

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS – GRADUAÇÃO**

RODRIGO FERNANDES DE OLIVEIRA

**A TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA PELA
ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL**

Porto Alegre, 2016

RODRIGO FERNANDES DE OLIVEIRA

**A TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA PELA
ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dornelles

Porto Alegre, 2016

RODRIGO FERNANDES DE OLIVEIRA

A DEFESA COLETIVA DE DIREITOS PELA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito.

Aprovado em: abril de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dornelles

Professor examinador

Professor examinador

Professor examinador

Dedico este trabalho, acima de tudo, a Deus, e à minha esposa Camila, pela compreensão e força nos momentos mais difíceis do desenvolvimento deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação contou com a contribuição de inúmeras pessoas, sem as quais este trabalho não teria alcançado seus objetivos.

Dentre os colaboradores para a execução desta dissertação, começo por agradecer a meu orientador Leandro Dornelles, incansável e atencioso mestre na condução de todo o processo de realização deste trabalho.

Quero também deixar a gratidão ao professor Eduardo Scarparo, conquanto não tenha sido oficialmente meu orientador, contribuiu sobremaneira para a realização desta dissertação, mediante ponderações, questionamentos e indicações de bibliografias.

Agradeço também às minhas primeiras professoras de direito sindical e processual coletivo, Camila Azevedo e Fernanda Moralles, advogadas de vanguarda na atuação e defesa dos direitos dos sindicatos e seus trabalhadores.

Deixo registrado, de igual forma, minha gratidão à advogada e estudiosa do direito coletivo laboral Raquel Paese, pelo empréstimo de importante doutrina, bem como por seu imprescindível estudo dos sindicatos e a suas atuações na negociação coletiva, sem o qual esta dissertação não teria conseguido aclarar o contexto e a situação de fragilidade dos sindicatos.

Como não poderia deixar de constar, agradeço a todos os meus colegas de trabalho, todos advogados de calibre, que em todo percurso do mestrado concederam incentivo, compreensão e tranquilidade para que todas as etapas deste estudo fossem cumpridas. Se o mestrado mostrou-me o caminho para obter as respostas, o escritório Paese, Ferreira & Advogados Associados deu-me as perguntas, que muitas vezes se mostraram mais importantes que as respostas.

Minha gratidão incomensurável à minha mãe, que sempre apontou o estudo como o caminho para a verdadeira libertação do ser humano. A entrada no mestrado, desta forma, muito se deveu aos incentivos de minha mãe, que, para além do efeito libertador da busca do conhecimento, entende que este também é o caminho para obtenção de um mundo mais justo e fraterno.

Minha segunda mãe, Loide Dorneles, não poderia deixar de figurar nestes agradecimentos. Se a minha mãe pôde conceder aos seus filhos todos os meios para a busca do saber, muito disto se deu em razão da existência da Loide, que com

afeto e carinho doou parte de sua vida para cuidar de mim e de meu irmão Guilherme.

Pelo exemplo de homem e de incansável lutador pelo Estado Democrático de Direito, agradeço a meu pai. Se os entes coletivos representantes dos trabalhadores têm como objetivo lutar por mais direitos, mediante uma negociação mais justa com os empregadores, meu pai é a personificação deste desiderato.

Ao meu irmão, o agradecimento por me ensinar mediante seu ofício como buscar o conhecimento e a informação da forma mais ampla e democrática possível, aspectos estes sempre tidos como norte no presente trabalho.

Ao meu padrao Sérgio Pereira, a gratidão pelo exemplo enquanto estudioso do direito e Magistrado defensor dos direitos e garantias individuais do ser humano, qualidades estas que este estudo sempre visou a ter como fim.

Ao meu avô Joaquim, que em todo curso da sua vida vislumbrou nos estudos um instrumento para a elevação do espírito humano, bem como de inserção digna do ser humano na sociedade.

Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor, mas lutamos para que o melhor fosse feito. Não somos o que deveríamos ser, não somos o que iremos ser. Mas Graças a Deus, não somos o que éramos.

(Martin Luther King)

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a tutela judicial de direitos de defesa coletiva pela associação profissional. Com a crise de representatividade dos sindicatos, passou-se a discutir a necessidade de robustecer de forma concorrente e não excludente a legitimidade ativa das associações, de forma não colidente e excludente à atuação sindical na esfera judicial. Para a análise do tema proposto, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo versa sobre a crise do sindicalismo e as respostas dadas para explicar tal situação. O segundo capítulo esmiúça o que se entende por associação profissional a partir de sua evolução e previsão legal na CLT em confronto com a Constituição Federal de 1988. O terceiro capítulo versa sobre os direitos de defesa coletiva, de maneira a analisar detidamente os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. O quarto e último capítulo versa sobre a atuação judicial das associações profissionais na defesa de direitos de defesa coletiva, nesta análise é estudada a legitimidade ativa, a definição e atuação dos corpos intermediários, para a partir daí adentrar em específico na defesa judicial de direitos de defesa coletiva pela associação. Por fim, enfrenta-se o que se entende por autorização expressa.

Palavras-chave: Tutela Judicial. Defesa Coletiva. Associação Profissional.

ABSTRACT

It is a study on the legal protection of collective defense rights by the professional association. With the crisis of representation of trade unions, went to discuss the need to strengthen concurrently and not excluding the active legitimacy of professional associations, not colliding and exclusionary form of union action in court. For the analysis of the theme, the work was divided into four chapters. The first chapter deals with the crisis of unionism and the answers given to explain this situation. The second chapter scrutinizes what is meant by professional association from its evolution and legal provisions in the Labor Code in conflict with the Federal Constitution of 1988. The third chapter deals with the rights of collective defense, in order to carefully analyze the diffuse rights, collective and individual homogeneous strict sense. The fourth and final chapter deals with the judicial role of professional associations in defense of collective defense rights in this analysis is studied the active legitimacy, the definition and role of intermediary bodies, for from there enter in particular the legal defense of rights collective defense by the association. Finally, it faces what is meant by permission.

Keywords: Judicial Trusteeship. Collective defense. Professional Association.

LISTA DA SIGLAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LA – Lei da Ação Popular

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

MSC – Mandado de Segurança Coletivo

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SINDICALISMO BRASILEIRO | 17 |
| 2.1 BREVE PROLEGÔMENO DO SINDICALISMO BRASILEIRO | 17 |
| 2.2 DA ATUAL CONJUNTURA GLOBAL DO SINDICALISMO..... | 22 |
| 2.3 O QUADRO DOS SINDICATOS BRASILEIROS | 24 |
| 2.4 AS CAUSAS DA ATROFIA DO SINDICALISMO BRASILEIRO..... | 26 |
| 2.4.1 O excesso de leis trabalhistas de direito material e o respectivo engessamento das atividades sindicais de negociação coletiva | 27 |
| 2.4.2 O sindicato como representante da categoria e a necessidade se criar um sindicalismo por empresa | 31 |
| 2.4.3 O modelo corporativo como propulsor da fragilidade dos sindicatos | 33 |
| 2.4.4 O intervencionismo estatal como elemento central da atrofia dos sindicatos | 37 |
| 2.5 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NO CONTEXTO DE FRAGILIDADE DOS SINDICATOS | 38 |
| 3 ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS | 40 |
| 3.1 ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS ENQUANTO GRUPOS SOCIAIS | 40 |
| 3.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS | 42 |
| 3.3 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO..... | 50 |
| 3.4 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 53 |
| 3.5 A ASSOCIAÇÃO CIVIL | 54 |
| 3.6 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL QUE EMERGE DO COTEJO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002 | 57 |
| 3.7 O DIREITO PORTUGUÊS COMO SUBSÍDIO PARA A DEFINIÇÃO DA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL | 59 |
| 4 OS DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS | 65 |
| 4.1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS | 65 |
| 4.2 DIREITOS E INTERESSES | 69 |
| 4.3 INTERESSES PRIVADOS E INTERESSES PÚBLICOS..... | 71 |

| | |
|--|------------|
| 4.4 OS INTERESSES COLETIVOS <i>LATO SENSO</i> | 73 |
| 4.4.1 Interesses coletivos como institutos de direito material | 75 |
| 4.4.2 O código de defesa do consumidor e a categorização dos interesses coletivos | 77 |
| 4.4.3 Interesses difusos | 79 |
| 4.4.4 Interesses coletivos <i>stricto senso</i> | 81 |
| 4.4.5 Direitos individuais homogêneos..... | 84 |
| 4.4.6 Situações heterogêneas..... | 91 |
| 5 A TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA PELA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL | 94 |
| 5.1 CONCEITO CLÁSSICO DE LEGITIMIDADE | 94 |
| 5.2 A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO CLÁSSICO DE LEGITIMIDADE PARA A ANÁLISE DA TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA..... | 97 |
| 5.3 CORPOS INTERMEDIÁRIOS..... | 100 |
| 5.4 LEGITIMADOS ATIVOS PARA A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS | 102 |
| 5.4.1 A legitimação ativa da associação na lei da ação civil pública | 102 |
| 5.4.2 A legitimação ativa da associação na constituição federal | 105 |
| 5.4.3 A legitimação ativa da associação no código de defesa do consumidor | 107 |
| 5.5 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS..... | 110 |
| 5.5.1 A tutela coletiva de direitos coletivos nos estados unidos e a representação adequada..... | 110 |
| 5.5.2 A representação adequada na tutela coletiva de direitos no brasil .. | 119 |
| 5.6 OS REQUISITOS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES | 124 |
| 5.6.1 A análise dos requisitos da associação civil à luz do microssistema processual..... | 125 |
| 5.6.2 Finalidade institucional e pertinência temática..... | 128 |
| 5.6.3 A autorização dos substituídos..... | 129 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 147 |
| REFERÊNCIAS..... | 151 |

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da crise do petróleo e o desgaste do modelo de estado do bem-estar social, o movimento sindical mundial, na década de 1980, passou por uma severa crise das taxas de sindicalização. Na tentativa de tentar explicar este fenômeno, apontou-se que os sindicatos não teriam conseguido se adaptar às mudanças no modo fabril de produção e os respectivos impactos da alteração deste nas relações de emprego.

Partindo-se do contexto europeu, passou-se à análise dos motivos da formação de sindicatos frágeis no Brasil, erigidos pela CLT como representantes de determinada categoria profissional, mas com baixas taxas de filiação e representatividade desta nas atividades e lutas travadas pelo sindicato. Neste contexto, alocou-se o movimento sindical brasileiro sobre a mesma perspectiva da crise vivida nos países capitalistas avançados.

Ao equiparar a crise do sindicalismo global com a situação dos sindicatos brasileiros, as mesmas respostas conferidas à realidade dos países capitalistas avançados, com especial destaque os europeus, foram trasladadas para a análise do sindicalismo do Brasil, sem se atentar para o importante fato que os sindicatos brasileiros nunca viveram um momento de apogeu com uma subsequente crise.

Partindo desta premissa, verificou-se que a análise da fragilidade dos sindicatos brasileiros passa muito mais por um estudo dos motivos que contribuíram para atrofia do sindicalismo brasileiro do que por um exame comparativo das razões que levaram às quedas das taxas de sindicalização na Europa.

Contudo, sem perder o norte da importância de se enfrentar as razões que contribuíram para a fragilidade dos sindicatos brasileiros, o presente trabalho estudará de que forma os trabalhadores podem, para além dos sindicatos, buscar salvaguardar seus direitos, sem que para tanto os sindicatos tenham seus deveres e prerrogativas aviltados.

Dentro deste contexto, o vertente estudo visa a analisar a associação profissional sob a perspectiva de sua atuação judicial na tutela de direitos de defesa coletiva, de maneira a estudar o que se entende por associação profissional, quais direitos estão sob sua alçada de defesa, de que forma se dá a sua atuação em juízo na tutela dos direitos dos seus membros, para ao fim responder o que se entende e

qual a extensão da disposição constitucional *expressamente autorizada* prevista no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal.

A escolha do objeto de pesquisa acima descrito se deu com amparo na carência de estudos acerca da atuação judicial da associação profissional, bem como à pouca precisão com que este tema tem sido enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência. Neste sentido, verifica-se a importância e a necessidade de um estudo mais detido sobre o que se entende pela disposição constitucional *expressamente autorizada*, e sua respectiva repercussão na ação das associações profissionais em juízo

Para atender ao objetivo proposto, o vertente estudo valer-se-á do método dedutivo e monográfico, bem como adotará como técnica de pesquisa a documentação indireta, através da pesquisa documental e bibliográfica. Partindo desta metodologia, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo terá como objeto a análise do sindicalismo global e a fragilidade dos sindicatos brasileiros, sem a perspectiva, contudo, de esgotar o tema, mas sim de conferir elementos básicos à compreensão do papel das associações profissionais na defesa de direitos coletivos. Neste enfoque, far-se-á um comparativo com a realidade sindical dos países de capitalismo avançado com o contexto brasileiro. Feita a distinção entre a realidade global e a brasileira passa-se à análise dos motivos que teriam levado à fragilidade dos sindicatos no Brasil, de maneira a centrar e concentrar o foco em quatro respostas dadas de forma mais iterativa pela doutrina como responsáveis pelo débil quadro dos sindicatos.

A primeira resposta aduzida para esclarecer a fragilidade do sindicalismo brasileiro será aquela que atribui o engessamento dos sindicatos ao excesso de leis imperativas regendo as relações de emprego de maneira a obstar o desenvolvimento de frutíferas e profícuas negociações coletivas. Sob esta perspectiva a prerrogativa dos sindicatos contratarem coletivamente, com o fito de agregar mais direitos aos trabalhadores, estaria obstada por uma excessiva normatização por parte do legislador das relações de emprego.

A segunda linha argumentativa trazida à baila será a que atribui a fragilidade dos sindicatos ao fato destes serem representantes da categoria e em razão disso distantes da realidade dos trabalhadores em seus locais de trabalho. Sob a ótica desta corrente, os sindicatos seriam fracos porquanto não estruturados por

empresas, e em razão disso desconectados com a realidade específica dos trabalhadores.

A terceira corrente a ser enfrentada será aquela que atribui a debilidade dos sindicatos no Brasil ao modelo corporativo. Ou seja, o engessamento dos sindicatos decorreria do modelo corporativo da CLT que consagrou a unicidade sindical, o sindicato estruturado com base na categoria e a contribuição sindical compulsória, tornando as agremiações sindicais acomodadas e pouco propensas à busca por mais filiados e a uma luta mais intensa.

A quarta resposta a ser examinada será aquela que atribui as dificuldades de desenvolvimento ao excessivo intervencionismo estatal. Esta corrente parte da premissa que o Estado intervém de forma desarrazoada nos sindicatos, que se encontrariam espremidos pela intervenção estatal e por um conjunto de normas que tolheriam seu direito de autodeterminação

A partir das respostas acima vertidas, fara-se um cotejo destas com as associações profissionais, de maneira a esclarecer como estas podem, de forma concorrente e não excludente, contribuir para uma melhor defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores. Este capítulo, desta forma, não tem como objetivo um estudo aprofundado da liberdade sindical e a crise do sindicato, mas sim uma análise básica e necessária da situação frágil do sindicalismo brasileiro, seguida das respostas dadas para esclarecer este quadro dos sindicatos.

O segundo capítulo, à sua vez, enfrentará em específico o que se entende por associação profissional. Para tanto, será feita uma breve análise da associação enquanto grupo social, formado pela reunião de indivíduos unidos pela existência de um laço psicológico comum, que torna o grupo social íntegro e coeso.

Definido o que se entende por grupo social, passa-se ao estudo da evolução das associações profissionais no Brasil, a partir do exame de sua inserção na legislação brasileira até o advento da CLT. Feito este exame, será analisada a associação profissional no contexto da norma consolidada e o seu papel na constituição e formação dos sindicatos.

Tendo em conta o novo tratamento dado às associações e aos sindicatos na Constituição Federal, efetuara-se um estudo da associação profissional no novo contexto constitucional, de maneira a aclarar qual a definição, prerrogativas e deveres recaíram sobre as associações profissionais com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesta sequência cronológica, a associação objeto de estudo será examinada à luz do Código Civil de 2002, que deu novo regramento às associações civis. Em sequência efetuara-se a análise conjunta dos dispositivos não revogados da CLT, da Constituição Federal e do novo Código Civil. Ponderado que o cotejo destes três diplomas não se mostra suficiente para definir o que se entende por associação profissional, o vertente trabalho adentrará no estudo do conceito dado aos sindicatos portugueses, para a partir daí traçar uma definição do que se entende pela associação profissional que este trabalho enfrentou.

Definido o que se entende por associação profissional, o terceiro capítulo adentrará no estudo dos interesses e direitos em espécie defendidos pelas associações. Para atingir este desiderato serão analisados o surgimento e a evolução dos direitos coletivos no século XX. Neste estudo, será feita a diferenciação entre interesses e direitos, bem como enfrentada a insuficiência da divisão dos direitos em públicos e privados.

Feita esta análise introdutória passara-se ao exame dos direitos coletivos *lato senso* e a sua subsunção enquanto institutos de direito material. Passada esta parte prefacial, passa-se ao estudo dos direitos de defesa coletiva em espécie. Neste sentido, analisara-se a categorização feita pelo Código de Defesa do Consumidor e os direitos difusos, coletivos *stricto senso* e individuais homogêneos constantes na codificação consumerista.

O quarto e último capítulo, por fim, adentrará no estudo da tutela judicial de direitos de defesa coletiva. Para o enfrentamento deste objeto, o capítulo final inicia com a análise da legitimidade, o seu conceito clássico e a sua insuficiência para enfrentar o fenômeno do processo coletivo. Em um segundo momento adentra-se no exame dos corpos intermediários e o seu papel na defesa dos direitos defesa coletiva.

No contexto dos corpos intermediários, passa-se ao estudo específico das associações profissionais e a legitimidade conferida a estas pela Lei da Ação Civil Pública, Constituição Federal e Código de Defesa do Consumidor.

A segunda parte do capítulo adentra no exame do recente posicionamento do STF acerca dos requisitos para a associação defender em juízo os direitos e interesses de seus membros, focando com maior profundidade o requisito da autorização expressa disposto na Constituição Federal, de maneira a aclarar qual a extensão e medida que o constituinte quis dar a expressão expressamente

autorizada, para a partir daí analisar como a autorização expressa deve ser interpretada sob a perspectiva da associação profissional e qual o impacto do entendimento de que a autorização dos associados deve ser individual sobre a associação.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SINDICALISMO BRASILEIRO

Estudar a tutela de direitos de defesa coletiva pela associação profissional é tarefa que carece do diagnóstico do atual quadro dos sindicatos e a respectiva baixa representatividade destes.

Sem a pretensão de esgotar as causas que ensejaram a formação da frágil situação atualmente vivida por grande parte dos sindicatos, o vertente capítulo fará uma breve análise do sistema sindical vigente no Brasil, bem como as razões apontadas de forma mais iterativa pela doutrina como causas da atrofia dos sindicatos, para, ao fim, estudar de que forma as associações profissionais se inserem neste cenário.

Não se trata de traçar um quadro de crise, para ao fim propor a relegação e substituição dos sindicatos pelas associações profissionais, mas sim, a partir do atual contexto sindical, estudar como estas associações podem contribuir, de forma concorrente e não excludente, na tutela dos direitos de defesa coletiva.

2.1 BREVE PROLEGÔMENO DO SINDICALISMO BRASILEIRO

A existência de uma sociedade baseada no trabalho escravo impediu que o Brasil acompanhasse o desenvolvimento de uma classe sindical nos moldes daquela que vinha se formando na Europa que emergia da Revolução Industrial. Centrada na agricultura e na extração de minérios, a sociedade brasileira escravocrata era dotada de poucas atividades afetas ao desenvolvimento de trabalho passível de organização sindical. Neste contexto histórico sequer amparo legal havia para a formação de associações.

Com a promulgação da Constituição de 1891 o direito à associação foi expressamente disposto no § 8º do art. 72, que assim dispunha: *A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.* Em que pese o direito à sindicalização não tenha encontrado guarida constitucional, o direito à associação corroborou para a formação dos primeiros movimentos constitutivos do sindicalismo brasileiro.

Neste contexto constitucional, o Brasil sofria um grande revés em sua economia cafeeira que passava a trasladar os investimentos antes aportados na agricultura para a indústria, movimento econômico que pavimentou o caminho para

a criação de um ambiente mais propício ao surgimento dos sindicatos. Juntamente com os investimentos na indústria, o país vivia um período de urbanização, consoante aponta Santos:

Nesse período, deslocou-se o centro econômico do país para o Sudeste, uma vez que, com a expansão da cultura cafeeira e as crises de superprodução, os investidores passaram a aplicar seus lucros na indústria. Iniciou-se um grande processo de urbanização e industrialização, com o paulatino crescimento dos transportes, acumulação de capitais e recursos humanos; este último acentuado pelo grande número de pessoas que migravam dos campos para a cidade.¹

Somada a estas alterações, começavam a chegar ao país trabalhadores imigrantes europeus. Estes obreiros traziam consigo, além da sua força de trabalho, as ideias socialistas e anarquistas em efervescência na Europa que emergiu das revoluções industriais. Neste cenário, foi realizado, em 1906, o primeiro congresso operário, no qual foram apresentadas propostas de enfrentamento à classe patronal, bem como defesa dos direitos dos trabalhadores, todas ideias fortemente harmonizadas com o ideal anarquista e reformista disseminado nos países industrializados do Velho Continente. Coabitavam, neste contexto histórico, sociedades de socorro mútuo, associações de finalidades diversas, sociedades de resistência, ligas operárias, união de trabalhadores e sociedades cooperativas.

Os sindicatos só vieram a encontrar anteparo normativo com a edição do Decreto 979, de 1903. A atividade sindical positivada, contudo, estava adstrita aos trabalhadores rurais. Em 1907, por intermédio do Decreto 1.637, o direito de sindicalização foi ampliado para o efeito de alcançar os trabalhadores rurais e urbanos.

Com o advento da Revolução de 1930, a organização sindical ganhou contornos precisos, consoante analisado com maior minúcia no capítulo seguinte. Surgia, neste quadro histórico, o sindicalismo corporativo e intervencionista. Modelo este consagrado na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, doravante também designada de CLT. Referido diploma, em síntese, no que atine aos entes coletivos

¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2014, p. 45.

laborais, assentou o regime da unicidade sindical e da pluralidade associativa profissional.

O sindicalismo brasileiro, advindo da CLT, manteve fortes nuances de intervencionismo estatal. A unicidade sindical decorrente de lei, o conceito rígido de categoria profissional ou econômica, o sistema de enquadramento sindical, a contribuição sindical compulsória, o reconhecimento do sindicato pelo Estado mediante o preenchimento de determinados pré-requisitos, as limitações do exercício do direito de greve, o desprestígio da negociação coletiva e a representação classista na Justiça do Trabalho são todas notas que marcaram o modelo sindical brasileiro do período compreendido entre a edição CLT até a promulgação da Constituição Federal de 1988².

Todas estas características assinalam a existência, no período de vigência da CLT anterior à Magna Carta de 1988, de um sindicato atrelado ao Estado, bem como desprovido de quaisquer elementos que apontassem para uma mínima liberdade de atuação e gestão. Esses aspectos que atravessaram a estrutura sindical, soçobraram, em parte, diante da Constituição Federal de 1988, que nasceu com o anseio de formar um sistema sindical mais livre. Neste quadro, a Constituição Federal de 1988 assentou as seguintes diretrizes em relação aos sindicatos:

- a) estímulo às negociações coletivas;
- b) autonomia sindical, não obstada pela intervenção estatal;
- c) garantia de amplo exercício, porém não ilimitado, do direito de greve;
- d) legitimidade ativa aos sindicatos para propor ações diretas de inconstitucionalidade no STF;
- e) manutenção da unicidade sindical, ainda que tenha consagrado a liberdade sindical³;
- f) reafirmação a instituição da representação classista, criada na CLT, em todas as instâncias da Justiça do Trabalho;
- g) prerrogativa de fixar contribuições, mediante decisão assemblear.

² TEIXEIRA FILHO, João de Lima; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Intervenção e autonomia nas relações coletivas de trabalho no Brasil. In: URIARTE, O. E. (org.). **Intervencion y autonomia em las relaciones colectivas de trabajo**. Fundación de Cultura Universitária.

³ Neste sentido esclarece Delgado: A Constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democracia do sistema sindical brasileiro, mas sem concluir o processo. Na verdade, construiu certo sincretismo de regras, com o afastamento de alguns dos traços mais marcantes do velho modelo, preservando, porém outras características, notáveis de sua antiga matriz (DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 71).

O modelo sindical erigido no bojo da Constituição Federal de 1988, carece, contudo, de coerência inequívoca, tendo em conta que derroga de forma parcial as normas da CLT que regiam o regime sindical corporativo, fazendo estas coabitar de forma incongruente com a liberdade sindical⁴. Neste aspecto, relevante destacar o que se entende por liberdade sindical, com base no conceito perfeitamente elaborado por Stürmer:

direito dos trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação da base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.⁵

O conceito talhado por Stürmer, todavia, não se encaixa perfeitamente à liberdade sindical⁶ disposta na Constituição Federal de 1988, como podemos verificar, à guisa meramente exemplificativa, na consagração da liberdade sindical com a manutenção da unicidade sindical lastreada no rígido conceito de categoria⁷. Ou seja, tentou-se conciliar o velho sindicalismo previsto na Consolidação das Leis do Trabalho com a liberdade sindical.

A fragilidade do conceito e da extensão da liberdade sindical prevista na Constituição Federal pode ser visualizada nas Convenções 87 e 98 da OIT, que de

⁴ Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Teixeira, no sentido que: “a liberdade sindical, em termos de geometria jurídica, é um triângulo. Ele existe, na plenitude de seu conceito, apenas quando se encontram, tocando-se nas suas extremidades, três princípios essenciais: sindicalização livre, não sindicalização obrigatória; autonomia sindical, não dirigismo sindical; pluralidade sindical, não unicidade sindical” (TEIXEIRA, João Régis Fassebender. **Introdução ao direito sindical: aspectos de alguns problemas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 144).

⁵ STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶ Liberdade sindical esta entendida como aquela defendida por Avilés nestes termos: Neste sentido, em caráter introdutório, traz-se o conceito de Liberdade Sindical de Avilés: La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales o afiliarse a las mismas (AVILÉS, Antonio Ojeda. **Compendio de derecho sindical**. 3. ed. Madri: Tecnos: 2014, p. 46).

⁷ A Constituição Federal desta forma não prestigiou, de igual forma, a proteção da liberdade sindical negativa, assim descrita por Giugni como a liberdade do trabalhador em não se filiar a nenhuma organização sindical (GIUGNI, Gino. **Direito Sindical**. São Paulo: LTR, 1991, p. 31).

forma clara vedam a unicidade sindical, de maneira a garantir de forma restrita o direito de o trabalhador fundar sindicatos, bem como filiar-se a estas organizações, conforme dispõe o art. 2º da Convenção 87 da OIT:

Os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que estimem convenientes, assim como o de filiar-se a estas organizações, com a única condição de observar os estatutos das mesmas.⁸

A Convenção nº 87 não foi, contudo, ratificada pelo Brasil, tendo em conta que colidente com: a) o sistema sindical ancorado na categoria profissional; b) a contribuição sindical compulsória; c) a unicidade sindical que impede os trabalhadores de fundarem livremente seus sindicatos, bem como filiar-se a estas organizações. Ou seja, os preceitos contidos na Convenção nº 87 da OIT encontram-se em situação de confronto direto com o inciso II do art. 8º da Constituição Federal, que de forma expressa vedou: “a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial”⁹.

No mesmo sentido, encontra-se a Convenção em tela dissonante com o disposto no art. 516 da CLT *“Não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial”*. A ratificação e a promulgação da convenção nº 87 pelo Brasil, desta forma, carecem de emenda à Constituição que efetivamente garanta a plena liberdade sindical e conseqüente revogação do art. 516 da CLT.

Assim, desta tentativa de coabitação forçada entre o velho sindicalismo nascido no berço da CLT com a liberdade sindical assentada no novo texto constitucional, acabou-se por manter parcialmente a delimitação e a regulação exaustiva dos sindicatos que a CLT previa, de maneira a engessar o desenvolvimento destes. A existência de entes sindicais autônomos regidos por

⁸ Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao087.pdf> Acesso em 03.03.2016.

⁹ Comentando o entendimento consolidado da OIT acerca da liberdade sindical, aduz Laimer: A liberdade sindical é contemplada pela referida declaração e identifica-se com a livre opção de auto-organização dos empregados e empregadores por meios sindicais. Essa possibilidade foi reconhecida inclusive como direito fundamental do homem, ao ser absorvida pela Declaração Universal de Direitos do Homem, aprovada por meio da Resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, art. 23, inciso 4, que assim dispôs: “Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses. LAIMER, Adriano Guedes. **O novo papel dos sindicatos**. São Paulo: LTR, 2003, p. 59.

normas de cunho heterônimo, que regulam no detalhe a atividade sindical, formou um modelo de sindicato atrofiado, desprovido de elementos que fomentassem o seu crescimento, motivo que alocou o movimento sindical brasileiro para o contexto mundial da crise vivida no sindicalismo dos países capitalistas ocidentais, consoante a seguir enfrentado.

2.2 DA ATUAL CONJUNTURA GLOBAL DO SINDICALISMO

Os países industrializados ocidentais, a partir da década de 1980, passaram por um movimento de severa crise de diminuição das taxas de sindicalização, consoante aponta Antunes:

A Europa Ocidental em seu conjunto, excluída a Espanha, Portugal e Grécia, reduziu de 41% em 1980 para 34% em 1989. Incorporando-se àqueles três países citados, as taxas seriam ainda menores. Pode-se lembrar, o Japão, cuja taxa caiu de 30% para 25%, no mesmo período, e os Estados Unidos, cuja redução foi de 23% para 16% (Visser, 1993, p. 18-19) Na Espanha, França, Grã-Bretanha, Países Baixos e, em menor medida, na Itália, Irlanda, Grécia e Portugal, houve forte queda nas taxas de sindicalização, bem como uma queda absoluta do número de membros (de que foram exemplos Espanha, França e Grã-Bretanha). Houve um ligeiro recuo, principalmente na segunda metade da década, na Bélgica, Luxemburgo, Alemanha Ocidental, Áustria e Dinamarca. Na Finlândia, Noruega e Suécia o sindicalismo viu aumentar os seus efetivos durante os anos .1980, mas uma mudança também começou a se verificar a partir de 1988 (idem, p. 19). O autor afirma ainda que um decréscimo dessa intensidade, nas taxas de sindicalização, não encontra similar em nenhum momento da história sindical do pós-guerra.¹⁰

Ao analisar os fatores que teriam desencadeado esta crise nos sindicatos, Antunes assinala que o desenvolvimento e a expansão desta teria como elemento decisivo o fosso existente entre trabalhadores “estáveis” e precarizados¹¹. Fato que, segundo o autor, reduziu fortemente o poder sindical, tendo em conta que os sindicatos sempre tiveram suas atividades voltadas aos trabalhadores estáveis. As modificações introduzidas nas relações de trabalho, desta forma, aumentaram as

¹⁰ ANTUNES. Ricardo. Adeus ao trabalho. **Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 80.

¹¹ ANTUNES. Ricardo. Adeus ao trabalho. **Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 81/82.

dificuldades dos sindicatos em aglutinar o conjunto de interesses dos trabalhadores empregados e desempregados¹².

Neste mesmo contexto, Antunes aponta para o desmoronamento do sindicalismo vertical advindo do modelo fordista¹³, calcado na categoria profissional em sua acepção corporativista¹⁴. Fato este que os sindicatos não souberam enfrentar, quedando, em razão disso, à deriva dos anseios do mundo concreto do trabalho, que clamava por um sindicato mais horizontalizado, dotado de uma abrangência maior e que privilegiasse: “*as esferas intercategoriais, interprofissionais, por um certo tipo de sindicalismo mais capacitado para aglutinar o conjunto dos trabalhadores desde os estáveis até os precários*”¹⁵.

O sindicato verticalizado formado no bojo do modelo fordista de produção não mais se afeiçoava ao contexto *toyotista* de produção, calcado no conceito de *lean production* da fábrica mínima aliado à eliminação de postos de trabalho¹⁶. Este ideário que inspirou a indústria moderna, resultou em uma acentuada desregulamentação dos direitos individuais trabalhistas, bem como aumentou a fragmentação dos trabalhadores, diante das avançadas técnicas de terceirização e precarização das condições e relações de trabalho, fatos estes que teriam forçado à interiorização dos sindicatos no cotidiano das empresas¹⁷.

A mudança no modelo de produção fordista para o modelo *toyotista* e o atraso do sindicato em trasladar-se de uma estrutura vertical para uma mais horizontal, podem atender ao desiderato de responder quais os motivos levaram à crise do

¹² POCHMANN, Márcio. **Relações de Trabalho e padrões de organização sindical no Brasil**. São Paulo: LTR, 2003, p. 23.

¹³ O modelo de produção fordista foi assim definido por Antunes: “pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário-massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões. Menos de um modelo de organização societal, que abrangeria igualmente esferas ampliadas da sociedade, compreendemos o fordismo como o processo de trabalho que, junto com o taylorismo, predominou na grande indústria capitalista ao longo deste longo século”. ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 24-25).

¹⁴ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 80.

¹⁵ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 82.

¹⁶ ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório**. São Paulo: 2011, p. 67.

¹⁷ KAUFFMAN, Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas. Sistemas de Combate e a Tutela de representações coletivas de trabalhadores**. São Paulo: LTR, 2005. p.95/96

sindicalismo europeu, contudo não se prestam para analisar na íntegra a situação do sindicalismo brasileiro.

2.3 O QUADRO DOS SINDICATOS BRASILEIROS

Tornou-se lugar comum apontar que os sindicatos brasileiros vivem momentos de crise. Esta crise tem sido apontada de forma indistinta, de modo a recair sobre todos os países de economia capitalista. Para confortar e evidenciar este estado de crise são assinalados os fortes decréscimos nas taxas de sindicalização na Europa. Ou seja, a partir da realidade específica de determinados países europeus tenta-se conformar um quadro analítico que se afeiçoe a todos os sindicatos de países de economia capitalista.

É incontroverso que os índices de sindicalização e respectivas curvas descendentes de dessindicalização apontam para o fato que na Europa os sindicatos vivem momentos de crise, vez que já viveram, no período pós-guerra, períodos de altas taxas de sindicalização. A Europa partiu, assim, de um quadro de alta sindicalização para uma situação de dessindicalização crescente, conjuntura que atrai o sindicato para um efetivo contexto de crise.

A situação brasileira é diversa. Para abrigar o Brasil sob o espectro da crise do sindicalismo europeu seria necessário apontar que em algum momento o sindicalismo brasileiro passou por momentos de exuberância, em que altas taxas de sindicalização grassavam. Este momento nunca foi observado, o que afasta do sindicalismo brasileiro a pura e simples subsunção à crise no sindicalismo vivido na Europa.

Antunes, por sua vez, em sentido oposto ao acima vertido, aduz que o Brasil passa por um momento de crise, para confortar sua afirmação traz à baila o sindicalismo da década de 1980, período cunhado pelo autor como o novo sindicalismo, assim descrito:

Diria que, na contabilização da década, seu saldo foi muito positivo. Houve um enorme movimento grevista; ocorreu uma expressiva expansão do sindicalismo dos assalariados médios e do setor de serviços; deu-se continuidade ao avanço do sindicalismo rural, em ascensão desde os anos 1970; houve o nascimento das centrais sindicais, como a central única dos trabalhadores (CUT), fundada 1983; procurou-se, ainda que de maneira insuficiente, avançar nas

tentativas de organização nos locais de trabalho, debilidade crônica do nosso movimento sindical; efetivou-se um avanço na luta pela autonomia e liberdade dos sindicatos em relação ao Estado; verificou-se um aumento do número de sindicatos, onde se sobressai a presença organizacional dos funcionários; houve aumento dos níveis de sindicalização, configurando-se um quadro nitidamente favorável para o novo sindicalismo ao longo da última década.¹⁸

O Brasil desta forma, segundo ponderou Antunes, teria passado na década de 1980 pelo apogeu dos seus sindicatos, ao contrário da Europa que, no mesmo período, amargava forte queda nas suas taxas de sindicalização. O movimento ascendente passado pelos sindicatos no Brasil encontrou seu termo, segundo o autor, no fim dos anos 1980, momento no qual o neoliberalismo teria passado a ditar os rumos do cotidiano político e econômico do país¹⁹.

Sem desconsiderar as ponderações vertidas por Antunes, não há como afirmar que, com base nos grandes acontecimentos no movimento sindical na década de 1980, os sindicatos brasileiros viveram um período de grande desenvolvimento, influência e altas taxas de sindicalização. Efetivamente, a década de 1980 ficou marcada por grandes movimentos sindicais no ABC paulista, greves com alta adesão dos trabalhadores, a criação da CUT, a possibilidade dos servidores públicos sindicalizarem-se, bem como o advento de uma nova Constituição que garantiu aos sindicatos maior liberdade de atuação²⁰.

Todas estas importantes conquistas corroboraram para que os anos 1980 ficassem marcados na história do sindicalismo brasileiro como o período que mais frutos logrou obter. Estes ganhos seguem, quase que em sua integralidade, incorporados ao patrimônio dos sindicatos e respectivos sindicalizados. Não há, todavia, como afirmar que estas conquistas conformaram um sindicato com altas taxas de filiação e conseqüente representatividade. O Brasil sempre conviveu com um movimento sindical atrelado à categoria profissional, no qual as taxas de sindicalização sempre foram baixas, forte na premissa que os efeitos advindos da atividade sindical exercida por determinado sindicato prescindem da filiação do trabalhador representado.

¹⁸ ANTUNES. Ricardo. **Adeus ao trabalho. Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 201/202.

¹⁹ ANTUNES. Ricardo. **Adeus ao trabalho. Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 202/203.

²⁰ POCHMANN. Márcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014, pag. 64.

A constatação que o Brasil passa muito mais por uma estagnação atrofica no movimento sindical do que por uma crise, é assentada com a lucidez contumaz de Uriarte, ao apreciar a situação dos sindicatos na América Latina:

Centrando el análisis en nuestra América Latina, cabría comenzar preguntando-se tiene sentido de hablar de “crisis” sindical en nuestra región, desde que la idea de crisis – aun sin ser ese su sentido etimológico -, generalmente evoca una dificultad superviente que arriesga desarticular algo que estaba funcionando más o menos razonablemente. Sin embargo, da la impresión de que en Latinoamérica – y salvo excepciones contadas -, el movimiento sindical nunca alcanzó un grado de desarrollo considerable. Por tanto, entre nosotros, mas que hablar de crisis, habría que referirse a um estado de subdesarrollo del sindicalismo.²¹

Partindo da observação assentada por Uriarte, a análise do quadro do sindicalismo brasileiro, muito mais do que uma análise comparativa-analítica da crise do sindicalismo europeu, deve estar centrada no estudo dos motivos que levaram aos sindicatos não terem se desenvolvido plenamente.

2.4 AS CAUSAS DA ATROFIA DO SINDICALISMO BRASILEIRO

Este estudo, consoante já anotado na parte introdutória, não tem o desiderato de traçar uma resposta inequívoca para o porquê das baixas taxas de filiação aos sindicatos brasileiros, tampouco pretende esgotar e expor todas os argumentos vertidos pela doutrina para tentar aclarar tal situação. Almeja-se, aqui, tão somente traçar uma pequena síntese das respostas para esta questão, de maneira a contextualizar o papel das associações profissionais neste quadro, bem como, enquanto objeto final e de fundo deste trabalho, analisar a prerrogativa constitucional destas defenderem em juízo os interesses e direitos de seus membros.

Quer defenda-se que o movimento sindical está em crise, quer diga-se que este sempre esteve em uma crise de estagnação, é consenso que os sindicatos brasileiros se encontram debilitados. Amparados no monopólio da representação da categoria, bem como financiados por intermédio de contribuição sindical compulsória, os sindicatos brasileiros vivem momentos de baixíssimas taxas de

²¹ URIARTE. Oscar Ermida. **Critica de la liberdade sindical. Convergência sindical, movimentos sociales e integracion latinoamericana** p. 65 -. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana, Valencia – Espanha. 2011.

filiação. Representam a categoria por força de lei, mas na realidade prática do sindicato pouco os trabalhadores albergados nos respectivos seguimentos profissionais interferem nos rumos da atividade sindical.

Com este cenário pairando sobre os sindicatos, emergem respostas das mais variadas latitudes. Neste mar de explicações, ideologias, inconformidades com as normas de direito material constantes na CLT e irresignações com a condução das atividades sindicais sobejam como pano de fundo a albergar os porquês da crise dos sindicatos. Condensando as análises lançadas para esclarecer este cenário, o vertente trabalho centrará foco em quatro respostas que com mais iteratividade são enfrentadas pela doutrina.

2.4.1 O excesso de leis trabalhistas de direito material e o respectivo engessamento das atividades sindicais de negociação coletiva

Afirma-se que uma das finalidades do Código de Justiniano era reunir todo o direito “em um volume que brilhasse mais que o nosso nome”, a fim de que nada ficasse fora. O direito, assim, ficaria cercado por um muro no qual em seu interior não poderiam ocorrer quaisquer antinomias, tampouco contestações dos jurisdicionados, que ante à clareza do texto legal somente restaria conformar-se às prescrições constantes na codificação²². A par destas características, o projeto de Justiniano ficou marcado como o símbolo do modelo positivista romano que veio a deitar raízes na Europa Continental e respectivas colônias. Este modelo, segundo Uriarte²³, estava previsto na lei como exclusiva fonte de produção, aplicação e interpretação do direito.

No Brasil, consoante a seguir enfrentado com mais profundidade, as normas trabalhistas encontram-se centradas na Consolidação das Leis do Trabalho, que prescreve normas de direito material individual e coletivo do trabalho, bem como processuais que regem o processo do trabalho. Editada na década de 1940, e alterada por uma série de legislações supervenientes, a CLT ficou marcada como

²² URIARTE. Oscar Ermida. **Crítica de la liberdade sindical. Convergência sindical**, movimientos sociales e integracion latinoamericana p. 65/66 -. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana, Valencia – Espanha. 2011.

²³ URIARTE. Oscar Ermida. **Crítica de la liberdade sindical. Convergência sindical**, movimientos sociales e integracion latinoamericana p. 65/66 -. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana, Valencia – Espanha. 2011.

um diploma que regulou com profundidade ímpar, em comparação aos demais diplomas vigentes à época, os direitos trabalhistas.

A CLT, desta forma, partindo de um entendimento que esta regula de forma excessiva as relações de emprego, teria se tornado uma espécie de Digesto das relações laborais.

O direito do trabalho, contudo, ademais da lei positivada pelo Estado, bebe suas fontes nas normas elaboradas pelos entes coletivos, advindas de processo autônomo de autocomposição. Este poder legiferante conferido aos autores coletivos laborais, parte da premissa que a Consolidação das Leis do Trabalho, regula um conteúdo mínimo de direitos indisponíveis, a partir do qual, mediante negociação coletiva, trabalhadores e empregadores estão autorizados a agregar mais direitos.

O mundo do trabalho que ilustrou e inspirou a edição da CLT, contudo, alterou-se sensivelmente. Enquanto à época da edição da CLT a economia dos países capitalistas estava calcada no modelo fordista, o atual contexto está centrado no modelo *toyotista*, amparado na acumulação flexível do capital, modelo no qual:

(...) as empresas são enxutas, com flexibilidade funcional e geográfica, altamente tecnológicas, produzindo apenas aquilo que o consumo demanda. E os trabalhadores, mais educados, possuem também maior flexibilidade funcional e geográfica.²⁴

A CLT erigida sob o contexto fordista de produção, desta forma, não teria acompanhado as alterações supervenientes da forma de produção e impactos desta sobre o mercado e relações de trabalho, de modo tal que estaria em descompasso com o modelo *toyotista* de produção, ancorado na flexibilidade e em estruturas enxutas de produção.

Com base na análise no momento atual de produção e o novo formato de relação laboral advindo deste, nasce a assertiva que a CLT estaria obstando o desenvolvimento de uma negociação coletiva mais robusta, e em decorrência disso a existência de um sindicato mais forte e atuante. Esta corrente de pensamento parte da premissa que o excesso de leis materiais imperativas estaria impedindo o desenvolvimento efetivo da negociação coletiva, tendo em conta que esta estaria

²⁴ PRIGMÁCIO FILHO. Eduardo. **A boa-fé nas negociações coletivas trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2011, p, 21.

amarrada por um pesado arcabouço normativo, criado para regular as mínimas questões do mundo do trabalho.

Ou seja, na existência de uma negociação coletiva fragilizada pelo peso de uma legislação excessivamente minimalista e interventora nas relações de trabalho, o desenvolvimento dos sindicatos estaria engessado e tolhido, uma vez que a prerrogativa de contratar coletivamente tem sido ao largo da história uma das principais atribuições conferida aos sindicatos.

A solução para o embotamento dos sindicatos estaria, segundo esta corrente, centrada no enxugamento das normas imperativas constantes na CLT, para que o conteúdo destas, possa ser objeto de negociação coletiva pelos entes coletivos. Ao assim proceder-se, os sindicatos assumiriam um papel de vanguarda, vez que através de sua ação poderiam agregar mais direitos aos seus representados, em consonância com as alterações e impactos que a economia gera nas relações de emprego.

Esta teoria, no contexto brasileiro, é deveras frágil. Em que pese a negociação coletiva tenha sido fator determinante, bem como de prestígio, para a conformação do sindicalismo do século XX, através do qual, fora do centralismo legiferante do Estado, os entes coletivos podem produzir normas de caráter geral e abstrato, no Brasil a contratação coletiva, de forma iterativa, tem se mostrado como um instrumento de redução de direitos.

A contratação coletiva, em regra, tem como desiderato, a agregação de direitos para além dos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. A Consolidação das Leis Trabalhistas fixa um conteúdo mínimo imperativo, e, a partir deste, os entes coletivos, mediante negociação coletiva, agregariam mais direitos. Na prática, todavia, a negociação coletiva tem se mostrado, em reiterados casos, como um instrumento redutor de direitos, para além da redução salarial prevista na Constituição Federal²⁵.

Corroborando esta assertiva, destaca-se o primoroso trabalho de Paese, no qual, a partir de uma análise de diversos instrumentos coletivos, foi observado que parte considerável das negociações coletivas têm se prestado à redução de direitos:

²⁵ Neste sentido dispõe o Inciso VI do art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Salvo raríssimas exceções, concentradas nos seguimentos de ponta do movimento sindical, os sindicatos de trabalhadores não só não conseguiram se valer das negociações coletivas para dar melhor conformação aos direitos do trabalho inscritos na CF/88, ampliar seus sentidos e definir aqueles pendentes de regulamentação como muitas vezes aceitaram inserir em acordos e convenções cláusulas em patamares reconhecidamente reducionistas, a exemplo do adicional noturno, das estabilidades provisórias da gestante e do acidentado, do adicional de insalubridade e da jornada de trabalho conforme adiante explicitado. Ou seja, ajustes que violam normas inseridas no nosso sistema legal de proteção aos trabalhadores, normas positivadas²⁶.

A negociação coletiva, conforme observado pela autora supra referida, tem se prestado, em iterativos casos, mais a reduzir direitos, do que agregar. A título exemplificativo, mediante pesquisa no Sistema Mediador do Ministério do Trabalho, a autora elenca algumas cláusulas de caráter reducionista constantes em instrumentos coletivos:

Também a título exemplificativo, vale referir algumas cláusulas inseridas em instrumentos coletivos de caráter flagrantemente reducionista: a) cláusulas que condicionam a garantia de estabilidade provisória de gestante à comunicação e/ou comprovação de situação fática em determinado prazo, b) cláusulas que reduzem o período de estabilidade do acidentado, c) cláusulas que fixam o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, d) cláusulas que ampliam jornadas especiais reduzidas de categorias e atividades que contam com previsão legal específica. Algumas inclusive, que dizem respeito a direitos constitucionais em disputa no legislativo e no judiciário.²⁷

O estudo de Paese esclarece que, mediante análise concreta de instrumentos coletivos de trabalho, a negociação coletiva tem se prestado muitas vezes a retirar direitos. Ou seja, não há como se asseverar inequivocamente que a subtração de normas imperativas da CLT, robusteceria a negociação coletiva e em razão disso o próprio sindicalismo, que passaria a possuir um efetivo instrumento de tutela e defesa dos direitos dos trabalhadores, que o trasladaria para um quadro de luzes e vanguarda.

²⁶ PAESE, Raquel. A Constituição Brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho. HORN. C.H. COTANDA. F.C. (org.) Relações de trabalho no mundo contemporâneo ensaios multidisciplinares. p. 241-242

²⁷ PAESE, Raquel. A Constituição Brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho. p. 242-243. Relações de trabalho no mundo contemporâneo ensaios multidisciplinares. Organizadores: Carlos Henrique Horn e Fernando Colombo Cotanda.

Se com o arcabouço normativo constante na CLT já há a celebração de instrumentos coletivos de caráter reducionista, a tendência é que, com menos normas trabalhistas imperativas, a fragilização dos direitos seja ainda maior, constatação que derroga a afirmação que uma menor existência de normas indisponíveis levaria a uma negociação coletiva mais robusta e em razão disso um sindicato mais forte e atuante.

2.4.2 O sindicato como representante da categoria e a necessidade se criar um sindicalismo por empresa

Uma segunda corrente, também partindo de uma análise da migração do modelo fordista para o *toyotista*, assenta que a fragilidade vivida pelos sindicatos se deve ao fato de estes estarem longe dos locais do trabalho, vez que atuam enquanto representantes da categoria e por isso distantes das demandas surgidas no “chão das fábricas”. É que, em razão da transformação do modelo de produção fabril fordista para o *toyotista*, os sindicatos, ao não acompanhar este movimento, teriam agravado sua débil situação, conforme aponta Kauffmann:

Em sequência às mazelas de uma legislação, no específico caso brasileiro, de cunho corporativista, que já vinha restringindo, ao máximo, a atuação sindical, o toyotismo, com as técnicas desenvolvidas de horizontalização da empresa, de formação de um pessoal altamente qualificado nos centros decisórios das empresas e com uma periferia razoável de pequenas empresas em torno das grandes (keiretsu), especializadas em diversos trechos da linha produtiva, - enquanto, nos centros decisórios, os trabalhadores passavam a desenvolver os atributos da polivalência e do trabalho em células de produção – desencadeou a fragmentação do conceito de solidariedade de classe operária, o que acabou por inibir, mais ainda, a atuação sindical em sua representação por categoria no sistema de unicidade sindical brasileiro.²⁸

A crítica de Kauffman está centrada na inadequação do sindicalismo lastreado na categoria com o atual contexto econômico mundial, no qual as empresas estariam estruturadas de forma horizontal, de maneira a demandar uma intervenção da representação dos trabalhadores mais focada no mundo interno das empresas, conforme esclarece o autor:

²⁸ KAUFFMAN. Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas.** Sistemas de Combate e a Tutela de representações coletivas de trabalhadores. São Paulo: LTR, 2005. p. 59.

A internalização da estrutura sindical no âmbito das empresas constituiria um primeiro passo em prol de uma almejada horizontalização da organização, mais adequada para conter os avanços do capital, apta a, de forma preventiva, interferir no aumento, ou decréscimo como se entende e se pretende, interferir no aumento, dos desempregados e do mercado informal de trabalho. É que com a intensificação, agora já dentro de uma política legislativa, positiva, de fortalecimento dessa horizontalização sindical por intermédio de garantias (bem como a obrigatoriedade da presença, como a estabilidade no emprego, concedida aos delegados sindicais e aos representantes integrantes de seções sindicais, poderá o sindicato melhor conduzir as novas funções que dele se esperam, como o trato de questões internas, do cotidiano do trabalhador no local de trabalho, pertinentes à saúde, educação, previdência, lazer, qualidade de vida no local de trabalho, medicina no trabalho, delimitação e atribuição de tarefas a trabalhadores, controle sobre as interferências nos postos de trabalho, sobre a organização hierárquica, sobre as dispensas (em substituição às antigas e tradicionais funções de luta por melhores salários e diminuição da jornada de trabalho), bem mais próximas às necessidades das bases obreiras.²⁹

A argumentação vertida por Kauffman caminha no sentido que quanto mais próxima a atividade sindical do trabalhador, mais atuante e robusta esta será. Assim, em que pese os sindicatos brasileiros contem com representantes e delegados inseridos no seio das empresas, somente com o surgimento de uma agremiação sindical por empresa, o sindicalismo poderia passar a ostentar melhores índices de sindicalização e conseqüente representatividade.

O entendimento de Kauffman encontra óbices nas linhas mais elementares que guiam o direito individual e coletivo do trabalho. A principal função do direito do trabalho é proteger o trabalhador, tendo como premissa a desigualdade existente entre empregadores e trabalhadores. Para atender ao desiderato de equacionar esta débil relação, o princípio da igualdade é aplicado de forma a equiparar as posições entre obreiros e empresários.

Neste contexto, o sindicato surge como instrumento de concentração das forças dos trabalhadores, de maneira a conferir a estes condições mais igualitárias de negociação com os empresários. Para tanto, é necessário um sindicato forte que, com a soma das forças de seus membros, possa fazer frente aos interesses empresariais.

²⁹ KAUFFMAN. Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas.** Sistemas de Combate e a Tutela de representações coletivas de trabalhadores. São Paulo: LTR, 2005. p. 108-109.

O sindicalismo por empresa vai de encontro à formação de sindicatos fortes e com alto poder de negociação, tendo em conta que representante de um menor número de trabalhadores, bem como mais sujeito às pressões advindas do empregador. Se uma empresa com mais de dez mil funcionários pode conformar um sindicato de médio porte, o mesmo não se pode dizer em relação às empresas com menos de mil trabalhadores, que inarredavelmente, na existência de agremiações sindicais por empresa, estariam fadadas à representação por sindicatos fracos e de pouca representatividade.

Uriarte, sem desconsiderar os argumentos vertidos acima, agrega que o sindicalismo por empresa não estaria afeiçoado à realidade latino-americana, tampouco se prestaria para o surgimento de sindicatos mais robustos:

Pero además de ser violatoria de la libertad sindical, imposición de la estructura descentralizada es particularmente inapropiada para los países latino-americanos. En efecto, se trata en su mayoría de economías de limitada dimensión, en las que entre el 80 y el 90 por ciento de la PEA trabaja en empresas pequeñas; siendo así, la mayor parte de los trabajadores no puede constituir un sindicato y, si logra hacerlo, se tratará de un “sindicatito” de cuatro o cinco miembros, una unidad carente de poder por falta de escala. Se genera así un sindicalismo débil, atomizado y confinado, además, al limitado espacio de la empresa. En una conyuntura de descentralización empresarial, tercerización, precariedad e informalidad, como la que se vive en estos años, el sindicato de empresa queda sujeto a las decisiones del empleador.³⁰

O sindicato por empresa, salvo em raras grandes empresas, uma vez aplicado à realidade econômica e laboral brasileira, não consegue apontar uma solução para a estagnação e a fragilidade dos sindicatos.

2.4.3 O modelo corporativo como propulsor da fragilidade dos sindicatos

O corporativismo tem sido brandido como um fator de grande fragilização e engessamento dos sindicatos. A unicidade sindical, a contribuição sindical compulsória e a representação dos trabalhadores por categoria, seriam todos elementos de cunho corporativista responsáveis pela formação de um sindicato débil

³⁰ URIARTE. Oscar Ermida. **Crítica de la liberdade sindical**. Convergência sindical, movimientos sociales e integracion latinoamericana p. 71 -. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana, Valencia – Espanha. 2011.

e dependente do Estado. É que ao constituir o regime do sindicato único, financiado pela contribuição sindical compulsória, as agremiações sindicais teriam ficado acomodados, prescindindo da luta contra os empregadores como instrumento de agregação de filiados e angariação de recursos para sua manutenção. O pensamento perfilhado por esta corrente é assim anotado por Borba:

A estrutura burocrática que garante o monopólio do sindicato, com autossuficiência financeira, regra geral, leva à acomodação daqueles que tem a seu favor a representação legal. É inevitável a tendência de ofuscada atuação, vez que resultados – ou ao menos os esforços – não constituem elemento de sobrevivência da organização, como ocorreria se a representação, ao contrário fosse natural, fruto de liberdade escolha e de processo de competição ou de sua possibilidade. E assim, forma-se inquestionável círculo vicioso: tutelados não se desenvolvem e por não se desenvolverem são tutelados, enquanto tutores, abastecidos por vultosos recursos de origem pública (impostos), sem controle externo, esmaecem-se diante das reivindicações por melhores condições de trabalho ou mesmo para manter aquelas já conquistadas³¹.

Partindo do entendimento de Borba, ao pôr-se fim à tríade unicidade, contribuição sindical compulsório e categoria profissional, como elemento representativo dos trabalhadores, seria possível o surgimento de um sindicato mais forte e representativo. Tal assertiva se dá com amparo na ideia que sem estas imposições corporativistas os sindicatos poderiam agregar mais filiados, bem como construir um sistema de financiamento com recursos advindos de suas lutas e negociações coletivas.

O efetivo e amplo fim do modelo corporativista sindical não aponta, com certeza inquestionável, o nascimento de um sindicalismo mais ativo e representativo. Não se trata de defender o tripé corporativista que ainda ampara os sindicatos brasileiros, mas sim questionar se o seu fim realmente implicará na formação de agremiações sindicais mais fortes.

Se no Brasil o fim do corporativismo sindical como alternativa para a fragilidade dos sindicatos perfaz uma linha de raciocínio hipotética baseada em juízos de dedução, em Portugal o fim do corporativismo, com a conseqüente migração para a liberdade sindical efetiva é uma realidade que pode bem contribuir

³¹ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**: sindicato, associação, ministério público, entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013.

para a análise da consistência do entendimento doutrinário que clama pelo fim do corporativismo como saída para a debilidade dos sindicatos.

Portugal, assim como o Brasil, viveu largos períodos de forte intervenção estatal nos sindicatos, com amparo em um regime laboral fortemente corporativista, com inspirações no modelo fascista italiano, materializado na *Carta del Lavoro*³². Enquanto no Brasil o sindicalismo formava-se sobre a batuta de Getúlio Vargas, Portugal erigia seu sistema sindical sob as mãos e olhares de Antônio de Oliveira Salazar. Resguardas as peculiaridades de cada país, os regimes corporativistas eram muito símiles, como podemos observar na descrição do corporativismo português vertida por Fernandes:

O sistema corporativista assentou, em larga medida, numa concepção doutrinal (logo político – legislativa) acerca dos fenómenos colectivos de trabalho – uma concepção marcadamente *ordenadora e conformadora* desses fenómenos, em especial das formas de organização profissional, na linha dos princípios da hierarquia dos interesses sociais (art. 8º ETN) – partindo do geral para o particular – da colaboração e da associação dos trabalhadores com as empresas (art. 22º), bem como da subordinação dos indivíduos e dos organismos corporativos ao espírito de paz social (art. 5º) – donde, novamente, a punição e a punibilidade da greve e do lock-out (art. 9º).³³

Ou seja, o corporativismo português conformado e consolidado no regime salazarista (1933-1974), assim como o brasileiro, não negava a existência de uma relação conflitiva e dialética entre trabalhadores e empregadores, contudo considerava que esta deveria ser limitada pelos princípios da paz social³⁴ e da hierarquia de interesses, materializados no interesse geral da coletividade definido pelo regime central.

O regime salazarista encontrou seu fim com a Revolução dos Cravos (25 de abril de 1974), que juntamente com a derrocada do sucessor de Salazar, Marcelo Caetano, encerrou o regime corporativa que deitava raízes em todas as estruturas portuguesas. Neste contexto histórico é editada uma nova Constituição, na qual é conferido aos sindicatos ampla liberdade de formação e atuação, de maneira a abolir

³² SILVA. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. **Relações coletivas de Trabalho**: Configurações institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, LTR, 2008, p. 157.

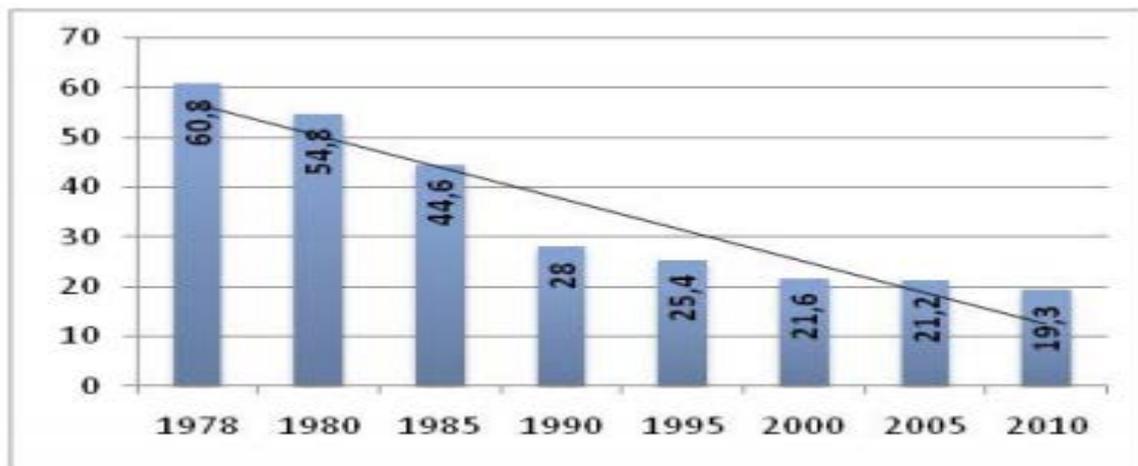
³³ FERNANDES. António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 253

³⁴ Entende-se como paz social enquanto um fator de trégua dos interlocutores para a boa discussão de seu conflito. SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na negociação coletiva**: Teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTR, 2004 p. 120.

a unicidade sindical, bem como os fatores de intervenção do Estado nos sindicatos, como proposto por parte doutrina brasileira como resposta para o estado débil dos sindicatos no Brasil.

Pergunta-se: A extinção do corporativismo sindical contribuiu para um efetivo crescimento dos sindicatos em Portugal? Os números das taxas de sindicalização em Portugal não caminham neste sentido, conforme aponta o seguinte gráfico³⁵:

Figura 1: Taxas de sindicalização em Portugal



Fonte: Jelle Visser (2011), ICTWSS Database 3.0.

Consoante demonstra o gráfico acima, o fim do corporativismo sindical em Portugal não pôs fim à crise no sindicalismo. O término do sindicato por categorias, da contribuição sindical compulsória, bem como da intervenção do Estado na atividade sindical, para além de não aumentar as taxas de sindicalização, apontam para a constituição de um sindicato ainda mais frágil. Sem desconhecer os efeitos deletérios do agravamento das sucessivas crises do capitalismo nos séculos XX e XXI na organização sindical europeia, é certo que o fim do corporativismo sindical português não se mostrou como elemento fomentador e formador de um sindicalismo mais ativo e representativo.

Ainda que se questione o fato que as taxas de sindicalização não são a única valência a ser observada na análise da robustez de um sindicato, pode se asseverar com firmeza que o fim da tríade corporativista não implicou no surgimento de um sindicato mais contundente na busca por mais filiados e por força disso com mais

³⁵ DE SOUZA, Henrique José Carvalho. **Sindicalização: A vida por detrás das estatísticas (Alguns Problemas Metodológicos)** Lisboa: 2011. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: http://www.fcsh.unl.pt/scd/extra/pdf/wp_hs_2011.pdf . Acesso em 11/10/2015.

representatividade da classe trabalhadora. A desgastada frase “mais dinheiro, menos luta”, ao menos no próximo sistema laboral português, ficou mais com um *slogan* do que como uma premissa teórica consistente.

Guardadas as peculiaridades portuguesas, o gráfico das taxas de sindicalização em Portugal bem demonstra que o fim modelo corporativista sindical não se constituiu na redenção do sindicalismo, tampouco como elemento formador de um sindicato mais representativo. Sem negar os efeitos deletérios do sindicalismo corporativista, verifica-se que o seu fim, conforme exemplificado em um país com raízes histórico-sindicais muito similares ao Brasil, não representa uma resposta efetiva para o fim da atrofiação do sindicalismo brasileiro.

2.4.4 O intervencionismo estatal como elemento central da atrofiação dos sindicatos

A quarta e última corrente versada neste estudo está calcada na premissa que a demasiada regulação da criação, desenvolvimento e ações do sindicato pelo regramento heterônomo engessaria a atividade sindical, de maneira a impedir o crescimento e pleno desenvolvimento dos sindicatos.

Haveria, segundo esta corrente, uma regulamentação de tal forma excessiva e interventora que os sindicatos se encontrariam amarrados para exercer suas atividades. Descrevendo este excesso normativo, aduz Uriarte:

La regulacion del sindicato llega a limites exasperantes: quien puede afiliarse y quién no; quien puede ser dirigente y quien no, cual debe ser la estructura interna del sindicato; qué organos debe tener; cual debe ser el numero de miembros de cada uno de los órganos; qué pueden y qué no puede hacer con ella; etcétera. La lista completa seria interminable y denota una profunda preocupación de control y acotamiento.³⁶

A assertiva de Uriarte se afeiçoa perfeitamente à realidade brasileira. A CLT, e o seus dispositivos que seguem vigentes à vista da Constituição Federal de 1988, regulam de forma detalhada a atividade sindical, eleições bem como formação.

Esta corrente, de certa forma, está ligada àquela que aponta o excesso de normas de caráter imperativo na CLT, de forma a colidir com a autonomia conferida

³⁶ URIARTE. Oscar Ermida. **Critica de la liberdade sindical**. Convergência sindical, movimentos sociales e integracion latinoamericana p. /68 -. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana, Valencia – Espanha. 2011.

aos sindicatos, com a diferença que esta não questiona as normas de cunho material que consagram direitos individuais trabalhistas, mas sim aquelas que excessivamente regulam toda a atividade sindical.

2.5 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NO CONTEXTO DE FRAGILIDADE DOS SINDICATOS

As assertivas que tentam explicar a fragilidade dos sindicatos não apontam para uma resposta única, contudo convergem para a existência de um quadro de baixa sindicalização e representatividade destes. Em que pese as premissas assentadas pelas correntes que tentam explicar a atrofia do sindicato padeçam de consistência irrefutável, todas as respostas afluem, em alguma medida, na constatação que os sindicatos vivem um momento de grande fragilidade. Dentre estas, com especial destaque, a que assinala a representação por categoria e o excesso de normas regulatórias como empecilho ao desenvolvimento da atividade sindical tem apontado um caminho para as respostas da fragilidade vivida pelas agremiações sindicais.

A categoria que o sindicato representa tem apresentado demandas de seus membros que nem sempre convergem. Não se consegue, em determinadas situações, formar uma síntese de vontades, vez que o deferimento do interesse de determinado setor da categoria implica no vilipêndio do interesse do outro. Além da incompatibilidade de vontades e pretensões no seio de uma mesma categoria, a constituição dos sindicatos com base na categoria profissional tem obstado uma representação obreira mais voltada às demandas vividas no local de trabalho.

O segundo aspecto de grande importância na atrofia vivida pelos sindicatos reside no excesso de normas que regulam o exercício da atividade sindical. Em que pese os sindicatos sejam espécie do gênero associação, sobre as agremiações sindicais recai uma série de dispositivos que tolhem, bem como engessam o exercício da atividade sindical.

Neste contexto, nasce o estudo da associação profissional como ente coletivo hábil a defesa dos direitos dos trabalhadores, com especial destaque àqueles de defesa coletiva. As associações profissionais, sob o aspecto da representação por categoria e excesso de regras impostas aos sindicatos, apontam um caminho para

que os trabalhadores, ademais da representação imposta por lei de seus respectivos sindicatos, possam vindicar direitos seus e do grupo o qual pertencem.

Com assento na Constituição Federal, bem como no Código Civil, as associações profissionais, consoante a seguir enfrentado de forma mais minudente, constituem-se em entes coletivos de representação dos trabalhadores regidos tão somente pelas regras que recaem sobre as demais associações civis. Ou seja, despidas do excesso de regras incidentes sobre os sindicatos, bem como livres para representar os trabalhadores para além do estreito conceito de categoria profissional.

Não se trata, todavia, de desconstruir a contribuição dos sindicatos na luta por maiores direitos aos trabalhadores, mas sim estudar e fortalecer outras organizações de representação dos trabalhadores, que de forma concorrente, e não excludente, possam defender os direitos dos trabalhadores, com especial destaque para aqueles de defesa coletiva judicial.

O estudo da tutela de direitos de defesa coletiva pela associação profissional, assim, não nasce como uma solução para os problemas enfrentados pelos sindicatos, tampouco como alternativa excludente à tutela judicial exercida por estes, mas sim enquanto elemento a robustecer e amparar com mais densidade o direito à ampla fruição e efetivação dos direitos dos trabalhadores.

3 ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS

A expressão associação profissional não é unívoca, tendo sido empregada no decorrer do tempo de diversas formas. A análise do acumulado histórico, contudo, não consegue atingir por completo o desiderato de unificar e definir o que se entende por associação profissional, mas auxilia na formatação de um conceito mais conforme com as suas atuais finalidades, limitações, prerrogativas e expectativas de atuação a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

É com amparo neste enfoque que o presente capítulo analisará a associação profissional sob, em um primeiro momento, uma feição mais ampla, para depois, partindo de uma breve análise histórica da evolução do direito sindical, trazer um conceito mais afinado com o atual contexto normativo laboral, mediante o cotejo entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal de 1988. Para, a partir daí, juntamente com o estudo do direito comparado, conformar a definição de associação profissional que este trabalho tem como objeto

3.1 ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS ENQUANTO GRUPOS SOCIAIS

Associações profissionais são antes de tudo um grupo social. Não obstante a conceituação do que seja grupo social pertença à sociologia e de forma reflexa ao direito, sua definição é fundamental para a compreensão das associações profissionais.

Para Chiarelli, partindo do conceito de Eugene Duprée, grupo social é “a reunião de indivíduos, em cujas relações sociais, o elemento acordo sobrepuja o de antagonismo”³⁷. A junção destes indivíduos acabaria por formar um conjunto que se distingue de suas próprias partes, possuindo uma vontade própria, capaz de diferenciá-lo das próprias partes e do meio que o circunda³⁸.

O surgimento do grupo social tem como elemento central constitutivo a existência de um laço psicológico comum, que o torna integro e coeso³⁹. Este laço que une o grupo constitui elemento imprescindível para a formação da vontade do

³⁷ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p.10.

³⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. Rio de Janeiro 1952, p. 21.

³⁹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p.11.

próprio grupo, de modo tal que este não seja a mera adição de pretensões e anseios individuais, conforme bem esclarece Chiarelli:

O grupo social forma um conjunto que se distingue de suas próprias partes, possuindo como que um “animus” próprio, capaz de diferenciá-lo e de caracterizá-lo, face ao meio circundante e aos próprios componentes que o estruturam e que, pela sua interação, fazem-no subsistir. Há dessa forma, uma suposição da vontade grupal sobre a soma das vontades individuais componentes, uma vez que tal adição pode não coincidir com a do agrupamento, que é própria e definida.⁴⁰

A observância de uma vontade única e autônoma do grupo é elemento essencial para diferenciar o grupo social do aglomerado, formado pela mera justaposição física ou pela aproximação transitória. É com amparo nesta conexão de finalidades que surge uma vontade quase autônoma, formada pela média volitiva aproximada de seus membros. Esta vontade autônoma pode ser definida como o interesse coletivo do grupo social, que se consubstancia não da mera adição dos interesses individuais, mas sim de sua combinação, de tal forma que não pode ser dividido, tampouco satisfeito individualmente pelos seus membros⁴¹.

As associações profissionais, por sua vez, sob a perspectiva do conceito de grupo social trazido à baila, têm como elemento conformador e conectivo de seus membros a similitude de reivindicações ou a proximidade física com o local de produção, que faz nascer uma vontade média de defesa e exercício coletivo, de maneira a subsumi-la enquanto espécie de grupo social, conforme aponta Moraes a partir de Dunkmann:

Entre o Estado e um modesto grupo doméstico perdido no interior do país, dentro da humanidade tomada como um todo, colocam-se grupos concretos de variadas espécies: efêmeros e duradouros, permanentes e passageiros, grandes e pequenos, com finalidades materiais e objetivos ideais, de contato direto ou de contato indireto, de formação natural ou de criação artificial, e assim por diante. Dentro da Nação, que representa o grupo total em relação aos demais grupos parciais, vive em acomodação de fato uma variedade infinita de agrupamentos humanos concretos: famílias, escolas, grupos de recreio, centros culturais, literários, artísticos, partidários políticos, seitas religiosas, igrejas, clubes de toda espécie, confrarias,

⁴⁰ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p.11.

⁴¹ CHIARELLI, Carlos Alberto. **O trabalho e o sindicato: evoluções e desafios**. São Paulo: LTR, 2005, p. 125-127.

congregações religiosas e acadêmicas, congressos, equipes esportivas, federações e confederações, organizações de beneficência, associações profissionais e assim por diante.⁴²

A expressão associação profissional, enquadrada na moldura de grupo social acima vertida, não é unívoca, podendo ser empregada tanto para o grupo de trabalhadores que se reúnem sem um objetivo específico de atuação, tanto para associações que tenham por único fim a defesa dos interesses da profissão. O presente estudo tem por foco a associação enquanto ente coletivo representativo dos direitos laborais de seus membros⁴³. Espectro este que não reduz a associação profissional à defesa de trabalhadores de certa profissão, mas sim de determinada “categoria”⁴⁴ de trabalhadores.

A definição do que se entende por associação profissional, trazida nas linhas anteriores, enquanto espécie de grupo social, não consegue, contudo, enfrentar e delimitar o que se entende por associação profissional, quais suas finalidades, prerrogativas e limitações, razão pela qual sua conceituação e delimitação necessita da análise de sua formação e evolução histórica, com as respectivas alterações e previsões legislativas que culminaram por formar a associação profissional vigente no Brasil.

3.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS

O surgimento da associação profissional e do sindicato se deu em momento posterior à formação destes entes coletivos laborais no contexto mundial das economias capitalistas, vez que o Brasil somente em 1888 aboliu a escravatura.

⁴² MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. Rio de Janeiro 1952, p. 27.

⁴³ Finalidade de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores assim definida por López: (...) *sus acciones se han propuesto em mejorar las condiciones de sus centros de trabajo, assegurando para sus miembros mayores ingresos, estabilidad, mejores situaciones en el desarrollo de sus atividades laborales, aplicando medidas de prevención contra accidentes do trabajo o medidas de seguridad e higiene más eficaces, com otros beneficios y logros sociales, o culturales para sus agremiados y sus familias, que solos no podrían haberlos obtenido facilmente*. LÓPEZ, Jorge Vazquez. Cevallos. **Derecho laboral colectivo**. Ed. Cevallos: Quito, 2010, p 60.

⁴⁴ A expressão categoria vertida não tem relação com aquela de cunho corporativista inserta na CLT, mas sim categoria enquanto grupo amplo de trabalhadores ligados por uma relação jurídica base ou situações de fato símiles. Consoante será analisado com mais profundidade a seguir, o vertente estudo tem por objetivo o estudo da associação enquanto instrumento de defesa dos trabalhadores descolada do conceito estático de categoria vertido na CLT, de maneira tal a ampliar seu espectro de atuação para um alcance mais horizontal da representação dos trabalhadores.

Juntamente com esta tardia abolição, o país vivia um contexto de forte concentração da população no campo e fraca atividade industrial.

Sendo o direito sindical reflexo do direito material do trabalho⁴⁵, a existência massiva de trabalhadores despidos de remuneração e liberdade, acabou por retardar a formação de grupos sociais visando à melhoria das condições de trabalho⁴⁶. Tendo em conta que o trabalho escravo é incompatível com espírito associativo e postulatório que conformam os entes coletivos.

Trabalho escravo e associações reivindicativas de direitos trabalhistas eram fenômenos que não coabitavam o sobre mesmo teto. Ademais, há de se destacar que a estrutura econômica da sociedade brasileira à época, para além do trabalho escravo, impedia o fomento de sindicatos e associações, conforme bem esclarece Moraes Filho:

Numa sociedade escravocrata, toda ela baseada no trabalho servil, com a indústria ainda em seus primeiros ensaios, espalhada por um longo território, com escassa densidade populacional, não era possível encontrar clima próprio à organização coletiva do trabalho.⁴⁷

Não só as associações profissionais e os sindicatos eram ausentes neste contexto histórico do Brasil, demais grupos sociais de artistas, religiosos, políticos ou de recreio somente receberam previsão e autorização legal para sua formação em 1893, com a edição da Lei 173⁴⁸. As organizações coletivas de trabalho não ganharam previsão expressa, contudo, enquanto espécies do gênero associação, encontravam-se subsumidas à Lei 173 de 1893.

Os entes coletivos do trabalho só vieram a receber tratamento normativo em 1903, com o Decreto 979, que autorizou a constituição e organização de grupos sociais dos trabalhadores do campo⁴⁹. O Brasil, assim, ao contrário do movimento

⁴⁵ Neste sentido assevera Fernandes: “*Os fenômenos laborais relacionam-se estreitamente com a estrutura da relação de trabalho*”. FERNANDES, Antonio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16ª Ed. Coimbra, Almedina, 2012, p. 560.

⁴⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. Rio de Janeiro 1952 p. 182.

⁴⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. Rio de Janeiro 1952 p. 182.

⁴⁸ A consagração do direito de associação pode ser observada no art. 1º do da Lei 173, que assim dispõe: Art. 1º As associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, científicos, artísticos, políticos, ou de simples recreio, poderão adquirir individualidade jurídica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscrição onde estabelecerem a sua sede.

⁴⁹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 101.

sindical europeu, que começou sua formação por meio da junção dos operários da indústria, iniciou sua constituição por meio dos trabalhadores camponeses⁵⁰.

Foi somente em 1907, com a edição do Decreto 1.637, que os trabalhadores de todos os ramos da economia encontraram guarida legal para sua sindicalização e associação. Referido diploma, em que pese tenha ampliado os horizontes para além dos trabalhadores rurais, focava suas disposições nos trabalhadores cooperados⁵¹.

Além da ampliação da regulamentação dos entes coletivos, o Decreto 1.637 de 1907 apresentou o modelo normativo mais livre que as associações profissionais e os sindicatos já estiveram subsumidos. Sem impor nenhuma amarra para sua constituição, bem como afastando quaisquer elementos que tolhessem o direito de associar-se dos trabalhadores, o Decreto em tela dispôs que a constituição dos sindicatos nascia do cumprimento de simples atos notariais, não necessitando de qualquer autorização ou ato administrativo que conferisse legitimidade e capacidade para a defesa dos direitos e interesses de seus membros⁵².

Outro aspecto relevante do Decreto residia no elemento conectivo dos trabalhadores. Enquanto o modelo sindical atual, a seguir enfrentado, tem como elemento central a categoria que o trabalhador pertence, o Decreto 1.637 tinha como ponto base o exercício contínuo de uma determinada profissão.⁵³ Ademais de lastrear sua ação com base na profissão, os sindicatos encontravam-se adstritos à defesa de seus membros.

⁵⁰ A Constituição de associações com base nos trabalhadores camponeses pode ser observado no art. 1º do decreto 979, que assim dispõe: Art. 1º É facultado aos profissionais da agricultura e industrias ruraes de qualquer genero organizarem entre si syndicatos para o estudo, custeio e defesa dos seus interesses.

⁵¹ O decreto 1637, em que pese tenha disposto sobre os sindicatos e a ampliação destes para além dos trabalhos camponeses, ficou marcado como o diploma das sociedades corporativas. Tendo regulado de forma minudente as cooperativas em 14 dos seus 24 artigos.

⁵² A liberdade sindical de forma sindicatos, bem como a extensão das associações para categorias diversas das rurais pode ser observado no art. 2º do decreto 1.637, que assim dispõe: Art. 2º Os syndicatos profissionaes se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo tres exemplares dos estatutos, da acta da installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario.

⁵³ O decreto 1.637, ao contrário da CLT, assentou que os sindicatos tinham como laço constitutivo a profissão, conforme observa-se no art. 1º: Art. 1º E' facultado aos profissionaes de profissões similares ou connexas, inclusive as profissões liberaes, organizarem entre si syndicatos, tendo por fim o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses geraes da profissão e dos interesses profissionaes de seus membros. Paragrapho unico. São considerados como continuando a pertencer á profissão, embora não o pertençam mais, os profissionaes que tiverem exercido a profissão durante cinco annos e que não a tenham abandonado desde mais de dez annos, comtanto que não exerçam outra profissão e residam no paiz desde mais de tres annos.

Em paralelo a este contexto normativo, iniciou-se um período de eclosão de greves e manifestações operárias, vindicando melhores condições de trabalho e remuneração. O movimento associativo laboral, antes centrado no Rio de Janeiro, ampliava-se para a maioria dos Estados brasileiros, mediante a constituição de uniões, ligas, associações e confederações⁵⁴.

Esta efervescência no movimento sindical ganhou dimensão ainda maior com os reflexos que o Direito Sindical sofreu no período pós Primeira Guerra, bem como com o ingresso do Brasil na Organização Internacional do Trabalho⁵⁵. Este fortalecimento que o movimento sindical observou acabou por trazer a atenção do governo às reivindicações dos trabalhadores, de modo que uma série de direitos trabalhistas foram incorporados ao ordenamento pátrio⁵⁶.

Como o movimento sindical havia eclodido em boa parte do país, diversos diplomas passaram a ser editados para o efeito de atender às demandas regionais dos trabalhadores, vez que os direitos e garantias dos empregados não contavam com um tratamento nacional uniforme, motivo pelo qual foi aprovada no Congresso Nacional a Emenda Constitucional número 22, que tornava a edição de normas laborais atividade de competência exclusiva federal.

Transcorridos 23 anos da edição do Decreto 1.637, o tratamento normativo dado às associações e aos sindicatos sofre novas mudanças. Em um contexto de regimes despóticos na Europa, e de ascensão de um novo governo por intermédio da denominada Revolução de 1930, é criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o fito resolver questões sociais, econômicas, bem como amparar o trabalhador. Juntamente com a criação deste Ministério, é editado o Decreto 19.770, que ao contrário dos demais, arrolava uma série de requisitos para a constituição dos sindicatos e associações profissionais, momento a partir do qual os entes coletivos passaram a estar fortemente atrelados e dependentes ao Estado⁵⁷.

Editada em um contexto de ascensão de regimes despóticos na Europa, nos quais havia uma grande preocupação de manter as organizações sindicais sobre o controle estatal, o Decreto 19.770 veio por impor limites e regras à constituição dos

⁵⁴ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p. 45/16.

⁵⁵ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 7ª Ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 103.

⁵⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p.45.

⁵⁷ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 7ª Ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 107.

entes coletivos não existentes até então. Com este decreto nasce a unicidade sindical⁵⁸, a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para a constituição do Sindicato⁵⁹ e a prerrogativa deste contratar coletivamente em nome de seus associados⁶⁰.

Em 1934, com o advento de uma nova Constituição, as balizas assentadas no Decreto 19.770 são sensivelmente alteradas no sentido de atender, por parte do governo de Getúlio Vargas, as demandas brandidas pelos paulistas na cunhada Revolução Constitucionalista de 1932. Neste novo quadro constitucional é editado, quatro dias antes da promulgação da Constituição Federal de 1934, o Decreto Legislativo 24.694. Segundo Chiarelli, o novo decreto tinha como metas fundamentais a instituição da pluralidade e da liberdade sindical⁶¹. No mesmo sentido assevera Nascimento:

A Constituição de 1934, no art. 120, acolheu como princípio a pluralidade sindical e a autonomia dos sindicatos. Adotou, assim, proposta formulada por uma parcela do pensamento brasileiro, em especial do pensamento católico. O sindicato passou a ser, tecnicamente, concebido como pessoa jurídica de direito privado, com liberdade de ação, constituição e de administração.⁶²

Tais desideratos foram alcançados em parte, tendo em conta que as figuras do monopólio da contratação coletiva, necessidade de registro do sindicato e unicidade sindical seguiram vigentes, de maneira que não podemos situar a

⁵⁸ Art. 9º Scindida uma classe e associada em dous ou mais syndicatos, será reconhecido o que reunir dous terços da mesma classe, e, si isto não se verificar, o que reunir maior numero de associados.

Paragrapho unico. Ante a hypothese de preexistirem uma ou mais associações de uma só classe e pretenderem adoptar a fórmula syndical, nos termos deste decreto, far-se-á o reconhecimento, de accordo com a formula estabelecida neste artigo.

⁵⁹ Art. 2º Constituidos os syndicatos de accordo com o artigo 1º, exige-se, para serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Industria e Commercio e adquirirem, assim, personalidade Juridica, tenham aprovados pelo Ministerio os seus estatutos, acompanhados de copia authentica da acta de instalação e de uma relação do numero de socios, com os respectivos nomes, profissão, idade, estado civil, nacionalidade, residencia e logares ou empresas onde exercerem a sua actividade profissional.

⁶⁰ Art. 10. Além do que dispõe o art. 7º, é facultado aos syndicatos de patrões, de empregados e de operarios celebrar, entre si, accordos e convenções para defesa e garantia de interesses reciprocos, devendo ser taes accordos e convenções, antes de sua execução, ratificados pelo Ministerio do Trabalho, Industria e Commercio.

⁶¹ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975. p. 47.

⁶² NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 109.

Constituição de 1934 “entre os ordenamentos que favorecem a maior espontaneidade e a formação natural do modelo sindical”⁶³.

Afora o notável desiderato do novo Decreto em conferir maior liberdade aos sindicatos, é imprescindível destacar que este, no art. 15, pela primeira vez na legislação nacional, incluiu a expressão associação profissional⁶⁴. Esta menção à associação profissional se deu de forma equiparada à figura do sindicato.

Contudo, somente a partir da Constituição Federal de 1937 que a associação profissional encontrou amparo normativo consistente⁶⁵. De forma expressa, as atribuições e prerrogativas dos sindicatos e associações profissionais foram dispostas no art. 138. Com base neste preceptivo constitucional nasceu a clivagem até hoje vigente de que ao sindicato cabe a defesa da categoria e à associação, a de seus membros.

Vivendo um momento histórico e político de retração do modelo democrático que o país estava ancorado, foi outorgada uma nova Lei Fundamental que, de maneira símile ao decreto 19.770, recrudescer as tentativas de se conferir maior liberdade aos sindicatos, de maneira a manter este atrelado ao Estado. Ademais do tratamento publicístico dado às organizações dos trabalhadores, a Constituição Federal de 1937 ficou marcada pelo tratamento indistinto entre sindicato e associação profissional.

Promulgada em um contexto de guerra mundial e ascendência de regimes ditatoriais, nos quais os sindicatos funcionavam como instrumento de promoção dos interesses do Estado e da paz social, a Constituição Federal de 1937 trouxe, de forma perene, os elementos basilares à formação do sindicato corporativo, que até hoje deixa amarras no sistema sindical brasileiro.

⁶³ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 1011.

⁶⁴ *In verbis*: Art. 15 São inelegíveis para os cargos administrativos:

- a) os que não estiverem quites das suas mensalidades;
 1. os que, tendo exercido cargo de administração, não tiverem as suas contas aprovada pela assembléia geral;
 2. os que houverem lesado o patrimônio de qualquer associação profissional; (grifado)

⁶⁵ A associação profissional encontra sua previsão expressa na Constituição Federal de 1988 em seu art. 138, que assim dispõe:

A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Há que se ponderar, também, que o contexto econômico brasileiro estava centrado na atividade agrária, motivo pelo qual a industrialização era objetivo central das políticas governamentais. Neste quadro, para que a almejada industrialização ocorresse, sobressaía-se a premissa que os sindicatos livres não contribuiriam para a conformação de um ambiente fecundo à instalação de novas indústrias. Assim, amparado nesta assertiva, bem como na inspiração da legislação italiana, é formado o regime sindical positivado na Constituição Federal de 1937.

Inspirado na *Carta del Lavoro* italiana de 1937, o novo Texto Fundamental, trouxe as figuras da categoria, bem como cristalizou a ideia do sindicato único representante da categoria profissional, ao consignar que só os entes coletivos reconhecidos pelo Estado gozam da prerrogativa da contratação coletiva. Incorporava-se no direito laboral brasileiro o ideário dos regimes fascistas, assim descrito por Romita:

O regime fascista tinha por escopo a organização da vida socioeconômica do país com base nas corporações, órgãos do Estado. O regime Corporativo, segundo a concepção predominante entre os autores italianos, pressupunha a organização econômica do Estado por meio das corporações. Esta a principal aspiração do Estado corporativo: restabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, colocando-se acima delas, como moderador, regulador e sobretudo como organizador, conforme salientado anteriormente⁶⁶.

O corporativismo brasileiro positivado na Constituição Federal de 1937, também foi analisado pela doutrina estrangeira, conforme observa-se nas palavras de Uriarte:

Esta dicotomia entre el sindicato visto como representante de la categoria y el sindicato visto como la organización del grupo profesional espontáneo que se autodefine y autolimita en una sociedad pluralista, es el dela mayor transcendencia en Italia y en otros países que poseen o poseyeron una estrutura jurídico-laboral corporativista, cuyo ejemplo más próximo es el Brasil⁶⁷.

A Constituição Federal de 1937, sacramentava assim o direito sindical inspirado no corporativismo italiano, bem como calcado no monopólio da

⁶⁶ ROMITA. Arion Sayão. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro: Influência da Carta del Lavoro sobre a legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 2001, p. 57.

⁶⁷ URIARTE. Oscar Ermida. **Sindicatos en libertad sindical**. 4 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2013,

representação da categoria pelo sindicato único. A unicidade sindical, com amparo na Lei Fundamental, ganhava definitivo espaço na sistemática coletiva laboral.

As associações profissionais, por sua vez, foram mencionadas e definidas de forma pouco precisa, deixando transparecer uma ideia de equivalência com os sindicatos. A ausência de uma definição entre os sindicatos e associações profissionais encontrou seu fim com o Decreto-Lei 1.402 de 1939, que, ao encontro dos preceitos corporativistas previstos na Constituição Federal de 1937, deu as bases à formação e constituição dos entes sindicais que a CLT veio a dispor posteriormente.

O novo Decreto fixou as competências e prerrogativas dos sindicatos e associações profissionais, de maneira que a estas couberam a defesa judicial e administrativa de seus associados e àqueles, os mesmos desideratos, acrescidos de outros deveres de colaboração com o Estado e no desenvolvimento da profissão de seus associados.

Associações e sindicatos foram tratados de forma muito símile no Decreto Lei 1.402⁶⁸, vez que a estes couberam a defesa administrativa e judicial de seus membros. Assim, em que pese ao sindicato a lei tenha conferido um arcabouço de deveres e obrigações mais extenso, a limitação da representação somente aos seus membros, acabou por tornar os sindicatos e as associações profissionais em figuras muito próximas.

Nota-se na evolução legislativa até aqui analisada grande flutuação quanto à amplitude de atuação dos entes coletivos. Não há como se precisar, todavia, a extensão desta delimitação na práxis da época, tendo em conta que o Decreto-Lei 1.402, editado em um contexto de forte intervenção estatal, acabou por restringir a atuação do sindicato ao âmbito da categoria. Ou seja, de encontro com o modelo interventor e corporativo vigente à época.

⁶⁸ Tal aspecto pode ser observado na alínea a e no parágrafo único do art. 3 do art. 3.307 de 1941, que assim dispõe:

Art. 3º São prerrogativas dos sindicatos:

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da profissão e os interesses individuais dos associados, relativos à atividade profissional;

Parágrafo único. As associações profissionais, registradas nos termos do art. 48, poderão representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses individuais dos associados relativos à sua atividade profissional, sendo-lhes também extensivas as prerrogativas contidas nas alíneas b e e deste artigo.

3.3 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Transcorridos quatro anos da edição do Decreto-Lei 1.402, foi promulgada a Consolidação da Leis do Trabalho. Referido diploma, como seu próprio nome esclarece, compilou normas esparsas que disciplinavam o direito material, processual e coletivo do trabalho. A nova legislação, assim, muito mais do que criar novos dispositivos legais que regulassem as relações de emprego e coletivas, prestou-se a condensar a legislação já existente.

No caso dos sindicatos e associações profissionais, o novo diploma laboral consolidou parte das disposições previstas no Decreto-Lei de 1.402, contudo inovou ao dispor que aos sindicatos cabe não só a defesa de seus membros como de toda a categoria a qual representa. Às associações profissionais, foi mantida a limitação de representação aos membros associados. A CLT, desta forma, ampliou a base de atuação dos sindicatos, de modo a separá-los ainda mais das associações profissionais.

A Consolidação das Leis do Trabalho manteve as prerrogativas conferidas aos sindicatos pelo Decreto-Lei 1.402, bem como dilatou seus deveres para com seus associados e o Estado, consoante podemos observar na dicção do art. 513⁶⁹.

⁶⁹ Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:

- a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;
- b) celebrar contratos coletivos de trabalho;
- c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;
- d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, na estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;
- e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

Parágrafo Único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

⁶⁹ Art. 512 - Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 558 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta Lei.

⁶⁹ Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos:

- a) reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;

A associação profissional, por sua vez, manteve o direito de representar administrativamente e judicialmente seus associados, tendo sido acrescida a prerrogativa de colaborar com o Estado, enquanto órgão técnico e consultivo na solução dos problemas que se relacionassem com a profissão. A CLT, assim como o decreto 1402, manteve a necessidade de prévia chancela do Ministro do Trabalho, para que a associação profissional e o sindicato passassem a gozar de capacidade jurídica de representação.

O tratamento conferido pela CLT às associações profissionais ficou centrado em quatro artigos, quais sejam 512, 513, 515 e 558. O artigo 513 versa sobre as prerrogativas dos sindicatos. Ainda que não mencione expressamente a associação profissional, é a partir dele que se pode precisar as prerrogativas e limitações das associações.

Os arts. 512⁷⁰ e 515⁷¹, por sua vez, dispõem sobre os requisitos necessários para que as associações sejam formalmente reconhecidas e eventualmente convertidas em sindicato. É que a CLT, assim como o decreto 1.402, condicionou a criação do sindicato à existência de uma associação profissional, com a finalidade de tornar esta uma incubadora do sindicato a ser formado. Esclarecedora a lição de SAAD neste aspecto:

O regime sindical estruturado pela CLT, em suas origens, fazia finc-pé na associação profissional que poderia transformar-se em

b) duração de 3 (três) anos para o mandato da diretoria; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 771, de 19.8.1969)

c) exercício do cargo de presidente por brasileiro nato, e dos demais cargos de administração e representação por brasileiros.

Parágrafo único. O ministro do Trabalho, Indústria, e Comércio poderá, excepcionalmente, reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea a.

⁷⁰ Art. 512 - Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 558 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta Lei.

⁷¹ Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos:

a) reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;

b) duração de 3 (três) anos para o mandato da diretoria; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 771, de 19.8.1969)

c) exercício do cargo de presidente por brasileiro nato, e dos demais cargos de administração e representação por brasileiros.

Parágrafo único. O ministro do Trabalho, Indústria, e Comércio poderá, excepcionalmente, reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea a.

sindicato se, confrontada com outras do mesmo tipo, demonstrava ter mais associados, melhores serviços sociais e maior valor do patrimônio.⁷²

Por último, o artigo 558⁷³ que regra os requisitos para a formação das associações, bem como suas prerrogativas e limitações. É de sua leitura conjunta com o art. 513 que se observam as diferenças e similitudes de ação entre sindicato e associações profissionais. Ao comentar estes dois preceptivos SAAD aduz que o traço distintivo entre as associações profissionais e os sindicatos se encontra extensão de suas representações, enquanto estes representam toda uma categoria profissional, aquelas somente os seus membros⁷⁴.

Condensado os dispositivos que versam sobre a associação profissional, aduz SAAD:

Até o advento do Dec. n. 1.402 de 5 de julho de 1939, a expressão associação profissional tinha o mesmo sentido de sindicato. Com o regime criado por aquele diploma legal, a associação profissional passou a ser o estágio obrigatório por que passa o sindicato antes de adquirir sua personalidade jurídica e o conseqüente direito ao gozo das prerrogativas legais. Hoje, portanto, sob o império da Consolidação, sindicato e associação profissional são entidades inteiramente diversas. A última é estágio exigido pela CLT para que um grupo profissional prove ter condição para organizar-se em sindicato, vencida esta etapa surge o sindicato.⁷⁵

A associação profissional, assim, a par da CLT, poderia ser definida como o grupo social, de criação condicionada à registro nas então denominadas delegacias do Ministério do Trabalho, voltada à representação de determinado grupo de trabalhadores de profissões idênticas, similares ou conexas, dotada das prerrogativas de: i) representar administrativamente e judicialmente seus membros;

⁷² SAAD. Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 48ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 415

⁷³ Art. 558 - São obrigadas ao registro todas as associações profissionais constituídas por atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, de acordo com o art. 511 e na conformidade do Quadro de Atividades e Profissões a que alude o Capítulo II deste Título. As associações profissionais registradas nos termos deste artigo poderão representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses individuais dos associados relativos à sua atividade ou profissão, sendo-lhes também extensivas as prerrogativas contidas na alínea "d" e no parágrafo único do art. 513. § 1º O registro a que se refere o presente artigo competirá às Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou às repartições autorizadas em virtude da lei. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 925, de 10.10.1969) § 2º - O registro das associações far-se-á mediante requerimento, acompanhado da cópia autêntica dos estatutos e da declaração do número de associados, do patrimônio e dos serviços sociais organizados. § 3º - As alterações dos estatutos das associações profissionais não entrarão em vigor sem aprovação da autoridade que houver concedido o respectivo registro.

⁷⁴ SAAD. Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 48ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 415

⁷⁵ SAAD. Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 48ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 712.

iii) colaborar com o Estado, enquanto órgão consultivo, para a solução e estudo dos problemas que se relacionam com a profissão que representam; iii) podendo transformar-se em sindicato, caso cumpra os requisitos legais e assim entenda pertinente.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de associação profissional vertido na CLT soçobrou.

3.4 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A conceituação e a delimitação das associações profissionais sofreram nova reviravolta com a Constituição Federal de 1988. O legislador constituinte, ancorado nas ideias de liberdade e não intervenção do Estado nas relações coletivas, dispôs que a todos é assegurado a livre associação⁷⁶, bem como que o Estado não pode intervir na formação e constituição do sindicato. Esta previsão constitucional atingiu diretamente os preceptivos inclusos na CLT que autorizavam a interferência do Estado na gestão e criação dos sindicatos e associações profissionais. Nascia, com a Constituição Federal de 1988, uma nova associação profissional calcada e erigida à categoria de direito fundamental de alta hierarquia, vez que através do seu exercício outros direitos são conquistados e protegidos.

É neste contexto, que dois artigos previstos na CLT, centrais à estruturação conferida às associações profissionais, são tacitamente revogados. Primeiramente o art. 515, que condicionava a criação dos sindicatos à existência prévia de associação profissional, presidida por brasileiro nato. Este preceptivo, a um só tempo violava dois comandos insertos na Carta Magna de 1988, não intervenção do Estado nas relações sindicais e a vedação ao tratamento díspar entre brasileiros natos, naturalizados, equiparados ou estrangeiros. O segundo dispositivo derogado

⁷⁶ Regulando as associações assim dispõe o art. 5º. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; [...]

com o advento da Magna Carta foi o art. 558 da CLT, que condicionava a criação da associação profissional à observância do quadro de atividades e profissões.

A associação profissional que emergia da Constituição Federal vinha marcada pela tentativa de o constituinte conferir maior liberdade aos entes coletivos, concretizada na ausência de qualquer intervenção do Estado em sua criação, gestão e atuação. Faleciam, assim, por derrogação tácita, todos os dispositivos constantes na CLT que atrelavam às associações profissionais ao Estado.

Em que pese a CF tenha consagrado a ideia de liberdade de associação, somente às associações *stricto sensu* tal direito se deu de forma ampla. É que aos sindicatos, espécies do gênero associação, mantiveram-se as prerrogativas e obrigações de cunho corporativista previstas na CLT, que implicam em mitigação da ampla liberdade sindical. O sindicato que emergia na Constituição Federal de 1988, seguia centrado no tripé, unicidade sindical, representação da categoria profissional e financiamento mediante contribuição sindical compulsória.

O fim do modelo e acepção de associação profissional vertida na CLT, não pôs fim a esta, somente mudou seu ancoradouro normativo da CLT para a Constituição Federal e legislação civil, que, juntamente com a especificidade do seu objeto e membros que a constituem, conformam o novo conceito de associação profissional, razão pela qual, além do estudo da Constituição Federal, é imprescindível adentrar nos contornos que a legislação cível deu as associações.

3.5 A ASSOCIAÇÃO CIVIL

O ser humano, para atingir seus anseios e desideratos, opta pela realização de certos planos que estão além de suas forças individuais e tempo vital disponível. Quando tal contexto se desenha, as pessoas se associam entre si, para o efeito de uma vez juntas, possam atingir os objetivos que individualmente não alcançariam⁷⁷.

Conforme aduz Monteiro, as pessoas tendem a formar associações dotadas de estrutura própria e de personalidade primitiva, para com estas superar a debilidade de suas forças e a brevidade de sua vida⁷⁸. A associação⁷⁹ consistiria,

⁷⁷ ALVES. Francisco de Assis. **Associações e fundações no código civil de 2002: perfil e adaptações**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pag. 28.

⁷⁸ MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, 1º Vol., Saraiva 1993, p. 95.

assim, como um fenômeno da vida humana, que, dentro de sua sociabilidade, impele os seres vivos a se defenderem para a consecução de um fim almejado, de maneira a constituir uma organização estável de pessoas para a gestão de um interesse comum⁸⁰. É a partir destas características que se vislumbra o direito de associação como um direito natural ao ser humano.

Trata-se de direito natural de o ser humano associar-se para a persecução de seus legítimos interesses, com oportuna e adequada defesa contra qualquer atentado que tenha por objetivo frustrá-lo ou impedir seu exercício, como aliás consta da doutrina social da Igreja sustentada pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, quando afirma, com relação às associações, não ter o “Estado ou autoridade pública poder para coibir que existam. Porque o direito de forma tais sociedades privadas é direito natural do homem”⁸¹.

A associação profissional, por sua vez, enquanto espécie do gênero associação, encontra assento na Constituição Federal, bem como no Código Civil. Contudo, é a partir do Estatuto Civil que a sua conceituação, limitações e atos constitutivos necessários à aquisição de sua personalidade civil encontram-se dispostos.

Para o Direito Civil, associações são consideradas pessoas jurídicas de direito privado. Segundo Girardelli, pessoas jurídicas são entes caracterizados pelo agrupamento de pessoas ou bens para fins determinados, que adquirem, por força da lei, as características de uma pessoa, distinta das que as compõe, e a quem a ordem jurídica atribui personalidade, tornando-se capaz de exercer direitos e contrair obrigações⁸².

⁷⁹ Importante destacar que a utilização da expressão associação sindical tem por fito atrair para esta a associação civil, com caráter sabidamente não institucional. Neste aspecto preleciona Uriarte: *La utilización del término “asociación” puede responder a la intención del autor marcar la naturaliza asociativa del sindicato, por lo cual algunos autores que le asignan naturaleza institucional o que preferen no prejuzgar al respecto en la definición, manejan los vocablos “grupo”, “agrupacion” o “agrupamento”*. URIARTE. Oscar Ermida. **Sindicatos en libertad sindical**. 4 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2013, pag. 78.

⁸⁰ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público, Entes não sindicais**. São Paulo: LTr, 2013. p.175.

⁸¹ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público, Entes não sindicais**. São Paulo: LTr, 2013. p.175

⁸² GIRARDELLI, Adriana Carvalho. **A associação civil como garantidora da defesa do consumidor**. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 170/171

No código civil, as associações encontram-se previstas nos artigos 53 até o 61⁸³, que definem associação como o resultado da conjugação de pessoas com um objetivo em comum, visando à execução desses objetivos, sem finalidade econômica, motivo pelo qual podem assumir diversas finalidades.

Importante ter em conta que conquanto as associações tenham fins não econômicos, nada obsta que estas possam auferir resultados positivos, bem como que apliquem sua disponibilidade de caixa para manter ou aumentar seu patrimônio.

⁸³ Assim os dispositivos mencionados Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. (Incluído pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, *de per sí*, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

II – alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

O que a Lei Civil obsta é a distribuição de resultados econômicos positivos entre os seus membros⁸⁴.

Formada pelo concurso de vontades de seus membros, as associações ganham personalidade e capacidade jurídica com o registro de seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme dispõe os art. 115 e 121⁸⁵ da Lei nº. 6.015 de 1973, também conhecida como Lei dos Registros Públicos.

Uma vez investida de capacidade jurídica, mediante o registro de seu ato constitutivo no registro competente, a pessoa jurídica se reveste da qualidade de sujeito de direito, adquirindo, por conseguinte, personalidade para exercer direitos e contrair obrigações na ordem civil⁸⁶. É com base nesta personalidade que é assegurado à associação civil o direito à liberdade, à própria existência, bem como proteção de sua reputação e imagem⁸⁷.

A associação profissional, contudo, guarda peculiaridades que impedem a sua subsunção integral à associação profissional.

3.6 A ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL QUE EMERGE DO COTEJO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

As associações profissionais, até a Constituição Federal de 1988, se constituíam como estágio inicial à formação do sindicato, dotadas das prerrogativas de representar judicialmente e administrativamente seus membros. Como elemento

⁸⁴ A vedação ao exercício de atividades econômicas encontra-se previsto no art. 53 do Código Civil.

⁸⁵ Assim dispõe os artigos citados:

Art. 115. No registro civil de pessoas jurídicas serão inscritos:

I - os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública;

II - as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas.

Parágrafo único. No mesmo cartório será feito o registro dos jornais, periódicos, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias a que se refere o artigo 8º da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 121. O registro das sociedades e fundações consistirá na declaração, feita no livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações:

I - a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração;

II - o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

⁸⁶ ALVES. Francisco de Assis. **Associações e fundações no código civil de 2002: perfil e adaptações**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pag. 28.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 237.

distintivo dos sindicatos, as associações profissionais tinham a vontade como elemento central de sua formação e existência, bem como a limitação da representação exclusivamente em relação aos seus membros.

Os sindicatos, por sua vez, detinham o monopólio da representação da categoria, sem que os trabalhadores contidos nesta necessitassem manifestar sua vontade para ingresso na agremiação sindical. O vínculo a um determinado sindicato decorria de fatores anteriores ao ingresso do trabalhador em determinada profissão ou categoria, vez que a estes era vedada a escolha de sindicato diverso daquele reconhecido como representante da categoria pelo Estado. Os dois entes sindicais tinham, assim, como maiores balizas separadoras de suas atuações e prerrogativas, i) a vontade como elemento conformador do seu quadro associativo e ii) a extensão da representação.

Em que pese os dispositivos que regravam as associações profissionais na CLT tenham sido tacitamente revogados pela Constituição Federal de 1988, é possível aduzir, a partir do texto constitucional, que a filiação e a subsistência das associações seguem dependentes da manifestação de vontade de seus membros, e a dos sindicatos, por sua vez, seguem amparados na unicidade sindical, no monopólio da representação das categorias e na contribuição sindical compulsória.

Também pode ser afirmado que, com o novo texto constitucional, consoante já mencionado, as disposições legais corporativistas ligadas às associações foram derogadas. Tal derrogação trasladou a regulação das associações profissionais da Consolidação das Leis do Trabalho para a norma civil em cotejo com a Constituição Federal. A subsunção da associação profissional à associação prevista na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, contudo, não consegue trazer um conceito exato e quais prerrogativas são extensíveis a si, uma vez que os membros das associações profissionais, bem como seu objeto de atuação, guardam especificidades que atraem seu estudo para o campo do Direito Laboral.

Daí a necessidade de se analisar a associação profissional não só como mais uma espécie de associação civil, mas sim como uma organização social, com assento constitucional, que representa trabalhadores subordinados, que, individualmente, encontram-se em posição de desigualdade formal e material para negociar com seus empregadores. A associação profissional, desta forma, deve ser enfocada para além do prisma do direito à associação.

Enquanto o fenômeno do associativismo *lato senso* não parte da premissa que os associados se congregam, enquanto condição *sine qua non*, para estabelecer uma situação de maior igualdade negocial de seus membros frente à parte que tolhe ou restringe seus direitos, a associação profissional é composta por trabalhadores, que individualmente analisados, encontram-se em posição de desigualdade material, razão pela qual devem aglutinar-se para o efeito de buscar condições mais justas de negociação.

Ocorre que a normação pátria não traz elementos suficientes para a precisa definição da associação profissional no contexto acima traçado, razão pela qual outras fontes do direito, de manejo autorizado pelo art. 8º da CLT, podem ser utilizadas para o devido estudo da organização profissional em comento.

3.7 O DIREITO PORTUGUÊS COMO SUBSÍDIO PARA A DEFINIÇÃO DA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL

Consoante exposto, a CLT não mais regula e define o que se entende por associação profissional, de maneira que o conceito e os delineamentos deste ente coletivo nascem do cotejo da Constituição Federal de 1988 com o Código Civil de 2002. Esta iteração, contudo, não faz emergir uma definição precisa e consistente da associação profissional, uma vez que a Constituição Federal dispõe acerca do direito fundamental à associação e o Diploma Civil regula a associação civil enquanto pessoa jurídica despida das particularidades que recaem sobre as associações profissionais. Ou seja, o casamento de ambos complexos normativos não consegue formar um conceito que atente para o fato que o ente coletivo em comento, para além de uma associação, se constitui na união de um grupo de trabalhadores com o fito de buscar condições de negociação e atuação mais igualitárias frente ao empregador.

O direito comparado, contudo, aponta um norte conceitual para a associação profissional brasileira que emergiu da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, com amparo no art. 8º da CLT⁸⁸, que dispõe acerca a utilização do direito

⁸⁸ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte

comparado, da jurisprudência e do direito costume e da analogia como fontes supletivas e complementares à falta de disposições legais de determinados institutos e fenômenos laborais, nasce um caminho para o esclarecimento de um contorno mais conforme da associação profissional.

Em que pese parte da doutrina trabalhista refute a ideia de aplicação do direito comparado⁸⁹, há parte desta que entende que na falta de disposições legais ou contratuais pode recorrer-se ao direito comparado⁹⁰. A aplicação do direito comparado, todavia, obedece a critérios, não podendo ser aplicada com base no mero alvedrio do operador do direito⁹¹. Neste sentido, Feliciano assenta quatro requisitos a serem observados, no contexto do direito laboral, para a aplicação do direito comparado, quais sejam, i) a compatibilidade normativo-ideológica; ii) a utilidade socio-jurídica; iii) a proximidade cultural e linguística; iv) a filiação histórica⁹².

Analisando estes quatro requisitos, Feliciano assevera que o direito estrangeiro que mais preenche os requisitos listados e afeiçoa-se ao nosso é o Português:

Nesse quesito, releva observar que um dos subsistemas jurídicos mais próximos do subsistema jurídico-laboral brasileiro é o português, são essencialmente as mesmas do Direito do Trabalho nacional mormente quanto ao contrato individual de trabalho e às relações coletivas de trabalho⁹³.

Ademais das atuais semelhanças, o direito português e o brasileiro trilharam caminhos muito símiles, conforme podemos observar no confronto dos históricos das associações sindicais brasileiras com as portuguesas. Tal assertiva pode ser verificada mediante a análise das três grandes fases que o associativismo sindical português passou⁹⁴.

subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 251-336

⁹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. CLT comentada. 47ª Ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 97.

⁹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 34.

⁹² FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p.191.

⁹³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p.191.

⁹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho – Parte III – Situações laborais coletiva**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 35/39

A primeira delas correspondeu à formação e consolidação dos sindicatos livres. Neste período os sindicatos eram formados livremente, ao abrigo do direito associativo, bem como munidos da prerrogativa de celebrar livremente convenções coletivas de trabalho. Ainda que as convenções coletivas de trabalho fossem reduzidas à categoria geral de contrato, elas já correspondiam, à época, a uma nova forma de autonomia privada, que veio a constituir a autonomia coletiva.

A segunda delas representa o período corporativista, também chamado de publicização dos sindicatos, formados em consonância com um crescente movimento de intervenção do Estado nas relações coletivas. Nesta fase há a substituição do sindicato ancorado na luta de classes, para o sindicato colaborador e conformador da paz social, advinda da cooperação interclassista entre trabalhadores e empregadores;

A fase corporativa postulava, desta forma, a existência de uma organização profissional que a lei pré-ordenava, de forma primar pelo interesse geral da coletividade. Este sistema amparado no interesse geral, todavia, não ignorava a dialeticidade dos conflitos coletivos, apenas os considerava limitados pelos princípios de paz social e hierarquia de interesses⁹⁵.

No período de publicização, o princípio do pluralismo sindical é substituído pelo princípio do sindicato único, as associações sindicais são consideradas pessoas jurídicas de direito público, que gozam da prerrogativa de celebrar convenções coletivas ao abrigo de uma delegação de poderes do Estado. Nesta fase, as convenções coletivas são erigidas à qualidade de fontes laborais, razão pela qual ganham eficácia geral.

Relevante sublinhar que o período de publicização em Portugal não divergia do modelo corporativista brasileiro disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, que conferia o monopólio da representação da categoria e da contratação coletiva, bem como a unicidade sindical.

O período publicista têm seu fim com o a queda de Marcelo Caetano por meio da Revolução dos Cravos (25 de abril de 1974), que dá início à terceira fase vertida por Palma Ramalho. Em consonância com os princípios inspiradores desta revolução, os sindicatos passam por uma reprivatização. Neste contexto são retomados os princípios da Liberdade Sindical, da autonomia coletiva, da pluralidade

⁹⁵ FERNANDES. Antonio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012, pag. 557.

sindical, bem como recuperados os direitos greve e contratação coletiva sem a intervenção do estado.

Nesta fase, no bojo da Constituição da República Portuguesa de 1976, inicia-se a constitucionalização dos direitos laborais coletivos, de maneira a consagrar a liberdade sindical e o pluralismo sindical que advém desta. É com base nestas duas liberdades que os sindicatos consolidam sua tendência de privatização, traduzida como a independência das associações sindicais face ao Estado.

O fenômeno português de constitucionalizar os direitos sociais, bem como garantir ampla liberdade ao sindicato, assim como observado no período corporativo, também foi observado no Brasil, que a partir da Constituição Federal de 1988, consagrou no Texto Maior uma série de direitos laborais, bem como, ainda que em intensidade menor que em Portugal, garantiu uma maior liberdade aos sindicatos.

Com amparo na novel Constituição é editado o Decreto-Lei nº 519 – CI/79 de 29 de dezembro, também conhecido como Regime Jurídico das Relações Coletivas de Trabalho, que regulando a contratação coletiva, assentou as seguintes diretrizes: I) reforço da formalização dos processos negociais; II) afirmação de um intervencionismo estatal mitigado; III) especialização do regime de negociação nas empresas públicas; IV) consagração da voluntariedade e da legitimação associativa; V) condicionamento da periodicidade das negociações no mesmo âmbito.

A consagração da autonomia coletiva foi de igual forma observada na restauração do direito de greve pelo decreto 65 de 1977. Neste decreto foi recuperado o direito à greve, com a determinação de observância dos serviços mínimos que os trabalhadores em greve devem prestar para que as necessidades coletivas não deixem de ser atendidas⁹⁶. Neste cenário, nasce em Portugal um novo sindicato, com liberdade sindical plena, consubstanciada na: i) pluridade sindical, ii) representação e atuação adistrita aos seus membros, iii) ausência de quaisquer imposições advindas do Poder Público que mitiguem sua autonomia.

Ou seja, emerge em Portugal um sindicato com características muito similares às associações profissionais brasileiras formadas a partir da da Constituição Federal de 1988, tendo em conta que ambos voltados à defesa de direitos e prerrogativas laborais, com atuação restrita aos seus membros, conforme podemos observar na

⁹⁶ FERNANDES. Antonio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012, pag. 559.

dicção do art. 432 do Código Laboral Português, que assim dispõe: *a) Sindicato, a associação permanente de trabalhadores para defesa e promoção dos seus interesses sócio-profissionais*. Deste preceptivo, podemos destacar três elementos.

A par do preceptivo acima transcrito, *mutatis mutandis*, podemos conceituar, bem como delimitar a associação profissional objeto deste estudo, como a “*associação permanente de trabalhadores para a defesa e promoção dos seus interesses sócio-profissionais*”. Deste conceito, três aspectos sobressaem-se.

O primeiro, é a associação enquanto ente permanente. Segundo Fernandes⁹⁷, permanente tem como premissa central a ideia de que, uma vez criado, o ente sindical se torna, após sua fundação, independentemente da entrada e saída de associados, permanente.

O segundo, é a natureza voluntária dos sindicatos preconizada no Código Laboral Português, que aponta no sentido que a manutenção e a subsistência destes estão a cargo da vontade de seus trabalhadores-membros, exatamente como as associações profissionais brasileiras que dependem para sua formação e subsistência da vontade de seus associados.

O terceiro, reside no trabalhador enquanto membro constitutivo, bem como diferenciador desta associação para com as demais, de maneira a afastar a subsunção indistinta deste ente coletiva às associações civis.

Assim, a partir do cotejo da definição trazida pelo Código Laboral Português, com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 emerge o conceito da associação profissional objeto de estudo, enquanto ente coletivo de representação dos trabalhadores subordinados, de cunho permanente que atua na defesa dos interesses e direitos sócio profissionais de seus membros.

⁹⁷ FERNANDES. Antonio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012, pag. 590.

4 OS DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS

Partindo do conceito assentado no capítulo anterior é possível asseverar que as associações profissionais têm como um de seus desideratos e prerrogativa a defesa judicial dos direitos e interesses de seus membros. Estudar o que é associação, assim, ademais do seu estudo conceitual, subsunção legal e enfoque doutrinário, carece da análise de quais são os direitos e interesses de defesa coletiva que estão sob o foco de atuação da associação profissional.

O vertente capítulo, desta forma, tem por escopo o estudo e a análise dos direitos e interesses de defesa coletiva, nos quais a associação profissional, consoante será estudado em capítulo específico, dispõe de legitimidade para sua tutela. Para tanto, enfrentará, em um primeiro momento, o seu histórico e consolidação, para, em um segundo momento, adentrar de forma mais minudente em sua classificação.

4.1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

O século XX foi marcado por uma série de conflitos que alteraram sensivelmente a posição do indivíduo frente ao Estado e à sociedade. O ser humano, antes centrado na proteção de suas liberdades e garantias individuais, materializadas no amparo da propriedade privada e de sua liberdade de ir e vir, passou a ser sujeito de direito a prestações pelo Estado.

Os postulados liberdade e igualdade brandidos contra os regimes monarquistas-despóticos não mais se prestavam a atender a integralidade das necessidades do novo indivíduo forjado no século XX⁹⁸. Atingidos por duas grandes guerras mundiais, os cidadãos não buscavam mais o Estado somente para a proteção da sua propriedade e garantia de sua segurança pessoal, mas também para que este garantisse e promovesse a dignidade do ser humano.

⁹⁸ Nesta Linha aponta Alvim Neto: Alguns segmentos marginalizados deixando de integrar o rol dos que se encontravam nas periferias das sociedades e respectivas civilizações, não alcançadas de fato pelo aparelho do Estado, iniciaram um processo para forçar a entrada nos quadros melhores da civilização, com o que se colocou de um lado a insuficiência do aparato estatal e bem assim do sistema tradicional. ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. **Anotações sobre a perplexidade e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito de matéria.** Revista de Direito do Consumidor. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992. p. 76-99.

O Poder Público, assim, paulatinamente, foi se afastando da estática figura de fiel depositário e garantidor da segurança jurídica, para converter-se em indutor e promotor do desenvolvimento social-econômico dos seus administrados, que clamavam por políticas públicas que garantissem educação e saúde de qualidade, bem como um meio ambiente protegido do livre alvedrio exploratório de parte da sociedade fabril que emergia das revoluções industriais dos séculos XVIII e XIX⁹⁹.

Para atingir estes novos desideratos, o Estado, diante de nações destruídas socialmente e economicamente pelo horror das guerras mundiais, com especial destaque para a segunda, passou a liderar e executar uma série de políticas públicas, que alavancaram o mercado interno, bem como asseguraram ao cidadão o direito a melhores condições de saúde, educação, cultura e meio ambiente saudável.

Neste sentido, preciso o apontamento de Perissé:

Seu argumento está ancorado na ideia de que o papel do Estado do Bem-Estas – *Welfare State* -, quando a complexidade da vida social paulatinamente transformou o caráter da ação legislativa, agora destinada não mais a estabelecer os limites da ação estatal, mas a promover a realização de certos projetos coletivos. Portanto, o absenteísmo estatal deu lugar ao protagonismo de suas agências para tornar efetivos os chamados direitos sociais.¹⁰⁰

Enquanto o modelo de Estado Liberal ancorado no “deixai passar, deixar fazer” ruía, um novo Estado assentado no social frente ao individual começava a surgir. Avultava-se, assim, o Estado Social lastreado no ser humano e sua condição como tal, que trasladava o foco do indivíduo para o grupo¹⁰¹.

⁹⁹ Neste sentido bem aponta Britto: Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

¹⁰⁰ PERISSÉ. Paulo Guilherme dos Santos. **Interesses tuteláveis por meio da Ação Coletiva. Ação Coletiva na Visão de Juizes e procuradores do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

¹⁰¹ BORBA, Joselita Nepomuceno Borba. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos difusos**. São Paulo: LTR, 2013. P. 70

Relevante destacar que não só o horror da guerra contribuiu para o surgimento destes novos papéis do Estado, mas também a evolução e o desenvolvimento das nações socialistas, que tinham como centro o indivíduo sobre o capital, de maneira tal que o primeiro preponderava sobre o segundo. Era necessário, assim, nas nações não socialistas, o fornecimento de serviços e políticas públicas que garantissem ao cidadão uma sensação de bem-estar que obstasse o avanço do comunismo soviético.

Neste quadro histórico, impulsiona-se o surgimento de uma multiplicidade de direitos, calcados em 3 fundamentos, conforme assenta Bobbio:

Ocorre de três modos: a) porque aumentou a quantia de bem considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, um homem abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade.¹⁰²

Se o universo de direitos crescia, de igual sorte o número de titulares aumentava, de modo tal que as lesões e o direito a prestações pelo Estado atingia uma grande massa de pessoas. Os direitos não estavam mais circunscritos ao mundo do indivíduo, mas sim a uma coletividade unida por uma situação de fato, relação jurídica base, em não raras vezes, espalhados em estado fluído, de maneira tal que não podiam ser divididos e satisfeitos individualmente.

Passavam a ocorrer as violações em massa, assim descritas por Capeletti:

as situações de vida que o direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a justiça – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais frequente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de violações em massa”.¹⁰³

Neste sentido, conforme esclarece Capeletti, em razão dos fenômenos de massificação, as ações, relações e condutas humanas assumem caráter coletivo, em justaposição ao individual, de maneira tal que os interesses dos grupos e

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coitinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁰³ CAPELETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, in Revista de Processo, volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130.

categorias passaram a preponderar face aos individuais¹⁰⁴. Tal assertiva, segundo o mestre italiano, estaria calcado no fato, cada vez mais frequente, que a complexidade das sociedades modernas gera situações nas quais um único ato do homem pode beneficiar ou prejudicar um grande número de pessoas.

Estas violações em massa, segundo Arenhart, se dão em um contexto de um mundo globalizado, que conduz à convergência de interesses para a fruição dos mesmos bens¹⁰⁵. Neste sentido, afirma o mestre paranaense, é corrente ver que os mesmos problemas e conflitos vivenciados por um são compartilhados por outros, uma vez que encontram uma só origem, ou, no mais das vezes, são interesses que não podem ser titulados exclusivamente por uma pessoa apenas.

Os direitos e lesões que surgiam nestas circunstâncias não mais conseguiam ser subsumidos ao binômio direitos públicos e privados. Estes novos direitos, forjados na sociedade de massas que emergia, não eram monopólio do Estado ou do indivíduo, mas sim da coletividade, unida por uma situação de fato, origem comum ou relação jurídica base, que fazia com que as lesões não mais se restringissem à esfera do Estado ou do indivíduo.

As inquietudes em relação às lesões em massa eram de igual sorte sentidas no universo laboral, de forma tal a provocar questionamentos por parte da doutrina e dos Tribunais, conforme podemos observar nos apontamentos do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ronaldo José Lopes Leal¹⁰⁶:

Há cerca de vinte anos, lançamos as primeiras ideias sobre as lesões massivas no campo do direito do trabalho, ao observar que os meios tradicionais de tutela não se prestam mas para tornar efetivos determinados direitos, especialmente aqueles que, embora integrem o patrimônio jurídico de um sujeito específico, integram também o de cada sujeito componente da mesma coletividade. Pertencem a todos e a cada um, hipótese em que, lesado o de um, lesados estarão os de todos os membros daquela coletividade.

Com o crescente fenômeno de coletivização dos direitos e por consequência das lesões, o ordenamento pátrio iniciou um processo de conceituação, delimitação e, principalmente, criação de instrumentos que garantissem sua efetiva tutela. Não

¹⁰⁴ CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 46.

¹⁰⁵ ARENHART. Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137

¹⁰⁶ LEAL, Ronaldo José Lopes. **A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos**. In Os novos paradigmas do Direito do Trabalho (homenagem a Valentin Carrion) Org. SILVESTRE, Rita Maria e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 606.

obstante o esforço do legislador em enfrentar a temática dos direitos coletivos, bem como a defesa coletiva destes, lacunas e vaguezas conceituais surgiram no caminho, razão pela qual, antes de adentrar, nos instrumentos de tutela destes direitos, há que se aclarar suas definições e categorizações, a começar pela controversa diferenciação entre direito e interesse.

4.2 DIREITOS E INTERESSES

Não há consenso doutrinário acerca da diferenciação entre direito e interesse. Parte desta divergência emerge da própria legislação, que com pouca precisão técnica utiliza direitos e interesses para descrever o mesmo fenômeno.

Para Borba, interesse significa, etimologicamente, estar entre, ou *“estar entre uma necessidade e um sujeito, um bem de vida ou um fim que atenda àquela necessidade”*¹⁰⁷. No direito, alguns interesses, tendo em conta sua relevância, são colocados sob proteção, conforme assenta Borba:

No campo específico do direito, a ordem jurídica destaca interesses tidos como relevantes e coloca-os sob proteção. Há, portanto, no universo dos interesses gerais, um processo seletivo, formando-se divisão clara entre os interesses que não merecem proteção jurídica – interesses de fato – e os que a merecem.¹⁰⁸

Os interesses juridicamente protegidos corresponderiam à ideia de garantia ou de satisfação de uma necessidade prevista em lei. Por meio da norma, portanto, atribui-se ao cidadão a faculdade de gozar de um bem, de maneira tal que o interesse juridicamente subjetivo passa a ser um elemento integrante do direito subjetivo. Este direito confere ao seu titular a faculdade de o exercer, não estando adstrito à obrigatoriedade de agir. É que o direito subjetivo se constitui em uma situação de vantagem protegida pela lei, que condiciona o seu exercício a ato volitivo de agir do titular.

Em que pese direito subjetivo e interesse juridicamente protegido transpareçam uma ideia de equivalência, não o são, vez que o primeiro está relacionado à faculdade gozar de um bem e o segundo à ideia de faculdade agir. Ou

¹⁰⁷ BORBA. Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008, p. 46.

¹⁰⁸ BORBA. Joselita Nepomuceno. **Legitimidade Concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**. LTR: São Paulo, 2013, p. 75.

seja, conforme esclarece Borba: “Trata-se, pois de fenômenos distintos, embora a noção de interesse juridicamente protegido constitua elemento do direito subjetivo. Só se pode invocar tutela (agir) se o comando geral da norma contemplar aquela situação (interesses)”¹⁰⁹.

Ocorre que a diferenciação direitos subjetivos e interesses juridicamente protegidos não foi adotada pelo legislador, consoante podemos observar na proteção dada pela Constituição Federal a direitos e interesses¹¹⁰. Não obstante a legislação tenha empregado indistintamente as expressões interesses e direitos, parte da doutrina, com muito vigor, defende que o termo que mais se afeiçoa destes valores que medeiam o universo processual coletivo é o interesse, conforme bem sustenta Mancuso:

Sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão interesses, nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão *direito* evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os interesses tuteláveis na jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que mostrem compatíveis com ele sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante, por aí se explicando a cláusula que abre para “outros interesses coletivos e difusos”, constante da parte final do art. 129, da CF e do inciso IV do inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85.¹¹¹

O entendimento perfilhado por Mancuso parte da premissa que o termo direito está vinculado à atribuição de uma determinada vantagem, com base no ordenamento legal vigente, a um titular. Ocorre que os interesses coletivos, consoante será analisado adiante com mais minúcia, são essencialmente indivisíveis, de maneira tal que há uma situação de vantagem protegida pelo ordenamento sem um titular definido, razão pela qual, ao não haver um titular correspondente a este direito, não haveria falar em direito coletivo, mas sim em interesse coletivo.

¹⁰⁹ BORBA. Joselita Nepomuceno. **Legitimidade Concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**. LTR: São Paulo, 2013, p. 76

¹¹⁰ Neste sentido destaca-se o inciso III do artigo 8º da Constituição Federal de 1988, que de forma clara ponta esta equivalência conceitual: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”

¹¹¹ MANCUSO. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 99/100.

A legislação, todavia, não erigiu o termo interesse como o único e mais adequado para abarcar os fenômenos coletivos em análise. Neste sentido, esclarecendo o tratamento símile do legislador aos termos interesse e direitos, assevera Watanabe:

Foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.¹¹²

Ou seja, em que pese haja substrato teórico para a diferenciação de direitos e interesses, na realidade prática tal categorização não encontra qualquer finalidade, conforme anota Cerdeira:

Entretanto, parece-nos que, tratando-se de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tal distinção não possui qualquer finalidade prática, eis que os interesses não deixam de ser direitos, visto que se encontram previstos no ordenamento jurídico, inclusive na Constituição Federal.¹¹³

Efetivamente, consoante, assentado por Cerdeira, não há diferenças práticas entre interesse e direito, vez que este não foi sequer objetivo do legislador, bem como não encontra qualquer finalidade operacional em eventual clivagem conceitual, razão pela qual o presente estudo utilizará interesse e direito de forma indistinta.

Assentadas as bases dos direitos e interesses coletivos, passa-se à sua análise e classificação.

4.3 INTERESSES PRIVADOS E INTERESSES PÚBLICOS

Tem origem no direito romano a divisão do direito em público e privado. Segundo Santos esta classificação baseava-se no critério teleológico que o direito visava tutelar¹¹⁴. Desta forma, o direito público era composto por normas atinentes à

¹¹² Código de Defesa do Consumidor. Ada Pellegrini Grinover [et all]. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 800

¹¹³ CERDEIRA. Eduardo de Oliveira. Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos. São Paulo: LTr, 2014, p. 73.

¹¹⁴ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014, p. 66

ordem pública, à organização da república, ao Estado Romano, e ao direito privado, por seu turno, era formado por normas que regulavam o interesse particular.

O transcorrer do tempo não pôs fim à classificação do direito em público e privado. Referidos institutos, contudo, ganharam novos delineamentos. O interesse público é exemplo disto. Enquanto no direito romano estava estritamente ligado aos interesses diretos do Estado, na contemporaneidade tornou-se expressão plurívoca, passando a comportar também as acepções interesse geral, utilidade pública, bem público, necessidade pública, fim social, função social e justiça social¹¹⁵.

Com a ampliação dos contornos do interesse público, este passou a ser dividido em primário e secundário¹¹⁶. O primário seria o compartilhado por toda a sociedade, ligado assim a uma noção de coletividade, que acompanha os conceitos de bem comum, ordem e segurança pública. Os interesses públicos secundários, por sua vez, seriam, segundo Santos, o meio de realização dos interesses primários, de modo que a expressão interesse público evoca, em um primeiro momento, de forma imediata, a figura do Estado, e num segundo momento e mediatamente, os interesses da coletividade¹¹⁷.

A defesa do interesse público pelo Estado, desta forma, nem sempre reflete o bem geral da coletividade, conforme dá conta Mazzili:

ao tomar decisões na suposta defesa do interesse público, nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas e sociais ruinosas, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduos.¹¹⁸

Interesses privados, por seu turno, segundo Péricles Prade, seriam o interesse substancial que integra o núcleo de um direito objetivo particular,

¹¹⁵ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicato e ações coletivas**. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014, p. 66

¹¹⁶ CERDEIRA. Eduardo de Oliveira. **Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos**. São Paulo: LTr, 2014, p. 73 e seguintes.

¹¹⁷ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicato e ações coletivas**. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014, p. 67

¹¹⁸ MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.47

formalmente submetido ao regime do direito privado, caracterizado por sua disponibilidade e pela equivalência com outros interesses privados¹¹⁹.

A divisão entre direitos privados e públicos não tem, contudo, atingido o desiderato de integral categorização, vez que nem todos os fenômenos sociais e interesses juridicamente protegidos que recaem sobre estes, têm conseguido afeição nesta classificação dicotômica. Neste sentido, aponta Santos:

Não obstante as tentativas de distinção entre os campos de atuação do direito público e do direito privado, é assente na doutrina a insuficiência dessa clássica dicotomia, diante da complexidade social, uma vez que esta precária e deficiente divisão não permite o devido enquadramento de diversos interesses que extrapolam os lindes dessa bipolaridade e que não se coadunam com uma classificação estática, compartimentada e estanque como a apresentada.¹²⁰

A insuficiência da divisão clássica romana, tem tido como força motriz o nascimento de novos direitos, que, consoante já aqui declinado, não se restringem a um único titular, ou, quando divisíveis, guardam peculiaridades que tornam inviável sua tutela individual. Estes direitos ultrapassam o círculo individual, contudo não migram para o direito público, vez que pertencem a determinados grupos, segmentos, classes ou categorias sociais, conforme leciona Nahas: “As relações surgem nos conflitos de massa não se adaptam nem nos chamados de privados, nem nos públicos, divisão tradicional que conhecemos dos interesses”¹²¹. Estes interesses, segundo a autora, estariam situados num vácuo entre as categorias privado e público, de maneira a reclamar tratamento diferenciado daquele prestado aos interesses e direitos individuais.

4.4 OS INTERESSES COLETIVOS *LATO SENSO*

Conforme já contextualizado anteriormente, com o transcorrer do século XX uma série de direitos e garantias foram agregados ao patrimônio jurídico-social dos

¹¹⁹ PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 30.

¹²⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicato e ações coletivas**. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2014, p. 67.

¹²¹ NAHAS, Thereza Christina. **Legitimidade ativa dos sindicatos**: defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos no processo do trabalho, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2001, p. 86.

cidadãos. Estes direitos, contudo, não eram mais de exclusiva fruição do indivíduo, mas de uma coletividade. Estes novos direitos, todavia, não conseguiam ser categorizados nas estruturas dicotômicas instituídas pelo direito romano. Mais que isso, estes direitos não tinham como ser tutelados pelos instrumentos processuais que o processo civil disponibilizava aos seus operadores.

Atestado o nascimento destes novos direitos, a doutrina, bem como os legisladores, iniciou um processo de estudo e ordenamentos destes. Neste sentido, imprescindível destacar o trabalho de Cappelletti e Garth, que de forma pioneira assentaram as balizas iniciais ao enfrentamento do tema¹²².

Os dois professores partiram da premissa que a sociedade de massas que nascia no século XX precisava de um novo sistema jurídico, que conferisse efetivo acesso à justiça. A mudança no acesso à justiça proposta pelos dois autores estava calcada em 3 aspectos, denominadas por estes como ondas renovatórias. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária gratuita. A segunda onda está ligada à tutela de direitos metaindividuais¹²³. A terceira onda está centrada na simplificação procedimental que garanta efetivamente o acesso à justiça¹²⁴.

A primeira onda¹²⁵ foi recepcionada no Brasil com a edição da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabeleceu, pela primeira vez, os critérios para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes. A gratuidade judicial, contudo, só ganhou efetiva completude com a promulgação da Constituição Federal e a instituição das defensorias públicas nos Estados e na União Federal, vez que de nada adiantaria a isenção das custas e despesas judiciais

¹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-73.

¹²³ A segunda onda versada por Capelletti e Garth denunciava a insuficiência da legitimação ordinária para tutelar os direitos coletivos e a respectiva necessidade de se ampliar esta legitimação, conforme aclara Mazzili “nas lesões a interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se tivéssemos de sempre nos valer da legitimação ordinária, e, com isso, deixar a cada lesado a iniciativa de comparecer em juízo, diante do ônus que isto representa (não só os relacionados ao custeio da ação, como os de caráter probatório). MAZZILLI. Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

¹²⁴ Neste sentido Capelletti esclarece que o processo civil, tal como concebido, não era dotado de instrumentos adequados à satisfação dos direitos coletivos: A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre estas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 20 e seguintes.

vertida na Lei 1.060/1950 sem que aos hipossuficientes economicamente fosse fornecida advocacia gratuita¹²⁶.

A segunda e a terceira onda¹²⁷, por sua vez, só ganharam seus contornos iniciais com a edição da Lei da Ação Civil Pública, doravante também designada de ACP, que pela primeira vez, de forma mais específica, enfrentou o universo dos direitos coletivos e a sua tutela. Somada à promulgação da Lei da ACP, a segunda e terceira onda só foram efetivamente incorporadas no Brasil com a edição da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que de forma integrativa e complementar, consoante será enfrentado no próximo capítulo, formaram o microsistema processual coletivo hoje vigente no Brasil.

4.4.1 Interesses coletivos como institutos de direito material

Os interesses coletivos que ganhavam proteção traziam consigo dúvidas quanto à sua definição e aplicação, que ainda hoje subjazem. A primeira indagação a ser respondida no universo dos direitos coletivos é se estes podem ser subsumidos enquanto direitos materiais ou processuais. Para responder esta questão, imprescindível trazer à baila a definição de direito de Mancuso, segundo o qual *“direito evoca uma posição adrede positivada, atribuindo certa situação de vantagem a um titular definido”*¹²⁸.

Ocorre que nos fenômenos coletivos em análise não há um titular definido, razão pela qual, segundo parte da doutrina, não haveria falar em direitos materiais coletivos, conforme expressa Leite:

Importa ressaltar que o instituto dos interesses/direitos coletivos não é tema afeto ao estudo do direito material, porquanto, quando dele se cuida, não se discute a relação jurídica do ponto de vista das relações dos indivíduos entre si, mas instituto de direito processual de enfoque constitucional na medida que seu reconhecimento se dá no âmbito da discussão sobre o direito fundamental de acesso à justiça e sobre a adequada prestação jurisdicional. Basta que seja a regulação do tema pela legislação. O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor busca definir tais

¹²⁶SANTOS. Willian Franklin Lira dos. **A crise do Dissídio Individual e o Fenômeno da Coletivização do Processo**. São Paulo: LTr, 2013, p. 68-71.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 20 e seguintes.

¹²⁸ MANCUSO. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 98

interesses/direitos apenas e tão-só para regular a tutela coletiva, de sorte que a conceituação dos processualistas sobre a necessidade de mediação jurisdicional dos conflitos sociais e de massa.¹²⁹

A partir desta linha de entendimento, os interesses coletivos não seriam direitos de uma coletividade, enquanto direitos materiais, vez que a coletividade não é pessoa, e por força disso impassível da imputação de direitos e deveres. O raciocínio estabelecido por Leite é de igual forma perfilhado por Mancuso, que remete o estudo e a categorização dos interesses coletivos ao universo do direito processual, conforme podemos observar no seguinte apontamento:

Sob outra perspectiva, cada qual dos valores tuteláveis no plano processual coletivo comporta enquadramento em certos nichos do universo coletivo, enquadrados na rubrica “interesses metaindividuais”, que o legislador houve por bem trifurcar em difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos (Lei 8.078/90), art. 81, parágrafo e incisos). Esta tipologia, à sua vez, deve acomodar-se ao remédio processual correspondente, valendo lembrar que o interesse de agir funda-se no trinômio necessidade-utilidade-adequação, e sobre este último quesito, impende ter presente que, além das ações antes indicadas, o art. 83 da Lei 8.078/90 (ligado ao microsistema coletivo, mercê do art. 117 desta lei) abre caminho para “todas as espécies de ações.”¹³⁰

O entendimento perfilhado por Leite, e de forma adjacente assentado por Mancuso, carece de consistência. Em que pese o CDC tenha conferido instrumentos processuais para a tutela dos direitos de defesa coletiva, não há como falar com clareza indiscutível que o Código Consumerista, em seu art. 81, tenha assentado que os direitos lá previstos seriam regras de direito processual e não material.

A premissa que os direitos de defesa coletiva vertidos no CDC nada mais são do que valores hábeis a apontar qual instrumento processual pode tutelá-los, olvida que há direitos pertencentes a coletividade. Em que pese o conceito clássico de direito não respalde integralmente a existência de um direito de natureza coletiva, com o evoluir da humanidade, e a ampliação dos interesses meramente individuais, é possível falar em direito materialmente coletivo.

¹²⁹ LEITE. Marcelo Daltró. **Interesses e direitos essencialmente e acidentalmente coletivos**. p. 3. <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3faba29a-8656-4f5f-813c-d781096b4c48&groupId=10136> Acesso em: 24 fev. 2016.

¹³⁰ MANCUSO. Rodolfo de Camargo Mancuso. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 99/100

A corrente doutrinária acima exposta, que classifica os direitos de defesa coletiva enquanto direitos processuais, vai de encontro com a essência e história dos direitos coletivos, que antes de contarem com instrumentos processuais para a sua defesa já existiam enquanto direitos coletivos de natureza material indivisível.

Não fossem os direitos de defesa coletiva de natureza material, não haveria falar em mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança individual tem por escopo defender direito líquido e certo decorrente de ato ilegal perpetrado por agente público ou quem lhe faça às vezes. O *mandamus* coletivo, partindo do mesmo direito líquido e certo disposto no *writ* individual, assenta que os direitos de natureza coletiva também são passíveis de impetração do mandado de segurança, de maneira a evidenciar a natureza material destes direitos.

4.4.2 O código de defesa do consumidor e a categorização dos interesses coletivos

Assentada a natureza material destes direitos, há de se adentrar na classificação que estes receberam pela doutrina e pela legislação. Para tanto, imprescindível, transcrever o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, doravante designado de CDC, que assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Conquanto a tarefa de definir institutos jurídicos não seja afeta ao trabalho legislativo, vez que normalmente exercida pela jurisprudência e pela doutrina, no CDC o legislador entendeu por conceituar estes interesses, de maneira tal a

encurtar o caminho de efetivação destes interesses, bem como afastar discussões desnecessárias acerca do conteúdo, finalidade e elementos de identificação¹³¹.

Ou seja, o legislador, ao categorizar estes direitos objetivou facilitar a tutela destes. Assim, muito mais do que definir, a questão central está em sua efetivação, pouco importando, no universo prático, a sua definição. A conceituação, deve estar a serviço da efetivação destes direitos e não como um empecilho à sua fruição. Condensando esta ideia finalística da conceituação destes direitos, bem aduziu Bobbio:

Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é à sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados¹³².

Bobbio parte da premissa, sem desmerecer o trabalho legislativo em classificar estes direitos, que o fundamental é ter por norte a sua efetivação.

Antes de adentrar em suas características e especificidades, é importante ter em conta que esta tríade de direitos foi dividida em dois grupos por Barbosa Moreira, quais sejam, interesses essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos¹³³.

¹³¹ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2014 p. 72

¹³² BOBBIO. Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Nelson Coutinho. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

¹³³ Neste sentido esclarece Barbosa Moreira: A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe esclarecer uma distinção importante.

- a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só consitui, *ipso facto*, lesão a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”.
- b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns da proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais. Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falemos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”.

Para embasar tal divisão, o mestre carioca utiliza como critério a unitariedade ou cindibilidade do interesse.

A partir deste critério seriam direitos essencialmente coletivos aqueles em que a situação jurídica plurissubjetiva abrange relações jurídicas individuais que carecem de solução uniforme, de maneira que a preservação do direito de um é a preservação do direito dos demais, e a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais¹³⁴. Os interesses acidentalmente coletivos seriam, ao seu turno, aqueles cindíveis que não carecem de um tratamento unitário, em razão da situação da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem a situação global. A par da classificação de Barbosa Moreira, os direitos coletivos e os difusos estariam subsumidos ao grupo dos essencialmente coletivos, ao passo que os individuais homogêneos estariam vinculados ao grupo dos interesses acidentalmente coletivos.

Zavascki, à sua vez, converge com Barbosa Moreira ao agrupar conjuntamente os direitos coletivos e difusos no grupo dos interesses transindividuais e os individuais homogêneos no grupo dos direitos individuais com defesa coletiva. É com base nesta divisão que Zavascki faz sua crítica ao uso desmedido da expressão tutela de direitos coletivos¹³⁵:

Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, à toda evidência equivocada, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual.

A partir destes dois agrupamentos, impositivo adentrar no estudo particular dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.4.3 Interesses difusos

O código de defesa do consumidor, na dicção do inciso I do art. 81, define os direitos difusos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, n. 61. São Paulo: RT.

¹³⁴ LEITE. Marcelo Daltró Leite. **Interesses e direitos essencialmente e acidentalmente coletivos.** <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3faba29a-8656-4f5f-813c-d781096b4c48&groupId=10136> Acesso em: 24 fev. 2016.

¹³⁵ ZAVASCKI. Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. P. 25

titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os contornos mais precisos, todavia, foram dados pela Doutrina, que na letra de Mancuso bem definiu estes direitos:

São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e de organização necessários à sua afetação institucional, junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.¹³⁶

Os direitos difusos, com efeito, atingem dimensões diversas, como bem assenta Mazzilli:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o de consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes como os dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).¹³⁷

Na justiça do Trabalho a tutela dos direitos difusos também é presente. A partir da Constituição Federal de 1988 e a outorga da prerrogativa do Ministério Público¹³⁸ tutelar direitos coletivos transindividuais somada à legitimidade do

¹³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 137.

¹³⁷ MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 20014, p. 53-54.

¹³⁸ Exemplo corrente da prerrogativa do Ministério Público do Trabalho ingressar com ações coletivas que discutam direitos difusos se dá nas ações civis públicas que versam sobre meio ambiente do trabalho, conforme da conta o seguinte julgado: I - AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - CABIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA E DANO MORAL COLETIVO. Diante de potencial violação dos arts. 7º, XXII, e 127 da Carta Magna, 6º, VII, alíneas a e d e 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II -

Sindicato¹³⁹ ajuizar ações coletivas enquanto substituto processual da categoria, dentre estas com especial destaque às ações civis públicas, meio ambiente do trabalho e não discriminação na contratação, matérias que nitidamente atinem a interesses difusos, passaram a obter tratamento coletivo.

4.4.4 Interesses coletivos *stricto sensu*

Em que pese os direitos coletivos sejam assim denominados por parte doutrina aqui colacionada, referida expressão não traz a exatidão necessária destes direitos. É que direitos coletivos podem ser de igual forma empregados para definir direitos pluri-subjetivos de natureza indivisível, conceito este que poderia congrega de igual forma os direitos difusos e os coletivos, razão pela qual o presente estudo, para fins de maior precisão técnica, utilizará o termo direitos coletivos *stricto sensu*.

Segundo dispõe o inciso II do art. 81 do CDC, direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Ou seja, interesses de natureza indivisível, pertencente a um grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica base, conforme aduz Santos:

Assim, os interesses coletivos constituem uma síntese dos interesses de sujeitos indeterminados ou determináveis que formam um grupo, uma coletividade ou uma categoria organizada e coesa – que os vincula e tutela – a partir da existência de um vínculo jurídico entre

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA E DANO MORAL COLETIVO. O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade e interesse de agir para pleitear em ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, especialmente quando relacionados à proteção do meio ambiente do trabalho e, correlatamente, à saúde, à integridade física e à vida dos trabalhadores, nos exatos limites dos arts. 7º, XXII, 127 e 129, III e IX, e 200, VIII, da Constituição Federal, 6º, VII, alíneas a e d, 83 e 84 da Lei Complementar nº 75/93, 1º, I, 3º e 5º, I, da Lei nº 7.347/85. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2091520105060005, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 10/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

¹³⁹ A prerrogativa do sindicato postular via coletiva direitos difusos é de igual forma reconhecida pela jurisprudência. Neste sentido aponta Nascimento: Ressalte-se, também, que os sindicatos podem cumprir uma importante função; têm eles poderes conferidos, em nível constitucional, pelo disposto no art. 8º, III, da Lei Maior, quando declara que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Ora, se o preceito constitucional literalmente declara que os interesses coletivos e individuais dos trabalhadores e da categoria por estes organizada competem ao sindicato, é forçoso reconhecer que a esfera de atuação sindical tem pleno amparo no ordenamento jurídico. Cumpre aos sindicatos efetivá-la” NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

eles ou destes com uma parte contrária, de modo que constitua um todo indivisível, cujo gozo é permitido a todos os membros do grupo numa relação de comunhão em que a fruição por um não impede a de outro, e sua violação atinge a todos os membros do grupo concomitante¹⁴⁰.

Os interesses coletivos, assim, ao contrário dos direitos difusos, supõem titulares determinados ou determináveis unidos por uma relação jurídica base, conforme anota Mazzili:

Tanto os interesses difusos como os coletivos são individuais, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis ligados por uma circunstância de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a um, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica base.¹⁴¹

Passareli, por seu turno, assim define os interesses coletivos:

É o de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo, apto a satisfazer uma necessidade comum. Não é a soma dos interesses individuais, mas sua combinação. É indivisível, pois se satisfaz, não por muitos bens, aptos a satisfazerem necessidades individuais, mas por um único bem apto a satisfazer as necessidades da coletividade. O interesse coletivo, que não é o interesse geral de toda a coletividade organizada, também se distingue do individual. E é por isso mesmo um interesse privado; não é, ainda, um interesse público.¹⁴²

Estes interesses estão ligados ao espírito associativo do ser humano, conforme bem aponta Santos:

Dizem respeito ao ser humano associado, socialmente agrupado, membro de grupos ou comunidades com algum grau de organização que medeiam entre o indivíduo e o Estado. Por serem coletivos, estes interesses desvinculam-se dos interesses concretos de cada indivíduo de coletividade para assumir contornos de um interesse

¹⁴⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4ª Ed. São Paulo: LTR, 2014, p.76

¹⁴¹ MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 20014, p. 56.

¹⁴² SANTORO-PASSARELLI. Francesco. **Noções de direito do trabalho**. Trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11.

abstrato e despersonalizado, concernente a coletividade ou grupo como um todo.¹⁴³

O espírito associativo trazido por Santos, encontra respaldo no entendimento Shimura, no sentido que “um dos traços distintivos do interesse coletivo é a organização, visto que sem ela, os interesses não podem aglutinar-se de forma coesa e eficaz no seio de grupo determinado”¹⁴⁴. Apesar de Shimura destacar a organização como fio condutor e conformador dos direitos coletivos *stricto sensu* e Santos contextualize o espírito associativo do ser humano com os direitos em análise, há que se ponderar que a caracterização dos direitos coletivos não carece de uma organização de seus titulares. Tal assertiva encontra amparo no já referido art. 81 do CDC, que de forma clara assentou que direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles de natureza indivisível, pertencentes a titulares determinados ou determináveis

Ou seja, ao dispor de forma expressa que os direitos coletivos pertencem a titulares determinados ou determináveis, o código consumerista afastou a necessidade da existência de qualquer ente associativo para a caracterização do direito coletivo *stricto sensu*. É por este motivo que podemos afirmar que uma determinada lesão ocasionada pelo fisco aos contribuintes pode ser caracterizada como direito coletivo *stricto sensu*, vez que a lesão a ser reparada pode indistintamente atingir o patrimônio jurídicos dos contribuintes, e estes, ainda que desprovidos de qualquer organização, podem ser caracterizados como titulares determináveis.

Com base nisso é possível aduzir que os interesses coletivos *stricto sensu* são aqueles que representam a síntese das pretensões de determinado grupo, classe ou categoria, cujos os titulares são determinados entre si ou com a parte adversa que conforma a relação jurídica base¹⁴⁵. A relação jurídica base, como elemento diferenciador dos direitos coletivos *stricto sensu*, é de igual sorte perfilhado no entendimento de Borba:

¹⁴³ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4ª Ed. São Paulo: LTR, 2014, p.73.

¹⁴⁴ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.p. 29.

¹⁴⁵ CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. 2ª ed. **Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos**. São Paulo: LTr, 2014. P.87

Assim, quando pessoas ou grupo de pessoas se encontram numa mesma situação jurídica em relação a um bem acerca do qual todas, conjunta e solidariamente, experimentam comum necessidade, evidencia-se o direito ou interesse coletivo. Quando, no entanto, a situação jurídica não se assenta ou ultrapassa a fronteira de uma relação jurídica-base, o direito ou interesse é difuso.¹⁴⁶

No âmbito laboral as lesões que atacam direitos coletivos *stricto sensu*, acontecem com grande frequência nos descumprimentos das normas coletivas, que de forma indivisível atingem o universo determinável de pessoas.

4.4.5 Direitos individuais homogêneos

O art. 82, inciso I, do CDC, define os direitos individuais homogêneos como os “decorrentes de origem comum”. Estes direitos seriam, assim, aqueles de natureza divisível, com titulares identificáveis, que sofrem uma lesão que, em razão de uma origem comum e incidência homogênea desta no patrimônio jurídico de seus titulares, podem ser tutelados coletivamente.

4.4.5.1 Definição do termo homogêneo

Não obstante o esforço do CDC em definir o que seriam direitos individuais homogêneos, coube a doutrina e a jurisprudência dar os contornos do que se entende por homogêneo. Definindo o que se entende por homogêneo, aduziu Grinover:

Parece evidente, no entanto, que a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos difusos**: Sindicato, Associação, Ministério Público, Entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013. P. 87.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira**: os requisitos de admissibilidade. In: O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 49.

É indiscutível que o legislador, ao dispor que os direitos em questão somente atinem àqueles que incidam de forma homogênea no patrimônio jurídico de seus titulares, visou restringir o conceito de forma a limitar a sua defesa coletiva. Esta escolha legislativa sofre severas críticas, forte no argumento que, ao limitar a tutela coletiva destes direitos somente àqueles homogêneos, diversos direitos individuais que poderiam ser de igual forma vertidos coletivamente ficam privados da tutela coletiva.

A escolha do legislador consumerista tem como base as *class actions for damages*¹⁴⁸ do direito americano, que de forma pioneira assentaram as primeiras balizas para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Ocorre que o sistema jurídico americano apresenta idiosincrasias que não se afeiçoam ao modelo jurídico brasileiro. A principal delas, no que toca à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, é que nos Estados Unidos as indenizações são estipuladas no mesmo processo. Isto significa, enquanto no Brasil, consoante a seguir será enfrentado, as condenações são em regra postuladas em procedimentos de liquidação e execução individuais, nos Estados Unidos estão dispostas no bojo do mesmo processo coletivo. Neste sentido aponta Gagno:

Nota-se assim, que nos EUA, a sentença de liquidação é una, não havendo processos de liquidação distintos e individuais como no Brasil, concluindo-se, portanto, que o procedimento estabelecido para fixação das indenizações individuais justifica a opção dos norte-americanos por um conceito tão rígido de homogeneidade – o que não é o caso do Brasil, mesmo porque, se não houvesse tal rigor na respectiva conceituação, poderia haver uma grande injustiça na fixação das indenizações que, insista-se, nos EUA, são fixadas na própria demanda coletiva.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Segundo Scarpinella Bueno, Class actions podem ser assim definidas: A class action do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. **AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS E AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS: PONTOS PARA UMA REFLEXÃO CONJUNTA.** Cassio Scarpinhella Bueno. <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em 02.10.2015.

¹⁴⁹ As críticas ao conceito de direitos individuais homogêneos disposto no CDC podem ser bem observadas no artigo de Luciano Gagno. Direito individual homogêneo: em busca de uma

Ou seja, a restrição da tutela coletiva de direitos individuais somente àqueles com origem comum e de incidência homogênea no universo de seus titulares faz sentido no sistema norte-americano, não no brasileiro. É com amparo na especificidade do sistema jurídico brasileiro frente ao americano, que Gagno defende a ampliação do contorno da tutela judicial dos direitos individuais de lesão em massa decorrente de origem comum para além dos muros da homogeneidade, de maneira tal que direitos individuais de lesão em massa, mas de natureza heterógena, possam também ser defendidos coletivamente¹⁵⁰.

Não obstante o esforço de Gagno em ampliar o foco de incidência dos direitos homogêneos, a jurisprudência tem fechado portas para esta ampliação¹⁵¹, de maneira tal que os direitos individuais de defesa coletiva, somente atine aqueles homogêneos de origem comum.

4.4.5.2 Contornos da origem comum

Consoante já declinado em linhas anteriores interesses individuais são aqueles de origem comum, materializada no mais das vezes em uma relação jurídica-base que atingem de forma homogênea o patrimônio de seus titulares. Todavia, conforme assenta Branco, inexistente a necessidade de se verificar a existência de uma relação jurídica-base, vez que os direitos ora enfrentados podem ocorrer de uma situação de fato que faça surgir o direito de reparação para um número grande de pessoas¹⁵².

interpretação mais coerente com o direito fundamental à justiça Gagno. Luciano Picoli. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_619.pdf,> acesso em 28/09/2015

¹⁵⁰ Esclarecendo seu posicionamento, assim aduz Gagno: O direito individual homogêneo previsto no diploma consumerista, deve ser compreendido como aquele de origem comum somente, dispensando-se assim, a prevalência de questões comuns, pois aparentemente, esta interpretação se mostra mais coerente com os princípios constitucionais e direitos fundamentais pátrios, já que traz maior efetividade a proteção dos direitos individuais em geral, exprimindo assim, a máxima interação que deverá existir sempre, entre as tutelas individuais e as coletivas.

¹⁵¹ AGRAVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS. O Sindicato pleiteia em favor dos substituídos que a reclamada se abstenha de contratar empregados sem registro, bem como que proceda a anotação na CTPS de todos que ainda não tenho sido registrados. Tais pedidos não se enquadram em direito individual homogêneo, mas sim direito individual heterogêneo, uma vez que necessitam de uma análise concreta e individualizada. O sindicato não detém, pois, legitimidade extraordinária conferida pelo art. 8.º, III, da CF, para ajuizar a presente Ação Coletiva. Precedentes. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR: 12052120115020027, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 20/05/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015)

Esta origem comum, fática ou jurídica, não carece que o fato lesivo tenha ocorrido na mesma localidade ou tempo, como bem assenta Paschoal:

Pode tanto se referir a uma situação fática ou jurídica, mas não implica a exigência de que os fatos causadores do dano tenham ocorrido ao mesmo tempo e na mesma localidade. Isto é, um mesmo fornecedor poderá praticar uma série de atos idênticos atentatórios aos direitos dos consumidores e, caso estes tenham os mesmos direitos lesados, considerar-se-á que a origem dos danos é comum, ainda que tenham se verificado em momentos distintos.¹⁵³

Dissecados os elementos que conformam o conceito dos direitos em apreço, passa-se à controversa categorização dos direitos individuais homogêneos no universo dos direitos tutelados coletivamente.

4.4.5.3 Direitos individuais homogêneos enquanto direitos individuais de defesa coletiva

Em sua tese de doutoramento, Zavascki assenta com muito vigor a tese que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos ou transindividuais, mas sim direitos individuais de defesa coletiva¹⁵⁴. Para tanto, Zavascki aponta que os direitos coletivos seriam somente aqueles de natureza indivisível, aspecto que não recai sobre os direitos individuais homogêneos.

Conquanto não sejam direitos coletivos, não há como simplesmente subsumi-los aos direitos individuais, vez que nos direitos individuais homogêneos há um fato jurídico comum que atinge diversos indivíduos, de maneira a colocá-los em situação assemelhada que permite a tutela coletiva destes direitos¹⁵⁵. Tal tutela, contudo, não implica em um julgamento uniforme para todos os indivíduos, vez que que o

¹⁵³ **A representatividade adequada na ação coletiva brasileira** (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, orientador: Prof. Dr. Kazuo Watanabe, 2007, p. 79.

¹⁵⁴ Zavascki. Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁵⁵ Importante esclarecer que a expressão “origem comum” não significa que os interesses individuais homogêneos devam decorrer do mesmo fato e ao mesmo tempo; consoante assenta Watanabe: as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos da imprensa, e em repetidos dias, ou de um produto nocivo à saúde, adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles. WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.189.

comando judicial exarado no processo coletivo deve se afeiçoar às situações concretas dos tutelados¹⁵⁶.

Os direitos individuais homogêneos estariam, desta forma, no meio do caminho entre os direitos individuais e os coletivos *lato senso*. Não estritamente individuais ante a amplitude de lesados e respectivo impacto social, tampouco coletivos, vez que divisíveis e incorporáveis ao patrimônio de seus titulares. Ou seja, direitos individuais de defesa coletiva, que ante o seu impacto carecem de tratamento processual diferenciado.

Neste sentido, esclarece Santos:

Os interesses individuais homogêneos, como se extrai das suas características, não são essencialmente transindividuais no sentido estrito do termo; constituem interesses individuais cuja satisfação jurídica ocorre por intermédio de uma via processual única; assim, só podem ser considerados transindividuais em sentido amplo, uma vez que possuem um *plus*, um algo a mais em relação ao conjunto de interesses que os compõe, derivado da homogeneidade causal que lhe concede a mencionada relevância social¹⁵⁷.

Não longe o convicto posicionamento já citado de Zavascki, no sentido que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim individuais de defesa coletiva, não há como se afastar as intensas feições coletivas que recaem sobre estes direitos, tendo em conta a massa de lesados, unidos em razão de uma lesão comum.

4.4.5.4 Diferenças entre direitos individuais homogêneos e interesses plúrimos

Há que se diferenciar, também, os direitos individuais homogêneos dos interesses plúrimos, tendo em conta a aparente similitude entre estes. Esclarecendo estas diferenças, assim aduz Cerdeira:

Os interesses individuais plúrimos não possuem potencialidade de propagação para a esfera jurídica de indivíduos além daqueles que já compõe os lesados. Como exemplo disso podemos citar a demissão

¹⁵⁶ SANTOS. Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 90

¹⁵⁷ SANTOS. Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 92

de três empregados sem pagamento de verbas rescisórias (interesses que podem se tutelados de forma plúrima com pedido de pagamento das aludidas verbas), interesses nitidamente individuais, enquanto a demissão dos mesmos três empregados, em virtude de terem aderido a uma greve, poderia caracterizar a tutela desses interesses como individuais homogêneos, na medida que demonstra que a empresa demitirá todos sem pagar verbas rescisórias para todos aqueles que aderirem a eventuais movimentos paretistas¹⁵⁸.

No mesmo sentido, aponta Santos:

Os interesses individuais plúrimos são interesses essencialmente individuais que se limitam ao círculo de atributividade jurídica de seus titulares; não possuem potencialidade de propagação para a esfera jurídica de indivíduos além daqueles titulares componentes da pluralidade de pessoas aos quais se referem. São interesses sem potencialidade de expansão ou coletivização. Os interesses individuais homogêneos, necessariamente, para sua caracterização, devem ser decorrentes de uma origem comum. É que esta origem comum que os qualifica como homogêneos e possibilita sua defesa coletiva e uniforme. A fonte originária concede a todos os interesses individuais homogêneos, pertinentes a uma dada coletividade, natureza jurídica e conteúdo idênticos. Já os interesses individuais plúrimos podem surgir de diversas fontes objetivas ou subjetivas, e receberem qualificação jurídica e conteúdos diversos uns dos outros.¹⁵⁹

Ou seja, aos direitos de defesa plúrima falta a prevalência do coletivo face o individual, bem como a potencialidade da lesão perpetrada.

4.4.5.5 *Direitos individuais homogêneos na justiça do trabalho*

Não obstante a tutela de direitos individuais homogêneos deixe transparecer uma ideia de novidade, o processo do trabalho, muito antes do Lei da ACP e do CDC, já disciplinava a tutela de direitos subjetivos, conforme dá conta o art. 872 do CLT, que assim dispõe:

¹⁵⁸ CERDEIRA. Eduardo de Oliveira. **Ações Coletivas e a substituição processual pelos sindicatos**. 2ª ed. São Paulo, 2014. P. 92-93.

¹⁵⁹ SANTOS. Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 90

SANTOS. Ronaldo Lima dos. **Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na justiça do trabalho**: da substituição processual à sentença genérica. http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1033087/Rev41_art5/ab12279a-13b5-4354-87cb-03240937c48b Acesso em 17.09.2015.

Parágrafo único - Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.

Referido dispositivo foi introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho em 1954 por intermédio da Lei 2.275, ou seja, mais de 35 anos da edição do CDC, que pela primeira vez trouxe a previsão expressa da tutela de direitos individuais homogêneos. Ademais da previsão da CLT da utilização da tutela coletiva para a satisfação do pagamento de salários atrasados, no âmbito jus laboral já era corrente a utilização da substituição processual pelos sindicatos para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Foi com o CDC, contudo, que os interesses individuais homogêneos ganharam contornos mais claros, de maneira a permitir que um corpo intermediário, também denominado de autor ideológico, possa tutelar coletivamente estes direitos, de maneira tal que, conquanto divisíveis, ganhem tratamento uniforme e conjunto.

Não obstante os direitos individuais homogêneos tenham sido pela primeira vez dispostos em um código voltado, em um primeiro momento, a regular relações de consumo, no âmbito das relações de trabalho estes interesses encontram forte incidência, conforme aponta Santos:

As relações de trabalho constituem campo fértil para o nascimento de direitos individuais homogêneos, tendo em vista a presença de grupos de empregados numa mesma empresa, cujos direitos podem ser lesados de forma uniforme em relação a um conjunto total ou parcial de trabalhadores, ensejando a sua tutela coletiva por um ente representante (sindicato, associação, Ministério Público etc.), como vem se consolidando a jurisprudência trabalhista.¹⁶⁰

O Código de Defesa do Consumidor, conforme será enfrentando doravante com mais profundidade, reforçou o instrumental para a tutela destes direitos no âmbito da justiça do trabalho, vez que ampliou os efeitos da coisa julgada, bem como os legitimados para a postulação destes direitos.

¹⁶⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na justiça do trabalho:** da substituição processual à sentença genérica. http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1033087/Rev41_art5/ab12279a-13b5-4354-87cb-03240937c48b Acesso em 17.09.2015.

Na Justiça do Trabalho, o movimento de coletivização dos direitos individuais mostra-se imprescindível para a tutela destes direitos, ante o crescente número de reclamações¹⁶¹, bem como o crescente surgimento de novos direitos¹⁶².

4.4.6 Situações heterogêneas

Os direitos vertidos neste capítulo não esgotam, quando analisados e aplicados isoladamente, a classificação das lesões em massa. Há determinadas situações em que estes direitos se cruzam, vez que sobre um mesmo fato poderá ocorrer uma lesão que atinja o patrimônio de seus titulares na esfera individual divisível, bem como na coletiva indivisível. Neste sentido esclarece Zavascki:

É importante anotar, todavia, que os conceitos e institutos concebidos jurídicos concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do interprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insusceptíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos legais doutrinários.¹⁶³

As situações anotadas por Zavascki apontam que nem sempre os direitos coletivos e individuais homogêneos surgem com clareza. Tal aspecto se dá pela

¹⁶¹ O fenômeno do aumento das ações trabalhistas é crescente e a atual, conforme recente notícia do jornal do correio do povo de 12 de abril de 2015, dando conta do aumento do número de processos trabalhistas em 40% no Rio Grande do Sul. <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/566586/Numero-de-processos-trabalhistas-cresce-40-no-RS>> Acesso em 17/09/2015

¹⁶² V. G.direit o direito existencial, assim definido no Recurso Ordinário 105-14.2011.5.04.0241, do TRT da 4ª Região:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. Rio Grande do Sul, TRT, RO 105-14.2011.5.04.0241. Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

¹⁶³ ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 32/33

ocorrência, em um mesmo fato, de lesões individual e transindividual. As lesões contra o meio ambiente bem ilustram esta assertiva. Quando um rio é poluído por uma empresa, a lesão advinda deste ato pode atingir a esfera pessoa do titular, o seu patrimônio enquanto sujeito de uma coletividade, bem como o seu interesse difuso enquanto lesado de um grupo indeterminado de pessoas atingidas.

A situação exemplificativa vertida acima, pode ser corroborada pelo acidente do barco Bateu Mouche IV¹⁶⁴. Segundo Nelson Nery Junior, a partir da análise deste podem surgir três postulações/feitos diversos, i) a ação de uma associação de turismo que têm interesse em manter a imagem do turismo de cruzeiros navio – tutela de interesses coletivos stricto sensu, no qual há uma relação jurídica base, nos quais os titulares beneficiados são determináveis e o objeto é indivisível; ii) ação do Ministério Público requerendo a interdição da embarcação para o efeito de preservar a vida e a segurança das pessoas, a fim de evitar acidentes futuros; iii) ação de associação das vítimas requerendo indenizações individuais advindas do acidente a serem calculadas em liquidação de sentença¹⁶⁵.

Na Justiça do Trabalho situações como a exposta por Nelson Nery Junior, de igual sorte são observadas. Exemplo disto são ações que têm por objeto a discussão de reajustes, nas quais há tutela de i) direitos coletivos de natureza indivisível pertencentes a um determinado grupo que não percebeu um determinado reajuste previsto em lei ou norma coletiva, bem como direitos de homogêneos de natureza, vez que a não concessão do reajuste impactará, de forma divisível, no patrimônio jurídico de seus titulares¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Naufragio de uma embarcação na costa brasileira no dia 31 de dezembro de 1988, na Baía de Guanabara, quando estava a caminho de Copacabana. Das 142 pessoas a bordo, 55 faleceram. Informações extraídas do sitio jurídico conjur. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-17/recursos-bateau-mouche-ainda-tramitam-justica>>. Acesso 10/10/2015;

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1024.

¹⁶⁶ Complementando o caso hipotético exposto, traz-se à colação o exemplo vertido por Cerdeira: Visando deixar mais clara a matéria e já demonstrar a potencialidade da atuação das entidades sindicais, citemos mais um exemplo: imaginemos que a norma coletiva (convenção coletiva) de determinada categoria profissional expressamente disponha que “as empresas pagarão mensalmente aos empregados que laborem utilizando armas um adicional de 20% calculado sobre o salário-base”. Ato contínuo, imaginemos que determinada empresa não paga tal adicional desde o surgimento da norma. O sindicato profissional (entendido como aquele que defende os interesses dos empregados) então propõe uma ação coletiva requerendo que a norma passe a ser cumprida e que ao mesmo tempo seja a empresa condenada a pagar a cada um dos empregados que laborem com arma todos os valores que não foram pagos até aquele momento. Vislumbramos aí a tutela de interesses coletivos stricto sensu (todos os empregados daquela empresa passarão a receber o adicional que lhes é devido) e interesses individuais homogêneos (terão direito a diferenças que serão calculadas respeitando a peculiaridade de cada contrato de trabalho – tempo, valor do salário).

Enfrentados os direitos coletivos de defesa coletiva, passa-se ao estudo de sua tutela e mecanismos de efetivação.

5 A TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA PELA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL

A tutela judicial de direitos pela associação profissional encontra previsão, de forma mais expressiva e minudente, na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública. O vertente estudo, contudo, para além da análise dos diplomas mencionados, carece do enfrentamento do que se entende por legitimidade e sua perspectiva na ação coletiva, para a partir daí se aclarar especificamente a tutela judicial de direitos de defesa coletiva pela associação profissional.

Para atingir o desiderato acima exposto, o vertente capítulo analisará, em um primeiro momento, a legitimidade e suas nuances no direito processual civil coletivo, para, em um segundo momento, enfrentar a tutela de direitos de defesa coletiva em juízo e os requisitos para o exercício de tal função.

5.1 CONCEITO CLÁSSICO DE LEGITIMIDADE

A legitimidade é tema pertencente não só ao direito processual civil, como também à teoria geral do direito, tendo em conta sua inserção em todos os seus ramos¹⁶⁷. Não obstante seu aspecto multidisciplinar, é no direito processual civil que seu enfrentamento foi dado com maior profundidade e vigor. Partindo da premissa que a legitimação é tema também pertencente à teoria geral do direito, mas de estudo mais vigoroso e minudente pelo processo civil, destaca-se o conceito do processualista espanhol Ricardo Sanchez:

(...) una consideración o determinación jurídico-política em virtud de la cual, dentro del marco constitucional, el legislador define qué situaciones jurídicas vinculadas con una pretensión procesal concreta conceden el poder de conducción del proceso en que se há deducido.¹⁶⁸

¹⁶⁷ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na Ação Civil Pública**. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013, p. 27.

¹⁶⁸ SANCHEZ. Ricardo Juan. **La Legitimación en el Proceso Civil**. Los Titulares del Derecho de Acción. Cizur Menor: Ed. Aranzi, 2014, p. 40.

No âmbito do Processo Civil brasileiro, a legitimidade sempre esteve ligada à noção de que a titularidade decorre diretamente da relação de direito material, como podemos extrair do conceito clássico de legitimidade elaborado por Cândia:

Conforme de definição clássica entre nós, a legitimidade é uma qualidade do sujeito, aferida em função de um ato jurídico, realizado ou a ser praticado, sendo que esta qualidade é outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e resulta de uma situação oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurígenos¹⁶⁹.

No mesmo sentido aponta Araújo:

No processo civil clássico, em que predominam as relações de natureza individual (“Caio” versus “Tício”), a regra é que a ação seja proposta por aquele que se afirma titular do direito material. Neste caso há uma coincidência entre a figura da parte de direito processual (legitimidade *ad processum*) e parte de direito material (legitimidade *ad causam*), de modo que os efeitos do processo refletem diretamente na esfera jurídica da parte. Tem-se portanto, a chamada legitimidade.¹⁷⁰

O conceito clássico de legitimidade, desta forma, estaria diretamente ligado à análise e a perquirição de quem é o titular de determinada relação jurídica, para a partir da resolução desta questão definir quem é parte legítima para figurar no processo. No Código de Processo Civil de 1973 a definição de legitimidade acompanhou o conceito clássico acima talhado, consoante observa-se na dicção do Art. 6º *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*, dispositivo este também previsto no art. 18 do novo CPC: *Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*.

A previsão constante no novo CPC mostra alteração singela quanto à legitimidade processual, vez que mantém a premissa central de atribuição da legitimidade para integrar o processo à parte titular do direito subjetivo deduzido em juízo, alterando somente os casos de substituição processual, a seguir enfrentados com maior minúcia, na qual a parte litigante postula em nome próprio direito alheio,

¹⁶⁹ CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na Ação Civil Pública. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013, p. 28

¹⁷⁰ ARAÚJO, Rodrigo Mendes. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Ed. Juspodvin, 2013, p. 25.

mediante a substituição da expressão “autorizado por lei” para “autorizado pelo ordenamento jurídico”.

A alteração é sutil, mas relevante, tendo em conta que o ordenamento jurídico abarca um número maior de situações legitimantes do que a lei. Enquanto a substituição prevista em lei compreende somente os casos de previsão legal expressa, a substituição ancorada na autorização dada pelo ordenamento jurídico abarca a lei, dispositivos com força normativa, bem como a nova figura dos negócios processuais¹⁷¹, prevista no art. 190 do novo CPC¹⁷².

Partindo da premissa que o negócio processual também conforma o ordenamento jurídico, plausível que a titularidade de determinado direito seja transferida para outro não titular do direito subjetivo, mediante a notificação da parte adversa para ciência da alteração do polo ativo titular do direito subjetivo. Em que pese esta importante alteração, o novo CPC segue o entendimento clássico de legitimidade, relegando a substituição processual a regra de exceção.

Partindo do prisma clássico de legitimidade, assentado na nova codificação processual e na de 1973, podemos atestar a existência de duas formas de legitimidade. Uma ordinária, na qual o titular do direito é aquele que conduz e deduz suas pretensões em juízo, e outra, de ordem extraordinária, na qual, mediante autorização conferida pelo ordenamento jurídico, a parte autora pleiteia direito alheio em nome próprio.

A partir desta divisão clássica tentou-se enfrentar o fenômeno da tutela de direitos de defesa coletiva, de maneira a abrigá-lo sob o teto da legitimidade

¹⁷¹ Segundo Talamini Negócios processuais são: A rigor, os negócios jurídicos processuais podem ser atos bilaterais ou unilaterais. O negócio processual unilateral é expressão de vontade de um único sujeito (ou polo de sujeitos), que unilateralmente dispõe de alguma posição jurídica processual de que era titular. O negócio processual bilateral é fruto do ajuste de vontade de dois ou mais sujeitos (ou polos de sujeitos), que coordenadamente dispõem sobre suas respectivas posições processuais. Os negócios jurídicos bilaterais são também chamados de convenções processuais. Essa é a hipótese mais relevante em termos práticos – e é dela que se tratará fundamentalmente nos tópicos seguintes. Na linguagem corrente, aliás, muitos autores têm aludido genericamente a negócios processuais tendo em vista, precisamente, os negócios bilaterais (convenções) processuais. TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em 18.03.2016.

¹⁷² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

extraordinária. A subsunção simples e imediata à figura da legitimidade extraordinária, contudo, não se amoldou ao fenômeno da tutela coletiva.

5.2 A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO CLÁSSICO DE LEGITIMIDADE PARA A ANÁLISE DA TUTELA JUDICIAL DE DIREITOS DE DEFESA COLETIVA

Hoje motivo de críticas, o art. 6º do Código de Processo de 1973, repisado em parte no art. 18 do novo CPC, é reflexo de seu tempo, no qual a tutela judicial estava voltada quase que em sua totalidade para a solução de litígios individuais, de maneira que a defesa coletiva de direitos era aspecto adjacente, limitada às hipóteses previstas na Lei da Ação Popular. Desta forma, em que pese já houvesse lesões em massa, o processo estava voltado à solução das demandas individuais. O acesso à justiça, desta forma, passava pelo aparelhamento do processo para que os cidadãos, individualmente considerados, pudessem solver suas demandas.

Contudo, com o advento do trabalho já citado de Cappeletti e Garth¹⁷³, a defesa coletiva de direitos no Brasil ganhou maior vulto. Em sua obra acesso à justiça, os referidos autores assentaram que o ataque às lesões em massa nascidas no século XX passavam pela i) implantação da gratuidade judicial, que tornasse o acesso à justiça algo menos custoso; ii) a ampliação dos contornos de legitimidade, para o efeito de conferir a corpos intermediários a possibilidade da defesa coletiva de direitos; iii) a criação de instrumentos processuais hábeis a tutela coletiva de direitos.

As ponderações trazidas pelos professores trouxeram a reflexão de que a tutela de direitos não mais poderia se restringir à defesa de litígios individuais, mas também deveria abranger aqueles de natureza coletiva. Ampliar o conceito e os limites da legitimidade processual era medida impositiva.

A ampliação desta legitimidade não estava voltada a legitimar um ente alheio ao conflito que envolvesse uma dada coletividade por ele representado, mas sim a garantir que não só o titular do direito material deduzido em juízo gozasse de legitimidade para a tutela deste direito. Os direitos de defesa coletiva, conforme já dito no capítulo anterior, são no mais das vezes indivisíveis, de maneira que impassíveis de serem tutelados no modelo individualista do art. 6º do CPC 1973

¹⁷³ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

(atual art. 18 do novo CPC), de maneira que com o avultamento das lesões coletivas o esquema tradicional da tutela individual não mais permitia a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos, como bem destaca Santos:

Tornou-se notória a insuficiência e a inadequação das estruturas processuais tradicionais para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os institutos processuais clássicos se baseiam na tutela individual de direitos, ao passo que a proteção jurídica dos interesses transindividuais subtrai-se a esses esquemas tradicionais, principalmente no que se refere ao problema da legitimação e de eficácia da sentença. Assim, como era de se esperar, todo o sistema processual teve que sofrer uma série de adaptações que propiciassem a tutela judicial destes direitos material emergentes.¹⁷⁴

Conforme assinalado por Santos, mantida a aplicação das estruturas individualistas do CPC de 1973, as lesões em massa que implicassem no vilipêndio de direitos indivisíveis subjetivamente eram impassíveis de defesa. Possibilitar o combate das lesões em massa, desta forma, muito mais do que criar mecanismos processuais de defesa coletiva, passava pelo alargamento do conceito clássico de legitimidade, tendo em conta o desencontro entre o ente coletivo legitimado para a propositura da ação e o direito material tutelado, conforme esclarece Almeida:

No Processo Coletivo, a legitimidade para a ação não guarda relação com a titularidade do direito deduzido, sendo atribuída, por expressa previsão legal, a entes públicos e privados, que o legislador reputa aptos à defesa em juízo de direitos que transcendem a esfera individual, com exceção feita à ação popular, que pode ser ajuizada pelo cidadão. O que se persegue na definição de legitimidade para agir nas ações coletivas é a ampliação do acesso à justiça e a adequada defesa judicial dos direitos metaindividuais.¹⁷⁵

Ou seja, para a tutela dos novos direitos que emergiam era necessário pensar-se o processo para além do indivíduo. Neste contexto surge a figura dos corpos intermediários, podendo ser definidos como as configurações sociais nascidas da tensão entre o indivíduo e a sociedade, da divergência entre o individual

¹⁷⁴ SANTOS. Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.* 4ª ed. São Paulo: LTR, 2014. P. 245.

¹⁷⁵ ALMEIDA. Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida. *Direito Metaindividual do trabalho. A adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos de dimensão transindividual.* Salvador: Ed. Juspodvin, 2016. P. 392

e o coletivo, por meio do qual os cidadãos se fortalecem e atuam em defesa de direitos e interesses comuns¹⁷⁶.

A tutela coletiva de direitos não conseguia, desta forma, subsumir-se a divisão legitimidade ordinária e extraordinária. Quanto à legitimidade ordinária, a não subsunção é clara, tendo em conta que a tutela coletiva não encontra a necessária congruência entre o titular do direito subjetivo e o direito material deduzido em juízo. A extraordinária, de igual forma, não se presta para enfrentar o fenômeno do processo coletivo, tendo em conta que voltada para as situações processuais da substituição e da representação, nas quais os substituídos são determinados, bem como sujeitos aos efeitos da coisa julgada, reflexos estes não observados, conforme a seguir enfrentado na tutela coletiva.

Tendo em conta esta incompatibilidade da divisão clássica da legitimidade em ordinária e extraordinária, surgiu uma terceira classificação, a legitimidade autônoma, assim definida por Nery Junior:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito, arrematando com o entendimento de que a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefugnis*); a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.¹⁷⁷

Os entes coletivos, desta forma, ao defenderem em juízo direitos de defesa coletiva, não atuam sob o prisma da legitimidade ordinária ou extraordinária, mas sim à luz da legitimidade autônoma, vez que representam de forma autônoma uma dada coletividade, mediante autorização do ordenamento jurídico.

De nada adiantaria, contudo, ampliar o conceito de legitimidade, sem dotar entes específicos da prerrogativa de atuar em juízo na defesa de direitos de defesa coletiva. Partindo desta premissa, nasce o estudo dos corpos intermediários sob a perspectiva de sua ação na defesa judicial de uma determinada coletividade. A

¹⁷⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicatos e Ações Coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2014. P. 247.

¹⁷⁷ NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1885.

análise dos corpos intermediários sai da esfera do estudo *lato senso* da ação dos grupos sociais, para focar como estes podem agir em juízo enquanto condutores e defensores de determinado direito de defesa coletiva.

5.3 CORPOS INTERMEDIÁRIOS

Consoante já abordado anteriormente, dotar os entes coletivos da prerrogativa de defender em juízo os direitos de determinado grupo social é medida central para a indução e promoção do acesso à justiça. A constituição de grupos sociais pelo ser humano não é fenômeno novo, o primeiro capítulo deste estudo bem aponta isso, tampouco contemporâneo com o surgimento do debate promovido por Cappelletti e Garth acerca do acesso à justiça.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o crescente desenvolvimento de direitos para além daqueles públicos ou privados, passam a surgir, conforme apontado no segundo capítulo deste trabalho, direitos de ordem transindividual, de natureza indivisível nem sempre pertencentes a um determinado grupo. O nascimento destes direitos faz surgir nos grupos sociais a aptidão e o anseio de defender estes direitos.

Os grupos sociais aptos a defenderem estes novos direitos se conformariam em corpos intermediários, ou seja, grupos de atuação entre o indivíduo e o Estado, conforme esclarece Santos:

Em todos os modelos de representação de interesses transindividuais citados, constata-se, em maior ou menor grau, a presença dos grupos organizados como entes aptos à tutela desses interesses. São os denominados corpos ou instâncias intermediárias, cuja presença na sociedade moderna acentua-se, gradativamente, com a adoção dos sistemas de democracia participativa. Esses corpos intermediários ou instâncias intermediárias são configurações sociais que, acentuadamente, vêm ganhando espaço na sociedade moderna. Nasce da tensão entre o indivíduo e a sociedade, da divergência entre o universal e o particular. Configura um modo indireto de inserção do indivíduo na totalidade social são os denominados grupos sociais, grupos de pressão, grupos intermediários, corpos intermediários e, ainda, instâncias intermediárias. São associações, sindicatos, entidades de classe, organizações não governamentais (ONGS) etc. É notável a intensificação dos corpos intermediários na sociedade moderna. Trata-se de precioso mecanismo de ação social por meio do qual os indivíduos se fortalecem e atuam em defesa de direitos e interesses

comuns (sociais, jurídicos, políticos econômicos, ideológicos) e de propósitos unificados.¹⁷⁸

Estes grupos partem de um aspecto já delineado sobre os sindicatos e as associações profissionais, o indivíduo sozinho é fragil, contudo, quando se une, ganha forças para defender seus direitos e interesses. Estes grupos conformam-se, desta forma, com a clara nota do coletivo frente ao individual, conforme aponta Olson:

Um “grupo intermediário” é um grupo em que nenhum membro obtém sozinho uma parte do ganho suficientemente grande para incentivá-lo a prover o benefício, mas que não tem tantos integrantes a ponto de um membro perceber se o outro está ou não ajudando a prover o benefício coletivo. Em tal grupo, um benefício coletivo pode ser obtido ou pode não ser, mas nenhum benefício coletivo jamais será obtido sem alguma coordenação ou organização grupal.¹⁷⁹

Neste sentido, partindo da premissa que o indivíduo quando se aglutina ganha mais forças para defender seus direitos, os grupos sociais, a partir do surgimento dos novos direitos de natureza transindividual, passam a revestir-se da prerrogativa de defender direitos de defesa coletiva, de maneira a atuar inclusive, de forma mais efetiva que a atuação judicial individual¹⁸⁰.

A defesa coletiva de direitos pelos corpos intermediários, ademais, apresenta vantagens à justiça e aos jurisdicionados, vez que representa a) economia processual com a junção de várias situações jurídicas em um mesmo processo; b) descongestionamento do Poder Judiciário; c) acesso das pequenas demandas à justiça; e) maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional; f) alternativa às limitações impostas ao litisconsórcio multitudinário¹⁸¹.

¹⁷⁸ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014. 247.

¹⁷⁹ OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva. São Paulo: Edusp, 1999, p. 62.

¹⁸⁰ Neste sentido aponta Santos: Em comparação com as dificuldades ou desvantagens dos indivíduos singulares para a atuação e defesa de direitos violados ou ameaçados de violação nestas situações jurídicas, os grupos organizados encontram-se mais aparelhados e em melhor posição para tutelar esses interesses supraindividuais. Não sofrem dos condicionamentos e obstáculos financeiros, culturais, organizativos e de tempo que afligem os indivíduos singulares. SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014. 247.

¹⁸¹ SANTOS. Ronaldo Lima dos Santos. Sindicato e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014. 250.

É com base no robustecimento dos corpos intermediários e na premissa que a atuação destes importa em vantagens para a justiça e para os jurisdicionados que as associações passam a também defender os direitos de defesa coletiva de seus associados na esfera judicial, conforme aponta Venturini:

As associações civis apresentam-se, pois, na célebre lição de Capeletti, como verdadeiros corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, quebrando os velhos esquemas dogmáticos relacionados à legitimação ativa, na medida em que se apresentam como autênticas propulsoras da proteção dos interesses meta-individuais em juízo. (...) A concessão de tantas garantias constitucionais e infraconstitucionais às associações civis não deixa dúvida alguma quanto ao papel delas esperado pela sociedade civil, ao mesmo tempo em que deveria direcionar uma especial interpretação quanto à sua presença em juízo, não só expressamente cogitada como fomentada.¹⁸²

No Brasil, a legitimidade ativa da associação encontra amparo na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

5.4 LEGITIMADOS ATIVOS PARA A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS

A legitimidade da associação profissional para tutelar judicialmente direitos de defesa de coletiva pode ser encontrada, de forma mais expressiva e consistente, na Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Para a devida análise da legitimidade conferida por estes, estudaremos individualmente cada um destes, por ordem cronológica de vigência.

5.4.1 A legitimação ativa da associação na lei da ação civil pública

A ação civil pública encontrou sua primeira positivação na Lei Complementar nº 40 de 1981, também conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público. Neste diploma, restou assentado a legitimidade funcional do Ministério Público para o ajuizamento da ACP¹⁸³. Não obstante a menção na Lei Orgânica do Ministério Público, a ação civil pública somente ganhou seus atuais contornos e importância a

¹⁸² VENTURINI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203.

¹⁸³ Neste sentido dispõe o art. 3º: São funções institucionais do Ministério Público:
I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;
II - promover a ação penal pública;
III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.

partir da edição da Lei 7.347 de 1985, momento no qual surgiu como instrumento processual, de caráter coletivo, destinado a promover a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico¹⁸⁴.

Há que se destacar, neste sentido, que a ação civil pública não detém este nome em razão de sua origem, bem como legitimidade ativa conferida ao Ministério Público para propô-la, tendo em conta que o ajuizamento desta não é de legitimidade exclusiva do *parquet*, conforme esclarece Mancuso:

Essa ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros legitimados, mas sim porque representa um largo espectro social de atuação, porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo limbo jurídico.¹⁸⁵

O rol de direitos objeto de tutela pela ação civil pública previstos na Lei 7.347 de 1985 foi ampliado com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 129, inciso III, assim dispôs:

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; [...]

A Constituição Federal, desta forma, ao dispor acerca das funções do Ministério Público Federal, ampliou o rol de direitos objeto de tutela pela Ação Civil Pública, para o efeito de agregar a esta a defesa de todos os direitos de cunho difuso e coletivo *stricto sensu*. Conquanto a Constituição Federal não tenha disposto acerca da tutela dos direitos individuais homogêneos por meio da ação civil pública, com a superveniência do Código de Defesa do Consumidor, e a interação entre os

¹⁸⁴ Neste sentido dispõe a ementa da Lei 7.347 de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

¹⁸⁵ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 18.

diplomas, consoante a seguir enfrentado, os direitos individuais homogêneos passaram a ser passíveis de defesa também pela Ação Civil Pública¹⁸⁶.

A interação entre a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor com a Lei da Ação Civil Pública, consagrou a ACP enquanto instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos que afetem direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹⁸⁷. A Lei da Ação Civil Pública, assim, muito mais do que um instrumento de defesa coletiva de direitos previstos em lei específica, constitui-se como uma peça em uma engrenagem muito maior, voltada à defesa ampla de direitos passíveis de tutela coletiva.

Para a defesa destes direitos o legislador conferiu ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos sindicatos, bem como às associações a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública, forte na dicção do art. 5º da Lei da ACP, que assim dispõe:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

¹⁸⁶ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. ISENÇÃO DE CUSTAS. APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. 1. É cabível o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores, devendo ser reconhecida a legitimidade do Sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa. Com o processamento da presente demanda na forma de ação civil pública, plenamente incidente o art. 18 da lei n. 7.347/85, com a isenção de custas. 2. Embargos de divergência não providos. (STJ - EREsp: 1322166 PR 2014/0296144-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 04/03/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

¹⁸⁷ Há que se destacar entendimento diverso, segundo a Ação Civil Pública não se prestaria à tutela de direitos individuais homogêneos: Instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 31 Ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 152.

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto)

A partir do art. 5º podemos asseverar que a associação está legitimada para a propositura da ação coletiva desde que constituída há mais de um ano, bem como munida de previsão estatutária que a autorize a ingressar em juízo. Quanto à pré-constituição, o legislador fez ressalva expressa quanto à possibilidade de dispensa da pré-constituição, de maneira que o único requisito peremptório inafastável previsto na Lei da ACP é a previsão estatutária.

5.4.2 A legitimação ativa da associação na constituição federal

O direito de associação e a proteção de seu exercício ganhou especial relevo na Constituição Federal, conforme podemos observar nos incisos XVII, XVIII, XIX, XX do art. 5º da Magna Carta:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Ao assim dispor, a Constituição Federal consagrou a liberdade de associação em suas feições negativas e positivas, de maneira a garantir ao cidadão o direito de associar-se, bem como de não ser obrigado a associar-se. Neste diapasão de garantias, foi conferido às associações a prerrogativa de defender em juízo os direitos e interesses de seus membros, forte na dicção do inciso XXI do art. 5º: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Complementando referido dispositivo, foi confiado às associações profissionais o direito à impetração de mandado de segurança coletivo, conforme dispõe a letra “b” do inciso LXX do art. 5º

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

[...]

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; [...]

A partir de uma primeira leitura dos dispositivos mencionados pode-se asseverar que a associação está autorizada a defender em juízo os direitos e interesses de seus membros, desde que expressamente autorizada e, enquanto parte impetrante de Mandado de Segurança Coletivo, deverá estar constituída há de mais de um ano, sem a necessidade de autorização expressa. A dicção dos dispositivos mencionados, contudo, não dão a clareza necessária às expressões “expressamente autorizadas” e “representar seus filiados”.

O esclarecimento e o delineamento destas expressões serão exaustivamente enfrentados quando da análise do entendimento perfilhado pelo STF em sede de repercussão geral. Contudo, para o correto encadeamento e esclarecimento da defesa judicial pela associação profissional, algumas ponderações preliminares sobre as duas expressões controvertidas da Constituição Federal devem ser dadas, a começar pelo termo representar empregado.

Podemos alocar a representação e a substituição enquanto espécies de legitimidade extraordinária, ou seja, aquela na qual não há correspondência entre o direito subjetivo deduzido e a parte litigante autora ou demandada. Dentro deste contexto, definimos a representação como o exercício da defesa de direito alheio em nome alheio e a substituição como a defesa de direito alheio em nome próprio.

Partindo desta divisão, poderíamos, a partir do texto constitucional, defender que a associação atua em regime de representação, ou seja, defendendo direito alheio em nome alheio. Casando esta assertiva com a expressão “expressamente autorizada”, nasceria a simplista exegese que a associação só está autorizada a defender seus associados em juízo quando munida de autorizações individuais e expressas de seus associados.

A interpretação, todavia, carece de consistência, para o seu correto delineamento há que se aclarar a defesa coletiva de direitos sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor e a sua interação com a Constituição Federal e Lei da Ação Civil que conformam o microssistema processual coletivo.

5.4.3 A legitimação ativa da associação no código de defesa do consumidor

A defesa dos direitos do consumidor ganhou, com a Lei Fundamental de 1988, *status* constitucional, mediante sua inclusão no rol de direitos e garantias fundamentais, bem como nos princípios gerais da atividade econômica, imputando, inclusive, enquanto dever do Estado, a promoção da defesa do consumidor, conforme dispõe o inciso XXXII, do artigo 5º.

No mesmo sentido, dispôs o artigo 150 da Constituição Federal que, ao estabelecer limites ao poder de tributação, consignou que “ *A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*”. A remissão da regulação das relações de consumo à lei ordinária também está prevista no inciso II do artigo 175, que dispõe ser competência do Poder Público editar lei dispendo acerca dos direitos do consumidor.

Neste contexto, exsurge o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional editasse um Código de Defesa do

Consumidor. Contudo, antes mesmo da edição da Magna Carta de 1988, já se discutia a necessidade da criação de um código que regulasse as relações de consumo, por intermédio do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

Referido conselho formou uma comissão com o fito elaborar um anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor. Esta comissão era formada por Ada Pellegrini Grinover, enquanto coordenadora, Daniel Roberto Fink, José Geral Britto Filomeno, Kazuo Watanabe. A esta comissão foram agregados, na qualidade de colaboradores, Antônio Hernan de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Nelson Nery Junior e Régis Rodrigues Boncino.

O trabalho elaborado por esta comissão foi encaminhado ao deputado Paulo Brossard e submetido à discussão na Casa Legislativa Federal. A partir da apresentação deste anteprojeto o debate antes centrado e conduzido por uma vanguarda de juristas foi trasladado para o Congresso, que mediante intenso processo legislativo, aprovou o atual Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990, doravante designado de CDC. Referido Código, ademais de disciplinar questões materiais acerca dos direitos do consumidor, instituiu uma série de disposições de natureza processual, que revolucionaram o trato da tutela coletiva de direitos, fato atrai a assertiva que a defesa coletiva de direitos é formada pelo antes e o depois do CDC.

Sem desprestígio à Lei da Ação Civil Pública e às suas inovações na tutela coletiva de direitos, o CDC municiou o operador do direito de instrumentos que possibilitaram, a partir de sua edição, a ampla e efetiva tutela dos direitos passíveis de defesa coletiva, mediante a ampliação dos direitos tuteláveis pela via coletiva e o alargamento dos efeitos da coisa julgada formada nos processos coletivos.

A ação civil pública, consoante dito anteriormente, tinha por escopo a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que estivessem previstos em suas disposições. Os direitos a serem tutelados na via coletiva encontravam-se em rol taxativo de hipóteses. O CDC, por sua vez, afastou o rol taxativo de direitos a serem tutelados coletivamente disposto na Lei da ACP, de maneira a acrescer os direitos individuais homogêneos. O novo código consumerista incorporava ao ordenamento pátrio a possibilidade da defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

A ação coletiva prevista no CDC inaugurava no ordenamento brasileiro, assim, com as devidas alterações à realidade pátria, as *class actions for damages*,

consoante anotou Ada Pellegrini Grinover: “pelo Código veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages*, a que o Capítulo II do Título III dá agora disciplina específica”¹⁸⁸. O CDC, desta forma, ampliava sobremaneira a tutela coletiva prevista na Lei da ACP, para o efeito consagrar no sistema processual brasileiro a ação coletiva como instrumento para a tutela de quaisquer direitos passíveis de defesa coletiva,

Para a propositura da ação coletiva, o Código de Defesa do Consumidor manteve aqueles entes já legitimados na Lei da ACP, conforme dispõe o art. 82 do CDC:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

A moldura prevista para a tutela coletiva de direitos pela associação no CDC não destoaria da disposta na Lei da ACP, ressalvado o aspecto que o ajuizamento da ação coletiva pela associação profissional prescinde de autorização assemblear. A partir das disposições constantes na Constituição Federal e na Legislação Federal pode-se dizer, preliminarmente, em pensamento desenvolvido com maior minúcia a seguir, que as associações, dentre estas a profissional, detêm a prerrogativa de defender em juízo os direitos de defesa coletiva de seus membros, desde que constituída há mais de um ano, bem como expressamente autorizada em seus estatutos.

O legislador, desta forma, em um juízo *prima facie*, apontou pelo caminho de escolher determinados entes aptos à defesa coletiva, os quais reputou como

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. In Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 62, 1991, p. 144.

adequados representantes da sociedade ou de determinados grupos sociais. Em que pese tal juízo prefacial, há que se questionar, para o correto estudo da tutela judicial de direitos pela associação profissional, se a previsão legal bastaria por si só para aferir se determinado ente é efetivamente o adequado representante da sociedade ou de determinado grupo social.

5.5 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Conforme dito anteriormente, o legislador de forma expressa elencou um número determinado de legitimados ativos para a propositura da ação coletiva. Especificamente em relação à associação, dispôs que esta está autorizada a litigar na defesa de direitos de defesa coletiva, quando pré-constituída há mais de um ano, bem como quando expressamente autorizada por seus estatutos. A associação seria representante adequado, desta forma, quando atendesse esses dois requisitos.

Questiona-se, todavia, se a simples observância destes dois requisitos seria suficiente para comprovar que determinada associação goza de qualidade suficiente para bem defender os interesses e direitos de seus membros. A resposta desta pergunta não é simples. Para se aclarar o que se entende por representação adequada e a sua exata extensão é necessário estudar suas origens no direito norte-americano e atual aplicação.

5.5.1 A tutela coletiva de direitos coletivos nos estados unidos e a representação adequada

Da análise da evolução histórica da tutela coletiva, não paira dúvidas que foi nos Estados Unidos que a defesa coletiva de direitos deitou suas raízes mais profundas. Contudo, para que uma análise mais precisa sobre a tutela coletiva de direitos norte-americana possa ser feita, algumas balizas que amparam seu sistema jurídico devem ser assentadas.

Os Estados Unidos da América são uma república federativa composta por 50 Estados. Normativamente, os estadunidenses são regidos por um sistema dualista, composto por um sistema federal regulado pelas *Federal Rules of Civil Procedures* e outro estadual composto pelas leis dos cinquenta Estados federados. Não obstante

cada estado da federação possua regramento próprio, é na legislação federal que historicamente e atualmente as *class actions* encontram suas principais regras.

A tutela coletiva de direitos nos Estados Unidos tem como origem o *bill of peace* inglês¹⁸⁹, procedimento no qual era autorizada a conversão de uma ação individualmente proposta para uma ação coletiva. Ainda que se possa apontar quais as fontes deram azo à defesa coletiva de direitos nos Estados Unidos, a doutrina não consegue esclarecer com precisão quando as ações coletivas ingressaram na realidade norte-americana.

A partir do estudo compilativo do jurista americano Joseph Story, que de forma pioneira elaborou o primeiro trabalho de fundo acerca das demandas coletivas no Estados Unidos, nos é trazido o primeiro caso anotado na doutrina. Este caso remonta o ano de 1820, tendo como partes *West versus Randall*, bem como objeto a condenação do réu ao pagamento de indenização, em virtude deste, na qualidade de gestor de negócios, ter delapidado o patrimônio do autor. Além da análise do mérito da ação, estava-se discutindo quem deveria compor o polo passivo da lide, vez que eventual condenação não atingiria somente o gestor de negócios, mas também toda a população de Rhode Island¹⁹⁰.

Story, que ademais de doutrinador era Ministro da Suprema Corte e relator do processo, julgou inepta a ação, contudo teceu largos comentários em seu voto acerca da tutela coletiva de direitos. Neste sentido, aduziu que a defesa coletiva de direitos estaria assentada na impossibilidade de todos os interessados integrarem

¹⁸⁹ O *bill of peace* consistia em uma autorização para processamento coletivo de uma demanda individual, mediante a formulação pelo autor de requerimento expresso de provimento jurisdicional que incluísse os direitos de todos aqueles que, de alguma forma, estivessem envolvidos no litígio. Neste sentido aponta Zavascki: Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (“Courts of Chancery”) admitiam, no direito inglês, o “*bill of Peace*”, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem em nome próprio, demandando por interesses ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses. ZAVASCKI. Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. Setembro de 2005. 295 páginas. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 140. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso 09/11/2015. Na esteira do entendimento de Zavascki é possível asseverar que o *bill of peace* foi o berço das ações coletivas norte americanas para a tutela dos direitos individuais homogêneos, vez que criadas para o efeito de obstar a multiplicidade de demandas em massa que poderiam ser solvidas mediante uma única ação.

¹⁹⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 68.

algum dos polos do feito, de maneira que nem sempre os interesses coletivos implicariam na formação de um litisconsórcio necessário:

Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito.¹⁹¹

Foi com amparo dos estudos de Story que a Suprema Corte americana editou a *Rule 48*, que veio a ser a primeira regra a dispor acerca das ações coletivas americanas. Referido regramento dispôs que um grande número de pessoas pode processar ou ser processada mediante representação, sem a necessidade de que todos os interessados componham a lide.

É sob a vigência da Regra 48 que a primeira demanda coletiva envolvendo direitos laborais foi apreciada. Ajuizada no ano de 1898, no Estado de Ohio, pela American Steel e Wire Co. contra Wire Drawers e Die Makers Union, a primeira ação coletiva envolvendo direitos laborais, tinha por objeto assegurar a entrada de um padre, que não havia aderido ao movimento paredista, no interior da fábrica-autora fechada pelos grevistas¹⁹².

Diante deste contexto, a empresa ingressou com demanda contra o movimento grevista, com pedido de citação direcionado exclusivamente aos seus líderes. Ou seja, uma ação no qual o movimento paredista como um todo ingressaria no polo passivo, mediante representação por seus líderes¹⁹³. Não obstante a Corte de Ohio tenha apontado a ausência de precedentes para enfrentar o caso, restou decidido que os líderes do movimento grevista poderiam compor a lide enquanto representantes dos demais trabalhadores, que, conquanto não tivessem ingressado no polo passivo individualmente, estavam sujeitos aos efeitos da decisão.

¹⁹¹ LEAL. Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

¹⁹² ROQUE. André Vasconcelos. **Class Actions**. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com Eles. Salvador: Jupodvim, 2014, p. 51.

¹⁹³ ROQUE. André Vasconcelos. **Class Actions**. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com Eles. Salvador: Jupodvim, 2014, p. 51.

Em 1912 a regra 48 foi substituída pela 38, que alterou o regime da coisa julgada vertida no primeiro diploma, para o efeito de estender seus efeitos também aos ausentes no processo. Não obstante a previsão de extensão da coisa julgada a todos os interessados em determinada demanda, a jurisprudência não caminhou para um processo de pacificação do seu entendimento acerca dos limites subjetivos da *res judicata*.

Em 1938, contudo, a oscilação jurisprudencial, bem como a ausência de previsões normativas que dessem maior consistência às ações coletivas encontraram seu fim com a aprovação das *Federal Rules of Civil Procedure*, que estruturaram o primeiro Código de Processo Civil de âmbito federal dos Estados Unidos. Neste diploma, as *class actions* ampliaram seu objeto de tutela, para o efeito de verter, também, pedidos indenizatórios. Das *Federal Rules of Procedure* emergiu a regra 23, que exaustivamente disciplinou as *class actions*. Neste dispositivo as ações de classe americanas quedaram classificadas em três categorias, quais sejam, híbridas, espúrias e as verdadeiras¹⁹⁴.

As ações coletivas híbridas são demandas nas quais os membros guardam interesses diversos relacionados a um único bem. Nestes feitos, o direito material é divisível, sem a necessidade de que seja comum a todos os membros da classe. Nestas ações, todos os membros da classe estão vinculados aos efeitos da decisão, de maneira que os efeitos da coisa julgada somente são afastados mediante requerimento expresso de exclusão (*opt-out*)¹⁹⁵.

As ações espúrias, por sua vez, tutelam interesses diversos, aglutinados em razão de uma questão de fato ou de direito comum, que permita a defesa coletiva de direitos. Ao contrário das ações híbridas, os efeitos da coisa julgada atingem somente os integrantes que tenha optado em ingressar na lide (*opt-in*)¹⁹⁶.

As ações coletivas verdadeiras, por fim, são aquelas em que a unidade de interesses tutela é absoluta e comum a todos os membros da classe, de modo tal que sem o ajuizamento desta seria imprescindível a formação de um litisconsórcio necessário. Assim como nas ações coletivas híbridas, as ações coletivas

¹⁹⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 74/75

¹⁹⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 75.

¹⁹⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 75.

verdadeiras fazem coisa julgada para todos os membros da classe, independentemente do interessado ter requerido o seu ingresso no processo¹⁹⁷.

Com a dificuldade de classificar as ações, bem como agregar eficácia vinculante aos efeitos das decisões proferidas nas ações coletivas espúrias, em 1966 a regra 23 foi reformada para o efeito de substituir as ações espúrias pelas *class actions for damages*, também conhecidas como *common class actions*.

No bojo das alterações da regra 23, a representatividade adequada ganha importante relevo, com o fito de tornar-se pré-requisito essencial para o processamento do feito enquanto ação coletiva. Tal mudança teve por escopo agregar à decisão proferida em sede de tutela coletiva maior consistência e autoridade para atingir todos os demandantes de respectiva categoria. A partir da nova dicção da regra 23, os membros de determinada classe encontram-se vinculados aos efeitos da decisão, independentemente de requerimento de ingresso na lide, salvo pedido expresso de exclusão do processo (*opt-out*).

A base e a legitimidade dos efeitos *erga omnes* das *class actions*, assentados na nova regra, passam por um efetivo controle da representatividade adequada. De maneira que o provimento jurisdicional proveniente da tutela coletiva vincule a todos os membros da classe, qualquer seja o resultado¹⁹⁸. O controle da representatividade adequada tem por desiderato dar confiança ao sistema e consagrar as *class actions* como verdadeiro instrumento de desafogamento do judiciário, bem como de defesa de direitos que individualmente teriam acesso estreito às vias judiciárias.

Assentadas as classificações dispostas na regra 23, imprescindível aclarar como esta estruturou a tutela coletiva. Em sua alínea “a”, a regra 23 listou quatro pré-requisitos necessários à admissibilidade da *class actions*, quais sejam, impraticabilidade do litisconsórcio, existência de questão comum de fato ou de direito, tipicidade e representatividade adequada.

A alínea “b”, à sua vez, assenta as hipóteses de cabimento das *class actions*, quais sejam, incompatibilidade de conduta, prejuízo aos interesses do grupo,

¹⁹⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 74.

¹⁹⁸ MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 3. ed. Ver., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto do Santos (coord). Coleção T emas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2011, v.4, p.73-74.

conduta ilícita e uniforme do réu e predominância de questões comuns frente às individuais.

Em sequência, a alínea “c” dispõe sobre os atos procedimentais que regem o caminho de admissão e cognição das *class actions*, sendo este, em ordem evolutiva, assim disposto, certificação da ação de classe, atos de comunicação aos membros da classe, efeitos da coisa julgada, condução coletiva de determinadas questões o fracionamento das *class actions*.

Da leitura das três alíneas é possível verificar o tratamento exaustivo dado pela legislação americana às *class action*, de maneira a atestar o fato que a análise de todos os contornos dispostos na regra 23 comportaria um trabalho à parte, razão pela qual o vertente estudo enfrentará somente os aspectos versados na regra que de algum prisma gerem reflexos e auxiliem no estudo da tutela coletiva de direitos pelas associações profissionais.

Adotando este ângulo de análise, necessário esmiuçar os requisitos de admissibilidade das *class action*. O primeiro pré-requisito de admissibilidade das *class actions* é o que exige impraticabilidade do litisconsórcio. Previsto desde as regras 48 e 38, este pré-requisito determina que a classe representada seja tão numerosa que a reunião de todos os membros em litisconsórcio seja inviável¹⁹⁹. A aferição deste pré-requisito se dá casuisticamente de acordo com as circunstâncias do caso concreto submetido ao crivo da tutela jurisdicional.

O segundo pré-requisito atine à existência de questões comuns de fato ou direito. Segundo este, para o processamento da ação coletiva deve ser demonstrada a presença de questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe litigante. Esta presença não exige identidade absoluta de questões comuns de fato ou direito, mas sim que as situações submetidas ao crivo da tutela coletiva encontrem um núcleo comum hábil a defesa coletiva²⁰⁰.

Este denominador comum atine às questões de fato ou direito, sem que a sua incidência e respectiva verificação no caso concreto ocorram simultaneamente. Este pré-requisito, ao contrário da impraticabilidade do litisconsórcio, encontra previsão

¹⁹⁹ MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 3. ed. Ver., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto do Santos (coord). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2011, v.4, p.74

²⁰⁰ MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 3. ed. Ver., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto do Santos (coord). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2011, v.4, p.75.

de igual forma na legislação brasileira, que exige a existência de questões de fato e direito comuns hábeis a formação da ação coletiva.

O terceiro pré-requisito é a tipicidade, o qual entende-se como a exigência de que os pedidos ou as defesas dos representantes sejam típicos dos pedidos ou defesas dos membros da classe, conforme esclarece Cavalcanti:

Em outros termos, a lei exige que o representante da classe seja, também, membro desse grupo, tendo sofrido a mesma ilicitude dos demais. Assim, além de o representante da classe lesada precisar de interesses comuns de fato e de direito com os do grupo, deve, do mesmo modo, também integrá-lo, por ter sofrido o mesmo ilícito que os demais.²⁰¹

O quarto e último pré-requisito é a representatividade adequada. Segundo este, para que a demanda coletiva seja processada, é necessário verificar no caso concreto se as partes representativas e seus advogados reúnem com condições de efetuar uma defesa adequada de seus representados. O controle judicial da representatividade adequada compreende três elementos. O primeiro deles é a verificação do interesse jurídico das partes no processo, que se materializa: i) nos motivos que deram azo ao ajuizamento da ação e ii) demonstração do comprometimento, disponibilidade financeira e de tempo, conhecimento da lesão a ser reparada, honestidade e qualidade técnica dos patronos.

O segundo elemento está ligado com a análise técnica do advogado, que segundo Cavalcanti, se dá desta forma:

A corte deve averiguar, ainda a capacidade técnica dos advogados que patrocinam a demanda, especificamente a qualificação do profissional, especialização na área, a experiência em ações coletivas, a qualidade das peças escritas e submetidas ao tribunal, o relacionamento com a parte, o cumprimento do dever de comunicação e esclarecimento aos membros da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para assumir a demanda de classe, a conduta ética e a inexistência com os do grupo²⁰².

O terceiro e último elemento está na análise da existência de eventual conflito interno dentro da classe representada, de maneira a facultar ao magistrado a

²⁰¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 83.

²⁰² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 86.

possibilidade de, uma vez verificada a incompatibilidade de interesses no seio da classe, cisão do processo.

A análise da representatividade adequada pode se dar em três fases do processo, quais sejam, da propositura da demanda, durante o curso do processo, quando após o transcurso da ação algum integrante ausente do grupo requeira a declaração de invalidade ou ineficácia do julgado. Neste sentido, relevante destacar que uma vez reconhecida a nulidade do processo, os efeitos desta atingem não só quem a suscitou no processo, como todos os representados vinculados à ação coletiva anulada.

Em que pese o rígido controle de aferição da representação adequada, a parte representativa não carece de qualquer autorização dos membros da categoria para ajuizar o feito coletiva, ficando todos os representados, ainda que sem autorização de ingresso na lide, vinculados a coisa julgada advinda da ação coletiva.

Perpassados os pré-requisitos de acesso à tutela do mérito na ação coletiva, pende analisar os aspectos procedimentais relevantes constantes na regra 23, quais sejam, certificação, atos de comunicação dos membros da classe e os efeitos da coisa julgada.

No Brasil, as demandas individuais são incomunicáveis com as demandas coletivas. Ou seja, o magistrado não pode converter uma demanda coletiva em individual, tampouco converter esta em uma ação coletiva. O novo CPC ensaiou uma comunicação maior entre a demanda coletiva e a individual, contudo a previsão que autoriza a conversão da demanda individual em coletiva foi vetada²⁰³.

Nos Estados Unidos, por sua vez, as demandas, em regra, não são propostas e recebidas como *class action*, para tanto é necessário verificar se a demanda interposta preenche os pré-requisitos para o processamento pela via coletiva, processo denominado de certificação. A certificação consubstancia-se em uma fase do processo na qual o juízo competente para apreciar a ação verifica a presença das condições hábeis ao processamento da ação coletiva.

²⁰³ A conversão da ação individual em coletiva estava prevista no art. 333 do novo CPC, vetado pela presidência da república com o seguinte argumento: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm > Acesso em 03.03.2016.

Estas condições são elencadas, conforme entendimento da jurisprudência americana, em sete pontos, quais sejam, I) necessidade de uma classe identificável; II) a parte representante deve ser integrante atual da classe; III) deve haver impraticabilidade do litisconsórcio facultativo; IV) as questões de fato devem preponderar entre os representados; V) as postulações devem ser típicas da classe; VI) os titulares do direito em juízo devem adequadamente ser representados em juízo; VII) o objeto da ação deve estar previsto uma das hipóteses constantes na regra 23²⁰⁴.

Sobrevinda a certificação da *class action*, o juízo competente para apreciação da demanda deverá definir a classe representada, os limites das pretensões, bem como o indicar o advogado da classe, conforme os requisitos de representatividade já apontados.

O segundo ato procedimental relevante constante na regra 23 é o de comunicação dos membros da classe, também denominado de *notice to class*. Este ato, subsequente à certificação, tem por escopo possibilitar aos membros da classe adequada informação acerca da lide que estarão representados, de maneira que possam aceitar a representatividade do autor da demanda ou postular sua auto-exclusão.

A informação do ajuizamento da demanda e a subsequente certificação é realizada mediante notificação enviada pelo Tribunal. Em que pese a lei tenha apontado o Tribunal como responsável pelo cumprimento deste requisito, aos advogados têm recaído o ônus de informar o ajuizamento da ação e posterior certificação²⁰⁵. O ato de notificação deve ocorrer tão logo certificada a demanda, de modo tal a possibilitar ao representado o poder de fiscalizar e auxiliar na lide.

O Terceiro e último ato procedimental relevante constante na regra 23 atine à coisa julgada, também denominado de *binding effects*. Consoante já aduzido, uma vez verificada a representatividade adequada, certificada a ação e delimitada a classe postulante pelo magistrado, presume-se que todos os integrantes da classe estão devidamente representados, forte na premissa que a parte representante sintetiza as vontades de todos membros da classe.

²⁰⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 91.

²⁰⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 93/94.

É com base nesta premissa, que a coisa julgada formada na *class action* atinge todos os membros na classe. Ou seja, independentemente do resultado final do julgamento, todos os membros representados pela parte representativa estarão adstritos aos efeitos da *res judicata* operada na *class action*. Regra esta, diga-se de passagem, consoante será a seguir enfrentado, oposta à do sistema brasileiro.

Há que se destacar por fim que o requerimento de auto exclusão (*opt out*) afasta os efeitos da coisa julgada. Tal requerimento, contudo, não atinge demandas que tenham por escopo a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, ante a já apontada indivisibilidade do direito material tutelado.

5.5.2 A representação adequada na tutela coletiva de direitos no Brasil

Enfrentar o que se entende por representação adequada sob a perspectiva da tutela judicial de direitos de defesa coletiva é tarefa que carece primeiramente de um esclarecimento conceitual. Neste sentido, conforme aponta Leal, não se deve confundir: “(...) *representação adequada, sempre importante, com representatividade. A primeira diz respeito às qualidades do autor e a segunda ao mandato (consentimento) ou identidade e vinculação dos autos com os interesses reais da classe representada*”²⁰⁶.

Partindo deste conceito, a terminologia mais precisa para definir o instituto ora enfrentado é a representação adequada, conforme bem esclarece Cândia:

Realmente, enquanto o a palavra “representatividade” se relaciona ao liame ou afinidade que deve existir entre os interesses do grupo e da pessoa que o representa ou, ainda, ao consentimento do grupo através de um contrato, para que haja a atuação do autor em benefício da coletividade e seu representante, o termo “representação” traz uma conotação diretamente voltada ao ato de representar, a um agir, a um atuar, ou seja, a algo a se fazer, em nosso caso, no bojo de uma relação processual. Quando estudamos a representação adequada nas ações coletivas, podemos perceber claramente que se trata do *ato de representar adequadamente, em todos os momentos do processo, os interesses do grupo titular do direito*, de sorte que o mais apropriado é referir-se à representação adequada.²⁰⁷

²⁰⁶ LEAL. Márcio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 77/78.

²⁰⁷ CÂNDIA. Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 255.

Assentadas as primeiras balizas conceituais, passa-se à análise do instituto em tela. A representação adequada pode ser objeto de controle de duas formas. Uma na qual, seguindo o modelo americano das *class actions*, a parte proponente do feito coletivo deve comprovar no caso concreto sua aptidão para conduzir o processo coletivo – modelo denominado de *ope judice* – e outro no qual o legislador elenca nominal e taxativamente os titulares da ação coletiva, presumindo-os, *in re ipsa*, representantes adequados – modelo *ope lege*.

A questão jurídica central destes dois modelos e qual o mais adequado na tutela coletiva de direitos parte da análise da satisfação, no caso concreto, dos requisitos e balizas orientadoras do devido processo legal. Ou seja, há que se questionar se os modelos de representação adequada dispostos atendem e conferem aos “substituídos” o devido processo legal.

Para Cândia, tanto o modelo *ope judice*, quanto o *ope lege*, atendem ao requisito do processo legal:

Entendemos que nestas duas formas de se conceber a representação adequada – por presunção legal ou por controle judicial em concreto – há suficiente atendimento à regra do devido processo legal, muito embora qualquer uma delas não haja absoluta e definitiva de respeito à mesma regra. Quando o sistema opta pela presunção legal da representação adequada, atende-se ao devido processo legal considerando que o julgamento da ação coletiva só se estenderá aos integrantes da classe ausente se favorável, ou seja, só há falar em extensão da coisa julgada à esfera individual de cada membro do grupo, no caso de procedência da ação coletiva, não havendo prejuízo, portanto, aos indivíduos integrantes do grupo. Em outras palavras: o resultado da atuação em juízo por um dos legitimados à ação civil pública pode conduzir a resultados benéficos para o indivíduo, mas nunca maléficos, entendida esta expressão no sentido de vir a obstar o exercício da ação individual.²⁰⁸

Em sentido oposto, Araújo aponta que o sistema *ope lege* não atende ao princípio do devido processo legal:

Embora muito bem fundamentado, não concordamos com o entendimento do referido autor. Parece-nos que embora o regime das ações coletivas no Brasil tenha sido muito bem pensado pelos autores do Projetos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, ele apresenta alguns “furos” que podem prejudicar sobremaneira, a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* tanto sob prisma coletivo, quanto sob o prisma das pretensões

²⁰⁸ CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na ação civil pública. Salvador: Juspodvim, 2013, p. 255.

individuais. E, neste contexto, o princípio do devido processo legal não está sendo atingido em sua plenitude, o que torna imperioso o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras.²⁰⁹

Atestar qual dos dois posicionamentos efetivamente atende o comando do devido processo legal, carece, contudo, de um estudo para além da representação adequada das *class actions* americanas. Parte-se das estruturas assentadas nas *class actions* e a representação adequada prevista na Regra 23, para uma análise, em determinadas situações, desconexa com o modelo brasileiro de tutela coletiva.

No sistema norte-americano, a propositura da *class action* se dá, no mais das vezes, por intermédio do indivíduo, que cumprindo os requisitos previstos na regra 23, com especial destaque à representação adequada, poderá de igual forma pleitear de forma conjunta os seus direitos e os da coletividade. Os efeitos advindos deste processo fazem, conforme já dito, coisa julgada *pró* e *contra*, de maneira que a verificação da representação adequada é condição *sine qua non* para a produção e extensão de todos os efeitos jurídicos da coisa julgada à classe representada.

Ou seja, no momento em que se admite que um indivíduo detenha a legitimidade para a condução de um processo coletivo e que os efeitos deste, positivos e negativos, incidem sobre toda a categoria representada, é inafastável uma verificação minuciosa *in casu* da representação adequada, forte na premissa das *class actions* que o resultado do julgado coletivo deve ser o mesmo caso ele fosse ajuizado individualmente.

O controle da representação adequada, desta forma, visa garantir ao cidadão que uma vez certificada a *class action* e levada a cabo por um representante adequado, os efeitos advindos deste processo seriam os mesmos caso o jurisdicionado tivesse optado pelo ingresso individual da ação. A representação adequada, sob esta perspectiva, atua em duas formas: i) garantir a observância do devido processo legal e ii) conferir autoridade à coisa julgada formada no processo coletivo.

O sistema brasileiro é diverso em dois aspectos centrais: i) é o ente coletivo autorizado por lei que detém a legitimidade para a defesa coletiva e não o indivíduo; ii) em se tratando de direitos individuais homogêneos, só há coisa julgada quando provida a demanda coletiva e em casos de desprovimento em processos coletivos

²⁰⁹ ARAÚJO. Rodrigo Mendes de. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 211.

que discutam direitos coletivos *stricto sensu*, é possível a repropositura da ação por insuficiência de provas.

Ainda que o sistema norte-americano de aferição da representação adequada não possa ser transportado para a realidade brasileira, questiona-se se não se poderia aferir, a partir do contexto normativo pátrio, a qualidade do ente coletivo legitimado pela lei *in casu*, mediante controle judicial conforme defende Lima Filho:

[...] o controle judicial da representatividade adequada mostra-se melhor e mais efetivo. Sendo a efetividade o valor que permeia o processo civil moderno, não há razão para negar, ao contrário, a possibilidade de apreciar o juiz, em concreto, a dual, em representar de modo correto e adequado os membros da classe ausentes da relação jurídica processual.²¹⁰

No mesmo sentido, aponta Araújo:

Parece-nos que embora o regime das ações coletivas no Brasil tenha sido muito bem pensado pelos autores dos Projetos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, ele apresenta alguns “furos” que podem prejudicar, sobremaneira, a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* tanto sob o prisma coletivo, quanto sob o prisma das pretensões individuais. E, neste contexto, o princípio do devido processo legal não está sendo atingido em sua plenitude, o que torna imperioso o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras.²¹¹

Em que pese os posicionamentos acima destacados, a partir das disposições previstas na Lei da ACP, Constituição Federal e CDC, há pouca margem para o controle judicial da representação adequada. O Brasil, consoante já apontado, adotou o sistema de controle da representação adequada *ope legis*, ou seja, dispôs expressamente na Lei quais são os representantes adequados à tutela de direitos coletivos, de maneira a afastar do magistrado a possibilidade discricionária de atestar a suficiência técnica e econômica do ente coletivo legitimado.

Justamente por ter erigido a representação adequada *ope legis*, o legislador configurou a coisa julgada formada nas ações coletivas de maneira a evitar o

²¹⁰ LIMA FILHO. Sérgio Franco de Lima. **Legitimidade Ativa nas Ações Transindividuais**. Da Representatividade Adequada Diante do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014, p.257.

²¹¹ ARAÚJO. Rodrigo Mendes. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Ed. Juspodvin, 2013, p. 183.

máximo possível os efeitos negativos em caso de improcedência, conforme podemos observar no art. 103 do CDC, que assim dispõe:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Desta forma, ainda que dada coletividade tenha sido inadequadamente representada, a coisa julgada fixada no CDC impede que, em caso de improcedência do pedido, a coisa julgada prejudique a parte mal representada, fenômeno este que não ocorre no Estados Unidos, no qual o juízo de improcedência atinge a todos aqueles abrangidos em determinada ação coletiva.

Um segundo aspecto da representação adequada seria a possibilidade questionar, assim como ocorre no modelo norte americano, se a ação coletiva proposta por determinado ente coletivo traduz os interesses de todo o grupo representado. No caso da associação, com especial destaque a associação profissional, a resposta desta pergunta tende a ser negativa.

As associações profissionais são típicas ações de classe, ou seja, compostas por membros que pleiteiam e defendem interesses e direitos convergentes, de maneira que sua atuação judicial, tende a, no mais das vezes, vir em benefícios de todos os associados, que sofreram determinada lesão.

A assertiva acima não se aplica de forma irrestrita aos demais entes coletivos, tendo em conta que ao contrário da associação, nem sempre ingressarão em juízo os interesses da coletividade representada. Vide os sindicatos, que ingressam em juízo em determinadas situações, representando parte da categoria, de maneira a frustrar interesses de outra parte do seguimento profissional. Assim, conforme já dito, em relação às associações, tendo em conta que formadas pelo agrupamento espontâneo de seus membros, não cabe perquirir se estas, quando ingressam em juízo, representam o interesse de todos os representados.

Conclui-se desta forma, que, em relação às associações profissionais, a representação adequada deve ser aferida mediante a observância da lei, sendo defeso ao magistrado efetuar o controle judicial no caso concreto da representação adequada. Assentada esta conclusão, passa-se à análise dos requisitos para a defesa de direito coletivos pela associação profissional.

5.6 OS REQUISITOS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES

A prerrogativa das associações defenderem em juízo os direitos dos seus associados encontra assento constitucional no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: *XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;*

A disposição prevista no referido artigo é de igual forma encontrada na legislação infraconstitucional, conforme podemos observar no inciso V do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
[...]

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. [...]

No mesmo sentido dispõe o inciso IV do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente;

[...]

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. [...]

A interpretação e a aplicação destes requisitos, todavia, não se dá de forma isolada, mas sim a partir da análise e observância do microssistema processual civil coletivo formado da interação entre a Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

5.6.1 A análise dos requisitos da associação civil à luz do microssistema processual

Conforme dito acima, os requisitos para a defesa de direitos coletivos pela associação profissional prevista na Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor não podem ser interpretados e aplicados mediante a leitura isolada dos diplomas mencionados. Para a efetiva análise e concreção destes é impositiva a aplicação, e consequente estudo, de todos os diplomas que regulam a defesa coletiva de direitos, de maneira a ordenar e

interpretar as leis que regulam a defesa coletiva dentro de um contexto normativo denominado de microsistema processual coletivo. Para a correta análise deste microsistema, todavia, imperioso o destaque de alguns aspectos evolutivos da formação deste microsistema.

Quando remetido para sanção ou veto presidencial, o projeto elaborado pelo Congresso que dispunha sobre o CDC previa, em seu art. 89, que as normas de natureza processual constantes no Código Consumerista aplicavam-se, no que cabível, a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de defesa coletiva, não restringindo-se aos direitos inerentes às relações de consumo²¹².

Referido dispositivo foi vetado, com amparo no argumento que a extensão das normas processuais constantes no CDC para todas as relações jurídicas implicaria em desvirtuamento dos propósitos finais do Código. Aduziu-se ainda, na mensagem de veto, que o art. 48 do ato das disposições transitórias limitava o foco de atuação do legislador infraconstitucional às relações de consumo.

Os efeitos pretendidos pelo veto foram inócuos, tendo em conta que o próprio CDC prevê de forma expressa a integração de suas disposições com as constantes na Lei da Ação Civil Pública, conforme dispõe os seguintes artigos do CDC:

Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

"IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

"Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

Da integração entre estes dois diplomas destacam-se onze consequências, assim elencadas por Cavalcanti²¹³:

- a) consagração da ampliação do objeto da ação civil pública, de maneira a autorizar o ajuizamento de ação coletiva para a defesa de qualquer direito difuso ou coletivo e não somente aqueles constantes no art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/1985;

²¹² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 150/157.

²¹³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 157/158.

- b) ampliação do objeto da ação civil pública, para o efeito de tutelar, ademais dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos, conforme dispõe os arts. 110 e 117 do CDC;
- c) a possibilidade de se vindicar via tutela coletiva a condenação da parte adversa ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, forte na dicção do art. 84 do CDC
- d) a faculdade do Ministério Público instaurar inquérito civil para a tutela dos direitos coletivos, inclusive aqueles decorrentes de relações de consumo, conforme dispõe o art. 8º da Lei da ACP e art. 90 do CDC;
- e) a possibilidade de o juiz dispensar o requisito da pré-constituição da associação civil, quando houver manifesto interesse social na demanda coletiva, conforme determinam os arts. 5º da Lei da ACP e 113 do CDC.
- f) o dever do Ministério Público assumir a titularidade de processo em que a associação autora tenha deixado o processo com base em desistência infundada ou abandono, forte na dicção dos art. 5º da Lei da ACP e 113 do CDC;
- g) a admissibilidade da formação de litisconsórcio facultativos entre o Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa de quaisquer direitos de defesa coletiva, conforme autorizam os arts. 5º da Lei da ACP e 113 do CDC;
- h) a legitimação dos órgãos públicos para firmarem com os interessados termos de ajustamento de conduta às exigências legais com eficácia de título executivo extrajudicial;
- i) a dispensa do adiantamento de custas, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como a impossibilidade de se condenar o autor da demanda coletiva em honorários sucumbenciais, custas e demais ônus sucumbenciais, conforme determinam os arts. 16 da Lei da ACP e 113 do CDC;
- j) o dever do Ministério Público e a faculdade dos demais legitimados de instaurem o cumprimento de sentença se decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, o auto não o fizer, forte na dicção dos arts. 17 da Lei da ACP e 114 do CDC;
- k) a responsabilidade, em casos de litigância de má-fé, da associação autora e dos respectivos diretores responsáveis pelo o ajuizamento do feito

coletivo, ao pagamento de honorários e custas, forte nas disposições dos arts. 17 da Lei da ACP e 115 do CDC.

Analisando o rol de consequências advindas da interação entre o CDC e a Lei da Ação Civil Pública, é possível atestar o perfeito casamento destes dois diplomas, de maneira a afastar a análise isolada dos dispositivos constantes em cada um dos diplomas. Ou seja, a análise do feito coletivo em concreto é uma atividade que impõe ao operador do direito sempre o estudo conjugado do CDC e da Lei da ACP, de maneira a garantir a máxima efetividade jurisdicional.

Em que pese a clara união dos diplomas, parte dos Tribunais têm caminhado no sentido de analisar os fenômenos coletivos a partir de um único diploma. Exemplo disso ocorre nas ações civis públicas que tutelam direitos individuais homogêneos, que por não encontrarem previsão na Lei da ACP para a tutela destes direitos, não têm seu mérito analisado por pretensa inadequação da via eleita.

Fenômeno parecido ocorre com as disposições do CDC, não raras vezes afastadas sob o argumento de que o Código Consumerista tem por fim único a tutela das relações de consumo, de maneira a obstar a sua aplicação a outras relações. Sem desprestígio às exegeses restritivas, o certo é que ambos diplomas devem disciplinar a tutela coletiva de direitos, de maneira a garantir a sua máxima eficácia, a viabilizar o postulado constitucional de acesso à justiça.

Da leitura dos três diplomas podemos asseverar que são requisitos para a defesa judicial de direitos de defesa coletiva pela associação profissional, a: i) expressa autorização, ii) pertinência temática, iii) pré-constituição há mais de um ano.

A autorização expressa prevista na Constituição Federal e a pertinência temática e a pré-constituição dispostos na legislação infraconstitucional, desta forma, devem ter como norte a interação destes três diplomas, sob pena de incorreta aplicação dos institutos. Tendo por base esta premissa, passemos a análise mais detida dos requisitos da pertinência temática e da autorização expressa.

5.6.2 Finalidade institucional e pertinência temática

Para que a associação litigue em juízo é necessária que esta comprove a pertinência temática entre a sua finalidade e o bem jurídico a ser tutelado²¹⁴. Podemos definir a pertinência temática como a exigência da existência de um nexo entre o corpo intermediário substituto processual e a matéria controvertida em juízo, conforme podemos observar no conceito talhado por Ferradeira:

Deverá haver, ainda, pertinência temática entre o objeto da lide e o objeto associativo, o que significa dizer que, especificamente, no caso da propositura da ação por associações, exige-se um liame entre o substituto processual e a matéria discutida em juízo. Seria uma ligação por afinidade, notadamente com as finalidades institucionais do autor da ação coletiva.

Dita condição não pode ser dispensada pelo magistrado, ao contrário do requisito da pré-constituição, ou melhor, do lapso estipulado entre a constituição e a propositura da demanda. A pertinência temática significa que as associações devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas. É a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional.²¹⁵

A pertinência temática, desta forma, se consubstancia na relação de convergência entre a finalidade institucional contida nos estatutos da associação em cotejo com o direito subjetivo de defesa coletiva deduzido em juízo²¹⁶.

5.6.3 A autorização dos substituídos

Dos requisitos para a tutela judicial de direitos de defesa coletiva pela associação profissional é sobre a autorização dos substituídos que recaem as

²¹⁴ SHIMURA, Sérgio. **O Papel da Associação na Ação Civil Pública**, pag. 160. MAZZEI, Rodrigo Reis, NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo Civil Coletivo – São Paulo: Quartier Latin, 2005.*

²¹⁵ FERRADEIRA, Mariana. As principais questões relacionadas às associações de empregadores: uma análise atual e crítica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a junho de 2015.* Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16864> >. Acesso em 27.02.2016

²¹⁶ Conceito extraído da seguinte decisão do STF : O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (ADI 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06)

maiores controvérsias, a associação está autorizada a representar seus associados quando expressamente autorizada, mas quais os contornos e a extensão desta autorização?

A questão central na análise deste requisito recai sobre qual a extensão que o legislador constituinte quis atribuir a expressão expressamente autorizado. No desiderato de respondermos esta pergunta podemos entender que a autorização expressa pode ser atendida de quatro formas, quais sejam:

- a) previsão estatutária;
- b) previsão na legislação;
- c) decisão assemblear;
- d) autorização individualmente concedida

Da leitura da Constituição Federal pode-se, conforme a linha interpretativa adotada, apontar para a prevalência de quaisquer um dos requisitos listados, bem como para a soma de todos estes. A legislação infraconstitucional, contudo, nos dá contornos mais precisos sobre o alcance da autorização referida pelo Constituinte.

Partindo da Lei da Ação Civil Pública, as associações estariam autorizadas para litigar em juízo desde que constituídas a mais de um ano e que tenham em suas finalidades institucionais o direito sobre o qual postulam a tutela judicial de natureza coletiva, conforme previsão no inciso V do seu art. 5º. Ou seja, a partir deste diploma a autorização seria aquela constante nos estatutos da associação.

O Código de Defesa do Consumidor, à sua vez, não destoa da Lei da Ação Civil Pública, tendo em conta que restringiu a autorização prevista na Constituição Federal à previsão estatutária, conforme disposto no inciso IV do art. 81: “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.” O Código de Defesa do Consumidor, desta forma, apontou a previsão estatutária como elemento autorizador para a tutela de direitos de defesa coletiva, bem como afastou expressamente a necessidade de decisão assemblear para o ingresso da ação coletiva.

Desta forma, a partir do cotejo entre a Constituição Federal com o Código de Defesa do Consumidor restaria incontroverso que a autorização expressa prevista na Constituição é aquela dada pelos estatutos da associação e a sua respectiva verificação no caso concreto, a fim de se verificar a existência de pertinência temática. A jurisprudência, contudo, caminhou no sentido de transformar o

incontroverso em controverso e partir daí trilhar um caminho de restrição da tutela coletiva de direitos pela associação profissional.

O STF, em um primeiro momento, entendeu que a associação, para litigar enquanto representante de seus membros, prescindiria de autorização individual:

:"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA: C.F., art. 102, I, n. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE: AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: C.F. art. 5º, XXI. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. I. - Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: C.F., art. 102, I, n. II. - Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: C.F. art. 5º, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no art. 5º, XXI, da C.F.: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III. - Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do S.T.F. IV. - Ação conhecida e julgada procedente" .(AO 152, Rel. Min. Carlos Veloso)

Não obstante o entendimento esposado pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ação ordinária 152-RS, o Ministro Relator Carlos Veloso votou no sentido que a dição do inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal estabelecia a exigência de autorização individual expressa de cada um dos substituídos da ação coletiva. Em que pese o entendimento do Ministro Relator tenha sido vencido pela Maioria dos Ministros da Corte, o voto divergente estampou e alimentou a corrente que aponta a autorização expressa prevista na Constituição Federal como aquela dada de forma individual pelos membros da associação.

Partindo do voto divergente proferido pelo Ministro Carlos Velloso, bem como em argumentos não enfrentados na AO 152-RS, o STF reapreciou novamente o requisito da autorização expressa previsto no inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 573.232, adotando como entendimento que a autorização expressa que se refere a Constituição Federal é aquela dada de forma expressa e individual pelos associados, conforme estampa a ementa do Recurso Extraordinário nº 573.232:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

(RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Desta forma, em sentido oposto à decisão proferida na AO 152, o STF, alterando integralmente seu posicionamento, assentou que a autorização individual expressa do associado é indispensável para a propositura da ação e incidência dos reflexos advindos desta, de maneira que o associado que não tenha autorizado individualmente o ingresso da demanda, não pode se valer dos efeitos da coisa julgada emanados desta.

A decisão proferida pelo STF, sob o prisma de qualquer espécie de associação, é equivocada, bem como desprovida de elementos técnicos consistentes que, ao menos, possibilitem algum ensaio em sua defesa. Sob a perspectiva da associação profissional, a alteração de entendimento pelo STF é ainda mais incorreta. Para a análise das inconsistências da decisão proferida pelo STF é necessário decompor o acórdão lavrado pela Corte, de forma a enfrentar individualmente os argumentos que embasaram o entendimento perfilhado pela Suprema Corte.

Desta análise, pode-se dividir os votos favoráveis à autorização individual expressa em duas linhas, uma que entende que a associação profissional atua em regime de representação e por força disso carece de autorização individual de seus associados, e outra que, valendo-se do art. 2-A da Lei 9.494 de 1997, assevera que a atuação judicial da associação deve ser precedida de autorização assemblear acompanhada de lista de seus membros, o que de forma transversa acaba também por cancelar a tese da autorização individual expressa como requisito para a defesa coletiva de direitos pela associação. Vejamos de forma mais detida a controvérsia travada no Recurso Extraordinário 573.232/SC e os argumento vertidos

pelos Ministros que entenderam pela necessidade de autorização expressa individual.

5.6.3.1 A autorização expressa prevista na constituição federal e as premissas fático jurídicas assentadas no recurso extraordinário 573.232/sc

O recurso extraordinário 573.232, que alterou o posicionamento do STF, tem como origem ação de natureza coletiva proposta pela Associação Catarinense do Ministério Público, instando a condenação da União ao cumprimento de obrigação de pagar. Com o trânsito em julgado da ação de conhecimento, foi proposta execução de sentença visando a condenação da União ao pagamento das diferenças reconhecidas no bojo do feito coletivo.

Em decisão interlocutória proferida pelo Magistrado Singular restou assentado que a execução da sentença transitada em julgado estaria restrita aos membros da associação que quando do ingresso da ação tivessem expressamente autorizado o ingresso da ação coletiva. A decisão do juízo *a quo* foi questionada por agravo de instrumento, provido por decisão colegiada no sentido de reconhecer que inclusive os membros da associação que não tivessem autorizado individualmente o ingresso da ação coletiva poderiam se valer dos efeitos advindos desta. O acórdão foi questionado por embargos declaratórios, acolhidos tão somente para fins de prequestionamento.

O acórdão foi, então, atacado por recurso extraordinário, apontando violação ao disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como no fato que a associação, ao ter juntado procurações individuais na petição inicial da ação de conhecimento, estaria obstada pela incidência da preclusão de pleitear a execução de valores para além dos membros que teriam individualmente autorizado o ingresso da ação coletiva.

A questão travada pela União, desta forma, abarcava dois aspectos: I) o alcance da expressão vertida no inciso XXI do art. 5º e II) a impossibilidade de se estender os efeitos da coisa julgada formada no título executivo para além dos membros que tenham autorizado o ingresso da ação, forte na preclusão operada no aspecto. Em que pese somente a extensão do inciso XXI do art. 5º verse sobre matéria constitucional, a ocorrência da conjeturada preclusão também corroborou

para o acolhimento do entendimento que a autorização expressa prevista na Constituição Federal seria aquela dada de forma individual pelo associado.

Em que pese a ementa do acórdão proferido pelo STF não deixe claro de que forma se dará a autorização expressa dos associados, resta claro que autorização assemblear não perfaz o requisito da autorização expressa, de maneira a demandar, segundo o entendimento perfilhado pela maioria dos Ministros, a autorização individual expressa dos associados.

Pode-se dividir os votos favoráveis à autorização individual expressa exarada na decisão do STF em duas linhas, uma que entende que a associação profissional atua em regime de representação e por força disso carece de autorização individual de seus substituídos, e outra que, valendo-se do art. 2-A da Lei 9.494 de 1997, assevera que a atuação judicial da associação deve ser precedida de autorização assemblear acompanhada de lista de seus membros, o que de forma transversa acaba também por cancelar a tese da autorização individual expressa como requisito para a defesa coletiva de direitos pela associação.

5.6.3.1.1 A autorização individual expressa como decorrência da representação

O argumento central dos Ministros defensores da autorização expressa individual reside na expressão “representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”, a partir da qual poderia se inferir que a associação atuaria em regime de representação, no qual o representante, em nome alheio, pleiteia direito alheio. Este argumento já fora enfrentado e rechaçado pelo STF, no bojo da Ação ordinária nº 152, que, a partir do voto condutor divergente, afastou a interpretação restritiva da expressão representar²¹⁷. O entendimento perfilhado pelo STF carece de consistência técnica.

²¹⁷ Nem desconheço que, levada às últimas consequências a menção do dispositivo questionado à representação e entendida esta conforme a noção corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente. Estou, porém, *data venia*, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual – se se reclama para legitimar a associação a autorização individual de cada filiado – as coisas continuariam tal e qual. De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contêm em si o de outorgar mandato ad judicium a profissional habilitado. Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de autorizações reunidas no apenso) são verdadeiras procurações, instrumentos de mandato, cuja validade e eficácia, por

Conforme já dito anteriormente, na substituição processual um terceiro postula direito alheio em nome próprio, ao passo que na representação um representante atua em nome alheio defendendo direito alheio. Partindo desta premissa, o STF entendeu que a Constituição Federal teria conferido à associação a prerrogativa de representar em juízo os interesses de seus associados, assentou-se, de maneira que atuaria em regime de representação.

Desta forma, partindo da conclusão que a associação atuaria em regime de representação na defesa dos direitos de defesa coletiva de seus associados, o STF entendeu que a autorização expressa prevista na Constituição seria aquela outorgada individualmente pelo representado. Esta, contudo, não é a melhor interpretação do dispositivo constitucional.

Conforme já apontado, a substituição e a representação são espécies da legitimidade extraordinária. Haverá substituição no polo ativo da demanda quando uma pessoa devidamente autorizada pelo ordenamento jurídico, em nome próprio, defender interesse de outra pessoa, devidamente individualizada, que também estará sujeita aos efeitos da coisa julgada, seja a sentença de procedência ou de improcedência, independentemente de sua fundamentação.²¹⁸ Ou seja, a substituição processual pressupõe o ingresso de um terceiro em juízo, que, em nome próprio, defende direito alheio. Tal defesa, pressupõe a substituição de alguém definido, sobre o qual recairão os efeitos da coisa julgada.

A representação, por sua vez, está assentada na defesa de um direito alheio, em nome do titular do direito por intermédio de um representante. Substituição e representação diferem, desta forma, quanto ao posicionamento das partes no feito. Enquanto na representação quem pratica os atos não é parte, na substituição processual o substituto age como parte.

A representação, todavia, está delineada e afeta para o trato de questões intersubjetivas, ou seja, envolvendo a representação de determinada pessoa. Sob

consequente, independem da regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por isso assinalou Barbosa Moreira, na conferência referida (RePro 61/190).

Esta ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de inspiração inovadora até pelos antecedentes históricos da sua gestação, que parte da resistência jurisprudencial a todo o ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

A cada dia mais me convenço de que o misonéismo na hermenêutica – na qual, como notou Barbosa Moreira, RF 304/151.152), “o olhar do interprete dirige-se antes ao passado que ao presente” – é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição. – (Voto divergente condutor do Ministro Relator Sepúlveda da Pertence no bojo da Ação originária 152).

²¹⁸ CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na Ação Civil Pública. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013, p. 63.

esta perspectiva, a figura da representação tem se dividido em duas situações, a voluntária, na qual o representado outorgaria autorização para o representante defendê-lo em juízo, e a legal, que ocorre nos casos em que seja necessária a supressão da incapacidade civil. Tanto a representação legal, como a voluntária não se prestam para explicar o fenômeno da defesa coletiva de direitos pela associação²¹⁹.

A representação legal não se aplica às associações, uma vez que estas não ingressam em juízo com o fito de integrar eventual incapacidade de seus associados, mas sim para defender seus direitos de defesa coletiva. A representação voluntária, de igual forma não se presta para analisar a tutela coletiva de direitos.

A representação voluntária seria, à sua vez, para os defensores da assertiva que a associação atua em regime de representação, a hipótese mais próxima do regime em que de fato atua a associação. Não há como, todavia, alocar a atuação judicial na defesa coletiva de direitos como representação legal, por três aspectos.

O primeiro deles já foi mencionado, a representação é espécie de legitimidade extraordinária voltada para esclarecer e enfrentar fenômenos individuais, não os da tutela coletiva de direitos. Neste sentido, releva destacar que o direito da associação defender os direitos de defesa coletiva de seus associados deriva de disposição legal, não de sua vontade. Quisesse o legislador restringir a atuação da associação à representação voluntária, não teria, de forma expressa, no CDC, Lei da ACP, e na Constituição Federal, disposto que a associação detém a prerrogativa de defender em juízo os direitos de seus associados.

Os institutos da representação legal e da voluntária, afetos aos litígios intersubjetivos, não se prestam para analisar a atuação em juízo das associações, tendo em conta que a representação legal é voltada, quase que em sua integralidade, para situações de integração da capacidade, e a representação voluntária voltada para situações em que alguém ou um pequeno grupo de pessoas,

²¹⁹ Posicionamento este defendido por Venturini:

Não parece admissível que a dimesão das normas do inciso XXI do art. 5º e, a fortiori, do inciso II do art. 8º da Lei Suprema fique reduzida à de uma simples representação legal. Frustra a ratio constitucionalis e a efetividade de suas normas conceber que a carta criou, sob certo enfoque, uma capitis diminutio para os membros da associação ou do sindicato, quando salta à vista exatamente o contrário, ou seja, que a Lei Magna quis expandir a atuação dos entes associativos para facilitar e fortalecer a defesa dos interesses individuais e coletivos. (ARAÚJO FILHO. Luis Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 85.)

outorga a um terceiro que não é parte o direito de defende-los em juízo. A associação, desta forma, não atua, para suprir a capacidade do representado, ou para defender em nome alheio direito alheio, mas sim na defesa de direitos coletivos de seus associados, com amparo em autorização conferida pelo ordenamento jurídico

O segundo aspecto é que a associação, quando litiga em juízo na defesa dos direitos de natureza coletiva de seus associados, não atua em nome alheio, postulando direito alheio. A associação, quando atua na tutela judicial de direitos de defesa coletiva, opera em nome próprio, defendendo direitos de seus associados, em que última análise são também seus, tendo em conta que a associação nada mais é do que síntese de seus membros.

Há que se destacar, ainda, que caso efetivamente os associados fossem parte, conforme o instituto da representação demanda, os ônus advindos do processo recairiam sobre estes, o que o parágrafo único do art. 87 do CDC veda: *Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.* Ou seja, o associado não é parte, mas sim a associação, que por intermédio de seus diretores pode ser condenada por litigância de má-fé.

Outro aspecto que aponta que o associado não é parte atine à coisa julgada. Conforme dispõe o art. 472 do CPC de 1973: *A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.* A extensão dos efeitos da coisa julgada às partes foi de igual forma disposta no novo CPC, conforme dispõe o art. 506: *A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.* Desta forma, partindo da premissa que os associados seriam partes no processo levado à cabo pela associação, os efeitos da coisa julgada incidiriam sobre estes, tanto nos casos de procedência, como nos de improcedência.

Ocorre que nas ações coletivas, justamente pelo fato dos membros da coletividade representada não serem parte em casos envolvendo direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada somente se operam nos casos de procedência do pedido, forte na dicção do já mencionado art. 103 do CDC. Os direitos difusos e coletivos stricto sensu também apontam para um regime diferenciado da coisa julgada, tendo em conta que a demanda pode ser reproposta

em casos de julgamento improcedente por insuficiência de provas, fenômeno não observado nos litígios individuais.

Desta forma, ao não se estender os efeitos coisa julgada em sentenças de improcedência que discutam direitos individuais homogêneos aos associados, bem como ao facultar à associação o direito de repositura da ação nos casos em que a sentença seja improcedente por insuficiência de provas, o ordenamento jurídico brasileiro assentou que os associados não são partes no processo levado à cabo pela associação, e por força disso não são defendidos com amparo no instituto da representação.

O terceiro aspecto atine à inviabilidade de formação de litisconsórcio multitudinário. Partindo da premissa que a associação atuaria sob a perspectiva da representação voluntária, todos os representados seriam parte no processo, de maneira que em determinadas situações tal entendimento poderia levar à formação de um polo ativo com milhares de pessoas. É que se na representação o representante não é parte, todos os representados figurariam enquanto parte no feito.

A ação coletiva proposta pela associação profissional, desta forma, teria como partes no feito todos os seus membros de maneira a formar um litisconsórcio multitudinário, aspecto que atrairia o dever do juiz, já ao despachar a inicial, determinar o desmembramento da ação, conforme esclarece Nery Junior:

Ao despachar a petição inicial, deve o juiz verificar se há litisconsórcio multitudinário, avaliando se é o caso de propor o desdobramento das ações. Cabe ao réu na contestação, sob pena de preclusão, impugnar fundamentadamente a formação do litisconsórcio multitudinário, demonstrando a existência de prejuízo para o exercício de seu direito constitucional de ampla defesa.²²⁰

Partindo do vertido acima, não há como se defender que a associação atua em regime de representação. O que se constata, de toda esta análise, é que a associação atua na defesa dos direitos coletivos de seus membros, com base na autorização da Lei, sob o prisma, conforme já anotado anteriormente, da Legitimação autônoma²²¹.

²²⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante: atual. até 1º de março de 2006*. 9. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 220.

²²¹ Posicionamento perfilhado por Venturini:

5.6.3.1.2 A autorização individual expressa como requisito previsto na no art. 2 – a da lei 9.494 de 1997

No sentido de acolher o entendimento segundo o qual a autorização expressa é aquela dada de forma individual pelo associado, o Ministro Teori Zavascki apontou que a interpretação do inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal deve se dar com base no art. 2 – A da Lei 9.494 de 1997.

Em que pese o referido dispositivo tenha por escopo conferir uma prerrogativa à Fazenda Pública, e atinja no mais das vezes atinja ações decorrentes de relações de trabalho de natureza estatutária, de igual forma o dispositivo em comento atinge às associações profissionais, tendo em conta que há empregados públicos regidos pela CLT, bem como trabalhadores estatutários que constituem associações profissionais para a defesa de seus direitos e interesses, motivo a atrair a análise do voto do Ministro Teori Zavascki.

Em suas razões de decidir, o Ministro Teori Zavascki assentou que a previsão estatutária seria insuficiente para atender ao requisito constitucional da expressa autorização²²². No entendimento deste Ministro, o requisito da autorização expressa seria atendido mediante autorização individual ou autorização assemblear.

No caso concreto, como já haviam sido juntadas autorizações individualizadas, o Ministro Zavascki entendeu que o alcance dos efeitos da coisa julgada do título executivo deveriam ser restritos aos associados que teriam, na

Na verdade, infere-se do sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro que as associações civis estão tanto autorizadas a agir na condição de representantes de um ou de alguns de seus associados (tutela de direitos puramente individuais através de uma ação individual) como também a agir autonomamente para a proteção das pretensões indivisíveis do grupo, comuns a todos os associados e não associados (tutela de direitos coletivos por via de ação coletiva), para a tutela de direitos difusos e, por fim, também para defesa de direitos individuais homogêneos (ação coletiva). VENTURINI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 202.

²²² Em suma, reafirma-se o entendimento da jurisprudência do STF, corroborada pelo parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494/97, de que a autorização a que se refere o art. 5º, XXI deve ser expressa por ato individual do associado ou por assembléia da entidade, sendo insuficiente a mera autorização genérica prevista em cláusula estatutária. Todavia, no caso concreto, a demanda foi proposta com base em autorizações individuais (não havendo notícia alguma sobre deliberação assemblear), sendo esses associados os únicos beneficiados pela sentença de procedência e, conseqüentemente, apenas eles dispõem de título jurídico para promover a execução.

petição inicial, autorizado a defesa coletiva de seus direitos pela associação. Como fundamento legal, valeu-se do quanto disposto no art. 2 – A da Lei 9.494 de 1997:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Ao basear seu entendimento neste dispositivo, o Ministro Teori Zavascki caminhou no sentido de acolher o entendimento segundo o qual a autorização expressa prevista na constituição se perfaz mediante a autorização individual. Em que pese tenha assinalado que o requisito da autorização expressa pode ser preenchido mediante autorização assemblear ou individual, ao consignar que esta deve ser dada na forma do art. 2-A da Lei 9.494 de 1997 acabou por referendar, por vias transversas, a autorização individual, tendo que ao juntar-se a ata dos associados presentes na assembleia que autorizou o ingresso da ação, acaba-se por individualizar as autorizações.

A aplicação do art. 2-A da Lei 9.494 de 1997, contudo, não encontra amparo na Constituição Federal. Conforme se verifica, a regra disposta no dispositivo em comento é restrita às ações civis públicas nas quais a Fazenda Pública seja parte demandada. Ou seja, é uma norma que confere uma prerrogativa à Fazenda Pública e de outro vértice restringe os direitos das associações defenderem em juízo os direitos interesses de seus associados, vez que condiciona como requisito para o acesso à justiça a autorização assemblear, acompanhada da listagem dos membros da associação.

A prerrogativa conferida à Fazenda Pública, todavia, não se sustenta. Da leitura do CPC de 1973 é possível observar uma série de prerrogativas conferidas à Fazenda Pública. Dentre estas, podemos citar, à título exemplificativo, a remessa necessária e o prazo em dobro para recorrer. Tais regras têm por escopo propiciar a Fazenda Pública paridade de armas em sua atuação judicial. O dispositivo em,

comento, contudo não se presta a facilitar a defesa da Administração Pública²²³, mas sim conferir a esta benefício com o claro intuito de mitigar a atuação das associações,

5.6.3.2 Os contornos da autorização expressa para além do entendimento firmado pelo stf

Conforme ponderou Maffini²²⁴, com base nas lições de Hart, o Direito e a Constituição são o que as Cortes Constitucionais dizem que são, assertiva esta espelhada no caput do art. 102 da Constituição Federal: *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)*. Partindo desta premissa as decisões do STF ganham contornos ainda mais importantes sob a perspectiva do sistema de precedentes disposto no novo CPC, no qual estes passam a ter um caráter não só persuasivo, como também vinculante.

Não obstante o respeito que deve ser dado às decisões do Supremo, estas não estão imunes a críticas. No caso concreto do Recurso Extraordinário nº 573.132, as críticas se mostram necessárias por dois aspectos: i) mostrar a fragilidade dos argumentos assentados; e ii) apontar a necessidade de revisão da tese firmada pelo STF.

O entendimento firmado pelo STF se deu, centralmente, com amparo no argumento que a associação atuaria em regime de representação e por força disso despida da prerrogativa de ingressar em juízo sem a autorização individual de seus associados. Este argumento já foi enfrentado e rechaçado. O segundo argumento firmado pelo Ministro Teori Zavascki, no sentido que a Lei art. 2-A da Lei 9.494 de

²²³ Neste sentido aponta Watanabe:

A exigência de autorização assemblear, acompanhada da relação nominal dos associados e da indicação dos respectivos endereços, que representa um obstáculo para o acesso das associações à justiça e que é limitada às demandas intentadas contra o Estado e suas entidades autárquicas e fundacionais, é uma clara demonstração de privilégio que não se coaduna com o princípio da igualdade processual, decorrente da isonomia garantida pela Constituição. Não se trata de prerrogativa, que poderia se justificar em face da complexa organização dos órgãos estatais ou paraestatais e que autoriza que se tratem desigualmente os desiguais. Nenhuma facilitação da atividade defensiva surgirá para o Estado dessa exigência, que tem apenas o intuito de dificultar o acesso à justiça das associações que contra ela litigam. WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 823.

²²⁴ MAFFINI, Rafael da Cás. **Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.tvjustica.com.br/artigo/rafael-da-cas-maffini/atos-administrativos-sujeitos-a-registro-pelos-tribunais-de-counta-e-a-decadencia-da-prerrogativa-anulatoria-da-administracao-publica>>. Acesso em 02.03.2016.

1997 demandaria autorização assemblear com lista nominando individualmente os presentes na assembleia, também foi rechaçado.

A análise do voto proferido pelo STF, desta forma, concluiu que o instituto da representação e a lei art. 2-A da Lei 9.494 de 1997 não se prestam a permitir a exigência da autorização individual expressa dos associados para que a associação litigue em juízo. Resta saber, contudo qual a extensão e de que forma deveria se dar a autorização expressa que a Constituição Federal dispõe.

Conforme já apontado anteriormente o cumprimento do requisito da autorização expressa pode ser interpretado e aplicado de cinco formas, quais sejam, previsão em lei autorizando a atuação da associação, previsão estatutária, decisão assemblear, autorização individual expressa do associado ou a soma de todos estes requisitos.

A primeira linha de entendimento parte da premissa que a autorização expressa conferida da associação nasce da Lei, de forma que havendo diploma legal autorizando a associação a defender os interesses e direitos coletivos de seus associados estará satisfeito o requisito da autorização expressa da Constituição Federal²²⁵. A Lei por si só, contudo, não se mostra suficiente para a atuação judicial da associação em juízo tendo em conta que a Lei da ACP e o CDC, dispõe que as associações devem, para além da legitimação conferida pela lei, estar constituídas há mais de um ano²²⁶, bem como autorizadas pelo seu estatuto.

Uma segunda linha interpretativa é aquela que entende que o requisito da autorização expressa pode ser satisfeito pela previsão estatutária. Esta linha de

²²⁵ Este entendimento é defendido Cândia, que assim expõe sua posição:

Portanto “representar”, nesse contexto, pode e deve ser entendido em um sentido *lato* para abrangar também a representação processual, espécie de legitimidade extraordinária, mas não para excluir a atuação da associação enquanto substituta processual dos seus filiados ou, muito menos, como legitimada autônoma para a condução do processo no interesse dos seus filiados, coletivamente considerados.

Por outro lado, o texto constitucional menciona que a associação deve estar “expressamente autorizada”, o que poderia levar a supor uma incompatibilidade com a figura da legitimidade autônoma para a condução do processo e da substituição processual que, como cediço, não exige a autorização do indivíduo.

Muito embora não se exija a autorização expressa do substituído para que o substituto atue em juízo ou do grupo, titular do direito coletivo, para que um dos colegitimados ajuíze ação coletiva, é necessária a expressa autorização legal para viabilizar a substituição processual ou a legitimidade autônoma para a condução do processo.

Como o texto constitucional não esclarece de quem seria a autorização expressa para a associação atuar em juízo, parece-nos que se compatibiliza com a CF-88 o entendimento de que a autorização que alude o seu art. 5º, XXI, seja a proveniente da Lei, não a dos associados. CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na Ação Civil Pública**. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013, P. 196.

²²⁶ Destaca-se que o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo Juízo, conforme dispõe o § 1º do art. 82 do CDC

entendimento encontra amparo no cotejo da Lei da ACP, da Constituição Federal e do CDC, que determinam como único requisito a previsão estatutária, tendo em conta que o requisito da pré-constituição pode ser afastado pelo Magistrado condutor do processo coletivo. Defendo este posicionamento, aduz Watanabe:

Para os fins de defesa dos interesses ou direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional²²⁷.

Uma terceira linha de entendimento aponta no sentido, que há a necessidade uma autorização assemblear específica para a associação atuar em juízo. Ou seja, a mera previsão estatutária não seria suficiente para autorizar a atuação judicial, de maneira a demandar a autorização assemblear²²⁸. Referida posição encontra óbice no próprio CDC, que de forma expressa afasta o requisito da autorização assemblear. Neste sentido, Almeida esclarece a desnecessidade de autorização assemblear para a atuação em juízo da associação:

Convém destacar que o art. 82, IV, do CDC, aplicável à ação civil pública por força do art. 21 da LACP, dispensa expressamente autorização assemblear das associações civis, o que está perfeitamente correto, tendo em vista que as associações, nesses casos, atuam como legitimadas coletivos ativas (defendem em nome próprio direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de uma comunidade ou coletividade de pessoas). Não se trata, nestes casos, de representação (defesa em nome alheio de direito alheio). Na hipótese de representação é que seria exigida a autorização assemblear, como prevê o art. 5º, XXI, da CF.²²⁹

²²⁷ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 822.

²²⁸ Entendemos que a simples previsão estatutária, prevendo a possibilidade de representação dos interesses dos filiados pela associação, não é suficiente para legitimar a propositura da ação. Faz-se necessária a deliberação específica a respeito de cada ação a ser proposta, levando-se em conta que uma determinada ação pode estar incluída “genericamente” dentre os fins da associação, mas não ser do interesse da maioria dos associados (v.g. uma ação contra determinado ente governamental, que pode trazer prejuízos “políticos” para a maioria dos membros da associação)

Por outro lado, não nos parece razoável exigir a autorização específica de cada membro da associação, havendo de prevalecer a vontade da maioria dos presentes à assembleia, especialmente designada para o fim de deliberar a respeito da propositura da ação. Afinal de contas, não se pode perder de vista que ao optarem pelo vínculo associativo, os indivíduos acabam perdendo um pouco de sua autonomia, submetendo-se à vontade da maioria. ARAÚJO, Rodrigo Mendes. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Ed. Juspodvin, 2013, p. 151.

²²⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 127

No mesmo sentido aponta Venturini:

Ressalvadas as hipóteses de autêntica representação, quando a associação propõe ação individual, em seu nome, na defesa de interesses não necessariamente pertinentes à classe, mas apenas alguns de seus filiados que expressamente a autorizam a ajuizar a demanda, em todos os demais casos trata-se de propositura de ação genuinamente coletiva, para qual a entidade autora tem ampla autonomia, dispensadas a autorização assemblear ou procurações específicas outorgadas pelos seus representantes²³⁰.

Partindo destas assertivas em cotejo com as disposições constantes no microsistema processual coletivo, conclui-se que a autorização expressa é aquela dada pelos Estatutos da associação.

5.6.3.3 A autorização expressa individual no contexto da associação profissional

Consoante dito nos primeiros capítulos deste estudo, o trabalhador, individualmente é fraco, razão pela qual se aglutina com o fito somar forças de modo a poder negociar de forma mais paritária com o empregador. O associativismo laboral, assim, surge como um instrumento de equiparação de forças de maneira a afastar o desequilíbrio negocial entre o trabalhador e o empregador.

Sob a perspectiva da tutela judicial de direitos de defesa coletiva, ademais da busca de maior paridade de armas dos sindicatos e associações profissionais frente ao empregador, busca-se evitar, mediante o ingresso de ação coletiva por um corpo intermediário, represálias por parte do empresário acionado em juízo, como bem esclarece Fava:

Por fim, o enfrentamento judicial em demanda trabalhista apresenta-se arriscado para o empregado. Frisa-se, desde logo, que, nu de qualquer garantia de emprego, raramente o trabalhador ajuíza ação contra seu empregador no curso do contrato, temendo represálias. “listas negras(19) têm sido organizadas por empregadores inescrupulosos, nos quais se incluem os nomes dos trabalhadores que reclamam perante a Justiça do Trabalho, cobindo-lhes de nova colocação no mercado de trabalho. Surge dificuldade adicional à defesa dos interesses dos trabalhadores, inibidos, até mesmo, de reclamar após o fim do contrato. Neste passo, a ação transindividual, capitaneada por legitimado extraordinário, funciona com um rito sem

²³⁰ VENTURINI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203.

rosto, defendendo os direitos violados, sem expor o titular da pretensão, evitando retaliação patronal ou perseguição futura.²³¹

A tutela coletiva de direitos pela associação profissional, desta forma, para além de facilitar e racionalizar o acesso à justiça, tem por objetivo proteger o empregado de retaliações advindas do ingresso de demandas judiciais contra o empregador. É que, conquanto pelos meios eletrônicos de consulta de processos pelos Tribunais do Trabalho não se possa consultar nominalmente o nome dos trabalhadores litigantes, de forma informal, por meio da criação de uma lista negra não oficial os empresários têm acesso a quais trabalhadores ingressaram em juízo, mediante a qual os empregadores barram o acesso dos trabalhadores litigantes ao mercado de trabalho, fenômeno este já enfrentado pelos tribunais trabalhistas, conforme dá conta, a título exemplificativo o julgado abaixo:

FASE PRÉ-CONTRATUAL. DEVERES ANEXOS DO CONTRATO DE TRABALHO. LISTA NEGRA. REPARAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS. DEVIDA. São deveres anexos ao contrato de trabalho os de lealdade, probidade, honestidade, respeito e informação, os quais devem ser observados tanto na fase pós, como na pré-contratual, e decorrem do princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 422, do CC, aplicado subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT. Havendo descumprimento de um destes deveres anexos do contrato, diz-se que ocorreu uma violação positiva do contrato, a qual poderá importar em ofensa a direitos extrapatrimoniais, atraindo a obrigação de indenizar, nos moldes dos artigos 186 e 927, do CC. Provado nos autos que os primeiro, segundo e quinto reclamados mantinham "lista negra", contendo nome de trabalhadores que ajuizaram ações trabalhistas em face de outros produtores rurais, bem como a negativa de contratação do reclamante por ter ajuizado reclamações trabalhistas anteriores, tem-se que os demandados praticaram conduta ilícita e discriminatória, porque eles frustravam o exercício do direito de ação garantido constitucionalmente, e desrespeitavam os deveres anexos do contrato de trabalho, com a consequente violação à dignidade do trabalhador, razão pela qual o reclamante faz jus à indenização por danos morais postulada. (TRT-3 - RO: 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146, Relator: Fernando Luiz G.Rios Neto, Setima Turma, Data de Publicação: 18/08/2015)

A entender que a tutela de direitos de defesa coletiva pela associação profissional careceria de autorização individual dos associados, todos os efeitos colaterais advindos da tutela individual migrariam para a ação coletiva, razão pela

²³¹ FAVA. Marcos Neves. **A Classe no Pólo Passivo da Ação Coletiva**. In: Ação Coletiva na Visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. Org. RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio, CORDEIRO, Juliana Vignoli, FAVA, Marcos Neves, CAIXETA, Sebastião Vieira. São Paulo: LTR, 2006, p. 75.

qual o requisito da autorização expressa individual com ainda mais razão deve ser afastado em relação às associações profissionais, conforme bem esclarece Freitas:

A atuação do sindicato, desta forma, pode acontecer independentemente de autorização ou de instrumento de mandato por parte do trabalhador substituído essa regra tem sua razão de ser. É que a prescindibilidade de exigências que indentificam à partida os trabalhadores irrisignados com a prática do empregador se coaduna justamente com o papel precípua da substituição processual pelos sindicatos: o de proteger os trabalhadores do embate direto com o patrão. Aliás o entendimento não pode ser diverso. Os trabalhadores substituídos não devem ser expostos, devem estar protegidos. É por isso que, num plano ideal, não se deve exigir qualquer identificação dos substituídos no início da demanda. Outrossim, a defesa coletiva de vários trabalhadores numa única ação, ainda que não impeça, pelo menos dificultará a prática de retaliações pelo empregador em relação aos beneficiados da ação proposta pelo sindicato²³².

Em que pese o entendimento perfilado pela autora faça referência aos sindicatos, de igual forma pode ser estendido para as associações profissionais, tendo em conta que os membros da associação estão de igual forma sujeitos às retaliações apontadas pela doutrinadora. Ressalta-se, ainda, a partir do trecho acima transcrito, a importância da tutela coletiva de direitos desprovida do requisito de autorização expressa do associado para que este não venha a sofrer perseguições por ter demandado contra seu empregador.

Cabe destacar, também, que as associações profissionais que defendam servidores e empregados públicos estáveis são atingidas pela decisão que determina a autorização individual expressa. Ainda que os trabalhadores do serviço público não possam ser demitidos imotivadamente, sua ascensão profissional e condução de suas atividades encontra-se tangível à discricionariedade administrativa. De modo que o administrador público pode, a partir da ciência da autorização expressa do servidor público substituído na ação coletiva, obstar a concessão de progressões, bem como ordenar uma série de embaraços em sua vida profissional.

²³² FREITAS, Carolina. **A defesa do trabalho decente e a substituição processual em Portugal e no Brasil**. São Paulo: LTR, 2013, p. 71.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crise do petróleo e o desgaste do modelo do bem-estar social, o sindicalismo dos países de capitalismo de industrialização avançada passou por um severo decréscimo nas taxas de sindicalização. Sob esta perspectiva, tentou-se analisar os sindicatos no Brasil, de maneira a subsumi-los à crise global do sindicalismo.

O sindicalismo brasileiro, contudo, não pode ser analisado sob o prisma da crise do sindicalismo europeu, tendo em conta que os sindicatos brasileiros nunca viveram momentos de apogeu e subsequente queda nas taxas de filiação. O que se observa no Brasil é um quadro de fragilidade dos sindicatos em todos os períodos de sua existência. A análise do quadro do sindicalismo brasileiro passa, desta forma, pelo enfrentamento das razões que levaram ao engessamento dos sindicatos no Brasil. Na tentativa de tentar responder aos motivos da debilidade dos sindicatos brasileiros quatro respostas são dadas pela doutrina de forma mais iterativa.

A primeira resposta enfrentada é aquela que atribui o engessamento dos sindicatos ao excesso de leis imperativas regendo as relações de emprego, de maneira a obstar o desenvolvimento de frutíferas e profícuas negociações coletivas. Esta resposta é frágil, tendo em conta que as negociações coletivas feitas sob a égide da CLT não têm se prestado para agregar mais direitos ao patrimônio dos trabalhadores, pelo contrário, em muitos casos têm se voltado à retirada de direitos, de forma que a retirada de algumas normas imperativas na CLT não aponta para um fortalecimento dos sindicatos.

A segunda linha argumentativa é a que atribui tal fragilidade ao fato de os sindicatos serem representantes da categoria e em razão disso distantes da realidade dos trabalhadores em seus locais de trabalho. Esta Linha defende que a crise do sindicalismo brasileiro passaria pela criação de sindicatos por empresa. A criação de sindicatos por empresa, contudo, não aponta para o fortalecimento dos sindicatos.

Ponderando-se que um dos elementos basilares do sindicalismo é a tentativa de conferir paridade de armas para o trabalhador frente ao empregador, forte na premissa que o trabalhador individualmente é fraco, mas coletivamente é forte, fracionar os sindicatos brasileiros de maneira trasladá-los para a representação por empresa, implica em clara mitigação do poder de negociação das agremiações

sindicais. Aspecto este ainda mais evidente em empresas com número reduzido de empregados, nas quais seriam formados microssindicatos desprovidos de força para negociar com os empregadores.

A terceira corrente enfrentada é aquela que atribui a debilidade dos sindicatos no Brasil ao modelo corporativo. Esta linha parte da premissa que o corporativismo sindical ainda remanescentes pós-Constituição Federal de 1988, impediria o crescimento dos sindicatos. Esta corrente é também frágil, tendo em conta que não aponta com argumentos sólidos que os sindicatos efetivamente cresceriam com o fim da unicidade sindical, contribuição sindical compulsória e do monopólio da contratação coletiva. Amparando esta assertiva, trouxe-se o exemplo português, que, tendo findado com o modelo corporativo de sindicalismo, não vislumbrou um robustecimento dos sindicatos.

A quarta resposta enfrentada é aquela que atribui as dificuldades de desenvolvimento ao excessivo intervencionismo estatal. Esta linha de entendimento é a mais consistente, tendo em conta que os sindicatos efetivamente exercem suas atividades sob um manto excessivo de normas que impedem o seu crescimento e desenvolvimento, de maneira que a redução das normas incidentes sobre os sindicatos poderia de forma efetiva, conforme já ocorre com as centrais sindicais, contribuir para um sindicalismo mais robusto.

Neste quadro de respostas sobrevém a análise das associações sindicais, enquanto entes coletivos desprovidos do excessivo conjunto normativo que recai sobre os sindicatos. Nesta análise parte-se da constatação que as associações sindicais podem contribuir para a defesa dos direitos e interesses coletivos dos trabalhadores, sem que para tanto a figura do sindicato tenha que ser eliminada ou enfraquecida.

Partindo do papel que as associações profissionais podem desempenhar na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, o segundo capítulo traçou um conceito de associação profissional, que sob a compreensão da Constituição Federal, dos artigos não derogados da CLT e da realidade do sindicalismo português, trazido a título de estudo de direito comparado, pode ser definida como: ente coletivo de representação dos trabalhadores subordinados, de cunho permanente que atua na defesa dos interesses e direitos sócio profissionais de seus membros.

Definido o que se entende por associação profissional, passa-se ao estudo dos direitos e interesses objeto de sua atuação. Neste aspecto, conclui-se que os direitos de defesa coletiva são aqueles advindos, de forma mais acentuada, com o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como de natureza de direito material.

Enfrentados os direitos e interesses de defesa coletiva, adentrou-se no estudo em específico da tutela judicial destes direitos e interesses pela associação profissional. Para tanto, analisou-se o instituto da legitimidade, de maneira a constatar que o conceito clássico vertido no art. 6º do CPC de 1973 e no art. 18 do novo CPC, não se prestam para o processo coletivo, de maneira a constatar que os entes coletivos atuam sob o abrigo da legitimidade autônoma.

Na segunda parte do capítulo derradeiro, assentou-se que a tutela destes direitos de defesa coletiva se dá por meio de corpos intermediários, no Brasil expressamente previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional – Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor.

Partindo da premissa que os corpos intermediários se encontram expressamente previstos na legislação, adentrou-se no estudo da representação adequada. No estudo deste aspecto conclui-se que o controle da representação adequada das *class actions* norte-americana não se aplica no sistema processual coletivo brasileiro, tendo em conta que I) é o ente coletivo autorizado por lei que detém a legitimidade para a defesa coletiva e não o indivíduo; II) em se tratando de direitos individuais homogêneos, só há coisa julgada quando provida a demanda coletiva e em casos de desprovimento em processos coletivos que discutam direitos coletivos *stricto sensu*, é possível a repositura da ação por insuficiência de provas.

Partindo da análise da representação adequada, entendeu-se que esta somente pode ser aferida a partir dos requisitos dispostos em lei, que na associação profissional se restringem à pertinência temática e a pré-constituição.

Por fim, adentrou-se no estudo dos requisitos para a defesa de direitos e interesses pela associação profissional, de maneira a esclarecer qual o sentido e a extensão da expressão constitucional expressamente autorizada. Neste aspecto, concluiu-se que a autorização expressa é aquela dada pelos estatutos da associação, de maneira que é defeso exigir autorização individual expressa, como embasamento desta assertiva o vertente trabalho constatou que a associação não atua em regime de representação, mas sim na defesa dos direitos coletivos de seus

membros, com base na autorização da Lei, sob o prisma, conforme já anotado anteriormente, da legitimação autônoma

Partindo desta assertiva, concluiu-se que com ainda mais razão nos casos das associações profissionais deve ser afastada a exigência de autorização individual, sob pena de atrair as ações ajuizadas por estas todos os efeitos colaterais advindos da tutela individual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das ações constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida. Direito Metaindividual do trabalho. A adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos de dimensão transindividual. Salvador: Ed. Juspodvin, 2016.

ALVES, Francisco de Assis. **Associações e fundações no código civil de 2002: perfil e adaptações**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Anotações sobre a perplexidade e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito de matéria. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, mar. 1992.

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho. **Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Ed. Juspodvin, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008

_____; **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**: sindicato, associação, ministério público, entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013.

BRANCO, José Eduardo. **Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BUENO, Cassio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>.

CÂNDIA, Eduardo. Legitimidade ativa na Ação Civil Pública. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013.

CAPELETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5.

_____. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: Juspodvim, 2015.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. **Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos**. São Paulo: LTr, 2014.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **O trabalho e o sindicato: evoluções e desafios**. São Paulo: LTR, 2005.

_____; **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo: LTR, 1975.

DE SOUZA, Henrique José Carvalho. **Sindicalização: a vida por detrás das estatísticas (Alguns Problemas Metodológicos)**. Lisboa: 2011. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <http://www.fcsh.unl.pt/scd/extra/pdf/wp_hs_2011.pdf>.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FAVA, Marcos Neves. A Classe no Pólo Passivo da Ação Coletiva. In: Ação Coletiva na Visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. Org. RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio, CORDEIRO, Juliana Vignoli, FAVA, Marcos Neves, CAIXETA, Sebastião Vieira. São Paulo: LTR, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRADEIRA, Mariana. **As principais questões relacionadas às associações de empregadores: uma análise atual e crítica**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a junho de 2015. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16864> >

FREITAS, Carolina. **A defesa do trabalho decente e a substituição processual em Portugal e no Brasil**. São Paulo: LTR, 2013.

GAGNO, Luciano Picoli. **Direito individual homogêneo: em busca de uma interpretação mais coerente com o direito fundamental à justiça**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_619.pdf>

GIUGNI, Gino. **Direito Sindical**. São Paulo: LTR, 1991.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. **A associação civil como garantidora da defesa do consumidor**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. In Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 62, 1991.

_____. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KAUFFMAN, Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas. Sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores**. São Paulo: LTR, 2005.

LAIMER, Adriano Guedes. **O novo papel dos sindicatos**. São Paulo: LTR, 2003.

LEAL. Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEAL, Ronaldo José Lopes. A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Os novos paradigmas do direito do trabalho** (homenagem a Valentin Carrion) São Paulo: Saraiva, 2001.

LEITE, Marcelo Daltro. **Interesses e direitos essencialmente e acidentalmente coletivos**. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3faba29a-8656-4f5f-813c-d781096b4c48&groupId=10136>

LIMA FILHO. Sérgio Franco de Lima. **Legitimidade Ativa nas Ações Transindividuais**. Da Representatividade Adequada Diante do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

LÓPEZ, Jorge Vazquez. Cevallos. **Derecho laboral colectivo**. Ed. Cevallos: Quito, 2010.

MAFFINI. Rafael da Cás. **Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.tvjustica.com.br/artigo/rafael-da-cas-maffini/atos-administrativos-sujeitos-a-registro-pelos-tribunais-de-counta-e-a-decadencia-da-prerrogativa-anulatoria-da-administracao-publica>>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. **Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 31 Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 3. ed. Ver., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto do Santos (coord). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2011, v.4.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Parte Geral, v. I**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. Rio de Janeiro, 1952.

NAHAS, Thereza Christina. **Legitimidade ativa dos sindicatos: defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos no processo do trabalho, processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2012.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____ et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PAESE, Raquel. A Constituição Brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho. In: HORN, C. H.; COTANDA, F. C. (org.). **Relações de trabalho no mundo contemporâneo ensaios multidisciplinares**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2011.

PASCHOAL, Maximilian Fierro. **A representatividade adequada na ação coletiva brasileira (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor)**. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PERISSÉ, Paulo Guilherme dos Santos. **Interesses tuteláveis por meio da ação coletiva. Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

POCHMANN, Márcio. **Relações de Trabalho e padrões de organização sindical no Brasil**. São Paulo: LTR, 2003

_____; **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social.** São Paulo: Boitempo, 2014,

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos.** São Paulo: RT, 1987.

PRIGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A boa-fé nas negociações coletivas trabalhistas.** São Paulo: LTR, 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho.** Parte III – Situações laborais coletiva. Coimbra: Almedina, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro:** influência da Carta del Lavoro sobre a legislação brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

ROQUE. André Vasconcelos. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com Eles.** Salvador: Jupodvim, 2014.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada.** 48. ed. São Paulo: LTR, 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na negociação coletiva: Teoria e prática jurisprudencial.** São Paulo: LTR, 2004

SANTOS, Ronaldo Lima dos Santos. **Sindicato e ações coletivas.** Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. **Relações coletivas de Trabalho: Configurações institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, LTR, 2008.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho.** Trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: RT, 1973.

SHIMURA. Sérgio. **O Papel da Associação na Ação Civil Pública,** pag. 160. MAZZEI, Rodrigo Reis, NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). **Processo Civil Coletivo –** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

TALAMINI. Eduardo. **Um processo para chamar de seu:** nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Intervenção e autonomia nas relações coletivas de trabalho no Brasil.** URIARTE, O. E. (org.). **Intervencion y autonomia em las relaciones colectivas de trabajo.** Fundación de Cultura Universitária.

TEIXEIRA, João Régis Fassebender. **Introdução ao direito sindical**: aspectos de alguns problemas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

TESCHEINER, José Maria. Prescrição nas ações homogeneizantes ou relativas a direitos individuais homogêneos. Processo coletivo: do Surgimento à atualidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). São Paulo: RT, 2014.

URIARTE, Oscar Ermida. **Critica de la libertad sindical**. Convergência sindical, movimientos sociales e integracion latinoamericana. Fundacion del Área Mediterránea Latino Americana. Valencia – Espanha, 2011.

_____. **Sindicatos en libertad sindical**. 4 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2013.

VENTURINI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Rio Grande do Sul.