a comunicação entre juízes intensificou-se nestes últimos anos e as fronteiras políticas já não limitam tão facilmente a circulação do direito. Daí afirmar que uma ordem jurídica global está em vias de construção vai apenas um passo, que, no entanto, não é necessário dar. Sobretudo, porque é difícil distinguir nesta abertura das fronteiras judiciais as bases de um futuro

sistema jurídico mundial. O novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, à margem dos mecanismos institucionais. O direito que ai se concebe não é, aliás, necessariamente provido de um caráter vinculativo<sup>110</sup>.

Daí também, mais uma perspectiva na construção de uma nova perspectiva para a tutela coletiva que não fica restrita aos ditames da jurisdição local, mas deve dialogar em sintonia com a dignidade humana, também no plano mundial.

### 3.4 A tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores

A consolidação de uma nova abordagem dos direitos sociais, inseridos numa perspectiva de Estado Democrático de Direito e, ambos, compreendidos sob a ideia de solidariedade entre os Poderes, permite-nos aprofundar o estudo em torno de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores.

Nesse ambiente de releitura dos direitos sociais e do modelo de Estado Democrático de Direito, nada mais certo que um repensar dos institutos constitucionais e infraconstitucionais acerca da tutela coletiva de direitos, em superação ao modelo racional-liberal de processo até então em reprodução na academia e no cotidiano do foro<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> ALLARD, Julie;GARAPON, Antonie. *Op Cit.*, p. 15.

<sup>111</sup> Não raro, senão surpreendente, são decisões que não reconhecem a aplicação dos dispositivos do CDC para regulamentar o processo de tutela coletiva no campo do direito do trabalho, para tanto, valendo-se de vetusta fundamentação interpretativa, afirmando que o direito do trabalho não é mercadoria, ou, ainda negando a existência do processo coletivo para a tutela de direitos, desconhecendo a relação de subsidiariedade entre o direito individual e coletivo (CDC). Vale menção à recente decisão proferida por Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que motiva suas razões de decidir, nos seguintes termos, ao examinar a litispendência entre processo individual (movido pelo Sindicato) e a ação individual, movida pelo trabalhador: “Investe o autor contra sentença que extinguiu sem resolução de mérito o pedido de pagamento de anuênios por configurada litispendência com a ação nº 00491.015/00-3, porque entende que os pedidos e causa de pedir das ações são diversos. Afirma, ainda, que na ação coletiva o fundamento é o direito adquirido, enquanto que na ação individual é a incorporação do direito no contrato de trabalho do demandante e, ainda, que na referida ação não houve o deferimento do pagamento de parcelas vencidas e vincendas, postuladas na presente. Argumenta, ainda, que não há identidade de partes, já que a ação anterior foi movida pelo Sindicato como substituto processual. Os fundamentos da presente ação são os mesmos dos apresentados na ação ajuizada pelo sindicato da categoria - processo nº 00491.015/00-31 - ou seja, a integração de certo direito no patrimônio jurídico do trabalhador (ou a sua "incorporação ao salário") é desdobramento do direito adquirido. Nas duas ações há pretensão de parcelas vencidas e vincendas e o que resulta na caracterização ou não, da litispendência é a análise da pretensão. Não há a menor dúvida, na esteira da sentença, que há repetição de ações, na forma do que disciplina o artigo 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, entre a presente, com os mesmos e idênticos fundamentos e pedidos, e a ação ajuizada pelo sindicato, ainda que aquela esteja em curso. E ainda deve ser mencionado que não há qualquer razão para invocação do Código de Defesa do Consumidor porque não só o Código de Processo Civil tem regramento específico, como também não se trata de lide em que discutidos interesses difusos de consumidores. Com todo o respeito pela tese ora exposta no recurso, não se trata de dirimir conflito entre consumidores, mas entre titulares de direitos subjetivos emergentes dos contratos de trabalho. Trata-se de direitos subjetivos próprios, e não de interesses difusos de consumidores, o que é coisa totalmente diversa. Nesse sentido, tem-se como inaplicáveis os artigos 81, III, 103 e 104, do Código de Defesa

Pretende-se dar uma nova matiz para a concretização, efetiva, dos direitos sociais dos trabalhadores, reconhecendo a necessidade de superação de alguns óbices instrumentais de limitação das ações coletivas (em muito arraigadas ao ideal do liberalismo e do racionalismo), e hoje impróprias, num prisma de Estado Democrático de Direito, que como vimos, tem um compromisso com a solidariedade entre os mais diversos agentes, inclusive entre os Poderes.

O corte metodológico muito mais que uma identificação pessoal do autor com estudos em torno do Direito do Trabalho, representa uma abordagem que ousa inovar nesse campo da ciência do direito. Com os aportes sociológicos e jurídicos, dando novos contornos para a intervenção do Sindicato, do Ministério Público e, especialmente, procurando identificar um novo papel processual (constitucionalmente aceitável) para outras associações que não unicamente o sindicato, no campo trabalhista.

O tema da tutela coletiva, tanto no campo do processo civil como no processual trabalhista, continua a gerar intensa controvérsia na doutrina e jurisprudência. Mesmo passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, continua vivo o debate em torno do alcance do art. 8º, III<sup>112</sup>, no que diz respeito à jurisdição trabalhista, como de igual forma ressurte a necessidade de regulamentação da possibilidade de tutela para outras entidades associativas, notadamente associações profissionais, organizações não governamentais e, num aspecto, supranacional, pela própria OIT.

E no campo do direito do trabalho, historicamente, reconhecemos a firme valorização da ação coletiva, a partir do reconhecimento da organização dos trabalhadores em sindicatos, fundamentalmente com a intenção de defesa dos direitos e interesses dos seus filiados, justamente como um “procurador” da categoria. É nesse contexto de reconhecimento

---

do Consumidor, que se destinam a outro tipo de lide. Ao contrário do que indica o recurso, não se trata, em qualquer hipótese, de impedimento de acesso ao Judiciário, regularmente garantido pela ação anteriormente ajuizada. O que não se pode admitir é que haja repetição de pretensões, o que viola a lei - artigo 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. E, por fim, registre-se que a substituição processual, na forma em que prevista pelo artigo 8º, III, da Constituição Federal, é dos maiores avanços da Constituição Federal atual. Inexiste diversidade no âmbito do Processo do Trabalho de princípios informadores entre ações individuais e coletivas - diversidade esta presente nas ações de consumo, o que não é o caso dos autos - já que não se pode ter o trabalho como mercadoria. E, como já afirmado, a substituição processual é, no mínimo, garantia não só de igualdade de tratamento entre todos os empregados da categoria profissional como, em especial, significa que o sindicato da categoria exerce prerrogativa constitucional de defesa dos diversos direitos "massivos" violados. A tese do trabalho como mercadoria de consumo remete aos primórdios das relações entre empregados e empregadores, distante no tempo e no espaço, em que não havia garantias mínimas aos trabalhadores”. (TRT4 -Acórdão do processo 0140300-90.2007.5.04.0014 (RO) Redator: VANIA MATTOS. Participam: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA, DENISE PACHECO Data: 16/09/2009 Origem: 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – disponível em [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br) acesso em 14.12.09.)

<sup>112</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de processo Civil. Op Cit.*

histórico, mas presente numa sociedade pós-moderna, que se propõe o estudo da tutela coletiva dos trabalhadores.

### 3.4.1 Surgimento das normas de proteção do trabalho

Como leciona Amauri Mascaro Nascimento<sup>113</sup> e Lenio Streck<sup>114</sup>, verifica-se que o direito é uma ciência dinâmica, que tem a sua fonte originária e criativa, a partir da realidade social e as alterações culturais capitaneadas pela ação humana.

O conjunto de princípios e normas, bem como a sua sistematização, conferem ao Direito do Trabalho<sup>115</sup> autonomia dentre os demais ramos do direito.

O Direito do Trabalho tem por objeto os princípios e normas de Direito que regem a relação de trabalho subordinado, visualizado em torno da relação de emprego. Nesse sentido, cumpre distinguir a acepção de *trabalho* (que do ponto de vista econômico, nada mais é do que a aplicação da atividade humana à produção, com a transformação da natureza em prol das necessidades humanas) da *relação de trabalho* e da *relação de emprego* (em geral, afirma-se que a relação de trabalho é gênero, da qual a relação de emprego é espécie, notadamente caracterizada pela subordinação do trabalhador ao seu empregador). Com a evolução histórica e cultural, outras relações de trabalho, para além da de emprego, inseriram-se no contexto deste ramo especializado do direito, em particular no que toca à competência jurisdicional, em vista dos termos da Emenda Constitucional 45 de 2004, que trouxe para o Judiciário Trabalhista a competência material para processar, julgar e conciliar os dissídios decorrentes da relação de trabalho, em geral, com a ressalva da aplicação das normas celetistas à relação de emprego.<sup>116</sup>

Embora o Direito do Trabalho, como ciência, tenha origem recente, desde os primórdios da antiguidade verificam-se normas destinadas a regulamentar o trabalho humano.

<sup>113</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 2.

<sup>115</sup> Adotamos nesse ponto introdutório a definição genérica de Direito do Trabalho como o conjunto legal de normas e princípios que regulamentam a relação de trabalho, individual ou coletiva. Sem prejuízo, e com respeito à doutrina que, corretamente, distingue o Direito Individual do Coletivo, bem como o do Processual Trabalhista, como ramos independentes, eis que dotados de normas e princípios próprios, o que lhes conferiria autonomia própria. Segundo a doutrina de Delgado (DELGADO, Maurício Godinho, *Op. Cit.*, p. 1277), o Direito Individual do Trabalho regula o contrato de emprego, enquanto que o Direito Coletivo, regularia o que chama o autor a “autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores.”

<sup>116</sup> Nesse sentido é a determinação contida na Instrução Normativa 27 de 2005 que dispõe sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº45/2004.

É a partir do Estado Liberal, como consequência dos ideais do liberalismo e da Revolução Francesa, que podemos observar a supremacia da autonomia privada, sem qualquer limitador, a qual, em vista das condições sociais resultava geralmente em violento atentado contra a dignidade humana. Nesse período era praticamente inexistente legislação específica, tutelando a relação de emprego.<sup>117</sup> Somente com a concretude do Estado Social que há o fomento de ideais intervencionistas, impulsionando o processo de constitucionalização dos direitos ditos *sociais*. O contrato de trabalho, embasado na locação de serviços romana, fundada nos princípios liberais, de igualdade formal das partes não correspondia, na realidade, a desigualdade verificada, não mais satisfazia os interesses da classe trabalhadora. É assim que o Direito do Trabalho emerge: da passagem do Estado Liberal para o modelo Social (protecionista-intervencionista).

O Direito do Trabalho, nesse sentido, como sistema de normas positivas estatais, é fruto de um longo e complexo desenvolvimento, em resposta às reivindicações de proteção dos trabalhadores frente às atividades econômicas respaldadas pela liberdade e autonomia contratual. Não havia mais espaço para a ampla liberdade de contratar. As normas legais, tutelares do contrato individual de trabalho, passam a ser de ordem pública, cogentes e indisponíveis. Os direitos adquiridos pelo empregado à luz da lei estatal, ficam definitivamente incorporados ao seu patrimônio jurídico, são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis. Há a formação do princípio da proteção (favorecimento do empregado) e da irrenunciabilidade (porque indisponíveis os direitos), hoje, resultante no que informa o art. 9º<sup>118</sup> da CLT.

Em busca do equilíbrio na relação de emprego, como forma de pacificação social, o Estado passa a ter importante papel regulador. Nas lições de Segadas Viana, o Estado puramente liberal passou por uma fase de transição, assegurando a proteção dos mais fracos com a substituição da igualdade formal para a igualdade jurídica “como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular, sem que, entretanto, se anule o indivíduo”; nas palavras do insigne jurista:

---

<sup>117</sup> Embora a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento refira que mesmo nos povos da antiguidade existissem normas de tutela do trabalho humano, essas estavam vinculadas à regulação superficial da relação jurídica entre as partes. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.* p. 4-13.

<sup>118</sup> Art. 9º: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação.

Passava o Estado a exercer a sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal<sup>119</sup>.

Tal se deve, em vista da doutrina coletiva ou socialista, crescente à época e impulsionada pelo “Manifesto Comunista” de Engels e Marx, 1848. Nesse contexto, insere-se a notável obra de Karl Marx, intitulada de “O Capital”<sup>120</sup>. Há, segundo Segadas Viana, uma relação entre os indivíduos e as classes de uma mesma nação, relação essa, de ordem moral, ou “solidariedade moral”, como afirma, em suas palavras:

Deixava-se de considerar o *homo economicus* isolado, para se focalizar o “homem histórico e social, que vive não só do pensamento, mas também da ação; o homem cujo verdadeiro estado na natureza é o estado em sociedade, de maneira que a mesma pessoa se desenvolve individual e socialmente e, enquanto tem de um lado a tendência a desenvolver sua própria personalidade, sente-se, por outro lado, chamada a exercer, também, sua personalidade coletiva na função correspondente a suas aptidões e suas capacidades”<sup>121</sup>.

E não somente no âmbito político e científico há uma crescente preocupação com o bem estar social, a Igreja, até então indiferente aos reclamos operários, a partir das ideias do Papa Leão XIII, no final do século XIX, publicou a célebre encíclica *Rerum Novarum*, em sua tradução literal, “coisas novas”, na qual pretende a união estável entre o capital e o trabalho, destacando que um é dependente do outro<sup>122</sup>. Tal ato, como refere Segadas Viana, impactou fundo nas sociedades cristãs, passando, grande parte dos governantes a voltar seus olhos para a classe trabalhadora<sup>123</sup>, ainda que com interesses políticos, como forma de cativar a crescente massa de eleitores-operários. Nesse período, e em especial no início do século XX, surgem as primeiras leis trabalhistas, propriamente ditas, com forte viés tuitivo do trabalhador, germe do Direito do Trabalho, hoje, vigente.

Embora seguindo um modelo político diverso, também merece referência, para a formação do Estado Social, a contribuição da Revolução Russa, de 1917, como decorrência da luta de classes, formando as primeiras linhas do sindicalismo, conforme leciona Mozart Victor Russomano<sup>124</sup>. Refere, ainda, Russomano, que nos primórdios do século XIX tem

<sup>119</sup> SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de direito do trabalho*. 22 edição. São Paulo: LTr, 2005, p. 38.

<sup>120</sup> Da mesma época é a doutrina socialista de Robert Owen, Dickens dentre outros. *Ibidem*, p. 37.

<sup>121</sup> SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de direito do trabalho*. *Op Cit.*, p 38.

<sup>122</sup> A intervenção da Igreja, nos movimentos sociais, deu-se com alguma reserva, eis que aquela tinha receio de, a partir da intervenção, perder a condição de religião oficial do Estado.

<sup>123</sup> Também merecem destaque as encíclicas Quadragésimo Ano e *Mater et Magistra*.

<sup>124</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op Cit.*, p. 26.

início a promulgação das primeiras normas tutelares da relação de trabalho, destacando-se o reconhecimento da entidade sindical, do direito de greve, da previdência social e a preocupação legal com os acidentes do trabalho.

Do fato social, que propiciou a formação de normas tutelares da relação de trabalho, segundo Orlando Gomes<sup>125</sup> “*surgiu, primeiro, um direito coletivo impulsionado pela consciência de classe e, a seguir, um direito individual do trabalho.*”

No âmbito nacional, em função da tardia industrialização brasileira, vê-se a formação do Direito do Trabalho a partir do início do século XX, embora, sem prejuízo da abalizada doutrina de Maurício Godinho Delgado, e mesmo Mozart Russomano, referirem a existência de normas que formariam o prelúdio do direito trabalhista nacional, entendemos que tão somente com a existência da classe proletária, tanto urbana como rural, é que podemos falar em Direito do Trabalho como ciência jurídica autônoma.

Não sem razão, afirma Segadas Viana<sup>126</sup> que, no Brasil, a origem da legislação trabalhista resulta de uma ação governamental, ou descendente, eis que ausente uma “questão social”, ou luta de classes, tanto pela ausência de numerosas associações profissionais, como pelo fato de a atividade econômica preponderante, no início do século passado, estar concentrada na agricultura, ausente, dessa forma, uma massa proletária. Em sentido oposto, temos a doutrina de Tarso Genro<sup>127</sup>, para o qual o Direito do Trabalho nacional tem sua origem, justamente, na luta de classes, ainda incipiente em nosso país, defendendo, o referido autor, que o Direito do Trabalho “é uma conquista, não uma concessão”<sup>128</sup>. O certo é que, tão somente a partir da abolição da escravatura e com a proclamação da República, é que a luta de classes, ou “questão social” faz-se sentir no país, ainda, em sua maioria, na agricultura, tanto que as primeiras normas tutelares destinam-se ao trabalhador rural.

No período da Revolução de 30 é que se verifica a maior produção legislativa acerca da regulamentação e proteção do trabalho humano. Dessa época é a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo a sua frente o jurista Lindolfo Collor que colocou nosso país em pé de igualdade com as demais legislações obreiras vigentes no mundo, fundado, em especial, nos ideais da OIT e nas bases jurídicas italianas e francesas. Desse período é a Constituição de 1934, a qual volta a sua atenção (ao contrário das Cartas Constitucionais de 1824 e 1891 de índole liberal) para o problema social. Rompendo em

<sup>125</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

<sup>126</sup> SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>127</sup> GENRO, Tarso. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. São Paulo: LTr, 1985, p. 56.

<sup>128</sup> Em mesmo sentido é a doutrina de CAMINO: CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 44.

definitivo com a passividade estatal é a carta outorgada de 1937, ao acentuar o caráter intervencionista, fixando, no plano constitucional, as diretrizes da legislação do trabalho, atribuindo à União competência para legislar sobre matéria trabalhista. Todavia, em contrassenso à tutela do trabalho, proibia, por motivação política e econômica, a greve, entendendo o trabalho humano como um dever, em vista do crescimento individual e do próprio Estado.

Na sequência, a Constituição de 1946, alinhada com as demais Cartas Constitucionais no mundo, tem forte conteúdo social, consagrando a intervenção do Estado, como garantidor do bem estar dos cidadãos e integrando a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário. A Carta Constitucional de 1967, e a Emenda de 1969 repetem, em suma, as mesmas diretrizes que a Constituição anterior.

Ao seu turno, a Constituição de 1988, consagra, em definitivo, a proteção da pessoa humana e amplia a regulação no campo do trabalho. Mantida a visão integradora nacional, a competência para legislar sobre a relação de trabalho é da União, com a possibilidade de sua delegação. Há a igualdade do trabalho urbano com o rural e a “constitucionalização” de direitos até então regidos por normas ordinárias, como o aviso prévio e a regulação da jornada de trabalho. Sucumbe, por vez, a estabilidade no emprego, passando, o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço<sup>129</sup> – FGTS –, a ser obrigatório aos empregados contratados após 1988. No plano coletivo, a liberdade sindical foi parcialmente consagrada, regida pelo sistema confederativo, tendo a área do município como unidade básica. Os sindicatos passam a ter legitimidade para a defesa dos direitos da categoria, tanto no plano individual como no coletivo, sendo nesse último, por meio da substituição processual.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Muito se discute na doutrina e jurisprudência acerca da natureza das contribuições pagas pelo empregador. O Tribunal Superior do Trabalho, assim como o Supremo Tribunal Federal, tem entendimento no sentido de que se trata de uma contribuição social, como dão conta as decisões: FGTS - PRESCRIÇÃO. O E. PLENÁRIO DO STF, NO JULGAMENTO DO RE N. 100.249, FIRMOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE INAPLICÁVEL À PRETENSÃO DE COBRANÇA DE FGTS O PRAZO QUINQUENAL DO ART. 174 DO CTN POR NÃO SE TRATAR DE TRIBUTO, MAS DE CONTRIBUIÇÃO ESTRITAMENTE SOCIAL, COM OS MESMOS PRIVILÉGIOS DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 19 DA LEI N.5.107, DE 13.9.1966). R E CONHECIDO PARA SE AFASTAR A DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. (RE 115979 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 19/04/1988 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Publicação DJ 10-06-1988 PP-14406 EMENT VOL-01505-03 PP-00517); e também o enunciado de Súmula 362 do TST que acolheu a natureza jurídica de contribuição social para os recolhimentos do FGTS, ora transcrita: Contrato de Trabalho - Prazo Prescricional - Reclamação - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

<sup>130</sup> Muito tem se discutido acerca dos limites e possibilidades da substituição, pelo sindicato (e mesmo da associação profissional), nos processos em que seja de interesse da categoria profissional ou econômica. Enquanto vigente o entendimento cristalizado no antigo Enunciado, hoje Súmula, 310 do TST, a substituição processual não era plena, restrita aos casos em que havia expressa autorização legal, como se verifica: Sindicato Autor da Ação na Condição de Substituto Processual I - O Art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao

Nesse contexto, e, em especial no plano nacional, verifica-se um impasse no modelo jurídico-laboral. Tanto pela crescente valorização da negociação coletiva, para a regulamentação das condições de trabalho, como pela crise no modelo econômico vigente, o qual, a par do imensurável avanço tecnológico, traz consigo crescente desemprego, ocasionando reflexos diretos sobre a legislação social, a qual é tida, com frequência, como um dos empecilhos ao desenvolvimento econômico e social.

Apregoando, ainda, indistintamente, a *flexibilização* das normas que regulam a relação de emprego, como se essa fosse a fórmula milagrosa para o problema do desemprego e da desigualdade social vigente. Caminham, seus defensores, a nosso ver, para os primórdios do direito do laboral, no qual as relações de trabalho eram submetidas às normas civilistas, desconsiderando a desigualdade substancial existente entre as partes da relação de trabalho, o que, como se pode verificar, agravou a miséria e a desordem social. Se não bastasse, alguns observam, no plano coletivo, forma de impor seus interesses, por meio de entidades associativas, historicamente conhecidas como “pelegos”, facilitando o desmonte da tutela do trabalho humano. Fenômeno que se verifica nos demais países ditos *em desenvolvimento*, sobre os quais os interesses internacionais do capital, por vezes, ditam regras e caminhos a seguir, tanto no plano econômico, como também, no modelo jurídico<sup>131</sup>.

---

sindicato pelas Leis números 6.708, de 30-10-1979 e 7.238, de 29-10-1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788. ( L-007.788-1989 - revogada) III - A Lei 7.788-89, Art. 8, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. (L-007.788-1989 - revogada) IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30 de julho de 1990 ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos, resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o Sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. Aqui cabe transcrever a contribuição de Bem-Hur Silveira Claus, o qual mesmo antes da revogação do enunciado da súmula em comentário já sinalava, com propriedade, acerca da interpretação restritiva dada pelo TST à substituição processual: “Pode-se dizer que fenômeno semelhante verificou-se, no âmbito da jurisprudência, na medida em que à posição restritiva que o Tribunal Superior do Trabalho adotou por meio da edição da Súmula 310 opôs-se a interpretação ampliada manifestada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. No entanto, mesmo após algumas manifestações do STF em sentido contrário àquela orientação sumular, o TST retornaria a sustentar o entendimento consubstanciado na referida súmula, evidenciando a divergência jurisprudencial ainda subsistente.” CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição Processual Trabalhista*. Uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTR, 2003, p. 92-93.

<sup>131</sup> Neste sentido, vide o Documento 318 do Banco Mundial, propondo a reforma do judiciário. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>.

### 3.4.2 Contextualizando o direito processual do trabalho

E para a construção dessa nova perspectiva que aqui se pretende desenvolver é importante ter presente a principiologia tuitiva que informa a base de sustentação do direito do trabalho e que também se faz presente na relação processual, muito mais como um indicativo do sentido ou finalidade desse campo especializado do direito, fornecendo diretrizes que inspiram o sentido das normas trabalhistas e confirmam a regulamentação das relações de trabalho.

A obra histórica para o campo da ciência do direito trabalhista e que aqui tomamos como referência é a de Américo Plá Rodriguez, “Princípios de Direito do Trabalho”<sup>132</sup> que, foi quem melhor condensou e desenvolveu a temática. Esse referencial teórico tem presente o direito *individual* do trabalho, mas que de certo modo, como adiante exposto, alicerça a construção do processo, individual e coletivo, do trabalho.

De qualquer sorte, como salienta Carmen Camino, a ordem constitucional brasileira consagra um princípio fundante, do qual os demais irradiam, como consequência, ou, ainda, nele tem a referência: a dignidade humana. A referência de proteção do homem, reconhece que o trabalho, como um dos elementos de sustentação da dignidade humana, tem prevalência sobre a ordem econômica, do capital<sup>133</sup>. Neste contexto, o direito do trabalho deve ter como referencial axiológico a dignidade do homem, tal como refere Carmen Camino:

Podemos imaginar o direito do trabalho em uma perspectiva projetada do valor da dignidade da pessoa humana, perpassando pelo valor da igualdade, irradiador de princípios (critérios de valoração), diretivas de comportamento naturalmente intuídos que vão informar as normas (regras de valoração)<sup>134</sup>.

E a referência histórica e que melhor sistematiza os princípios é Américo Plá Rodriguez<sup>135</sup>, ordenando seis princípios fundamentais que se subdividem e se relacionam, destacando importância para o estudo, aqui mencionar o princípio da proteção, compreendido em três ideias centrais: a) *in dubio pro operário* (ou *pro mísero*): sendo o direito social em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), em caso de dúvida na interpretação, deve sempre ser a favor do empregado; b) regra da aplicação da norma mais favorável, para o qual em caso de pluralidade de normas aplicáveis a uma relação

<sup>132</sup> RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004, p.24.

<sup>133</sup> É o que se extrai da leitura do art. 193 da CF: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

<sup>134</sup> CAMINO, Carmen. *Op Cit.*, p. 95.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 24.

de trabalho, há de se optar pela que seja mais favorável ao trabalhador; c) regra da condição mais benéfica que consiste em assegurar ao trabalhador a condição mais benéfica objetivamente reconhecida e que está lastreada em dois fundamentos basilares: a modificação das normas trabalhistas (inclusive as contratuais) não pode operar in pejus e de que o rebaixamento fere o direito adquirido constitucionalmente protegido.

Esse é um princípio que está sedimentado na busca da igualdade substancial, tal como salienta Carmen Camino:

A preocupação em implementar essa igualdade substancial expressa-se no princípio da proteção do trabalhador, “a própria razão de ser do direito do trabalho”. Há, praticamente, uma unanimidade em torno da proteção como idéia fundante do direito do trabalho. Todos os grandes tratadistas dessa área juscientífica assim o afirmam. Esse princípio traduz a premissa de que se deve favorecer aquele a quem se pretende proteger. Tal leva a uma constatação de unilateralidade do direito do trabalho, expresso na intenção deliberada de tutelar o hipossuficiente na relação com o capital<sup>136</sup>.

Há o princípio da irrenunciabilidade<sup>137</sup> de direitos, pelo qual o trabalhador não pode renunciar os direitos a ele conferidos pela legislação do trabalho, e que estabelece a “intransigibilidade” sobre determinados direitos decorrentes de normas imperativas e de ordem pública. O princípio da continuidade da relação de emprego<sup>138</sup>, que consiste em estabelecer a presunção *juris tantum* da continuidade do liame de emprego, reconhecendo o fato de o trabalhador necessitar do emprego para sua subsistência.

É um princípio que se aplica ao trabalhador, peculiar à relação de emprego, tendo presente que é justamente o contraponto do primado da *renunciabilidade*, inerente às relações cíveis e da liberdade individual. O princípio trabalhista, como leciona José Augusto Rodrigues Pinto<sup>139</sup>, estabelece uma restrição tanto à liberdade individual como à *renunciabilidade*, em prol da proteção do trabalhador, tanto no momento anterior como posterior à aquisição ou exercício de um direito.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>137</sup> A relativização deste princípio em face de previsão constitucional que autoriza a redução salarial e de jornada - artigo 7º, incisos VI “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” e XIII “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.” BRASIL. *Constituição federal, código civil, código de processo civil. Op Cit.*

<sup>138</sup> O Estado Democrático de Direito, segundo a ótica da OIT haveria de reconhecer ao empregador o direito de despedir, porém haveria de exigir motivação e não abuso de direito, contudo, no sistema brasileiro, ainda predomina a denúncia vazia do contrato, mediante o pagamento da multa indenizatória do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS.

<sup>139</sup> RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 72.

Neste contexto, chama atenção Tarso Genro para o caráter tuitivo do princípio em comento, à luz do que protege o trabalhador de eventuais desmandos ou imposições do empregador, em suas palavras:

Os direitos mínimos, outorgados pela legislação trabalhista bem como aqueles ajustados e aderidos ao contrato durante a vigência do mesmo ou ainda pactuados desde o início, são irrenunciáveis. É o estabelecimento, na verdade, de uma presunção de que existe a possibilidade permanente de que a vontade do empregado esteja submetida a vícios de consentimento, dada a sua situação de concreta inferioridade perante o empregador<sup>140</sup>.

Outro princípio fundante é o da primazia da realidade, segundo o qual em caso de discrepância entre o que ocorre na realidade fática e o que emerge da realidade formal (documentos ou acordos), deve-se dar presunção de veracidade ao primeiro. Trata-se da prevalência do que sucede no terreno dos fatos, em detrimento do aspecto formal, é o que tipifica Maurício Godinho Delgado:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85 CCB/16; art. 112 CCB/2002)<sup>141</sup>.

O princípio da razoabilidade ou racionalidade, segundo Américo Plá Rodrigues, significa que os contratantes agem segundo a razão, em busca do estabelecimento de uma condição subjetiva de equilíbrio e mútuo interesse entre as partes<sup>142</sup>. Não é razoável que o empregado abandone o emprego, peça demissão sem um motivo justo. A pena disciplinar aplicada pelo empregador ao empregado deve ser razoável e proporcional à falta cometida. Este princípio auxilia mais na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. E neste ponto, bem esclarece Alice Monteiro de Barros:

Ao lado do princípio da boa-fé, Plá Rodriguez arrola, ainda, o princípio da razoabilidade, que segundo nossa opinião, também não é peculiar ao Direito do Trabalho, mas comum a outros ramos do Direito. A ordem jurídica se constrói sobre os alicerces da razão e da justiça. Parte do pressuposto de que o homem aja razoavelmente, com bom senso, e não arbitrariamente. Esse princípio impõe limites a situações em que a lei não consegue prevê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no

<sup>140</sup> GENRO, Tarso Fernando Hertz. *Op Cit.*, p. 76.

<sup>141</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho. Op Cit.*, p. 208.

<sup>142</sup> RODRIGUES. Américo Plá. *Op Cit.*, p. 256-259.

caso de objeto de apreciação. Daí ser o princípio da razoabilidade abstrato, sem conteúdo concreto<sup>143</sup>.

Américo Plá Rodriguez também estabelece o princípio da boa-fé ou colaboração, em que os sujeitos da relação contratual devem cumprir fielmente o ajuste contratual, sob o prisma da boa-fé e colaboração entre os agentes, em que o empregado tem reconhecida sua capacidade profissional e o empregador tem o dever de fornecimento dos meios necessários, tudo, visando impulsionar a produção e o progresso nacional.

Com apoio na já referida doutrina de Maurício Godinho Delgado<sup>144</sup>, cumpre acrescer o reconhecimento expresso do princípio da imperatividade da norma trabalhista e de indisponibilidade dos direitos que de uma forma geral estabelece a condição de eficácia plena e imediata para as normas de direito do trabalho, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, como restrição do campo de autonomia das partes. Tais primados dialogam no mesmo sentido que o princípio da irredutibilidade salarial (irredutibilidade, intangibilidade integralidade: são princípios que cercam de proteção o salário).

No que diz respeito ao estudo dos princípios aplicados ao processo do trabalho, aqui de forma sintetizada, merece destaque a assertiva de Wagner D. Giglio:

Como acontece com os princípios de Direito do Trabalho, levantados na obra magistral de Américo Plá Rodriguez, também no Direito Processual do Trabalho cada autor arrola os seus princípios, e poucos são os que coincidem<sup>145</sup>.

A doutrina processual trabalhista reconhece aplicação de forma semelhante aos princípios antes elencados, acrescido de outros como a informalidade, oralidade e celeridade; merecendo pontual destaque para o princípio da proteção, para o qual, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite:

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção conta a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível cultural entre os sujeitos da lide certamente são realidades que são transladadas para o processo do trabalho<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> MONTEIRO DE BARROS. Alice. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 177.

<sup>144</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. *Op Cit.*, p.201-203

<sup>145</sup> GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

<sup>146</sup> LEITE, Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 70-71.

Em mesma linha, Mauro Schiavi, reconhecendo como um princípio de *proteccionismo temperado* do trabalhador:

Não se trata do mesmo princípio da proteção do Direito Material do Trabalho, e sim uma intensidade protetiva ao trabalhador a fim de lhe assegurar algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido a sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, da dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador<sup>147</sup>.

No mesmo sentido reconhece Cleber Lúcio de Almeida<sup>148</sup> a coexistência do princípio tuitivo, característico do direito material do trabalho, no campo do processo, com vistas à concretização – efetiva – da dignidade humana.

Reconhecendo o caráter mutável do direito, a partir das confluências sociais, Wagner Giglio chama atenção para outro princípio novel, ao qual intitula de princípio da coletivização das ações individuais<sup>149</sup>, em reconhecimento à ampliação dos casos de substituição processual, dando conta de que a via coletiva apresenta uma forma adequada de pacificação social, a partir do reconhecimento da possibilidade de uma *unidade* na decisão, em prol de um grande número de trabalhadores.

É certo que a doutrina apresenta uma variada classificação dos princípios típicos do processo do trabalho, mas que de um modo ou outro, tem raiz na segmentação proposta por Américo Plá Rodrigues, relativamente ao direito material que, como visto, em maior ou menor grau, informam a principiologia do direito processual do trabalho.

### 3.5 A jurisdição especializada do trabalho

Com fins didáticos de contextualização do processo civil e do processo do trabalho, estabelecemos a mesma ponderação acerca da divisão de competência jurisdicional, especializada do trabalho, notadamente a partir do exame dos institutos processuais cíveis à luz da ótica trabalhista, ambos sob o prisma de um modelo constitucional democrático<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008, p. 82

<sup>148</sup> ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 56.

<sup>149</sup> GILGIO, Wagner D. *Op Cit.*, p. 75.

<sup>150</sup> Sobre o tema recomenda-se a leitura da *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, publicada pela Unisinos, disponível em <http://www.rechtd.unisinos.br/index.php?e=1&s=1>. Além do mais, são referências sobre a temática as obras dos Professores MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado. Op Cit*; MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espacial dos Direitos Humanos. Op Cit.*; MOREIRA, Alexandre Mussoi.

A ideia de jurisdição tem origem com a formação do Estado Moderno (a partir da superação da ideia de que o *divino* regeria as relações humanas<sup>151</sup>), quando esse avoca para si a resolução dos conflitos é que emerge o conceito *jurisdição*. Jurisdição ora compreendida como o meio de que se vale o Estado para cumprir o “contrato social<sup>152</sup>”, firmado entre os sujeitos, restabelecendo a ordem social e jurídica. Em breves linhas, esse *poder* conferido ao Estado é denominado de jurisdição, pelo qual, atuando sobre casos em concreto, e dependente da provocação dos interessados, resolve o dissídio estabelecido promovendo a ordem jurídica.

É nesse ambiente que se estabelecem os primeiros ideais de garantias mínimas, inclusive para o campo do direito processual, chamando atenção Joan Pico I Junoy:

Tras la segunda guerra mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución – como destaca TROCKER – aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra. Y dentro de este orden – advierte FIX ZAMUDIO – la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual ES necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales ES posible su realización y eficacia<sup>153</sup>.

A partir do momento em que o Estado suprimiu do particular a faculdade de promover a Justiça, aquela se tornou um *dever público de prestar jurisdição*, quando presente a lide. Pressupõe, pois, a ideia de um litígio (em que há um interesse e uma pretensão resistida), eis

---

*A transformação do Estado*. Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. *Op Cit.*, p. 57.; GESTA LEAL, Rogério. *Estado Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; PICÓ I JUNOY, Joans. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997; TROCKER, Nicolo. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Dott A. Giuffrè; 1974.; FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

<sup>151</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4 edição. São Paulo: RT, 2005, p. 31. Refere Luiz Guilherme Marinoni que a partir da ideia de “justiça pública” do direito romano é que o Estado, confiante do poder nele investido pela própria coletividade, passa a decidir os conflitos sociais.

<sup>152</sup> A ideia de contrato social referida tem por fundamento a obra de Jean Jacques Rousseau, de mesmo título, segundo a qual, em síntese, os homens vivendo em estado de natureza, onde predominava a lei do mais forte, abdicam da liberdade natural para viver em sociedade, sob a direção de um poder garantidor da ordem e da paz. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato Social*. In: *Do contrato social*. Princípios do direito político. Trad Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002, p. 19-34.

<sup>153</sup> PICÓ I JUNOY, Joans. *Op Cit.*, p. 17-18.

que, do contrário, não haveria interesse em instaurar a relação processual, segundo a orientação de Athos Gusmão Carneiro<sup>154</sup>.

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui as vontades dos envolvidos no dissídio, daí ser a *substitutividade*<sup>155</sup> um dos caracteres marcantes da *jurisdição*. O professor Ovídio Batista salienta, por outro lado, em verdade, o elemento da *imparcialidade* como ponto de destaque para a atividade jurisdicional<sup>156</sup>.

A forma e os mecanismos com que o Estado presta a jurisdição, Elio Fazzalari denomina de *ordenamento jurídico*<sup>157</sup>, que é composto pelas normas, atos e posições subjetivas e pela inter-relação entre tais elementos. Em mesmo sentido, lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)<sup>158</sup>.

Esse *ordenamento jurídico*, como muito bem expõe Luiz Guilherme Marinoni, se presta, hoje, a resolver não somente o dissídio puramente individual, a que exemplifica como sendo Caio x Tício<sup>159</sup>, mas resolve os dissídios de natureza coletiva que digam respeito a um grupo, determinado ou indeterminado, de pessoas.

Mas o debate dogmático em torno da definição de jurisdição, embora traga relativa *segurança teórica* quanto à definição do instituto, por outro lado, não traz a mesma *segurança* no que diz respeito à efetiva realização, ou transformação, da realidade social, a partir do modelo democrático de Estado.

<sup>154</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

<sup>155</sup> Em mesmo sentido é a doutrina de José Maria Tesheiner, in: TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 63-65.

<sup>156</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil. Processo de conhecimento. v. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27.

<sup>157</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 94-95.

<sup>158</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. *Teoria geral do processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.141.

<sup>159</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Op Cit.*, p. 29.

A crítica que se pretende construir ao modelo de jurisdição vigente está centrada numa compreensão racional dogmática, própria de um modelo que não tem na Constituição o cerne do debate para a solução jurídica do caso concreto.

Neste contexto, cabe trazer uma definição científica de jurisdição dada por Fredie Didier Jr, segundo o qual:

A jurisdição é a função atributiva a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)<sup>160</sup>.

Isso nos dá uma nova perspectiva para a compreensão do papel da jurisdição, merecendo destaque para o papel da “criatividade” presente na atividade intelectual do julgador e muito bem observada na definição transcrita. Reconhece-se, com isso, a superação de um modelo de jurisdição em desconformidade com o momento histórico e com o próprio Estado, em que esse ganha novos papéis, como agente implementador das promessas constitucionais não cumpridas.

Neste contexto, a jurisdição ganha novos contornos, os quais se aproximam do ideal perseguido para uma nova perspectiva para a tutela coletiva, em que os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva<sup>161</sup>, mas o julgador interpreta e constrói a decisão, confrontando os casos com o Direito vigente, como dá conta Didier:

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão já pronta. Niklas Luhmann dá-nos o exemplo dos “hard cases”, situações em que os textos jurídicos existentes, aplicadas de maneira puramente dedutiva, não apresentam soluções claras; assim, para a solução de tais casos, não basta o conhecimento do Direito vigente. Não obstante essa circunstancia, os tribunais devem decidir – e decidem (“*si no se encuentra el derecho hay que inventarlo*”)<sup>162</sup>.

Neste novo paradigma, o juiz deve superar os limites racionais-liberais, concebendo ao texto legal uma adequação constitucional, fazendo a verificação, no caso concreto, se a norma está em consonância com os princípios constitucionais e se, ainda, concretiza ou respeita os

<sup>160</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual*. v. I. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 65.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 68. A referência destacada na citação é um extrato do livro de Niklas Luhmann, referido pelo autor.

direitos fundamentais, fazendo um balanceamento de maior ou menor carga dos direitos fundamentais aplicáveis.

Neste sentido, é a referência de Ângela Espindola:

Quando se pretende construir ou consolidar o Estado Democrático de Direito e defender a jurisdição constitucional, o papel do juiz mostra-se de suma importância. Na verdade, não é exatamente quem dá a resposta, quem decide o ponto nevrálgico, mas sim como se dá a decisão, ou seja, o processo de interpretação/compreensão do direito, ou seja, o processo de atribuição de sentido (*sinngebung*) próprio do processo hermenêutico. Deste modo, a fundamentação das sentenças deve ser levada às últimas conseqüências. Não qualquer fundamentação da decisão judicial, mas uma fundamentação responsável, capaz de enfrentar os vestígios do passado (o paradigma) e as mentiras sobre o futuro (ideologia) a partir de uma dimensão ético-jurídica. Essa é a responsabilidade do juiz. Pois, como bem refere Castanheira Neves, “o direito convoca uma problemático-concreta decisão normativo-juridicamente fundada – não se trata aí de um tão-só correto compreender, mas de um justo decidir, de um justo juízo decisório ou com concreta justeza problemático-normativa<sup>163</sup>”.

Com isso, tem-se o ideal de um novo paradigma para a jurisdição, reconhecendo-se um papel ativo para o julgador na busca da implementação dos direitos sociais dos trabalhadores, a partir da tutela coletiva.

### 3.6 Legitimidade ordinária e extraordinária

De grande relevância, e cerne do presente estudo, é a figura da legitimidade processual para o direito de ação, com ênfase, como já se disse, para o exame da legitimação dita *extraordinária*, referida pelo art. 6º do CPC<sup>164</sup>. Em apertada síntese, a legitimidade para a

<sup>163</sup> ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?) São Leopoldo, [S.n.], 2008, p. 235.

<sup>164</sup> Vale aqui transcrever a passagem de Fredie Didier e Hermes Zaneti sobre as origens históricas-sociológicas da redação do artigo sexto em comento, para os quais: “Essa regra tem por objetivo a garantia de que não se exporá o indivíduo a uma situação da qual ele não quer tomar parte e, ainda, de que o indivíduo tem a liberdade de participar do processo que julga interesse seu. É regra liberal-individualista nascida da noção de liberdade propalada pelo iluminismo e pela revolução francesa e tem seus corolários justificados dentro dos próprios dogmas do devido processo legal e do contraditório. Portanto, tal fenômeno é histórico, encontra-se influenciado pelas transformações políticas e sociais. No medievo, a coesão da comunidade ou grupo era um dado seguro; toda a comunidade se representada, estava encarnada no postulante, devido à homogeneidade social. O surgimento do indivíduo autônomo e livre na igualdade moderna, com o advento das doutrinas racionalistas, acaba por influenciar a legitimação nas ações coletivas. O individualismo processual é sintetizado no princípio de que somente o titular ou o pretense titular de direito material é legitimado para propor ação com vista a sua tutela.” DIDIER JR. Fredie. *Op Cit.*, p. 214-215.

causa diz respeito à pertinência subjetiva da ação. Legitimados são os titulares do interesse em conflito, ou seja:

Ora, a ação só poderá ser proposta por quem seja o titular do interesse subordinante ou prevalente (titularidade ativa); por outro lado, só poderá ser movida contra ou em face daquele que é titular do interesse subordinado. Isso é o que ocorre normalmente, motivo pelo qual um terceiro, estranho aos interesses em litígio, não pode, validamente, tentar conseguir uma decisão sobre a pretensão respectiva (sic)<sup>165</sup>.

Os estudos sobre a *substituição processual* têm início no campo do direito material, sendo mais tarde examinado à luz do direito processual. Neste contexto, é uníssona na doutrina a origem dos estudos com a monografia apresentada por *Josef Kohler*, em 1886, na qual debruçado sobre o instituto do *usufruto*, pela primeira vez, analisou o fenômeno da *substituição processual*, embora não o tenha nominado dessa forma, eis que Giuseppe Chiovenda foi quem propriamente concebeu a nomenclatura de *Substituição Processual*, dando-lhe a conotação hoje conhecida: quando terceiro, em nome próprio, demanda em direito alheio, ou seja, quando o sujeito da relação jurídica processual não é o mesmo da relação jurídica de direito material. *Kohler* cingiu seu estudo ao plano do direito material, afirmando no curso da sua obra que a *substituição* decorreria de uma relação substancial entre *substituto e substituído*, no qual o primeiro tem o poder de conduzir um processo em nome próprio, de tal forma que os efeitos desse processo estenderiam ao plano do *substituído*. Mais tarde, *Hellwig*,<sup>166</sup> em aprofundado estudo, transpôs para o plano processual a figura jurídica da *substituição processual*, dando-lhe contornos mais próximos do que hoje entendemos pelo instituto.

A par do consenso acerca da sua origem, a substituição processual desde os primeiros estudos já ensejara ampla discussão teórica, tanto com relação ao plano superficial da sua nomenclatura,<sup>167</sup> como mesmo as consequências, efeitos e limites da substituição no processo, em relação aos sujeitos daquele. Se não bastasse a celeuma existente em torno do instituto, a

<sup>165</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>166</sup> HELLWIG, Gerhard, em sua obra *Tratado de Direito Processual Civil Alemão*, datado pela doutrina de OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz, *Op. Cit.*, p. 87, como sendo publicada em 1903.

<sup>167</sup> Seguindo a orientação doutrinária de Pontes de Miranda, Oliveira Júnior Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, crê seja imprópria a denominação de *substituição processual*. Afirmo o autor que o instituto deveria se chamar *equiparação ou equivalência processual*, eis que aquele que em juízo defende direito alheio, em nome próprio, é equiparado à parte. Sustenta que sendo aceito o vocábulo *substituição processual*, estaria, o substituto, subrogado em todos os direitos e deveres do substituído, inclusive os de natureza material, o que, com razão não acontece, eis que não tem a faculdade de praticar todos os atos afins ao substituído. *Ibidem*, p. 89-90.

sua própria existência é discutida, como se observa na respeitável doutrina de Pontes de Miranda:

O nome “substituição processual”, usado por Giuseppe Chiovenda (*Principii*, 569-601), para designar os casos em que o sujeito da relação jurídica processual não é o titular da relação jurídica de direito material, é impróprio. Exatamente “substituição” é o que não se dá. Josef Kohler, que iniciou o estudo desses fatos, não usara tal expressão – vira-os como casos especiais de subjetividade processual em relação à *res in iudicium deducta*. Tão só. Desde que passamos à concepção da relação jurídica processual como publicística, perdeu a significação, que poderia ter, de “anormalidade”, a não-coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade. Dizer “substituído” o titular da relação de direito material é persistir, inconscientemente, e tal foi o caso de Giuseppe Chiovenda, na atmosfera da concepção privatística. Os processualistas italianos vulgarizaram o nome com esse evidente prejuízo, e Galgano (Nápoles, 1911) chegou a escrever monografia *Sulla Dottrina della Sostituzione processuale*.

Parte é, portanto, quem entra, como sujeito, ativo ou passivo, na relação jurídica processual. Partes são figurantes processuais; há partes que não são os sujeitos da relação jurídica, objeto do litígio.

A lei as cria. Mas pode ocorrer que o titular do direito dê poder para a presença como parte, como se o cessionário outorga ao cedente poder para, em nome próprio, exercer a ação contra o cedido (dita, então, substituição processual voluntária)<sup>168</sup>.

Certo, pois, que o instituto da *substituição processual* e melhor dito, a tutela de direitos metaindividuais, ou individuais homogêneos, no campo da jurisdição trabalhista, tem as suas raízes históricas na figura da “ação popular” romana, procedimento de tutela do patrimônio público contra um delito ou quase-delito cometido contra a *polis*, daí, inclusive, o seu caráter de medida penal<sup>169</sup>. O exercício daquela ação era condicionado ao preenchimento de certas e determinadas condições, vinculadas aos direitos civis do cidadão romano de época. Discute-se, ainda, de qualquer sorte, a natureza jurídica de tal medida, ou seja, se procuratória, ou não, resultando dessa natureza se a ação popular romana seria ou não caso de substituição processual. Nesse contexto, conforme leciona Ricardo de B. Leonel<sup>170</sup>, se o legitimado agiria em função da tutela de um interesse público, ou então, em sentido oposto, agiria em vista de um interesse próprio e ao mesmo tempo público. Haveria, dessa forma, espécie de *substituição* no primeiro caso, eis que a ação dar-se-ia em prol de um “direito alheio”, vinculado ao Estado e não diretamente ao cidadão romano.

<sup>168</sup> PONTES DE MIRANDA. *Op. Cit.*, p. 255-256.

<sup>169</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 44-45.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

É inequívoca nesse contexto, como se observa, a vinculação do direito material a ser tutelado com o direito processual. Tanto que julgamos que o fenômeno da substituição processual, salvo engano, não pode ser objeto de estudo com as atenções voltadas para o processo civil clássico, *individualista*, distante das *relações coletivas, ditas de massa*, que dão os contornos à ação coletiva. Cumpre-nos referir que o fenômeno dos conflitos coletivos não é de recente constituição, como, data vênua, propugna a majoritária doutrina processualista. Como podemos apurar nos itens precedentes, a formação do Direito do Trabalho está assentada, também, nos conflitos das massas trabalhadoras em busca de melhores condições de trabalho. Dessa forma, o Direito do Trabalho há muito já observa e atua sob o fenômeno da coletivização no campo processual, tanto que a Consolidação das Leis do Trabalho, já nos idos de 1943, previa incipiente *ação coletiva* do órgão sindical em defesa dos trabalhadores.<sup>171</sup>

Dessa forma, há que se observar para o pedido formulado, a fim de se verificar a legitimidade ou não para a causa. É oportuno referir, ainda, que a substituição processual<sup>172</sup> pode ser estudada tanto sob o ponto de vista do pólo ativo da demanda, como em relação ao pólo passivo<sup>173</sup>, como na ação rescisória.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> São exemplos da tutela coletiva o disposto nos artigos 513 da CLT: são prerrogativas dos sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal, ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida; b) celebrar contratos coletivos de trabalho; c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal [...], artigo 857 da CLT: A representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui prerrogativa das associações sindicais, excluídas as hipóteses alusivas no art. 856, quando ocorrer suspensão do trabalho. Também são exemplos o disposto nos artigos 611 e 612 da CLT, quando disciplina os acordos e dissídios coletivos. BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho*. 33 ed. São Paulo: LTr, 2006.

<sup>172</sup> PONTES DE MIRANDA nega, contudo, a configuração da substituição processual, para quem: “O nome “substituição processual”, usado por Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, G. *Op Cit.*, p. 596-601), para designar os casos em que o sujeito da relação jurídica processual não é o titular da relação de direito material, é impróprio. Exatamente “substituição” é o que não se dá. Josef Kohler, que iniciou o estudo desses fatos, não usara tal expressão, vira-os, tão só, como casos especiais de subjetividade processual em relação à res in iudicium deducta. Desde que passamos à concepção da relação jurídica processual como publicística, perdeu a significação, que poderia ter, de “anormalidade”, a não-coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade. Dizer “substituído” o titular da relação de direito material é persistir, inconscientemente, e tal foi o caso de Giuseppe Chiovenda, na atmosfera da concepção privatística. Os processualistas italianos vulgarizaram o nome com esse evidente prejuízo, e Galgano (Nápoles, 1911) chegou a escrever monografia “Sul’ia Dottrina della Sostituzione processuale”. PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op Cit.*, p. 138.

<sup>173</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. Cit.*, p. 205-207. Em mesmo sentido, acolhendo a possibilidade da legitimidade passiva, DIDIER. *Op. Cit.*, p. 218-225.

<sup>174</sup> Súmula 406, II do TST: O sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora prolatada a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário. BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho. Op Cit.*

A legitimidade concedida a terceiro decorre, pois, da evolução da ciência processual, com a ruptura entre o direito material e o processual. Em suas palavras, Rodolfo Mancuso afirma:

Atentados estudos e observações permitiram constatar certos fatos suficientes a evidenciar a existência de duas realidades: uma dita “substancial”, subsumida em normas de direito objetivo, formando, segundo as diferentes concepções, direitos subjetivos, situações jurídicas, enfim, relações jurídicas de direito material; outra realidade, subjacente a essa, por ela ensejada, mas distinta, apresentando outra natureza, sujeita a princípios próprios e oferecendo categorias jurídicas específicas: o direito de ação; a relação jurídica processual<sup>175</sup>.

Assim, a legitimidade para o regular e válido exercício do direito de ação pode ocorrer de forma ordinária ou extraordinária. Em regra, as partes do processo são as mesmas do direito material, objeto da lide. Mas em certas situações, o direito processual legitima um terceiro, visto sob o direito material, para em nome próprio, vir a juízo e defender um direito alheio. Via de regra, há um liame entre o terceiro e a parte ordinária e essa relação que vincula o terceiro a uma das partes é que permite ao legislador autorizar esse terceiro a defender direito alheio. Temos, pois, que a legitimação extraordinária que, por opção do legislador pátrio, decorre apenas de disposição legal<sup>176</sup>.

Fredie Didier e Hermes Janeti Jr, identificam no direito pátrio três técnicas de legitimação:

Assim, são três as técnicas de legitimação mais utilizadas em ações coletivas e que foram adotadas no Brasil: 1) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/1965); 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX, da CF/88); ou, 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/1985)<sup>177</sup>.

A doutrina diverge ao classificar a substituição processual como espécie de legitimação extraordinária ou mesmo como sendo ambas “sinônimos” (legitimação extraordinária e substituição processual)<sup>178</sup>. Certo, pois, que a despeito da existência ou não

<sup>175</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>176</sup> Artigo 6º do CPC. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Op Cit.*

<sup>177</sup> DIDIER JR. Fredie. *Op Cit.*, p. 217.

<sup>178</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. Cit.*, p. 237, refere: “Alguns autores sustentam que a legitimação extraordinária configura verdadeira substituição processual. Outros preconizam que esta constitui espécie do gênero legitimação extraordinária.” Segundo refere o insigne jurista, são seguidores da primeira corrente:

de outras formas de legitimação extraordinária, a substituição processual, constituindo espécie ou gênero, faz-se presente em nosso ordenamento e é classificada em diversos “graus”, tanto quanto ao momento de formação como em relação à exclusividade ou não do direito de ação, o que se verá adiante.

Muito se discute acerca da sinonímia entre legitimação extraordinária e substituição processual, embora, por ora, importa-nos a compreensão sumária da legitimidade para agir ou *ad causam* como condição para ação, ou seja, fundado na dicção do art. 6º do CPC e da ampliação dessa regra pela nova ordem constitucional, no sentido de que a legitimidade é a possibilidade de alguém figurar no pólo ativo ou passivo de uma ação em busca de um provimento jurisdicional, em proteção de um direito próprio ou alheio.

Toma-se a liberdade de, neste sentido, valer-se do pensamento vertido na obra do professor Ben-Hur Claus<sup>179</sup>, acerca do exame do fenômeno da substituição processual, quando chama atenção para o aspecto da formação cultural do jurista na compreensão e aceitação do instituto em nosso ordenamento, a partir das diversas “leituras” que se possa fazer do artigo 8º da Constituição Federal de 1988. No seu entendimento, apontando abalizada doutrina, advoga que os doutrinadores do direito constitucional são uníssomos na interpretação de que o referido preceito constitucional concede ao sindicato a *substituição processual* ampla e irrestrita, por certo, com base no caráter publicista do direito constitucional, afirma o autor. De outro lado, refere o enfoque do “individualismo jurídico” com que os críticos do instituto negam a legitimidade extraordinária do ente sindical, que são em sua maioria processualistas tanto da área cível como mesmo da jurisdição trabalhista.

É com a Constituição de 1988 que a ação coletiva ganha maior espaço com a concessão de legitimidade para que entidades associativas civis e, o Ministério Público, para a tutela de direitos metaindividuais diversos. E não é diferente com a ação do sindicato, a teor do que dispõe o art. 8º inciso III da Carta Constitucional. Tal dispositivo amplia o poder sindical no que diz respeito à representação dos interesses individuais e coletivos da categoria, na medida em que a legislação ordinária limitava-a ao âmbito dos associados da agremiação<sup>180</sup>. O estudo e mesmo a efetividade da tutela coletiva, no plano processual, não está adequada aos limites das disposições do Código de Processo Civil, ainda vinculadas ao plano individual da tutela, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, mas há que se

---

Hugo Nigro Mazzilli, José dos Santos Carvalho Filho e Humberto Theodoro Júnior (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. al.*, *Op. Cit.*). Em sentido oposto, Nelson Nery Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues.

<sup>179</sup> CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Op. Cit.*, p. 92-93.

<sup>180</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 311.

atentar para a aplicação de regras e princípios específicos, como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni:

O termo “legitimação extraordinária”, assim como o uso ulterior da noção de substituição processual, tem exclusivo fim didático, visando facilitar a compreensão do aluno. Com efeito, conforme já se advertiu anteriormente, não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir do seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é obvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária<sup>181</sup>.

De suma importância, pois, o estudo da substituição processual, tanto para justificar-lhe autonomia em relação ao instituto congênere civil, como para lhe definir os contornos na jurisdição trabalhista.

Neste sentido, a elaboração teórica do instituto emana acirrada divergência quanto a sua classificação, no âmbito da legitimação para a causa. Entende a processualística civil que a substituição processual seria espécie de legitimação extraordinária, pela qual terceiro em nome próprio, defenderia em juízo direito alheio. Há os que compreendem o fenômeno da ação coletiva trabalhista a partir da natureza de *mandato legal*, eis que não haveria comunhão de interesses com relação ao direito material tutelado entre o substituto e o substituído, como se dá no campo do direito civil<sup>182</sup>. Neste caso, o sindicato ou o ente coletivo não agiria em próprio nome para a tutela de direitos, mas como mero mandatário dos associados.

Ainda há corrente doutrinária posicionando-se no sentido de que a substituição processual seria caso de *legitimação autônoma* para a causa, autorizado por expressa determinação constitucional, em que haveria uma desvinculação entre o direito material e o direito de ação tutelado, pregando uma autonomia do instituto, também, no campo do direito do trabalho, pelas inúmeras peculiaridades que lhe são inerentes. Tanto que a abalizada

<sup>181</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Op Cit.*, p. 713.

<sup>182</sup> Tal posicionamento é defendido, por exemplo, na doutrina de SUSSEKIND, Arnaldo; e ALMEIDA, Isis; e CARRION, Valetin.

doutrina de Ada Grinover<sup>183</sup> bem reconhece que o esquema de legitimação ditado pelo art. 6º do CPC não tem eficácia sobre o “processo coletivo”, o qual é regido por “uma legitimação autônoma e concorrente aberta, múltipla, composta”.<sup>184</sup>

Seguindo a propositura de uma definição para a substituição processual, há respeitável doutrina propugnando que a ação dos entes coletivos, como o sindicato, seria caso de *legitimação ordinária*, tendo um dos primeiros defensores Arion Sayão Romita, merecendo transcrição seus argumentos, em suas palavras:

Se o sindicato defende em juízo interesses supra-individuais do grupo de trabalhadores que ele aglutina, se a defesa de tal interesse se inclui na finalidade institucional do sindicato, não se pode dizer que o autor da ação defende em nome próprio interesse alheio. Fica, em conseqüência, desnaturada a substituição processual. A noção de substituição processual, neste terreno, não encontra aplicação adequada, porque válida unicamente a luz da concepção liberal individualista, que identifica o titular do direito subjetivo violado com aquele a quem o ordenamento jurídico atribui legitimidade para fazê-lo valer em juízo<sup>185</sup>.

E continua o referido autor:

A finalidade institucional do sindicato é esta: representar os interesses do grupo. Se o interesse em jogo for o interesse abstrato do grupo, será suscitado um dissídio coletivo; mas, se se tratar de um interesse supra-individual (assim entendido um conjunto de interesses individuais homogêneos e de origem comum) será proposta uma reclamação em que o sindicato não atuara como substituto processual, pois não defenderá em seu nome interesse alheio. Afinal, sindicato existe em função dos interesses dos indivíduos que o compõem, quer interesses coletivos abstratos de todo o grupo, quer interesses individuais ou supra-individuais homogêneos, pertinentes aos integrantes do grupo. A finalidade institucional do sindicato não é, primordialmente, assistencial (o sindicato pode ter, também, finalidade assistencial), mas sim reivindicatória. Ele pode, em conseqüência, agir em defesa destes interesses, independentemente da outorga de poderes. Ao agir em defesa de tais direitos, o sindicato não pleiteia em juízo direito alheio. Defende direito próprio, já que pertinente a indivíduos que só se congregam na entidade por ser ela portadora dos interesses comuns àqueles indivíduos<sup>186</sup>.

Antes de ponderar pela legitimação ordinária, extraordinária ou autônoma, cumpre-nos observar que o instituto da legitimação extraordinária pode ocorrer de forma *dependente*, ou

<sup>183</sup> GRINOVER. Ada. *Tutela Coletiva*. 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. (Coord.) LUCON, Paulo Henrique dos Santos. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 306.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> Conforme CLAUS, Ben-Hur Silveira, referindo ROMITA, Arion Sayão, *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>186</sup> *Ibidem*. O mesmo trabalho pode ser lido em: ROMITA, Arion Sayão. *Trabalho & Processo*. Revista Jurídica Trimestral. Número 5. São Paulo: Saraiva, Jun, 1995, p. 77-81.

seja, o *terceiro* é legitimado para atuar subsidiariamente, auxiliando o titular do direito, na função assistente processual, com o que não se confundiria com a substituição processual em exame; ou ainda *autônoma*, em que o legitimado extraordinário não é apenas um auxiliar, ou assistente, mas desempenha o papel próprio de parte, como autor ou réu.

Neste sentido, bem se pode destacar a contribuição de Giuseppe Chiovenda:

De resto, dizer que o substituo processual é parte não implica dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Pode haver atividades de parte a que a lei somente atribua importância desde que emanem daquele que é titular da relação substancial (juramento, confissão, renúncia aos atos, renúncia à ação, reconhecimento da ação), ou daquele que é representante ou órgão do titular. Semelhantes atividades não as poderia exercer o substituto; a atividade dele é, pois, circunscrita por sua própria condição<sup>187</sup>.

A *legitimação extraordinária autônoma* (que não se confunde com a legitimação autônoma para a condução do processo) pode ser *exclusiva* ou *concorrente*. É *exclusiva* quando somente há previsão de ação para o legitimado extraordinário, no que a doutrina civilista cita o exemplo da defesa dos bens dotais pelo marido.<sup>188</sup> *Concorrente* quando há previsão de ação tanto para o legitimado ordinário, como para o extraordinário, coexiste, pois, a possibilidade de ação tanto para o titular do direito material como para o substituto. A legitimação *concorrente* pode ser *subsidiária*, depende da inércia do titular (legitimado ordinário) para que possa o legitimado extraordinário dispor do direito de ação ou *disjuntiva*, pois nenhum dos titulares depende de ação judicial do outro na mesma ação, que pode agir de forma isolada, como no caso das ações coletivas, da ação civil pública e mesmo da substituição processual no campo do direito do trabalho.

Como bem observa Ricardo de Barros Leonel<sup>189</sup>, para a tutela de direitos coletivos, em gênero, há que se atentar para a natureza do direito a ser tutelado (se difuso, coletivo, individual homogêneo) e a titularidade do agente (o que se entende pela finalidade institucional), distante da principiologia que informa o processo individual (tanto cível como trabalhista). Dessa premissa, permite-se concluir, retomando as lições de Arion Romita<sup>190</sup>, no

<sup>187</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: São Paulo, 1965, p. 254. Embora haja alguma resistência a esse posicionamento, v.g., Garbagnati, apud Ephraim de Campos, a inclinação dos teóricos é pela restrição dos direitos do substituto aquilo que é próprio do processo, pois há direitos que são inalienáveis no que tange ao substituído, dentre eles a confissão, a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido e a transação, por dizerem respeito ao campo da relação jurídica de Direito Material. É o que ensinam Arruda Alvim e Ephraim de Campos. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1985, p. 31.

<sup>188</sup> Conforme art. 289, III do novo código. BRASIL. *Código Civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>189</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. Cit.*, p. 157-158.

<sup>190</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Op. Cit.*, p. 77-81.

sentido de que “*Se o sindicato defende em juízo interesses supra-individuais do grupo de trabalhadores que ele aglutina, se a defesa de tal interesse se inclui na finalidade institucional do sindicato, não se pode dizer que o autor da ação defende em nome próprio interesse alheio.*”, ou seja, é razoável a leitura que se faz no sentido de que a legitimidade da entidade coletiva não é extraordinária, mas ordinária, eis que tutela um direito que lhe é próprio, segundo a sua finalidade estatutária<sup>191</sup>. Tal definição ajusta-se ao campo do direito do trabalho, em relação às associações e sindicatos, para a condução do processo, valendo transcrever trecho da obra do professor José Pedro Pedrassani:

Carente de seu ente exponencial, falecerá o grupo de organização perante a sociedade e o Estado. Não irá atuar mais como síntese de pessoas com interesses comuns, mas tão-somente como soma de pessoas. Usurpar-se do sindicato a condição de sua existência – o grupo de trabalhadores – é deixá-lo vazio e ineficiente<sup>192</sup>.

De outro lado, com origem na doutrina alemã, há estudos acerca da legitimação *autônoma* para o processo, diferente e independente da condição de legitimação ordinária ou extraordinária que hoje se atribui aos entes coletivos. E com apoio de abalizada doutrina, bem refere Ricardo de Barros Leonel<sup>193</sup>, é que a figura da legitimação dita *autônoma* encontra justificativa, em contraponto à legitimação ordinária, em vista da *ação* do Ministério Público para a tutela de direitos coletivos, afirmando o insigne autor que, em se tratando de tutela de direitos difusos e coletivos (ao menos no campo cível) a *legitimação é autônoma*.

Retomando a ideia de autonomia do processo do trabalho, em relação ao processo civil, há necessidade de adequação da tutela coletiva para a “nova realidade”, “de lesões em massa”, em que a substituição processual, como ação coletiva, seja um direito efetivamente pleno, sem qualquer restrição procedimental, naquilo em que se relaciona à origem comum do direito.

Assim é que nos parece adequado o posicionamento do STF em julgamento que entendeu pelo direito pleno de substituição, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação<sup>194</sup> para os trabalhadores integrantes da categoria profissional, na linha de prestígio para a tutela coletiva.

---

<sup>191</sup> Em mesmo sentido é a doutrina de PEDRASSANI, José Pedro. *Op. Cit.*, p. 86, onde assevera a legitimidade ordinária do sindicato para a tutela dos interesses da categoria, afirmando que: “Categoria e sindicato são, em verdade, as duas faces de uma mesma realidade. Aquela é o elemento subjetivo, este, o ente institucional.”

<sup>192</sup> *Ibidem*, p.88-89.

<sup>193</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. Cit.*, p. 157-158.

<sup>194</sup> O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento

O que se verifica, em verdade, é em muitos casos o ato (impróprio) de enquadrar o modelo de legitimação para agir do processo coletivo ao já conhecido modelo vigente para o processo individual, sendo certo que a ação coletiva deve ser essencialmente participativa<sup>195</sup>, autorizando a participação do maior número possível de interessados.

### 3.7 A representação

Impende, ainda, preliminarmente ao estudo da substituição processual, e em complemento ao estudo até aqui proposto, examinar a figura da representação, nos planos do direito material e processual, como forma de melhor compreender a tutela coletiva de interesses. Não se confundem o plano do direito material e o plano instrumental, no que toca ao instituto da representação.

Geralmente o próprio interessado, por meio de sua manifestação de vontade e nos limites da sua autonomia privada, age em torno de negócios jurídicos que lhe detém interesse, contraindo obrigações. A vida em sociedade moderna faz com que seja possível a delegação, para um representante, de autorização para a prática dos atos da vida civil. Segundo as lições de Silvio Venosa,<sup>196</sup> para que tal situação ocorra, há que se ter a permissão legal<sup>197</sup> do ordenamento jurídico e a observância de certos requisitos para a validade e eficácia da representação. Ensina o referido autor:

A noção fundamental, pois, é a de que o representante atua em nome do representado, no lugar do representado. O representante conclui o negócio não em seu próprio nome, mas como pertencente ao representado. Quem é a parte no negócio é o representado e não o representante. Reside aí o conceito básico de representação. Estritamente falando, o representante é um

---

para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador. RE 193503/SP. (RE-193503)RE 193579/SP. (RE-193579)RE 208983/SC. (RE-208983)RE 210029/RS. (RE-210029) RE 211874/RS. (RE-211874) RE 213111/SP. (RE-213111) (STF - RE 214668 - ES - Plenário - Rel. Conv. p/ o Ac. Min. Joaquim Barbosa - J. 12.06.2006) (Informativo nº 431 do STF).

<sup>195</sup> MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas*. As ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006, p. 178.

<sup>196</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. v. I. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 387-394.

<sup>197</sup> Refere o autor que a regra geral é a permissão para a prática de atos jurídicos por meio de representante, sendo exceção a sua vedação, citando o exemplo do testamento, ato personalíssimo de vontade.

*substituto* do representado, porque o substitui não apenas na manifestação externa, fática do negócio, como também na própria vontade do negócio<sup>198</sup>.

E na sequência:

O desenvolvimento do instituto da representação é corolário do desenvolvimento econômico dos povos. A necessidade de recorrer a mecanismos rápidos para a pronta solução de circulação do crédito demonstra ser imprescindível a moderna representação<sup>199</sup>.

Segundo Venosa, a representação pode ser legal ou voluntária e, ainda, na forma judicial, essa nos casos em que o juiz nomeia administradores. A representação legal dá-se no caso de tutela e curatela dos incapazes, em que a própria lei confere os poderes e limites de sua atuação. A representação voluntária é aquela que decorre da manifestação de vontade dos agentes, realizada, em regra, por meio do mandato. Assim, realizado o negócio jurídico, “é como se o representado houvesse atuado, pois seus efeitos repercutem diretamente sobre o último”<sup>200</sup>.

O mesmo dá-se com relação à pessoa jurídica que, para o exercício dos direitos conta, também, com a figura de um representante, o qual exterioriza e concretiza os objetivos da pessoa jurídica, nos limites da sua constituição. Assim é que Pontes de Miranda<sup>201</sup> refere-se acerca da *representação* da pessoa jurídica, eis que nesse, propriamente, a pessoa jurídica apresenta-se para a realização de determinado negócio jurídico.

E o direito do trabalho não fica indiferente à figura da representação, tanto no plano material, como processual. É o que se extrai, por exemplo, das figuras do representante do menor e do preposto. Da mesma forma, a associação profissional e o sindicato “representam” os interesses da categoria, econômica ou profissional. Com relação à ação representativa do sindicato, pedimos vênua para a transcrição de trecho da obra de Maurício Godinho Delgado, a qual esclarece a ação do ente coletivo, em suas palavras:

A principal função (e prerrogativa) dos sindicatos é a de representação no sentido amplo, de suas bases trabalhistas. O sindicato organiza-se para falar e agir em nome de sua categoria; para defender seus interesses no plano da relação de trabalho e, até mesmo, em plano social mais largo.

Essa função representativa *latu sensu*, abrange inúmeras dimensões. A privada, em que o sindicato se coloca em diálogo ou confronto com os

<sup>198</sup> Ibidem, p. 388.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 393.

<sup>201</sup> PONTES DE MIRANDA. *Op. Cit.*

empregadores, em vista dos interesses coletivos da categoria (aqui, a função confunde-se com a negocial, a ser vista logo a seguir). A administrativa, em que o sindicato busca relacionar-se com o Estado, visando a solução de problemas trabalhistas em sua área de atuação. A pública, em que ele tenta dialogar com a sociedade civil, na procura de suporte para as suas ações e teses laborativas. A judicial, em que atua o sindicato também na defesa dos interesses da categoria ou de seus filiados.

No tocante à atuação judicial, ela se faz pelos meios processuais existentes. O mais importante caminho é o da atuação direta em favor dos membros da categoria, ainda que não associados, como sujeito coletivo próprio, tal como se passa nos dissídios coletivos e casos de substituição processual (esta alargada também pela Constituição – art. 8º, III). Não obstante, é também relevante a atuação judicial por representação no sentido estrito, pela qual a entidade age, sob mandato, em favor dos seus trabalhadores<sup>202</sup>.

Em contraponto ao estudo da substituição das partes da relação material no processo, temos a regra geral em que a própria parte, por meio de representante habilitado, vem a juízo. Em regra, o advogado detém a capacidade postulatória e representação técnica das partes, reclamante ou reclamado, embora, vigente o direito de a própria parte demandar em juízo – *jus postulandi* – na Justiça do Trabalho. A matéria em exame já foi objeto de apreço no que pertine à capacidade postulatória, que se efetiva por meio da representação, facultativa na jurisdição trabalhista, mas que não se confunde com a substituição da parte pelo seu representante. Nesse caso, o próprio autor ou réu é quem demanda em juízo na defesa de interesse ou direito que lhe é próprio.

---

<sup>202</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 1338-1339.

## 4 A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

O tema da tutela coletiva e mais pontualmente a substituição processual trabalhista instiga gloriosa contenda tanto na doutrina, como na jurisprudência, em parte pela inadequação dos institutos processuais que regulam o processo, ordinariamente, de viés individual.

Como já se observou em capítulo próprio, a tutela individual não se mostra mais tão adequada à regulação da sociedade moderna, dita de “massa”, com lesões em escala que transcendem o mero direito individual de cada cidadão, para o qual originalmente tanto a CLT como o CPC/73 foram elaborados. E a tutela coletiva mostra-se eficaz até mesmo para a tutela de direitos individuais, relativos a um grupo específico e decorrente de “origem comum”<sup>203</sup>. Mister se faz, no plano do Direito do Trabalho, como lecionam, a exemplo, José Rodrigues Pinto, Wagner D. Giglio e Ben-Hur Claus<sup>204</sup>, e tantos outros autores, a necessária adequação do instituto para a seara do Direito Processual do Trabalho.

### 4.1 O poder normativo da justiça do trabalho: o dissídio coletivo

Outra grande fonte de inúmeros debates no campo da jurisdição trabalhista é a ação de dissídio coletivo<sup>205</sup>, representativa do poder normativo da justiça do trabalho, que surgiu no momento histórico de consolidação do direito do trabalho nacional.

A ação de dissídio coletivo<sup>206</sup>, no direito do trabalho nacional, tem origem em 1932 com a criação das Comissões Mistas de Conciliação, por meio do então Decreto-21.396, para solucionar os conflitos entre empregados e empregadores, mediante arbitramento. De outro lado, foi a Constituição de 1946 que deu as feições atuais para o modelo de dissídio coletivo,

<sup>203</sup> Art. 81, III do Código de Defesa do Consumidor; Lei 8.078/90. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Op Cit.*

<sup>204</sup> In: PINTO, José Augusto Rodrigues; GIGLIO, Wagner D.; CLAUS, Ben-Hur Silveira, respectivamente.

<sup>205</sup> Segundo conceituação de José Carlos Arouca (Curso Básico de Direito Sindical) o dissídio coletivo é um conflito de interesses de grupo profissional, reivindicando pretensões que tenham ou não embasamento legal, para atender as necessidades da classe trabalhadora de determinada categoria. No sistema brasileiro aproxima-se a arbitragem.

<sup>206</sup> Getúlio Vargas, na sua obra *As diretrizes da nova política do Brasil*, citado por Arion Sayão Romita, assim fundamentou a atividade legiferante do Estado: "No Brasil, onde as classes trabalhadoras não possuem a poderosa estrutura associativa nem a combatividade do proletariado dos países industriais e onde as desinteligências entre o capital e o trabalho não apresentam, felizmente, o aspecto de beligerância, a falta, até bem pouco, de organizações e métodos sindicalistas determinou a falsa impressão de serem os sindicatos órgãos de luta, quando, realmente, o são de defesa e colaboração dos fatores capital e trabalho com o poder público". ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: Antinomias Constitucionais. Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 65, n. 3, março/2001, p. 263.

em que a então Justiça do Trabalho tinha competência para processar e julgar, estabelecendo normas e condições de trabalho.

No dissídio coletivo o juiz acaba decidindo por equidade, tendo presentes os requerimentos da inicial e defesa, atento no plano teórico à realidade social, econômica e política do país, como estabelece José Carlos Arouca, em suas palavras:

A justiça do trabalho no julgamento dos dissídios, fora de dúvida, comporta-se como autêntico juízo arbitral. Para a correção dos salários, antes de 1988, devia cuidar para que fosse assegurado o salário justo e ao mesmo tempo justa retribuição às empresas. É o que estava escrito no art. 766 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nunca se viu texto mais apropriado para louvar a integração capital/trabalho, como autêntico tratado de paz a subsistir a luta de classes. O §2º do art. 114 da Constituição permite à Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições de trabalho, livremente, sem obstáculos<sup>207</sup>.

Sem dúvida o modelo de dissídio coletivo em sua origem tinha por intento pacificar as relações de trabalho, quando as partes não lograssem êxito na autocomposição dos conflitos de interesse, o que se deu com relativa tranquilidade até meados da década de 60. Em verdade, podemos notar que foi a partir do final da década de 60, com o estabelecimento e consolidação do regime militar, que o poder normativo da justiça do trabalho foi, verdadeiramente, desvirtuado, utilizado como meio de controle e fixação da política econômica do país.

Nesse momento histórico é que o ideal de solução dos conflitos de trabalho, tendo presente um julgamento que verdadeiramente estabelecesse normas e condições para as partes envolvidas (sindicatos, trabalhadores e empregadores) e não unicamente consolidasse a política econômica ditada pelo Executivo, passou a se afastar do ideal da democracia e solidariedade dos poderes. Passou-se para um momento de direta e inequívoca intervenção do Estado – executivo –, em especial sobre as políticas de reajustamento dos salários no intento de controlar a inflação.

O desvirtuamento do instituto, a partir da imprópria interferência estatal para consolidação das suas políticas salariais, dava-se através do Ministério do Trabalho, por meio de seu setor de estatísticas, o qual divulgava índices que se situavam abaixo da inflação real, os quais eram invariavelmente adotados pela Justiça do Trabalho para a resolução dos conflitos. Intervenção essa que se julga equivocada, tanto quanto não traduz a ideia de

---

<sup>207</sup> AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: Ltr, 2006, p. 389.

solidariedade entre os poderes, decorrente do modelo democrático, pós 1988 e que permeia a busca de uma nova perspectiva para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores.

O debate em torno do instituto tomou novos contornos a partir das ideias de extinção do poder normativo da justiça do trabalho, em especial nos debates que precederam a Emenda Constitucional 45<sup>208</sup> e, ainda, o projeto de reforma sindical de 2005<sup>209</sup>. O projeto de reforma do sistema sindical questionou o modelo corporativista de unicidade sindical e a continuidade do modelo de resolução dos conflitos de trabalho por meio do dissídio coletivo, num momento de reflexão sobre a necessidade de efetivação da ideia de liberdade sindical pela reforma do modelo de unidade sindical, até então vigente e historicamente repetido pelos modelos constitucionais brasileiros.

Alguns juristas questionam o papel do dissídio coletivo (poder normativo) como meio de resolução dos conflitos, argumentando sua total incompatibilidade com o atual modelo de Estado Democrático de Direito em que, teoricamente, haveria previsão principiológica da adoção do princípio da liberdade sindical.

Neste sentido, chamando atenção para uma necessidade de repensar a tutela coletiva em torno do poder normativo, outorgado à justiça do trabalho, a partir da sua incompatibilidade com o direito fundamental à liberdade, são os dizeres de Gilberto Sturmer:

[...] o poder normativo da justiça do trabalho se choca frontalmente com o princípio de direito fundamental à liberdade.

Todas as regras da Organização Internacional do Trabalho que tratam de liberdade sindical e de negociação coletiva vedam a interferência estatal nestas atividades.

No âmbito interno, a recente Emenda Constitucional n° 45, de 2004, manteve o poder normativo.

Assim, o regramento internacional se adapta ao princípio do direito à liberdade, o que não ocorre com o ordenamento jurídico interno<sup>210</sup>.

<sup>208</sup> A grande inovação do § 2º do art. 114, introduzida pela Emenda Constitucional n 45, de 08 de dezembro de 2004, foi a inclusão da expressão de comum acordo no texto constitucional, como condição de ajuizamento da ação de dissídio coletivo. Isto é, o dissídio coletivo somente poderá ser instaurado se todas as partes envolvidas estiverem de comum acordo. Muitos entenderam tratar-se de uma medida incentivadora à negociação coletiva. De certa forma é um contrasenso, pois as partes, quando esgotadas todas as fases das negociações coletivas, dificilmente vão se compor para atribuir a demanda ao Judiciário.

<sup>209</sup> O anteprojeto de reforma do sistema sindical foi composto de uma proposta de emenda constitucional e projeto de lei, decorrente das conclusões dos trabalhos do Fórum Nacional do Trabalho que teve início em meados de 2003 e findou em 2004, em que governo, empregadores e trabalhadores e diversas entidades, debateram e consolidaram uma proposta para a reforma sindical, com maiores sinais de liberdade sindical efetiva, com destaque, em especial, para o reconhecimento da pluralidade sindical. Sobre o tema recomendamos a leitura da obra do Professor Gilberto Sturmer, “A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho”, notadamente, mas não exclusivamente, pelo terceiro capítulo. STURMER, Gilberto. *Op Cit*.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

Em que pese o aprofundamento teórico e as abalizadas bases doutrinárias em que o eminente professor advoga a necessidade de superação do modelo de resolução dos dissídios pela justiça, ousamos, com a devida vênia, discordar em parte com suas assertivas, tendo presente, sem dúvida, a necessidade de um repensar do atual modelo, mas sem sua exclusão do ordenamento, à luz da imaturidade social para que se estabeleça de plano, um modelo de livre negociação.

Neste ponto, não se discute que o ideal de liberdade sindical é a meta a ser consolidada no sistema sindical brasileiro, oportunizando e concretizando a verdadeira democracia – pelo reconhecimento do direito fundamental de liberdade sindical -, por meio não somente da superação do ideal de poder normativo, como, em especial, do reconhecimento da pluralidade sindical. Atualmente, entretanto, não podemos deixar de considerar que o atual estado de evolução social e político, parece demonstrar uma certa temeridade para a instituição da plena liberdade sindical, frente à ausência de um sindicalismo efetivo em todo o Brasil.

A emenda constitucional n. 45/04 ao tratar do dissídio coletivo de natureza econômica trouxe certa perplexidade ao mundo jurídico ao estabelecer no artigo 114, § 2º que:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva, ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente<sup>211</sup>.

A emenda constitucional n. 45/04 ao mencionar com todas as letras no parágrafo segundo do artigo 114, da Constituição Federal, que o dissídio coletivo de natureza econômica agora só poder ser exercitado se as partes envolvidas no conflito o ajuizarem de mútuo acordo, criou um pressuposto de procedibilidade do ajuizamento do dissídio coletivo que antes não existia, sendo que sem o atendimento desse requisito o dissídio coletivo de natureza econômica deve sim ser de pronto indeferido pelo Tribunal Competente, sabido que o direito de ação, em que pese preservado no texto da Lei Maior, ficou condicionado ao chamado exercício conjunto das partes, não mais se admitindo o ajuizamento unilateral do dissídio coletivo em epígrafe. A faculdade a que se reporta o dispositivo constitucional sob comento é de que as partes,

---

<sup>211</sup> Seleção do art. 114 da CF/88. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Op Cit.*

querendo, podem sim ajuizar o dissídio coletivo, mas desde que atendido o novo pressuposto de sua admissibilidade, que é agora o *mútuo consenso*<sup>212</sup>.

Como a Constituição Federal não contém palavras inúteis, resta a indagação de qual teria sido a teleologia da exigência do mútuo consenso como condição de procedibilidade do dissídio coletivo de natureza econômica. A resposta é simplista e indiscutivelmente lógica. A intenção do legislador constituinte foi acabar radicalmente com o vezo das partes se mostrarem pouco dispostas à negociação coletiva, preferindo comodamente aninhar-se no seio protetor do paternalismo estatal, expediente que, sem dúvida, só contribui para enfraquecer ainda mais os sindicatos dos trabalhadores, que indolentemente destituindo-se de sua missão precípua de pacificar o conflito social pela via conciliatória, deixam cada vez mais dormentes os instrumentos de barganha e de pressão que poderiam ser utilizados contra o patronato, tornando-se extremamente subservientes ao intervencionismo estatal<sup>213</sup>.

E aqui o que se pretende é demonstrar a necessidade de uma nova perspectiva, rumo à possível superação do poder normativo, mas não de forma abrupta, por meio de uma reforma legal. Advoga-se a superação do poder normativo tanto quanto os agentes sociais (trabalhadores e empregadores) tenham consciência da efetiva importância do diálogo, negociando o estabelecimento das condições regulamentares do trabalho.

Neste sentido são esclarecedores os aportes doutrinários do professor Lenio Streck:

Consequentemente – e na medida em que o direito é uma ciência prática – o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas, por sua vez, por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais.

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada

<sup>212</sup> TEIXEIRA FILHO. Manoel Antonio. A justiça do trabalho e a emenda constitucional 45/2004. *Revista Ltr.* São Paulo: Ltr, n. 69, v. 1. 2005, p. 21.

<sup>213</sup> E assim tem se posicionado o TST, a partir do aresto colacionado: “COMUM ACORDO. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA. CONSEQUÊNCIA. A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe mudanças significativas no âmbito dos dissídios coletivos. A alteração que vem suscitando maiores discussões diz respeito ao acréscimo da expressão "comum acordo" ao § 2º do art. 114 da Constituição da República. O debate gira em torno do consenso entre suscitante e suscitado como pressuposto para o ajuizamento do dissídio coletivo. A jurisprudência desta Corte consagra o entendimento segundo o qual o comum acordo exigido para se ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, conforme previsto no § 2º do art. 114 da Constituição da República, constitui-se pressuposto processual cuja inobservância acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do inc. VI do art. 267 do CPC. Recurso Ordinário de que se conhece e a que se dá provimento para extinguir o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC. (TST - Processo: RODC - 182300-84.2006.5.04.0000 Data de Julgamento: 11/10/2007, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 25/04/2008.)”

pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade<sup>214</sup>.

Assim, passa-se de um modelo de reprodução da realidade legal para um modelo jurídico que tenha efetivo potencial transformador da sociedade, no caso, com a tomada de consciência de trabalhadores e empregadores, acerca do seu importante papel no estabelecimento das condições de trabalho, ao lado daquelas estabelecidas, hoje, pela via Constitucional.

Para que se estabeleça a superação do modelo de poder normativo hoje vigente e alvo de inúmeras críticas, entende-se necessário como primeiro passo a atenção para o plano social, reconhecendo-se que no atual momento histórico o modelo sindical e, por consequência de negociação coletiva, não atingiu maturidade suficiente para dialogar em um nível adequado, que não o de estabelecimento de condições de trabalho que atendam somente um dos lados; não se vê, de modo geral, o estabelecimento de um diálogo necessário, verdadeiramente fundado no respeito aos preceitos constitucionais, salvo, logicamente, categorias há muito organizadas e com maturidade política para negociar em pé de igualdade com empregadores e/ou trabalhadores.

A reforma estabelecida pela emenda constitucional 45<sup>215</sup> foi um primeiro passo, que representa muito mais um alerta para a necessidade de atenção dos atores (categoria profissional e econômica) acerca de um novo modelo de negociação, calcado na liberdade sindical e, possivelmente, na ausência do poder normativo.

E tendo presente a dinâmica e a contextualização social indicada nos primeiros capítulos, julga-se, pois, a necessidade de um repensar o dissídio coletivo, a partir do papel do poder normativo, reconhecendo-se, ainda, a necessidade interventiva do Estado em situações que a negociação coletiva não demonstre maturidade suficiente para que sejam firmadas as normas e condições de trabalho, de forma autônoma. Há com isso, o reconhecimento e o

<sup>214</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Op Cit.*, p. 2

<sup>215</sup> Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, o procedimento dos dissídios coletivos restou profundamente alterado, consoante se pode inferir da tabela comparativa abaixo, referente ao art. 114, da Constituição Federal. Antes da promulgação da Emenda n. 45/04, exigia-se, para a instauração dos dissídios coletivos, que, tão-somente, fossem esgotadas as tentativas de negociação entre as partes. Após a promulgação da Emenda da Reforma do Judiciário, jazeu alterado o §2º, do art. 114, da Constituição Federal, que passou a incluir a expressão "comum acordo" como condição para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. E o Tribunal Superior do Trabalho começa a firmar entendimento, conforme a jurisprudência firmada pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos que a partir da exigência trazida pela Emenda Constitucional em comento o "comum acordo" constitui pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, sendo que o não atendimento desse requisito no processo implica óbice ao exercício do Poder Normativo (RODC - 1163/2008-000-03-00.9) embora reconheçam o acordo tácito (RODC - 20123/2006-000-02-00.0) como possibilidade de autorização para o ajuizamento da ação de dissídio coletivo.

prestígio do dever solidariedade, aqui nem tanto entre os três poderes, mas diretamente entre os sujeitos (empregados e empregadores) e o Estado, para que se dê a efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores.

Assim, não se pode advogar de forma unilateral, a partir de uma alteração legislativa pontual, a mudança de uma situação fática, no pretense reconhecimento de que o atual modelo sindical gozaria, indistintamente, em todo o território nacional de ampla maturidade negocial. Assim, limitar (ou extinguir) a possibilidade do ajuizamento do dissídio coletivo, e com isso o poder normativo da justiça do trabalho, firma-se uma prática antidemocrática, que limita a efetivação e o crescimento dos direitos fundamentais, sociais, tolhendo o acesso de resolução dos conflitos do âmbito da jurisdição.

A emenda constitucional 45 teria sentido caso o modelo histórico brasileiro não consagrasse de forma quase que inequívoca e, ainda hoje com mais razão, o palco do Poder Judiciário como responsável pela concretização das promessas constitucionais sem cumprimento, como reconhece Lenio Streck:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas*<sup>216</sup>.

Assim, buscando-se uma perspectiva adequada para o dissídio coletivo, nessa quadra histórica da sociedade (brasileira), percebe-se a necessidade de valorização do processo coletivo, dentre os quais, o dissídio coletivo, mas sem que isso importe no reconhecimento da necessidade de intervenção estatal extremada, distante da ideia de democracia. O poder normativo pode ser superado, tão logo as entidades sindicais, os trabalhadores, os empregadores e o próprio Estado tenham uma reconhecida maturidade negocial<sup>217</sup>, pois do

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op Cit.*, p.37.

<sup>217</sup> Neste sentido é curioso chamar atenção para um contraponto ao ideal de liberdade sindical e de democracia em que, se de um lado a emenda constitucional 45 estabeleceu a ordem de negociação coletiva direta entre as partes, sendo, com isso, reconhecido aos trabalhadores o exercício do direito de greve como instrumento de pressão, de outro lado, ao atribuir ao Judiciário Trabalhista a competência para julgamento dos interditos

contrário chancela-se o cerceamento e o não cumprimento das políticas sociais (direitos fundamentais), o que não parece adequado ao que estabelece a Constituição Federal.

#### 4.2 A ação civil pública

Já se disse que no plano nacional o primeiro diploma legal para a tutela dos direitos da coletividade foi o da Ação Popular (Lei 4.717/65), e na sequência, de grande relevância para a tutela de direitos coletivos a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), inicialmente voltada para a tutela do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, cultural, histórico, turístico e paisagístico. Foi com reforma legislativa introduzindo, no seu artigo primeiro, o cabimento da ação civil *pública*<sup>218</sup> para a tutela dos direitos difusos ou coletivos, inclusive por infração da ordem econômica e da economia popular (artigo 1º e incisos da Lei 7.347/85).

O sistema legal vigente é complementado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual determina a aplicação supletiva da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil no que couber, dando conta da vinculação dos institutos legais para a tutela de direitos coletivos. Como leciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>219</sup>, existem outras disposições legais para a tutela de direitos transindividuais, que são o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei de Abuso do Poder Econômico (lei 8.884/90).

São por mais esclarecedoras as palavras de Freddie Diddier Jr e Hermes Zaneti Jr. acerca da tutela coletiva no plano nacional:

No Brasil, as ações coletivas (re) surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos da década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até

---

proibitórios (meio de garantia da posse) tal instituto fosse aplicado e interpretado sob os olhos da dignidade do trabalhador e não sob o estigma do patrimonialismo como vem sendo decidido em algumas decisões, ao que destaca Ericson Crivelli: “Antes mesmo da solução sobre as dúvidas a respeito da competência para apreciação dos conflitos sobre a matéria acarretados pela adoção da EC n. 45 dissiparam-se as expectativas iniciais otimistas sobre um novo olhar da Justiça do Trabalho. A maioria das decisões dos juízes do trabalho não abandonou o que Cesário denominou como “visão meramente patrimonialista” da realização das greves. Estes juízes não só continuaram, na sua grande maioria, concedendo liminarmente os interditos proibitórios de realização de piquetes, manifestações, uso de cartazes, carros de som, como passaram a crescer as decisões como proibições de manifestações dos sindicatos a até distâncias mínimas de 100 e 200 metros e com multas pecuniárias em muito superiores àquelas que vinham sendo concedidas pelos juízes cíveis.” CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios versus liberdade sindical – Uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo: Ltr, n. 73, v. 12, 2009, p. 1425.

<sup>218</sup> Distingue-se da ação civil coletiva, introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, como leciona MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 259-264.

<sup>219</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Op. Cit.*, p. 709.

mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós (v.g. a ação popular prevista na Lei nº 4.717/1965). Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis<sup>220</sup>.

Neste ambiente, principalmente após a constituição de 1988, há uma valorização do viés coletivo, reconhecendo-se as lesões contra os grupos, classes ou que por sua natureza atingem um número não identificável de pessoas, que teve na ação civil pública a primeira experiência de tutela coletiva.

De fato podemos ter presente o marco constitucional como novo paradigma para o processo, até então centrado na ação individual, em que somente ao titular do direito é permitido instar o poder judiciário, por via da ação. A Constituição de 1988 estabeleceu um novo potencial para o Judiciário a partir do ideal estudado de Estado Democrático de Direito, reconhecendo uma dimensão coletiva de direitos e, juntamente, uma outra dimensão de institutos para a efetivação destes, como o mandado de segurança coletivo.

Há que se ter uma nova percepção para o processo, não mais unicamente “atomizado”, mas sim “molecular”, nos dizeres de Freddie Diddier Jr e Hermes Zaneti Jr.:

Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades; melhor dizendo, os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direitos com titulares indeterminados e de “litigiosidade de massa”, principalmente àquelas em que apenas um legitimado move ação em benefício de um todo coletivo, determinado ou não (ações coletivas).

O problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de *tratamento atomizado* (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no art. 6º do CPC como “*técnica de fragmentação dos conflitos*” e os textos integrados do CDC e da LACP que impõem um tratamento “molecular” aos conflitos coletivos *latu sensu*<sup>221</sup>.

É sob essa perspectiva que se propõe uma releitura do instituto da ação civil pública e da ação coletiva<sup>222</sup>.

<sup>220</sup> DIDIER, Freddi. *Op Cit.*, p. 31.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>222</sup> O traço distintivo entre uma e outra pode se tomar por base sob o aspecto dos legitimados para a ação. Enquanto na ação civil pública são ordinários ou autônomos, na ação coletiva são substitutos processuais na defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, em vista da relevância social do direito fundamental para o trabalhador. E ainda, também, cumpre destacar trecho de artigo apresentado no XV Compedi (Manaus-2006) dando conta do traço distintivo: “Tratando-se de Ação Civil Pública no processo do trabalho, difícil é fazer-se a distinção entre Ação Coletiva destinada à persecução de melhorias nas condições laborais e notadamente compulsória, visto que a Ação Civil Pública Trabalhista também preocupa-se com a defesa de interesses ou direitos coletivos não oriundos da relação jurídica de trabalho. A Ação que o portador de legitimação extraordinária propuser ou será civil para a defesa de interesses ou direitos nascidos das relações da ordem civil entre as pessoas, individuais ou coletivas, ou será uma Ação para a defesa de interesses ou

A ação civil pública ordinariamente está atrelada a uma ideia de instrumento de proteção de direitos difusos, quais sejam: os relativos ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, a bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica. No entanto, é de se admitir a propositura da ação civil pública em se tratando de interesses metaindividuais, caracterizados pela indisponibilidade ou homogeneizados pela origem comum, como por exemplo, o direito ao meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, direito social do trabalhador.

Embora originalmente a ação civil pública tenha e seja manejada pelo Ministério Público, os sindicatos, legítimos representantes dos trabalhadores, ainda não se deram conta do potencial transformador desse instituto processual para a defesa dos direitos e interesses da categoria profissional<sup>223</sup>.

E no campo dos direitos sociais dos trabalhadores torna-se de grande relevância o manejo adequado do instituto, a partir da complexa relação entre capital e trabalho, como bem destaca Raimundo Simão de Melo:

Assim, devido à proliferação dos conflitos na complexa relação entre capital e trabalho, bem como a criação de novos direitos sociais para os trabalhadores (CF, arts. 7º *usque* 11), avulta a necessidade da instituição de novos e eficazes mecanismos de tutela desses direitos. O inquérito civil, em âmbito administrativo, e a ação civil pública, no âmbito da Justiça do Trabalho, surgem, nos dias atuais, como instrumentos efetivos de defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 e seguintes do CDC)<sup>224</sup>.

E a ação civil pública no campo do direito do trabalho apresenta-se como um meio adequado para a tutela de muitos direitos que por questões técnicas, financeiras e psicológicas não poderiam ser suportados por um trabalhador, que além da subordinação jurídica e da

---

direitos nascidos das relações havidas entre o capital e o trabalho, ou seja, trabalhistas disciplinadas pela legislação do trabalho. Os sindicatos preponderam na atuação em Ações Coletivas chamadas de dissídios coletivos representando a expressão da categoria. Já o Ministério Público, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85: se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, visto que a atuação do membro do Ministério Público do Trabalho no terreno da Ação Civil Pública Trabalhista, portanto, é sempre obrigatória, já que se não ajuizar a ação, deverá intervir no processo compulsoriamente na qualidade de *custus legis*, protetor constitucional da ordem jurídica trabalhista.” In: AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, apresentado por Mônica Nazaré Picanço Dias, no XV Congresso Nacional do Compendi, Manaus, 2006. ISBN: 978-85-87995-80-3.

<sup>223</sup> Neste sentido é o aresto de decisão proferida pelo TST: “Ação Civil Pública Trabalhista. Legitimidade e competência. 1- Ação civil pública – legitimidade. A defesa dos interesses coletivos em juízo, através da ação civil pública, pode ser feita tanto pelo Ministério Público do Trabalho como pelos Sindicatos, de vez que o ordenando processual assegura a legitimidade concorrente de ambos. [...] (TST – 4ª Turma RR 3160001/96.4 Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 23.02.2000)”.

<sup>224</sup> MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 92.

hipossuficiência presumida, sofre com as ameaças de desemprego e retaliações, por parte de empregadores inescrupulosos.

Assim é que a ação civil pública representa uma forma adequada de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação, que, individualmente, torna-se apenas uma retórica calcada no art. 5º XXXV da CF/88, distante de uma tutela eficaz, plena e célere.

Deste modo, ações interventivas que negam ou restringem o manejo da ação civil pública – boa parte delas originárias do próprio governo federal ou ainda, de jurisprudência, tolhendo ou limitando o uso da ação civil pública – devem ser repudiadas. Não se justifica, pois, a restrição aos efeitos *erga omnes* da coisa julgada<sup>225</sup>, a vedação para tutela do FGTS<sup>226</sup>, limitação da coisa julgada ao cidadão com domicílio na jurisdição do órgão prolator da sentença civil e, ainda, os famigerados privilégios para os entes públicos na qualidade de réus.

Todas elas medidas que de um modo geral representam o estigma do processo individual, do ranço dogmático racionalista, hoje impróprio para uma sociedade de massa, inequivocamente coletivizada.

Neste sentido, chama atenção Guadalupe Couto para as resistências ideológicas em torno do manejo da ação civil pública pelo próprio Ministério Público:

Com efeito, referidos óbices são das mais variadas espécies: culturais, econômicos, informativos e legislativos. Como óbices culturais têm-se as fortes resistências ideológicas à atuação do Ministério Público e dos Sindicatos como legitimado ativo para a defesa dos interesses difusos, coletivos e, principalmente, dos individuais homogêneos. Os de índole informativa, por sua vez, se exteriorizam no despreparo dos operadores do Direito para o enfrentamento dos conflitos massificados e de enxergar com as lentes do processo coletivo os princípios e os institutos da legitimação, da competência, da conexão, da litispendência, da coisa julgada, da liquidação e execução das sentenças. Isso se faz perceber, e.g., no infindável número de ações coletivas extintas no 1º grau de jurisdição, por ilegitimidade e por falta de interesse de agir dos entes coletivos, tais como o Ministério Público, Sindicatos e associações de classe. Já os obstáculos econômicos podem ser observados nas manobras processuais e políticas utilizadas pelo poder econômico para impedir que os instrumentos coletivos cumpram com sua missão de diminuir a exploração da força de trabalho e de transformar a realidade social dos trabalhadores, por meio da concretização dos direitos

<sup>225</sup> É consequência da MP 1.570-4/97, convertida na Lei 9.494/97 com o objetivo claro de diminuir os efeitos da coisa julgada, limitando no âmbito de competência territorial do órgão julgador. Neste sentido, é o texto legal: Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

<sup>226</sup> Parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública: Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

trabalhistas e sociais constitucionalmente garantidos. Por fim, os entraves de natureza legislativa revelam-se ante a constatação de que o microsistema formado pela LACP e pelo CDC é lacônico, forçando o operador do Direito, muitas vezes, a socorrer-se das regras do processo individual para suprir a ausência detectada no processo coletivo<sup>227</sup>.

Está diante de um meio de tutela muito eficaz de atuação jurisdicional na proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, em que se estabelece uma obrigação de fazer ou não fazer, em relação às normas trabalhistas, em que são estabelecidas multas diárias, *astreintes*, pelo descumprimento da ordem judicial, com a intenção de desestimular o descumprimento e, com isso, estabelecer uma tutela eficaz e efetiva.

Não podemos deixar de mencionar as contribuições dos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo<sup>228</sup>, hoje em debate no Brasil e na América Latina, para o campo da ação civil pública, como novos aportes de melhoria para o instituto.

Neste contexto de melhorias, podemos destacar a ideia de superação do modelo individual-liberal de rigor formal, para um contexto de maior flexibilidade e plasticidade para o processo coletivo a partir da distribuição do ônus de prova, dos limites da lide e a possibilidade de o juiz conferir tutela para além ou diversa do pedido inicial; ou ainda, o estabelecimento de remuneração ao final, para o legitimado vencedor da contenta, como estímulo e ressarcimento das despesas com a promoção da ação.

Chama atenção a proposta de Antonio Gidi<sup>229</sup>, estabelecida no seu anteprojeto de Código de Processo Coletivo, com relação ao que diz a necessidade de superação do modelo formal de limitação da sentença aos termos do pedido da inicial, quando a controvérsia e suas consequências ainda estão imaturas, seguindo o modelo norte-americano mais flexível, de onde permite ao processo que se adapte às modificações da situação de fato e às expectativas das partes, que se alteram no decorrer do processo. Em suas palavras, discorre o autor:

---

<sup>227</sup> TUROS COUTO. Guadalupe Louro. O processo coletivo como instrumento de transformação da realidade social dos trabalhadores e o código brasileiro de processos coletivos. In: *O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Associação nacional dos Procuradores do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2007, p. 105-106.

<sup>228</sup> Distante do debate que se trava em torno da autoria (paternidade) dos anteprojetos em que de um lado é reivindicada por Antonio Gidi, a partir de sua dissertação de mestrado publicada em 1995, e de outro, por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, o estudo aqui pretende analisar e debater novos elementos para a ação civil pública, tornando-a ainda mais efetiva e atraente para os entes legitimados que, não raro, são desestimulados frente aos custos e a falta de incentivos para a promoção das ações coletivas. Para maiores estudos em torno da origem dos anteprojetos de processo coletivo, recomenda-se a leitura da obra do Professor GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 41-165.

A petição inicial, da forma como está regulamentada no direito processual brasileiro, é uma amarra formalística e burocrática. Estamos habituados a ruminar acriticamente que o pedido determina os limites da decisão e, o que não foi pedido pelo autor, não pode ser dado pelo juiz.

[...]

A regra tradicional, que limita rigidamente o objeto do processo e proíbe o juiz de julgar além do que foi pedido pelo autor, que já é inútil e injusta no processo individual, passa a ser, não somente desnecessária, como altamente perigosa, se for transferida para o processo coletivo, no qual o autor não é titular do direito levado à juízo. No processo coletivo a necessidade de tutelar a controvérsia coletiva de forma completa e adequada é mais importante do que esse dogma do processo civil individual<sup>230</sup>.

E continua o insigne autor:

O amadurecimento do Processo Civil brasileiro contemporâneo já comporta o repensar das vetustas normas de preclusão e do princípio da eventualidade, fugindo de um sistema rígido para um sistema flexível de estabilização da demanda. No Anteprojeto Original, de acordo com os arts. 7º e 16, o objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, envolvendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária independente de pedido, incluindo tanto as pretensões individuais, de que sejam titulares os membros do grupo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado<sup>231</sup>.

Esse novo paradigma posto parece se adequar ao modelo vigente de ação civil pública, dependendo, logicamente, da implementação do anteprojeto (segundo o modelo de Antonio Gidi) e/ou de reforma legislativa, acerca do procedimento da ação civil pública.

Entende-se pertinente e absolutamente compatível com um modelo de sociedade de massa, em que as relações sociais e jurídicas não se desvelam sobre um único enfoque estanque, mas tipicamente são estabelecidos sob um prisma dinâmico, em que se acentua a diversidade e a mutabilidade instantânea, para as quais o campo da ciência do direito e, mais especificamente a atividade jurisdicional, ainda não estão preparados. Assim, propõe-se que os limites do pedido estejam muito mais vinculados à exposição dos fatos, tal como hoje se dá no processo do trabalho<sup>232</sup>, e não limitados pelo fundamento jurídico do pedido (causa de pedir próxima, do art. 282, III do CPC/73) e/ou, ainda, pelo pedido, com as suas especificações (pedido mediato e imediato, do art. 282, IV do CPC/73).

<sup>230</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>232</sup> Neste sentido, chama atenção para o disposto no art. 840 da CLT (*A reclamação poderá ser escrita ou verbal. § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.*) e a correta exegese que se faz do mesmo, sem a aplicação subsidiária do CPC/73, à luz do que não haveria omissão legal e, de outro lado, há incompatibilidade com os princípios da celeridade, simplicidade e oralidade. Primados esses que se afeiçoam com o modelo de processo coletivo, aqui revisto sob o ideal de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais.

E a proposição se ajusta ao sentido da ação civil pública, para a tutela de direitos sociais dos trabalhadores, amoldando e trazendo efetividade para ações em que, exemplo: originalmente o ente legitimado ajuíze ação civil pública demandando o recolhimento do FGTS dos trabalhadores de determinada empresa e, no curso desse, após a defesa, alguns empregados são dispensados, sem receber a multa compensatória de 40% sobre os depósitos da contratualidade. Em que pese a singeleza do exemplo, outros podem surgir e estabelecer situação jurídica semelhante, em que após o estabelecimento dos “limites da lide” a eficácia plena real seria contida e limitada, justamente nos termos em que fundamentada a causa de pedir e o pedido.

Mesmo tendo reconhecimento da ideologia racionalista, avessa aos novos tempos, ainda arraigada no modelo individual do processo, sedimentado nos institutos do CPC/73, sob a justificativa dúbia de “segurança jurídica”, entende-se que a ação civil pública atende a uma nova perspectiva para a tutela coletiva, merecendo, contudo, uma adequação de seus institutos, em especial, acerca dos requisitos da petição inicial até aqui debatidos e, ainda, das inovações referidas como a questão da distribuição do ônus da prova ou o ressarcimento/compensação dos agentes envolvidos<sup>233</sup>.

E não se diga que o processo coletivo, hoje vigente, não se adaptou às peculiaridades e exigências sociais para o correto manejo das ações coletivas, tal como a civil pública. Neste sentido, vale a referência de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Na *práxis* da tutela coletiva, em alguns casos, revelou-se possível a aplicação, com adaptações, de certos institutos da jurisdição singular (v.g., reunião de ações coletivas por conexão ou continência; substituição processual); em outros, foi preciso inovar a ordem processual pré-existente (v.g., regimes diversos de coisa julgada, segundo o grau de expansão do interesse metaindividual; sentença de condenação genérica, nos individuais homogêneos; situação legitimamente calcada na adequada representação), tudo resultando no que se vem chamando de *microsistema processual coletivo*, formado por uma interação e complementaridade de textos, mormente o Código de Defesa do Consumidor, as leis da ação civil pública e da ação popular, dentre outras normações voltadas a temas específicos, como por exemplo, as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulam o procedimento no contencioso objetivo de constitucionalidade<sup>234</sup>.

<sup>233</sup> A proposta defendida por Antonio Gidi é a de gratificar financeiramente o representante, pelos gastos de recursos humanos e materiais, além de servir de estímulo para a descoberta de ilícitos, capitalizando associações, no caso profissionais, para a promoção de ações coletivas, em prol dos trabalhadores. Vale aqui destacar pesquisa de campo, referida por Antonio Gidi, dando conta de que as associações estimulam a proposição de ações individuais, unicamente, pela questão dos honorários. GIDI, Antonio. *Op Cit.*, p. 151.

<sup>234</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Op Cit.*, p. 185.

Justifica-se o aperfeiçoamento da ação civil pública com mais razão de ser no campo do direito do trabalho, tendo em vista não somente a necessidade de busca de uma efetivação real dos direitos sociais dos trabalhadores, mas pela invariável despersonalização do trabalhador, frente ao empregador. E a complementariedade normativa e principiológica, que informa o direito processual do trabalho, pode se prestar a imprescindíveis contribuições ao campo da ação civil pública, como nos requisitos da petição inicial, entre o art. 282 do CPC e do art. 840 da CLT.

E o manejo dessa tanto pelo Ministério Público, como pelo Sindicato, adiante melhor examinada, pode se dar em um regime concorrencial e não segregando limites a um ou outro, em vista do direito a ser tutelado. Propõe-se, assim, um repensar também do instituto da ação civil pública neste novo contexto de Estado Democrático de Direito, em que o judiciário tem um papel de agente transformador a partir, logicamente, da provocação da jurisdição, aqui em estudo, pela via da ação civil pública.

### **4.3. A proteção coletiva por parte de entes associativos**

#### **4.3.1 O Ministério Público**

O Ministério Público<sup>235</sup> exerce relevante papel no âmbito da tutela coletiva dos direitos sociais, tendo o dever legal e a prerrogativa de promover o inquérito civil e propor a ação civil pública ou ação coletiva, coerentes com a finalidade institucional vinculadas ao interesse público, estabelecidos pelo art. 129, III<sup>236</sup> da CF/88.

Embora não haja uma certeza histórica quanto à origem do Ministério Público, tradicionalmente por meio da Ordenança de 25 de março de 1302, do rei Felipe IV da França, que estabelecia que seus “procuradores” prestassem juramento no sentido de patrocinar unicamente o Rei. Daí a vinculação do Ministério Público, com o Poder Executivo, mas autônomo e independente desse, tendo por determinação constitucional um compromisso de servir à sociedade e de zelar pelo interesse público.

---

<sup>235</sup> O Ministério Público vem disposto no plano constitucional a partir do artigo 127 sendo considerado uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>236</sup> Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Op Cit.*

Embora único e indivisível está, estruturado por regras de competência de modo que, em matéria afeta do campo do Direito do Trabalho, está estruturado o Ministério Público do Trabalho como segmento especializado do Ministério Público da União.

A doutrina<sup>237</sup> estabelece, sinteticamente, duas formas de atuação do Ministério Público: uma judicial e outra extrajudicial. Resulta a primeira da participação nos processos como parte autora ou ré ou como fiscal da lei. Na esfera extrajudicial, o art. 73 da LC 75/93 estabelece uma série de atribuições administrativas, afinadas com sua finalidade institucional de promoção do interesse público e da sociedade.

Ao presente estudo, por questões metodológicas, interessa-nos, sobremaneira, a ação do ente ministerial em sua forma judicial pontualmente em relação à tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, o que por mais essa via, estabelece o estudo a partir da atuação do Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho é um dos legitimados para a promoção da Ação Civil Pública, voltada para a tutela de direitos difusos e coletivos. Não há dúvida que a ação judicial para a tutela de direitos coletivos trabalhistas é conferida tanto ao Sindicato como ao Ministério Público do Trabalho. Ambos gozam de legitimidade concorrente, como se infere do disposto no art. 129, III e § 1º da CF/88 e do art. 5º, I e II da Lei 7.347/85.

Cabe aqui salientar a obrigatoriedade do Ministério Público em propor a ação civil pública, motivo pelo qual o princípio dispositivo não é aplicado às ações civis públicas. Conforme o princípio dispositivo, o titular do direito de ação poderia ou não exercê-lo, pelo fato de não ser um dever. Como à luz da Constituição Federal foi concedido um dever ao Ministério Público de ajuizar ação civil pública, isto explica a presença do princípio da obrigatoriedade, observadas a conveniência e a oportunidade em torno do interesse público<sup>238</sup>.

Situação diversa se verifica no campo da ação para a tutela de direitos individuais homogêneos que, segundo Raimundo Simão de Melo, cinde em três teorias:

Quanto à legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, há, conforme Nelson Nery Junior, três correntes: a primeira, que a nega por entender que os direitos individuais homogêneos são divisíveis e disponíveis; a segunda, entendendo que só há legitimidade do MP quando houver repercussão social, quer pela natureza da lide, quer pelo número de titulares desses direitos; a terceira, por ele defendida, que sustenta a possibilidade de o MP defender em juízo, por meio da ação coletiva, os direitos individuais homogêneos. Os argumentos são os seguintes: a CF, 129, III, quando fala da legitimação do MP para a ação

<sup>237</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. Cit.*, p.130.

<sup>238</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 31, 1983, p. 224 – 232.

coletiva, menciona apenas os direitos difusos e coletivos. A terceira categoria (direitos individuais homogêneos) foi criada pelo CDC, em 1990, e não poderia, mesmo, estar no texto constitucional de 1988. No entanto, a CF, 129, IX, abre a possibilidade para o legislador ordinário, dizendo que podem ser atribuídas outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil constitucional<sup>239</sup>.

No Recurso Extraordinário nº 195.056 o STF assim se posicionou:

A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. (...). Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa<sup>240</sup>.

Embora fundado em abalizada doutrina, julga-se oportuno e adequado que se relegue ao encargo dos Sindicatos e às Associações Profissionais a tutela de direitos individuais homogêneos, admitindo-se, por exceção, a ação do Ministério Público do Trabalho quando o direito individual lesado tiver relevância social, tanto pelo seu caráter eventualmente indisponível, como pela sua abrangência ou repercussão no seio da sociedade. No último caso, cita-se o exemplo dado por Manoel Jorge e Silva Neto<sup>241</sup>: a alteração da jornada de trabalho de um grupo de médicos ou enfermeiros, que ocasionara eventual prejuízo na qualidade do atendimento em determinada comunidade, pela exaustão física do trabalhador ou pela inviabilização da realização do trabalho.

Neste sentido, são os dizeres de Teori Albino Zavascki:

[...] há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (art. 127 e 129 da CF), que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social. É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais. A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu, v.g., nas Leis 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério

<sup>239</sup> MELO, Raimundo Simão de. *Op.Cit.*, p. 211.

<sup>240</sup> STF. *Supremo Tribunal Federal* - RE 195.056/PR, Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgamento: 09/12/1999. DJ 30/05/03.

<sup>241</sup> SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 206.

Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação<sup>242</sup>.

Assim, o Ministério Público estará sempre legitimado para a defesa de interesses difusos, qualquer que seja sua natureza, uma vez que sempre se tratará de interesses sociais e públicos (com base no art. 129, inciso III e § 1º, CF), para os coletivos e individuais homogêneos, analisando caso a caso, ponderando o direito em tutela as finalidades institucionais do Ministério Público.

Importa salientar o relevante e talvez mais importante papel do Ministério Público através de sua atuação extrajudicial, como o próprio nome diz, ocorre fora dos processos judiciais, na esfera administrativa, por meio do Inquérito Civil Público e o Termo de Ajuste de Conduta, pelos quais pode fiscalizar e implementar correções efetivas no campo do direito do trabalho que se mostrem contrárias ao respeito dos direitos fundamentais (sociais dos trabalhadores).

Ao Ministério Público cabe coordenar a ampliação do real acesso à justiça e a busca da efetividade da prestação dos valores jurídicos e interesses da sociedade, agindo num mote de cooperação/solidariedade com os demais Poderes, em especial com os demais agentes sociais e, dialogando com o Judiciário num comprometimento de implementação e concretização dos direitos sociais, fundamentais.

#### 4.3.2 Sindicatos

A organização sindical mundial e o próprio *direito do trabalho*, como se adiantou anteriormente, tem a sua origem nos movimentos sociais decorrentes, especialmente, do conflito entre o capital e o trabalho. E com relação ao modelo de sindicato nacional não é diferente. Embora de formação tardia, não há como se negar que o movimento sindical brasileiro assenta as suas origens também no conflito capital e trabalho.

O Brasil, colonizado em sua maioria por imigrantes europeus, concentrados no eixo Rio de Janeiro – São Paulo,<sup>243</sup> no início do século XIX, apresentava péssimas condições de trabalho, sendo quase inexistente um aparato legislativo acerca da tutela do trabalho. As atividades econômicas eram preponderantemente no campo, pouco eram as indústrias e os

---

<sup>242</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 175.

<sup>243</sup> MORALES, Cláudio Rodrigues. *Manual prático do sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 32.

movimentos sociais urbanos. À época predominavam associações de classe, formadas por trabalhadores, em sua maioria imigrantes, de uma ou várias categorias profissionais, que voltavam as suas atividades e os interesses para os problemas da comunidade, tais como: fundos de pensões, auxílios aos acidentados e a manutenção de escolas.<sup>244</sup> É a partir do contato com as ideologias socialistas e anarquistas que o sindicato ganha força política (e mesmo interesse nesse área), formando uma *consciência de classe*.

Como consequência da influência socialista e anarquista, no final do século XIX, há formação das Ligas Operárias com os primeiros movimentos grevistas em busca de melhores condições de trabalho e da redução da jornada de trabalho. Em 1917, houve a primeira greve na cidade de São Paulo de que se tem notícia, violentamente reprimida, mas que, ao final, obteve algum êxito com suas reivindicações, demonstrando ao operariado a potencialidade do movimento social organizado. É com a Revolução de 1930, sob o mando de Getúlio Vargas, que há a oficialização do movimento sindical brasileiro, vinculado ao Estado, ao ponto de sua natureza jurídica ser considerada de direito público.<sup>245</sup> A promulgação da CLT definiu as bases da organização sindical nacional, inspirada na *Carta del Lavoro* italiana, de cunho fascista.

Na década de 60 tem início a organização dos trabalhadores no campo, com as Ligas Camponesas, essas lutando pela reforma agrária e defendendo a aplicação da CLT para os trabalhadores rurais. Dessa época é o Estatuto da Terra, fruto, em boa medida, da ação coletiva organizada dos trabalhadores. Merece referência, também, a Lei 4.214/1963, conhecida como “Lei Ferrari” e Estatuto do Trabalhador Rural, conferindo e estendendo ao trabalhador do campo a incidência da legislação trabalhista, até então a margem das normas de tutela do trabalho.

O regime imposto em 1964 retrata o período de repressão política tanto sobre a sociedade em geral quanto sobre os sindicalistas. O Sindicato, nesse momento, retorna a sua origem de órgão meramente assistencialista, “intermediando” o diálogo entre o Estado e a massa trabalhadora, como nos primórdios de sua normatização. Há, novamente, a limitação do exercício do direito de greve; os reajustes salariais obedeciam a parâmetros fixados pelo

---

<sup>244</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>245</sup> Hoje é praticamente pacífica a natureza jurídica de direito privado do ente sindical. O Regime de Vargas organizou a vida sócio-econômica do país por meio das corporações, como ficou bem claro no artigo 140 da Constituição Federal de 1937. No regime sindical inspirado na doutrina corporativa, o sindicato tem personalidade jurídica de direito público, sendo a política sindical, pressuposto desta doutrina, pois propicia ao Estado a coordenação das atividades das categorias representadas e a subordinação do sindicato ao Estado. A intervenção normativa do Estado na conformação do sistema sindical seguiu no Brasil a tradição dos países latino-americanos, caracterizada por um acentuado grau de heteronômia na regulamentação das instituições de classe.

Estado e não pela negociação coletiva, enfraquecendo e restringindo o campo de negociação das entidades. Consequência da influência econômica e política estrangeira é o fim da estabilidade no emprego, vindo em sua substituição o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – Lei 5.107/66, hoje regulado pela Lei 8.036/90.

Paralelamente à organização dos trabalhadores, os empregadores também formaram as suas estruturas sindicais, embora não organizados em Centrais Sindicais, essas restritas à classe trabalhadora.

Nas décadas subsequentes (1970, 80 e 90) há a retomada do movimento sindical em virtude do crescente movimento social e político contra o regime político vigente desde 1964. São desse período: em 1978 a greve na Fábrica da Scania (ABC paulista); 1983 a Criação da CUT (Central Única dos Trabalhadores); 1986 a criação da CGT (Confederação Geral dos Trabalhadores) e a fundação da USI (União dos Sindicatos Independentes). Na década de 90, há o período de crescente democratização e da consolidação da política neoliberal como consequência, em parte, da derrocada do socialismo, com a fragmentação da União das Republicas Socialistas Soviéticas e a queda do muro de Berlim. Os altos índices de inflação, decorrentes das políticas econômicas e o desemprego, pela automatização fizeram, no plano nacional, com que as negociações coletivas tivessem como objetivo primordial a manutenção do emprego. Há no período uma desmobilização da ação sindical e o enfraquecimento dos trabalhadores.

A ação sindical passa por um processo de transformação hoje em evolução: da luta por melhores condições de trabalho, para a geração de emprego. Como perspectiva, o oferecimento de benefícios sociais para os trabalhadores sindicalizados, como entidades não só de negociação, mas de proteção e assistência ao trabalhador.

Jose Augusto Rodrigues Pinto<sup>246</sup> define em quatro as fases na evolução do Direito Sindical e Coletivo<sup>247</sup> nacional, considerando determinados momentos históricos, sobre os quais julgamos pertinente uma breve exposição, como melhor forma de compreender o sistema sindical nacional. São elas: *do descobrimento à independência política; da independência política até a formação da República; da República até a Revolução de 30 e da Revolução de 30 até a Constituição de 1988*. Sinala o autor, ainda, que a partir da

<sup>246</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 50.

<sup>247</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 1280-1281, assim distingue o direito coletivo, sindical e social. Para o citado autor, o Direito Coletivo estaria vinculado ao objeto da relação jurídica que se estabelece, em contraponto ao direito individual, é mais amplo, e não se limita a ação puramente do sindicato. A denominação Direito Sindical assenta sua formação no caráter subjetivo da relação, considerando os atores da relação jurídica coletiva, as entidades sindicais. Por fim, refere a denominação dúbia, Direito Social, em sentido amplo que daria margem a inserção das relações previdenciárias e mesmo consumeristas, em que haja um conteúdo social, em maior ou menor grau.

Constituição de 1988 há o início da quinta fase do movimento sindical, não sendo passível de limitação no tempo. Com relação ao período colonial e a independência, relata o autor, que não havia movimento sindical organizado, dando conta, apenas, acerca da existência de *confrarias*,<sup>248</sup> com fins religiosos e administrativos, semelhantes, pois, às corporações de ofício. No período da instauração da República, há o início das correntes migratórias européias, em sua maioria formada por operários para suprir a necessidade de mão-de-obra, decorrente da abolição da escravatura. É o momento de formação do modelo de tutela do trabalho, com a criação da OIT e das primeiras normas estatais regulatórias do trabalho humano. A quarta fase, referida por Jose Rodrigues Pinto, é a da *República Nova* ou da Revolução de 30, momento em que, liderada pela política de Getúlio Vargas, o País passa por uma crescente industrialização em compasso com o mundo, esse há muito já sobre os efeitos da Renascença, Revolução Francesa e Industrial, bem como dos ideais socialistas e mesmo da própria Revolução Russa de 1917. É o período em que o Brasil passa a integrar a economia industrial mundial, de onde exsurge, com maior ênfase, o problema da questão social. Neste sentido, a política de Vargas primava pela adequação das relações jurídicas, para, na sequência, promover a adequação do modelo econômico nacional. Justifica-se, pois, tal procedimento eis que poucas eram as indústrias e multinacionais, capitaneadas inclusive com fundamento na “estabilidade” das relações jurídicas. E, por fim, tem-se a Constituição de 1988, consagrando a dignidade humana como cerne, como consequência dos movimentos sociais que remontam a própria formação do Estado brasileiro.

A estrutura sindical brasileira, tanto de empregados como de empregadores, está assentada, em sua base, no sindicato, ocupando a base territorial (área geográfica de atuação legal equivalente, no mínimo a um município). Nada impede, todavia, que essa abranja mais de um município ou mesmo Estado, podendo ter base nacional, inclusive. A Constituição de 1988 consagrou o primado da Unicidade Sindical, tendo o sindicato por função exclusiva a defesa dos direitos e interesses da categoria que representa. Os principais órgãos administrativos do ente sindical são a Assembléia Geral, Diretoria e o Conselho Fiscal. A organização e direção são livremente decididas pelos sócios, por meio de assembleias específicas e do pactuado no Estatuto Social.

No meio da organização sindical está a Federação. Organismo de grau superior ao sindicato que tem sua composição por, no mínimo, 5 sindicatos de uma mesma categoria ou categorias afins, mediante filiação. Tem a sua estrutura administrativa regida pelo Estatuto

---

<sup>248</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. Cit.*, p. 51.

Social, sendo os seus principais órgãos internos: Conselho de Representantes, Diretoria e o Conselho Fiscal. Desempenha o papel de unificação das políticas sindicais estaduais ou regionais e fomenta o auxílio à atuação dos Sindicatos. Ao contrário do sindicato tem a sua base territorial mínima no limite político de um Estado, podendo abranger mais de um, ou ainda, ter base nacional.

No topo da estrutura sindical, prevista em lei, está a Confederação. Formada por no mínimo três Federações, de uma mesma categoria ou categorias afins, mediante filiação. Tem por função primordial a negociação coletiva no plano nacional, com olhos nas grandes questões de interesse, tanto de trabalhadores, como dos empregadores. Sua base territorial pode ser regional (sul, centro-oeste, sudeste...) como, ordinariamente, nacional.

Embora não esteja oficialmente inserida no sistema sindical, as Centrais Sindicais detêm forte representação e força política. Estariam num plano superior às Confederações, participando de importantes decisões de interesses dos trabalhadores a nível nacional, ante o seu viés notadamente político. No Brasil, só existem Centrais Sindicais de trabalhadores. O projeto de Reforma Sindical<sup>249</sup> previa o reconhecimento e a legalidade das centrais de trabalhadores, ou centrais sindicais, dando-lhes ampla representação legal (personalidade sindical).

Nesse contexto, a Constituição de 1988 legitimou o sistema sindical brasileiro, consagrando o direito à livre associação sindical, entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, com a explícita vedação ao Poder Público de interferência e intervenção na Organização Sindical. Manteve a unicidade em todos os graus do sistema e a estrutura confederativa anterior, tendo como centro a categoria profissional e a categoria econômica.

De qualquer forma, esse modelo ainda não cristaliza uma solução para o movimento sindical. Muito tem se discutido e várias são as críticas em torno do modelo sindical vigente, tanto que culminou com o projeto de reforma, antes referido, que altera profundamente a organização coletiva. Primando pela *liberdade sindical*, representação dos trabalhadores na própria empresa, inserção das Centrais Sindicais no cenário legal, lhes conferindo, inclusive, amplos poderes de atuação.

Assim, a autorização concedida pelo art. 8º da CF/88, tratar-se-ia de legitimação extraordinária ou substituição processual, pelo qual o sindicato defenderia em juízo ou na via

---

<sup>249</sup> O Projeto de Reforma Sindical apresentado no final de agosto de 2004, inicialmente proposto, era formado por um Projeto de Emenda Constitucional e um Projeto de Lei Ordinária. A PEC - Projeto de Emenda Constitucional, alterava os artigos 8º, 11, 37 e 114 da Constituição Federal, propugnando a institucionalização gradativa da pluralidade sindical; o fim das contribuições sindical, confederativa e assistencial, substituídas por uma contribuição vinculada à negociação coletiva e o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho.

administrativa, os interesses dos integrantes da categoria profissional, desvinculando a ideia inicial de que categoria organizada seria unida ao conceito e a finalidade do sindicato. Dessa forma, verifica-se que o sindicato, efetivamente, agiria em *substituição* ao titular do direito que seriam os empregados ou empregadores, integrantes da categoria.

Todavia, a par do dissídio, a doutrina atual, no campo do direito do trabalho, entende viável a concepção de legitimação autônoma para a condução do processo. Também com origens no direito processual civil, a partir das exigências decorrentes do processo coletivo e dos direitos tutelados (difusos, coletivos e individuais homogêneos), tal corrente logra romper com os limites das demandas individuais, afastando a ideia de legitimação para a ação e do direito material tutelado.

De qualquer sorte, entende o STF, em interpretação do art. 8º, III, da CF/88 que o sindicato detém legitimidade extraordinária, ampla e irrestrita<sup>250</sup> para substituir os integrantes da categoria em defesa de direitos e interesses que lhes são pertinentes. O próprio TST a partir do cancelamento do entendimento da súmula 310 reviu seu posicionamento, hoje, acatando a possibilidade da substituição processual ampla e irrestrita, com fundamento no art. 8º da CF/88 que assim o interpretou o STF. Neste sentido, é a ementa colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Dissenso de teses devidamente comprovado, razão pela qual se dá provimento ao agravo interposto. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A controvérsia quanto à amplitude do instituto da substituição processual tornou-se insubsistente ante o disposto no artigo 8º, III, da Carta Política de 1988, que expressamente autoriza a atuação ampla das entidades sindicais representativas das categorias, dada a sua missão institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva. Daí o cancelamento da Súmula

<sup>250</sup> Neste sentido refere DINIZ, José Janguie Bezerra. *Temas de processo trabalhista*. v. I. Brasília: Consulex, 1996, p. 38-39: foi em sessão plenária realizada em 7 de maio de 1993, apreciando o Mandado de Injunção nº 347-5, sendo impetrante o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal em Santa Catarina, e impetrado Excelentíssimo Senhor Presidente da República, figurando como relator o Ministro Nério (sic) da Silveira, acórdão publicado no DJ de 08.04.94, instado a enfrentar preliminar de ilegitimidade de parte do sindicato impetrante, argüida pela Consultoria-Geral da República, à unanimidade, entendeu ser caso de substituição processual a figura prevista no inciso III, do art. 8º da Carta Magna de 1988, bem como ser tal dispositivo auto-aplicável, concluindo pela rejeição da prejudicial, e, por isso mesmo, reconhecendo expressamente a legitimação da entidade sindical impetrante para residir em juízo. Com efeito, e à guisa de arremate, “se cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra em matéria constitucional, e, tendo este se pronunciado, pelo seu Plenário, de forma unânime, no sentido da auto-aplicabilidade do inciso III, do art. 8º da Constituição Federal de 1988, estamos que equivocada a primeira premissa do Enunciado 310 do TST”, que assevera não ser auto-aplicável o inciso III, do art. 8º da Constituição. Noutro falar, a substituição processual na Justiça do Trabalho permitida aos sindicatos, diferentemente do que pensávamos, e do que pensa o TST, hoje é ampla, total e irrestrita, pois que assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, órgão supremo do Poder Judiciário.

nº 310 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja orientação impunha restrições ao instituto que a nova ordem constitucional não mais comporta. Recurso de revista conhecido e provido<sup>251</sup>.

Assim compreendida para o STF e para o TST, perfeitamente possível a substituição processual de forma plena, de modo que o sindicato profissional esta autorizado a estar no processo, como parte, na qualidade de substituto processual dos que afirmam a titularidade do direito material discutido em juízo. O sindicato, como já referido, age então em nome próprio defendendo os interesses dos membros da categoria. Mas não somente o ente sindical teria legitimidade para a tutela de direitos sociais, assim entendidos os decorrentes da relação de emprego.

Rompendo com os pressupostos do processo individual, a defesa de interesses individuais da categoria é uma atribuição *ordinária* do ente sindical<sup>252</sup>. A partir da concepção de que o sindicato é instituição criada, justamente, para a tutela dos direitos e interesses coletivos da categoria, como forma de expressão dos interesses dos membros da categoria, se tem que a legitimidade não é outra que não a ordinária. O sindicato é legitimado em conformidade com os seus próprios fins institucionais, com vistas à tutela dos interesses coletivos da categoria, profissional ou econômica. Neste sentido, bem afirma José Martins Catharino “*é incorreto dizer que a substituição processual sindical é anômala, anormal ou extraordinária, qualificação vinda de momento histórico-jurídico ultrapassado. Assim qualificá-la é devido à repetição mecânica, a carimbá-la com o rótulo de outro produto. Pelo contrário, pode ser dito normal ou ordinária*”.<sup>253</sup>

O sindicato nada mais é do que a consolidação dos interesses coletivos dos trabalhadores que, pela similitude das condições de trabalho e comunhão de interesses forma um grupo homogêneo<sup>254</sup> e estável, independentemente da conceituação legal de “categoria”, que segundo o ordenamento pátrio, não tem personalidade jurídica própria, de onde resulta

<sup>251</sup> BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista. 1012/2001-059-03-00.8 Brasília, 26 de outubro de 2005. Relator Lélío Bentes Corrêa. Acórdão da 1ª Turma. Publicado no Diário de Justiça de 11/11/2005.

<sup>252</sup> Ver CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Op. Cit.* e PEDRASSANI, José Pedro. *Op. Cit.* Para ambos, onde asseveram a legitimidade ordinária do sindicato para a tutela dos interesses da categoria, sustentam que categoria e sindicato são, em verdade, as duas faces de uma mesma realidade. Aquela é o elemento subjetivo, este, o ente institucional, de onde resta fundada a legitimidade ordinária e não extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria.

<sup>253</sup> CATHARINO, José Martins. *Direito constitucional e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 189.

<sup>254</sup> PEDRASSANI, José Pedro. *Op. Cit.*, p. 84.

que tão somente por meio de seu *ente exponencial*<sup>255</sup> é que a agremiação ganha personalidade jurídica e legitimidade para provocar a jurisdição. *O sindicato é o grupo organizado*<sup>256</sup>.

Vale a transcrição, com a devida vênia, da doutrina de Arion Romita, acerca da legitimidade ordinária e não extraordinária, o que afasta, ao menos com relação ao sindicato, a ideia de substituição processual, em suas palavras:

O sindicato é a organização do grupo, é a personificação da categoria, é a *gestalt* da profissão como diz Evaristo de Moraes Filho. Em outras palavras, é o grupo organizado, é a profissão personalizada. Ele não representa a categoria. Na representação, há dois sujeitos de direito. O papel do representante é emitir a declaração de vontade do representado. Ora, a categoria, que não tem personalidade jurídica, é incapaz de emitir declaração de vontade. Nem mesmo a tese da representação legal pode ser aceita. Não há representação da categoria por parte do sindicato. Por meio do sindicato, é a categoria que age no mundo do direito. A categoria é uma entidade ideal, ficticiamente organizada pelo Estado com o intuito de formalizar a organização sindical<sup>257</sup>.

E segue o autor:

A violação do direito de um trabalhador pode se reproduzir em massa. O interesse de um é o interesse de todos, ou de muitos. Todos são titulares desses direitos. Trata-se de interesses supra-individuais, que assistem ao trabalhador não como indivíduo isolado, mas como membro do grupo. Não são interesses relativos ao direito de família, à propriedade, ao direito de vizinhança ou ao direito das obrigações civis. São direitos inerentes ao exercício da profissão, compartilhados por todos os integrantes de certa coletividade. Se algum direito dessa natureza sofrer violação na pessoa do componente do grupo, há, sem dúvida, uma repercussão sobre o interesse do grupo<sup>258</sup>.

Neste contexto, o sindicato não promove apenas o interesse abstrato do grupo, mas também os interesses individuais de cada um dos integrantes da categoria (individuais homogêneos). Assim, entendendo que a finalidade do sindicato é a defesa dos direitos de integrantes da categoria, não podemos falar que o ente coletivo defende direito alheio em nome próprio, mas por sua finalidade institucional defende interesse que lhe é inerente.

---

<sup>255</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>256</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> Ibidem.

### 4.3.3 Associações Profissionais

Tanto a CLT como a CF/88, num primeiro momento atribuem somente ao sindicato a prerrogativa de legitimidade para a defesa jurisdicional ou administrativa dos interesses da categoria.

A associação profissional é vista como ente prescindível para a formação do sindicato, detendo, no modelo vigente, função política de defesa dos interesses dos seus associados.

Para poder estar em juízo representando a categoria, o sindicato deve ser dotado de personalidade civil e, também, de personalidade sindical. No período anterior à Constituição Federal de 1988, o sistema vigente era o da concessão da carta sindical pelo Ministério do Trabalho. Assim, a primeira associação profissional investida pelo Estado como entidade sindical representativa de determinada categoria numa base territorial específica tinha, dali em diante, assegurado seu direito em relação a qualquer associação outra que se criasse para a mesma categoria, exceção feita aos desmembramentos da base territorial.

As associações civis profissionais, ainda quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar judicial ou administrativamente os seus filiados, porém não poderão concorrer com as atividades privativas dos sindicatos, de modo que poderão fazer tudo que não diga respeito a defesa dos interesses econômicos ou profissionais dos empregadores ou empregados, sob pena, inicialmente, de quebra da unicidade sindical, imposto ao sistema sindical brasileiro pelo inciso II, do artigo 8º, da CF/88.

Todavia, como sabemos, a dita “unicidade” vem sendo relativizada em especial pela ação das Centrais Sindicais, as quais não detinham legitimidade e reconhecimento legal, para além de meras associações. Sua representatividade é política, embora em tramitação projeto de reforma que lhe confira legitimidade no sistema sindical. Ademais, atualmente não há necessidade de que o sindicato seja precedido pela formação da associação profissional mais representativa, de modo que o grupo que chegar primeiro ao órgão de registro é o que vai fundar o sindicato. O critério passa a ser apenas a velocidade. Em consequência, o sindicato que foi mais rápido pode descansar para sempre em sua base, ainda que surja, posteriormente, um outro mais representativo.

Assim, sem prejuízo da hoje vigente unicidade, entende-se possível a ação coletiva da associação profissional, regularmente constituída, para a tutela de direitos de seus associados, membros de determinada categoria profissional.

Neste sentido, é a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, dando contributos para a autorização e legitimidade processual de defesa dos interesses profissionais de um grupo restrito, para o qual:

Após certa resistência doutrinária e jurisprudencial, passou-se a admitir que os sindicatos estão legitimados a representar os interesses coletivos da categoria. Para isso muito contribuiu o entendimento de que, no caso, trata-se de uma representação institucional, ou mesmo legal. Outra coisa se passou com as associações: aqui, a filiação é, eminentemente facultativa, de modo que maiores são as resistências para nelas se reconhecer o poder de representação do interesse coletivo de que elas se fazem portadoras. Se, nas associações, o exercício dos direitos remanesce individual, é compreensível que bem mais difícil se afigure a tarefa de nelas reconhecer capacidade de representação de interesses coletivos: “À la différence des syndicats professionnels, les associations ne représentent pas de plein droit la profession de ceux qui en font partie”. Na verdade, na base dessa resistência estava ainda e sempre o temor de que a proliferação desses “corpos intermediários” seria nociva, na medida em que se estabeleceria uma “concorrência” com o Estado, na tutela do bem comum<sup>259</sup>.

Da mesma forma que o sindicato a associação profissional deve ter a finalidade, institucional de *defesa* dos interesses de determinados membros da categoria profissional, agregados formalmente àquela. Embora, num primeiro momento, tão somente ao sindicato seria concedida legitimidade o que nada impediria, ao menos, a *legitimidade extraordinária subsidiária*, dependente da inércia do Sindicato, que formalmente notificado, seja no processo ou fora dele, mantendo-se silente no que toca à tutela de direito específico dos membros da associação profissional. E ainda que o sindicato manifeste interesse para a tutela do direito, não se vê óbice para a formação de litisconsórcio entre as entidades<sup>260</sup>.

Tal entendimento em prestígio a tutela coletiva traria benefícios tanto de celeridade e economia processual, como de qualificação para a defesa de direito inerente a parcela da categoria.

Além do mais, partindo do contexto de direitos sociais e do Estado Democrático de Direito apontados nos dois primeiros capítulos, entende-se que não haveria dificuldade em uma releitura do texto constitucional, a partir de uma exegese criativa e inovadora, justamente, a partir do reconhecimento da legitimidade ordinária das associações profissionais, como legitimados a defesa dos direitos e interesses, não da categoria, mas do grupo de trabalhadores reunidos.

<sup>259</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p.73.

<sup>260</sup> O fundamento jurídico adotado tem por base a tese defendida pelo jurista PEDRASSANI, José Pedro. *Op. Cit.*, p. 97-102, quando afirma que o Ministério Público do Trabalho tem direito de ação condicionado a inércia do titular, sindicato.

Neste sentido a doutrina parece encarar de frente a possibilidade de uma releitura do texto constitucional, o que, de toda via, autoriza idêntica releitura para o reconhecimento da legitimidade (nos moldes em que demonstrado no contexto do presente trabalho), tal como refere Ronaldo Lima dos Santos, ao tratar sobre o direito coletivo do trabalho:

As tentativas de reelaboração de conceitos e institutos do Direito Coletivo do Trabalho encontram nesse pensamento jurídico as mais diversas ordens de obstáculos. À guisa de exemplificação, citamos a possível reinterpretação sistemática do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, para garantir aos sindicatos a tutela de interesses outros que não se limitam ao conceito jurídico-formal de categoria, como a atuação sindical na tutela dos interesses difusos, cujas barreiras para uma redefinição da ação sindical, para abranger outras searas de interesses, as impostas tanto por doutrinas conservadoras quanto por doutrinas que se apresentam como progressivas, ambas apegadas ao conceito histórico de categoria extraído da experiência corporativista italiana<sup>261</sup>.

E continua o insigne autor:

Constitui uma concepção jurídico-normativa que, marcada por forte influência psicológica do sindicalismo corporativista italiano, do qual não consegue emancipar-se, tipifica-se pelo seu caráter abstrato, genérico e institucionalizado que tende para a harmonização dos diversos interesses conflitantes no seio da disciplina estatal, obstando o desenvolvimento das praticas negociadoras intersindicais.

Trata-se de um pensamento jurídico-trabalhista predominantemente formal-dogmático, assentado sob os postulados da teoria do ordenamento jurídico *kelseniana*, em que a norma estatal é a norma jurídica por excelência, à qual estão submetidas todas as demais fontes do Direito, entre as quais se inclui o produto da autonomia privada coletiva, isto é, as normas coletivas representadas, em nosso país, pelos acordos e convenções coletivas de trabalho<sup>262</sup>.

Busca-se, no plano do direito processual do trabalho, reconhecer e trazer para o âmbito do Judiciário mais um partícipe atuante e, por vezes, com maior conhecimento da realidade e condições de trabalho, permitindo, seja pela via concorrencial à entidade sindical ou pela legitimidade própria (em novel exegese do art. 8º da CF/88), demandar em juízo a defesa dos direitos sociais dos trabalhadores (e dos seus empregadores) integrantes de seus quadros associativos.

---

<sup>261</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 20.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 20

A proposta é, sem dúvida alguma, inovadora e traduz a célebre lição de Rui Barbosa<sup>263</sup>, para o qual “o direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária que as atrofia, ou desenvolve”.

#### 4.3.4 O papel da OIT

Segundo as lições de Arnaldo Sussekind<sup>264</sup>, o Direito Internacional do Trabalho não tem autonomia legislativa e doutrinária própria que lhe confira a condição de um ramo independente do Direito, em especial do Laboral.

Sustenta o insigne autor assim como a doutrina de José Soares Filho<sup>265</sup> que o Direito Internacional do Trabalho é ramo especializado do Direito Internacional Público, do qual toma os seus princípios como fundamentação, sujeitando-se, ainda, quanto a sua aplicação, ao respeito das normas de Direito Internacional Privado de cada nação. Justifica-se, pois, no plano histórico, a necessidade de um direito internacional a regulamentar as relações de trabalho, conforme as lições de Arnaldo Sussekind, por *razões de ordem econômica*, a países sem uma legislação social consistente, com baixo custo da mão-de-obra, competindo com outros, melhor estruturados no campo da tutela do trabalho, gerando um desequilíbrio comercial, trazendo como consequência, a redução da tutela do trabalho, em busca de maior competitividade. Afirma, também, o *caráter social*, como forma de universalização dos princípios da justiça social e dignificação do trabalhador<sup>266</sup>. Da mesma forma, *razões de ordem técnica*, por meio de recomendações e convenções da OIT, como subsídio e parâmetro para a formação ou reforma das legislações nacionais.

Certo, pois, que o ramo internacional do Direito do Trabalho, tem a sua formação a partir do início do século XX, como afirma José Soares Filho<sup>267</sup>, momento segundo o qual haveria necessidade de se estender do plano individual e coletivo, para o plano mundial, um equilíbrio na tutela do trabalho, como já se disse acima. É objeto desse intróito o estudo com ênfase para o plano histórico, não sendo diferente com o exame da constituição da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

---

<sup>263</sup> RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio (Org.). Apud: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 30-31.

<sup>264</sup> SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Op. Cit.*, p. 1537.

<sup>265</sup> SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2002, p. 21.

<sup>266</sup> É o que se depreende das lições de SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Op. Cit.*, p. 1538.

<sup>267</sup> SOARES FILHO, José. *Op. Cit.*, p. 21.

A OIT tem suas origens nos ideais socialistas de Robert Owen que, no início do século XIX, além de suas publicações<sup>268</sup>, em 1818 dirigiu-se ao Congresso de Potências, propondo que as condições de trabalho fossem tuteladas em conjunto com as demais nações européias, defendendo a aplicação das condições de trabalho adotadas em sua própria fábrica, na Inglaterra. Também assenta suas raízes na doutrina de internacionalização das leis sociais do francês Louis Blanqui, em 1839; nos ideais da Primeira Internacional Socialista, de 1864, com apoio da doutrina de Marx e Engel, pela tutela do trabalho no plano mundial.

A própria ação da Igreja com as encíclicas, em especial a *Rerum Novaru*, contribuíram para a formação e estruturação da OIT. As organizações sindicais, européias e americanas, mormente no período da primeira guerra mundial, desejavam que o Tratado de Paz futuro contivesse um capítulo dedicado à proteção do trabalho. Outra fonte embrionária, merecedora de destaque, é a Associação Internacional para a Proteção aos Trabalhadores, criada no final do século XIX, a qual promulgou duas convenções e organizou cerca de oito reuniões internacionais<sup>269</sup>.

Como exaustivamente visto aqui o direito do trabalho (direito social) atual não pode ser compreendida a partir, apenas, das relações individuais e da tutela do Estado a elas relativa, nem mesmo, unicamente, com olhos na autonomia coletiva dos atores sociais, perspectiva, hoje, valorizada como tendência do Direito. Há, pois, que se observar as diretrizes internacionais traçadas pela OIT. Fenômeno que não se observa unicamente no campo jurídico, mas também no comércio e na economia dos países, com a formação de “mercados comuns”.

É o Tratado de Versailles, de 1919, que dá início à formação da OIT em sua composição tripartite, com representantes do Estado, dos empregados e empregadores, posteriormente complementada pela Declaração de Filadélfia, em 1944, conhecida como *Carta de Filadélfia* que firmou os fins e objetivos da Organização, em revisão a sua constituição original de 1919.

Trata-se do necessário reconhecimento e perspectiva maior de um direito comunitário, inserido num contexto mundial, inclusive para as perspectivas dos direitos sociais dos trabalhadores.

A sociedade de massa tem que dialogar com questões complexas, hoje multiculturais e globalizadas, que o modelo de Estado Nacional-Soberano vinculado ao monopólio da

---

<sup>268</sup> SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Op. Cit.*, p. 1539, refere as obras *New View of Society, The book of the New Moral World*, em mesmo sentido a doutrina de SOARES FILHO, José. *Op. Cit.*, p. 24-25.

<sup>269</sup> Esses são os principais destaques referidos pela doutrina de SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Op. Cit.*, p. 1539-1540.

jurisdição parece não apresentar soluções. Há no plano nacional o reconhecimento da ineficácia do modelo jurisdicional para resolver todas as questões postas pela sociedade.

Recentemente, como dá conta a doutrina de Arnaldo Sussekind,<sup>270</sup> com a influência do *neoliberalismo* e da crescente concorrência comercial, houve margem a uma nova ordem de metas para a Instituição, tendo sido aprovada em 1998 a “Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho”. O conjunto dessas disposições demonstra a preocupação não só com o “mundo do trabalho”, mas com a realidade, causas e consequências envoltas daquele, como elemento de sustentação para a tutela do trabalho e, em especial, a proteção do ser humano. Para a consecução de sua finalidade, a regulamentação internacional do trabalho pode se dar por meio de convenções<sup>271</sup>, recomendações<sup>272</sup> e resoluções<sup>273</sup>.

A criação da OIT, em síntese, representou a consagração oficial do Direito Internacional do Trabalho, em prol da paz universal e da justiça social. Os movimentos culturais tendentes à desregulamentação do trabalho visam, por meio da autonomia coletiva, retirar o Estado da tutela do labor, dando espaço maior ou todo o espaço à negociação entre capital e trabalho, ocasionado a “precarização” da proteção do trabalho humano. Nesse contexto, exsurge a relevância de diretrizes internacionais, nivelando a tutela do trabalho em busca de uma uniformidade que permita o desenvolvimento social econômico em respeito à dignidade humana.

No plano internacional, após a segunda guerra mundial, houve a formação de uma ideia de *cooperação*<sup>274</sup>, mais ou menos estável, primeiramente sob o ponto de vista econômico, campo fértil para o desenvolvimento de uma cultura de compromisso e participação. Há que se conjugar no plano internacional os interesses da economia com os direitos humanos para se evitar uma mundialização hegemônica<sup>275</sup>.

---

<sup>270</sup> Ibidem, p. 1545.

<sup>271</sup> São instrumentos obrigacionais, normativos ou programáticos, aprovados por entidade internacional a que, voluntariamente aderem seus membros. DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 154. São normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a construir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais, conforme NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>272</sup> Distingue-se da convenção, segundo SUSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Op. Cit.*, p. 1559, no que diz respeito a sua obrigatoriedade, afirma o insigne doutrinador que as recomendações servem apenas para submissão à autoridade competente para legislar sobre determinada matéria. A recomendação seria, então, um conjunto de princípios e diretrizes, mais abstratos, enquanto que a convenção teria um corpo legal determinado.

<sup>273</sup> Não criam qualquer obrigação ao Estado membro, cingem a tecer diretrizes não vinculativas, no plano formal.

<sup>274</sup> SALDANHA, J. M. L. *Op. Cit.*

<sup>275</sup> Segundo chama atenção para o aspecto da expansão cultural hegemônica, referenciando o modelo americano no leste europeu (Ucrânia), em especial pela ação/modelo jurídico que regulará as relações

E quanto mais cresce a ideia de globalização, quanto mais mundializado mais se necessita de normas comuns para a regulação das relações/conflitos e de outro lado, instituições e entidades, como a OIT para não estabelecer o cumprimento de normas supranacionais, mas efetivamente participar no campo da jurisdição nacional, como assistente processual, conjuntamente com uma entidade associativa, originariamente legitimada, na defesa dos direitos sociais dos trabalhadores, à luz de uma perspectiva de dignidade humana do trabalhador, numa perspectiva transnacional.

#### **4.4 A tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores e o papel do judiciário na concretização da constituição**

As proposições de Boaventura<sup>276</sup> dão conta de que a experiência social é muito maior do que a tradição científica e filosófica ocidental a consideram, havendo um desperdício de experiências que poderiam contribuir, no campo de objeto desse estudo para uma jurisdição célere, efetiva ou ainda, trazendo novos aportes para um modelo alternativo de implementação dos direitos sociais dos trabalhadores, pela via do Poder Judiciário.

A síntese do pensamento de uma nova racionalidade que propõe Boaventura está fundamentada na ideia de razão cosmopolita em contraponto ao modelo vigente que chama de razão indolente; segmentando a primeira em três modelos sociológicos que denomina de sociologia das ausências (pela expansão do presente), das emergências (com a contração do futuro) e o trabalho de tradução (procedimento de adequação entre as experiências possíveis).

A crítica da razão indolente se dá de quatro formas: crítica à razão impotente, à razão arrogante, à razão metonímica e, que ora optamos para melhor desenvolver com o presente estudo: a crítica à razão proléptica.

Por razão proléptica Boaventura entende aquela que ignora o futuro, pois teria o suposto conhecimento variações daquele, que seguiria um modelo linear, mas que se viu em choque com as ideias de entropia e catástrofe, elementos que não seguem um processo linear. E aí que se identifica o modelo atual de jurisdição como sendo um modelo proléptico, que não consegue dialogar com os *processos* de caos, variabilidade, possibilidades, dado em parte, pela racionalidade-normativista (razão protética) que entendia tudo reduzido ao campo da norma, alheio aos fatos e muito próximos das ciências exatas.

---

sociais/econômicas, desenvolve teoria chamando atenção para a influência econômica das empresas multinacionais no que chama de “mercado da lei”. DELMAS-MARTY. Mireille. *Op Cit.*, p. 15-16.

<sup>276</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *Op Cit.*

A sociedade de massa, formada por um multiculturalismo e globalizada parece não encontrar na jurisdição estatal individual uma adequada resposta para os conflitos sociais, demandas essas que sequer foram *previstas*, conhecidas, por aquele modelo racional-normativo-individualista, como em relação aos novos campos do direito e suas relações recíprocas: o direito da informática, o biodireito, clonagem e questões internacionais, que superam a ideia de Estado nacional, mas que de uma forma ou outra estabelece novas perspectivas para o trabalhador, firmam novos direitos, ou traduzem novas percepções para o campo de direitos sociais, examinados no primeiro capítulo.

E a concepção de jurisdição calcada no ideal individualista cristaliza aquilo que Boaventura denomina como a “monocultura do tempo linear”<sup>277</sup>, em que a sociologia das emergências substitui o modelo linear por um futuro de possibilidades plurais, concretas, ao mesmo tempo utópicas e realistas, que vão se construindo no presente, trabalhando com a ideia de cuidado e não de determinação do amanhã, com base nas ideias de capacidade e potencialidade.

É o inconformismo presente na sociologia das emergências que traduz uma possibilidade, no campo do direito, para a forma de solução dos conflitos sob um prisma coletivo, mais eficaz, como argumenta Daniel Sarmiento:

Ademais, as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais. Isto, evidentemente, possibilita a adoção de decisões mais informadas, a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social<sup>278</sup>.

Como limitador do poder absoluto, centrado na figura de um rei, a jurisdição sofreu as influências do modelo político liberal, do capitalismo crescente e, em especial da formação dos Estados Nacionais, passando a jurisdição a ser uma função ou poder estatal. Nesse contexto, há uma limitação do poder político por meio da repartição dos poderes e a consagração dos direitos de primeira geração, com a submissão do governo à lei, o poder ilimitado do monarca é freado, numa nova concepção de Estado de Direito, prevalecendo a lei sobre o animo dos governantes, em contrário ao modelo absolutista.

---

<sup>277</sup> Ibidem, p. 93-135.

<sup>278</sup> SARMENTO. Daniel. *Op Cit.*, p. 585

Segundo as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>279</sup>, prevalecem as ideias de um Estado Social, promotor e garantidor os valores humanos, pondo a jurisdição como um mecanismo de pacificação social, eliminando os conflitos entre as pessoas, buscando a concretização e realização da justiça por meio do processo. Exercendo a atividade jurisdicional o Estado substitui os interessados, por meio de agentes imparciais, que dirão com quem o direito e a justiça estão. Busca-se não somente a realização do direito material, mas a pacificação e harmonização da sociedade.

Esse modelo correspondeu até o segundo pós-guerra à sociedade então vigente. Em breves linhas esse *poder* conferido ao Estado, promovendo a ordem jurídica, com *eficácia vinculativa plena*, ou seja, com intento de *definitividade* é que se apresenta ainda hoje, em pleno século XXI. Com razão, o Estado não só tem que compor o conflito com perenidade, como também tem que garantir aos destinatários da tutela jurisdicional o direito de torná-la efetiva, mas a partir de uma ideia de multiculturalismo e globalização o próprio Estado tem em xeque o poder de resolução dos conflitos.

Como bem refere Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>280</sup>, a partir da segunda guerra mundial a Europa viu crescer um movimento de solidariedade, de cooperação, vindo a formar o que hoje ordinariamente se entende pela União Européia. E o mesmo, mais recentemente, se apresenta a experiência do MERCOSUL, na América do Sul. Nesse contexto, questiona-se a legitimidade do Estado Nacional para dialogar com relações que transcendem suas fronteiras.

No próprio âmbito interno da jurisdição há referências as experiências estrangeiras, a novos paradigmas para o Poder Judiciário que talvez tenha se apercebido da sua magnitude, como ator ativo no diálogo com essa nova perspectiva de sociedade, globalizada e os novos direitos advindos. Os julgamentos do STF são precedidos da participação dos interessados, referências a decisões estrangeiras são fonte de motivação para decisões, cancelando o que Garapon e Allard chamam de comércio entre juízes<sup>281</sup>.

E é nesse contexto social que se desvela a falibilidade do modelo racional-normativista. Mas é oportuno referir que o próprio modelo vigente não deixa de reconhecer a sua fragilidade e procura, por seus meios e métodos, adequar o modelo jurisdicional à nova realidade. Assim são as sucessivas reformas do Código de Processo Civil nos últimos cinco anos e a compilação do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a fragilidade do cidadão consumidor frente ao comércio multinacional. Tem-se, ainda, a lei da ação civil

---

<sup>279</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; et. al. *Op Cit.*, p. 37-38.

<sup>280</sup> SALDANHA, J. M. L. *Op Cit.*

<sup>281</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Op Cit.*, p. 26.

pública (chamando atenção do jurista racional-normativista para o fenômeno da tutela coletiva).

Neste contexto, bem refere Arruda Alvim<sup>282</sup>, ao contextualizar a evolução histórica do direito processual, o processo civil encontra um novo paradigma centrado na questão do *acesso à justiça*<sup>283</sup>.

Nesse passo Boaventura Sousa Santos vê na teoria da tradução uma possibilidade de dialogo entre as possibilidades existentes e possíveis, sem pretender se transformar em uma teoria excludente ou totalizante.

E no campo da própria jurisdição, a tutela coletiva, sob um prisma mais abrangente e democrático, pretende dialogar em sintonia com o modelo normativista-individualista do código de processo. A tradução que se propõe no presente trabalho não é a excludente, mas a possibilidade da tutela coletiva interagir com maior desenvoltura e reconhecimento de sua eficácia às demandas sociais.

A tutela coletiva possibilita a resolução de conflitos supraindividuais que a sociedade massificada ordinariamente apresenta sob a forma de infindáveis ações individuais, que resultam nas mais diversas decisões. E o modelo de tutela coletiva permite aproximar o cidadão comum do judiciário e dele participar no processo de decisão (consultas populares/públicas) em questões relevantes.

Nesse contexto, choca-se o modelo jurídico individual – liberal, do século XVIII e XIX, com a sociedade pós-moderna, de massa, donde resulta o problema da eficácia do direito e, especificamente, do processo, como meio de concretização da justiça. Inequívoca, pois, a relação que se estabelece entre a sociedade e o direito, para o qual o segundo tem a função de harmonizar as relações existentes na primeira.

O direito como ciência social que é, tende e deve evoluir juntamente com a sociedade, não deve ser estanque, deve amoldar-se e renovar-se com a sua interpretação ou mesmo ser reformado, em sua estrutura, para que possa atingir a sua finalidade: harmonização da vida em sociedade.

O Direito contemporâneo, no mundo globalizado, deve responder ao novo contexto social, em que as decisões precisam ser tomadas de maneira urgente, desafiando o contexto de

---

<sup>282</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. I. Parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 48-49.

<sup>283</sup> O conceito de “acesso à justiça” pode ser compreendido como um direito natural do homem em busca da justiça social; como o direito de acesso à jurisdição (mecanismos processuais que permitem o acesso à tutela); e, hodiernamente, compreendida não pela existência de instrumentos processuais, mas pela sua existência e garantia de que permitam o acesso aos direitos e garantias fundamentais. É, em última análise, o próprio acesso ao Direito, a uma ordem constitucional justa.

“tempo”<sup>284</sup> no qual está assentado o modelo jurídico vigente. É basilar a inserção de novos juízos de valor quando da formulação da regra jurídica, nesse inserido a tutela de urgência, em que não há um juízo de cognição exauriente, mas a preocupação com a plausibilidade do direito e a necessidade da tutela judicial, daí a necessária dialeticidade do processo com o direito.

Como se observa o presente estudo tem por fundamento, em síntese, a proposição de uma teoria de tradução para a efetividade da jurisdição para a resolução de conflitos, na qual a ação coletiva ou tutela coletiva é proposta. O prolongamento do estudo passa, necessariamente, pela desvinculação do modelo processual liberal – individualista que fundamenta o CPC/73; passa pelo estudo sociedade pós-moderna, de massa, com lesões a direitos que atingem uma gama infinita de indivíduos; encontra fonte no multiculturalismo e nas possibilidades que a razão proléptica ignora.

E como referido, as reformas legais no campo do processo com as críticas que merecem, demonstram, ao menos, o interesse e preocupação dos operadores do direito no sentido de que a mudança do modelo vigente urge. Mas não basta a mudança do procedimento se a estrutura que opera não é moderna e adequada a nova sociedade e aos novos direitos e relações que dela advém.

Há que se repensar o modelo de jurisdição tanto no plano interno como em relação ao plano externo, daí que se propõe a adoção efetiva e a aceitação da tutela coletiva, no plano interno como instrumento de diálogo para solução de conflitos transnacionais.

Por certo, a temática não se esgota no que aqui foi proposto, mas há novos e importantes referenciais para o pensamento do que se pretende com a solução dos conflitos em uma sociedade multicultural e a relação dessas com a jurisdição.

---

<sup>284</sup> Sobre o estudo do “tempo” no campo do direito recomenda-se a obra de OST, François. *Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. No campo do direito processual recomenda-se a leitura do terceiro capítulo de OLMEDA, Araceli Manón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*. Analogía e interpretación el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Madrid: Grupo Difusion, 2007, p. 97-154. E ainda, sobre o tema, RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Garantia Constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; André Copetti. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, v. 2, p. 57-76; e também: SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 53-85.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber no curso do presente estudo a necessidade imperiosa de superação do paradigma puramente racionalista e dogmático que tem no modelo de juiz “boca da lei” seu modelo de magistrado, tipicamente de um viés do Estado liberal, como condição de possibilidade para o desenvolvimento da ciência do processo e, especialmente, para que esse possa atender às previsões Constitucionais e aos anseios da sociedade pós-moderna. A proposição de uma matriz social para a interpretação dos direitos sociais aliada ao reconhecimento do potencial criativo do julgador, com base numa perspectiva monista é uma opção metodológica com sofisticado potencial transformador da ordem social, num contexto de Estado Democrático de Direito.

E a realização dessa nova perspectiva passa os olhos sobre um novo olhar sobre os institutos do processo em que a tutela coletiva se desvela, aliada às matrizes monista e social, como elemento decisivo para a transformação da realidade social, atendendo aos anseios de eficácia e celeridade.

No plano histórico pode-se perceber, com o modelo de Estado Liberal e até fins do século XIX, que não se viu um envolvimento estatal no âmbito regulatório das relações trabalhistas, o que trouxe a tona inúmeros conflitos sociais, pois nem sempre a igualdade e liberdade se manifestavam na realidade fática, para aqueles que dependiam do trabalho subordinado como fonte de sustento. O empregador, via de regra, encontrava-se em posição proeminência (normalmente econômica) e, valendo-se disso, exigia uma prestação de trabalho extraordinária, quando não extremamente degradante, em troca de quantias cada vez mais ínfimas. O ápice desta situação se deu durante o período pós Revolução Industrial, em os trabalhadores cumpriam jornadas de longa duração, em funções lesivas ao seu bem-estar físico e mental.

Havia, portanto, consolidada uma igualdade meramente formal, e presente na realidade uma desigualdade material muito forte, o contrato individual de trabalho, embora fosse formalmente bilateral, manifestava apenas a vontade do empregador. E foi justamente desta desigualdade que eclodiu um movimento organizado, em sua maioria de trabalhadores, demandando normas protéticas e melhores condições de trabalho. Nasce, assim, o Direito do Trabalho, como reação e em contraponto às idéias do Liberalismo que se torna real em dois pontos.

O primeiro, em relação aos próprios trabalhadores, presente na sua auto-organização, formando associações representativas, germe do conceito de "autonomia privada coletiva", que expressa a vontade de toda uma classe, toda uma categoria, como um único ente, que por sua vez não é distante dos atuais institutos dos Interesses Difusos, Coletivos ou Individuais Homogêneos. O que se percebeu foi que o germen do processo coletivo sempre se fez presente na tônica das relações de trabalho e que, no curso histórico foi perdendo sentido de ser a partir de um modelo de ciência e de estado centrados no racionalismo.

O outro caminho trilhado é da relação do trabalhador ao Estado, antes omissa, passa a intervir nas relações de trabalho a partir da segunda metade do século XIX, editando normas estatais para proteger o trabalhador, há o desenvolvimento dos direitos sociais. É nesse limiar da história que se vê crescente nas Constituições mundiais uma preocupação crescente com a regulamentação dos direitos e garantias e, de certo modo, alguns deveres sociais que evoluíram até o modelo de Estado Democrático de Direito.

O dinamismo das relações sociais e culturais nos traz a outro momento em que os paradigmas dos estados liberal e social, são suplantados por um modelo democrático, em que a coletividade passa a clamar pela implementação efetiva e concreta dos ditames constitucionais. É nesse momento que se tem presente um novo contexto de sociedade, dita pós-moderna, que demanda, por sua vez um novo modelo ou ao menos um novo papel para o direito.

Ao seu turno o desenvolvimento do direito parece não acompanhar os largos passos da evolução social, em que normas programáticas apenas enunciam expectativas, leis positivadas estabelecem uma condição hipotética que não encontra respaldo na faticidade, enfim, há um descompasso entre o Direito e a sociedade, em que o modelo reproduzido não concebe um retorno efetivo ao cidadão.

Neste plano histórico, verifica-se que o Judiciário tem um (novo) papel para a consolidação democrática dos direitos sociais, com atribuição de implementação e concretização das políticas públicas sociais. Como se viu no desenvolvimento da pesquisa, há um papel transformador para o julgador, afinado com as demandas da sociedade pós-moderna em que os elementos da motivação e da fundamentação, aliados à publicidade, tomam uma posição de destaque para decisão do caso, no processo.

Aqui é que ganha espaço a teoria monista, reconhecendo que a solução para os conflitos sociais não está previsto no texto da lei, sendo construído na sentença, mediante uma valoração criativa do juiz, balizada nos limites da Constituição, em que o julgador apresenta a concretização do dissídio na sentença tal como apregoa Carnelutti.

E o prestígio de um procedimento único, coletivo, como se viu torna concreta a possibilidade de solução uniforme para uma infindável quantidade de conflitos, erigindo-se, também, como um meio de realização da democracia participativa. A interação do cidadão, e com mais razão daqueles diretamente interessados, tem a possibilidade de trazer para o campo democrático do processo, num palco de diálogo, a transformação social em que a figura do julgador é de intérprete e criador da solução jurídica e não apenas de aplicador do texto de lei, pela vetusta ordem de subsunção do fato à norma.

Com isso reforça-se a possibilidade real e efetiva para adoção da metodologia social e monista como condição de possibilidade, aliada à tutela coletiva, para a transformação da realidade social, por meio da valoração criativa do magistrado.

O processo reassume, a partir de uma matriz criativa e social, uma dinâmica de superação do modelo individual – atomizado – para um paradigma coletivo – molecular – reconhecendo que o judiciário não é mais um oráculo do direito, ele está inserido e comprometido no contexto constitucional. Neste ponto, vale a observação de que a construção da solução jurídica, em sentença, indiscutivelmente deve atender a motivação das razões de decidir que, por sua vez tem, no texto da constituição, as bases principiológicas informadoras ou balizadoras da própria decisão.

Pode-se comprovar, no desenvolvimento do presente trabalho, confirmando as expectativas iniciais que o Estado não conseguiu, e não consegue, prestar de modo equânime todos os direitos sociais fundamentais, em que teorias como a reserva do possível aparecem como justificção teórica para a impossibilidade do cumprimento de políticas fundamentais. Num país continental como o Brasil verifica-se uma discrepância econômica e carência de condições mínimas de sobrevivência. É aqui que o Judiciário, pela via da tutela coletiva, pode tornar real o compromisso do estado social de redução das desigualdades, agindo no sentido de, possivelmente, afastar os óbices de limitação ou justificção, para a implementação de direitos sociais, dentro desse palco democrático e publico que é (se torna) o processo coletivo.

E a outorga de legitimidade para determinadas (e/ou a extensão dessa para outras) instituições demandarem em juízo a proteção dos direitos sociais, além do sindicato de classe, é uma condição de possibilidade efetiva e necessária que se apresentou no curso da pesquisa. Assim é que as associações profissionais e o Ministério Público do Trabalho são e devem estar comprometidos tal qual a entidade sindical, na defesa dos direitos sociais dos trabalhadores.

O sindicato legitimado ordinário e, ainda, a associação profissional dotada de legitimidade, a partir da construção teórica proposta em especial pela matriz monista e social,

traz a pesquisa um toque de sofisticação e inovação, atingindo com isso o objetivo de perseguir novas perspectivas para a tutela coletiva. Supera-se com isso, justamente, o viés dogmático e racional, até então próprio de um modelo de direito reproduzido nos bancos acadêmicos, centrado na individualidade e com isso limitando (ou desconhecendo) a ação pela sua via coletiva.

Consolida-se com isso um relevante papel para a substituição processual, propriamente trabalhista em contraponto à civil que, limita-se a algumas hipóteses específicas, porque só nelas o interessado tem alguma dificuldade para recorrer à Justiça. É o que acontece, por exemplo, na gestão de negócios ou na anulação de casamento. Em ambos os casos um terceiro pode agir em benefício do interessado. De outro lado, a substituição trabalhista parte de outra realidade social que opera num campo em que as partes são sensivelmente desiguais. Desvela-se com isso uma possibilidade processual adequada e democrática de se resolver a questão das novas demandas sociais e de viabilizar o acesso real à Justiça, em respeito à dignidade humana, neutralizando as distorções provocadas pela hipossuficiência do trabalhador.

Há, com isso, a consolidação do dever de solidariedade entre os agentes, em especial, pela construção proposta, um dever de fraternidade do Judiciário para a promoção dos direitos fundamentais, garantidores da dignidade humana, objetivo fundamental da República em conformidade com o art. 3º da CF/88.

O Direito contemporâneo, no mundo globalizado, deve responder ao novo contexto social em que as decisões precisam ser tomadas de maneira urgente, desafiando o contexto de “tempo” no qual está assentado o modelo jurídico vigente. É basilar a inserção de novos juízos de valor quando da aplicação dos textos de lei, com a necessária dialeticidade do processo com o direito e desse com a sociedade.

O estudo logrou trazer novos aportes para abordagem da ação coletiva como realizadora de uma tutela efetiva, aproximando-se de um paradigma em que o poder judiciário viabiliza a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão possa participar do processo de decisão. Adota-se essa perspectiva em contraponto ao modelo até então vigente (processo individual e democracia representativa), que no curso do século XX apresentou sensível desgaste, em especial no final daquele e início do XXI, assolado pelas inúmeras crises, em especial nos poderes legislativo e executivo.

Como se viu o modelo individual de processo concebido pelo Código de Processo Civil de 1973 e mesmo do seu antecessor, de 1939, corresponde a uma ideia de sociedade pós-revolução industrial, em que apenas a propriedade individual e o consumo local da

produção eram a tônica central das preocupações. As relações sociais em nada se comparam com a dinamicidade e informação hoje presentes em boa parte da sociedade pós-moderna, fundada em relações de massa, em torno do consumo.

Se a afirmativa de que o direito é um fenômeno cultural e que a cultura é uma construção da sociedade humana, logo, poderíamos concluir que o direito deve/deveria dialogar em mesma sintonia lingüística que aquela.

E neste ponto chama atenção para a importância do fenômeno da mundialização, também presente no campo do direito, impulsionada por elementos econômicos e por fatores políticos. Consolida-se neste ponto o reconhecimento da relevância de organismos internacionais, como a OIT, em que ganha espaço dentro do âmbito interno de jurisdição, também na qualidade de partícipe do processo democrático de construção da decisão jurídica. (também graças a uma interpretação com bases monistas e sociais).

Com isso, o Direito hoje se mostra elástico, tal qual a sociedade e muitas das contingências sociais clamam por sua redução, estando aquelas, no modelo racional, à margem do Direito. Questões ambientais, virtuais e sociais recalçam sob os olhos da visão normativo-positivista. A interferência de outros sistemas (econômico e político) aporta novas complexidades na sociedade e interferem no campo “regulatório” do direito, esse, como dito, assentado em boa parte no conceito de norma jurídica.

Assim uma nova perspectiva para a tutela coletiva vem concretizada a partir de um compromisso de mudança no paradigma de legitimidade para as entidades associativas, tal como o sindicato e, de forma mais expressiva, a novel legitimidade proposta para a associação profissional, em pé de igualdade àquela hoje conferida ao Sindicato.

Entende-se que o atual modelo sindical deve se amoldar a nova perspectiva de liberdade sindical, mais adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito vigente, sem se esquecer das experiências que o campo do direito internacional, por meio da OIT, traz em contribuição à tutela coletiva dos direitos, prestigiando e valorizando a dignidade humana do trabalhador, marco regulatório internacional que não pode ser esquecido nesse novo paradigma de mundialização que, embora tenha no plano econômico a proeminência das atenções, não pode deixar de dialogar com o respeito à dignidade humana.

É neste novo ambiente de que se consolida a proposição de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais dos trabalhadores, em que os antigos paradigmas típicos do liberalismo não apresentam soluções satisfatórias para as demandas sociais, chamando atenção para a necessidade de um repensar da tutela coletiva a partir da iniciativa de um compromisso de solidariedade do Poder Judiciário no sentido de realizar as promessas

constitucionais, especial aquelas que digam respeito aos direitos fundamentais, sociais, dos trabalhadores.

E a consolidação desse novo paradigma está fundamentado no reconhecimento do potencial criativo do magistrado, a partir de uma ótica constitucional de dignidade humana centrada no trabalho, tendo presente a identidade entre o cidadão e o trabalhador que não podem ser vistos de maneira separada, posto que um dos direitos que compreende a cidadania é o do próprio trabalho que se não for minimamente respeitado, tornará inviável uma convivência razoavelmente harmônica, ante as constantes e prováveis desestabilizações oriundas dos movimentos sociais.

E o direito do trabalho emerge neste contexto a partir de sua principiologia tendente à proteção do trabalhador, pelo reconhecimento da sua hipossuficiência material e que se faz sentir no âmbito do processo, no sentido de dar efetividade máxima ao direito social reclamado.

Assim o sindicato, a associação profissional, o Ministério Público e os organismos internacionais ganham um novo papel, de relevância, atuando conjuntamente com o magistrado e o seu papel transformador da realidade. Nesse ponto é que se pode verificar a adequação da metodologia adotada que possibilitou a partir da realidade, estabelecida na sociedade, pode ser interpretada para a consolidação, com marcos constitucionais válidos, de interpretação.

Verificou-se uma mudança de paradigma no processo civil moderno originariamente voltado para regular os dissídios individuais, não contando com mecanismos adequados para a tutela de direitos coletivos, vê-se, pois, em descompasso, eis que o modelo processual vigente não seguia a evolução da sociedade.

Os direitos pertencentes à coletividade, ou um grupo determinado, não se enquadravam naquele modelo liberal do processo e nem mesmo os operadores do direito tinham a correta compreensão do fenômeno que a sociedade clamava: tutela coletiva dos direitos. Com as reformas legais tanto no plano mundial, a partir da década de 70, como nacional, no início dos anos 80, intentando maior eficácia e acessibilidade ao judiciário, novos instrumentos são criados como a ação popular, civil pública e a coletiva justamente para adequar o processo às necessidades da sociedade pós-moderna, dita de massa, e em constante evolução cultural.

No Direito do Trabalho, os antecedentes históricos, que convergiram para a formação do sindicato e a outorga de poderes de representação a ele atribuídos para a tutela dos direitos e interesses coletivos da categoria, já sinalizavam, desde os idos do século dezenove, o novo

paradigma e contribuíram para a atual formatação do instituto da substituição processual, ampla e irrestrita, como já propõe o STF e na seqüência o TST.

Com isso, acredita-se ter atendido a motivação inicial do estudo, dando novos subsídios para o debate em torno de novas perspectivas para a tutela coletiva dos direitos sociais, focado no aspecto dos trabalhadores de onde, à guisa de conclusão, retoma-se a sempre atual assertiva de Rui Barbosa na qual “o direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária que as atrofia ou desenvolve”.

## REFERÊNCIAS

- ALEMÃO, Ivan. O direito ao trabalho na história e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.) *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. I. Parte geral. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaios sobre afirmação e negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: Ltr, 2006.
- BANCO INTERNACIONAL MUNDIAL. *Documento 318 do Banco Mundial*. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>. Acesso em 14.12.09.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. v. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia*. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Ed. JORGE ZAHAR. 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria constitucional. In: *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8 ed. São Paulo:Malheiros, 2004.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em [www.tst.com.br](http://www.tst.com.br). Acesso em 14.12.09.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Consolidação das leis do trabalho*. 33 ed. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal, Código Civil, Código de processo Civil*. Yussef Said Cahali (Org). 9 ed. Rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em [www.stf.com.br](http://www.stf.com.br). Acesso em 14.12.09.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em 14.12.09.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana*. Entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. BVERFG, In: NJW, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito cultural, 2006.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de direito comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2000.

CATHARINO, José Martins. *Direito constitucional e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato*. Evolução e desafios. São Paulo: Ltr, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: São Paulo, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição Processual Trabalhista*. Uma elaboração teórica para o instituto. São Paulo: LTR, 2003.

CORREIO DO POVO. Porto Alegre, ano 114, n. 320, 16 de agosto de 2009.

CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios versus liberdade sindical – Uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo: Ltr, n. 73, v. 12, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. De Fauzi hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DIAS, Mônica Nazaré Picanço. *Ação civil pública como instrumento de defesa do meio ambiente do trabalho*. Apresentação de Trabalho no XV Congresso Nacional do Compedi, Manaus, 2006. ISBN: 978-85-87995-80-3.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual*. v. I e IV. 9 ed. Salvador: Jus Podivm. 2008.

DINAMARCO, Candido. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 5 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

DINIZ, José Janguie Bezerra. *Temas de processo trabalhista*. v. I. Brasília: Consulex, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e Democracia*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, n. 3, v. I, 1995.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?)* São Leopoldo, [S.n.], 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GENRO, Tarso. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. São Paulo: LTr, 1985.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.) *Direitos Sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada. *Tutela Coletiva*. 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. (Coord.) LUCON, Paulo Henrique dos Santos. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWN, Eric. *Os Trabalhadores*. Estudos sobre a história do operariado. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra; 2000.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1998.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Judicio de amparo e interes legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Editorial Porrúa, 2003.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas*. As ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4 edição. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

MORALES, Cláudio Rodrigues. *Manual prático do sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1999.

MOREIRA DA CRUZ, G. A crise do estado-providência de Pierre Rosanvallon. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, América do Sul, n. 18, v. 3, agosto de 2007.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado*. Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 31, p. 224-232, 1983.

OLMEDA, Araceli Manón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*. Analogia e interpretación el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Madrid: Grupo Difusion, 2007.

PAINE, Thomas. *Senso comum*. Porto Alegre: Lpm-Poket, 2009.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joans. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo I. 2 ed. São Paulo: RT, 1998.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio (Org.). Apud: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Garantia Constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; André Copetti. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *La pretension procesal y La tutela judicial efectiva*. Hacia uma teoria procesal Del derecho. Barcelona: J.M.Bosch, 2004.

\_\_\_\_\_. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. *Revista da Ajuris*, n. 114, jun. 2009, p. 91-103.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTR, 2000.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: Antinomias Constitucionais. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 65, n. 3, março/2001.

\_\_\_\_\_. *Trabalho & Processo*. Revista Jurídica Trimestral. Número 5. São Paulo: Saraiva, Jun, p. 77-81, 1995.

ROSANVALLON. Pierre. *A crise do estado providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora UFG, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Contrato Social. In: *Do contrato social*. Princípios do direito político. Trad Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor In: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SALDANHA, J. M. L. *Cooperação jurisdicional*. Reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez: 2006.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: Ltr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição*. Reflexos na prestação jurisdicional do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

STRECK. Lenio Luiz *Verdade e Consenso*. Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica (Jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. São Leopoldo: 1999.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STURMER, Gilberto. *A liberdade sindical na constituição da república federativa do Brasil de 1988 e sua relação à Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de direito do trabalho*. 22 edição. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO. Manoel Antonio. A justiça do trabalho e a emenda constitucional 45/2004. *Revista Ltr*. São Paulo: Ltr, n. 69, v. 1. 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia*. Trad. Guilherme J. F. Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

TROCKER, Nicolo. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1974.

TUROS COUTO. Guadalupe Louro. O processo coletivo como instrumento de transformação da realidade social dos trabalhadores e o código brasileiro de processos coletivos. In: *O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Associação nacional dos Procuradores do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. v. I. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIAL, Sandra Regina. *Políticas públicas de combate à violência: uma análise a partir do direito fraterno*. Material cedido pela autora.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006.