

Entre cognição coletiva e liquidação e cumprimento individuais na tutela de direitos individuais homogêneos: reflexões acerca dos fundamentos da cisão e de sua (in)efetividade

Camila Sailer Rafanhim¹

Resumo: O artigo examina a possibilidade de adotar abordagens coletivas na defesa dos direitos individuais, especialmente os trabalhistas, em um contexto de prevalência do individualismo e resistência a movimentos coletivos. Destaca-se a cisão entre a fase cognitiva e as subsequentes etapas de apuração e cumprimento das demandas coletivas, resultando na ineficácia da tutela coletiva de direitos. Identifica-se a influência da racionalidade neoliberal nessa dinâmica, refletida na preferência por abordagens individualistas. Propõe-se uma alternativa baseada na cooperação e compartilhamento, utilizando instrumentos legais existentes para facilitar o processo e garantir a efetividade da tutela coletiva. Enfatiza-se a importância de resistir à racionalidade neoliberal e construir relações cooperativas para promover um direito processual coletivo mais solidário e eficaz, visando avançar em direção a uma sociedade mais justa e solidária.

Palavras-Chave: Tutela jurisdicional coletiva. Direitos individuais homogêneos. Neoliberalismo.

Abstract: The article examines the possibility of adopting collective approaches in the defense of individual rights, especially labor rights, in a context of the prevalence of individualism and resistance to collective movements. It highlights the split between the cognitive phase and the subsequent stages of determination and fulfillment of collective claims, resulting in the ineffectiveness of collective rights protection. The influence of neoliberal rationality on this dynamic is identified, reflected in the preference for individualistic approaches. It proposes an alternative based on cooperation and sharing, using existing legal instruments to facilitate the process and guarantee the effectiveness of collective protection. It emphasizes the importance of resisting neoliberal rationality and building cooperative relationships to promote a more supportive and effective collective procedural law, with the aim of moving towards a fairer and more supportive society.

Keywords: Judicial collective protection. Individual rights. Neoliberalism.

1. Introdução

Num contexto de individualismo, egoísmo, de resistência das pessoas em geral em participar de movimentos coletivos, e ao mesmo tempo de tanta violação de direitos, em especial os trabalhistas, será que há algum caminho coletivo para coibi-las? Acadêmica e politicamente, acredito no poder de mobilização dos sindicatos como atores capazes de influenciar esta realidade. A legislação processual possibilita a atuação de entes coletivos na tutela de direitos coletivos, mas também de direitos individuais, em especial os homogêneos.

¹ Doutora em Sociologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Unibrasil, Bacharela em Direito; Professora universitária licenciada. Advogada com experiência na representação de sindicatos laborais e de servidores públicos. Membra da Comissão de Direito Sindical da OAB/PR.

No entanto, embora a legislação processual tenha sido inovadora em abrir estas possibilidades, ela ainda é muito falha e a práxis forense também apresenta diversas barreiras para a efetividade desta modalidade de tutela jurisdicional.

Observando a tutela jurisdicional coletiva de defesa dos direitos dos trabalhadores, constata-se tanto na lei como na jurisprudência uma prevalência do individualismo, que chega a contrariar os princípios que regem a tutela coletiva. É verdadeiramente reflexo de uma racionalidade muito presente na sociedade e em todos os ramos do direito, o neoliberalismo.

A priorização da esfera individual mesmo na tutela jurisdicional coletiva não é novidade na literatura jurídica. Nesse nicho, o objetivo deste trabalho é, por meio de uma aproximação com outras áreas do conhecimento, em especial com a sociologia, compreender a racionalidade que está por detrás do quadro que se apresenta no que diz respeito à tutela jurisdicional coletiva, seja na legislação, na jurisprudência ou nos motivos que levam as pessoas a optarem pela tutela individual ou coletiva.

Ao final, pretendo apresentar uma racionalidade alternativa a esta e, a partir disto, buscar na legislação em vigor alternativas que possam tornar as fases de apuração e cumprimento coletivos mais viáveis e efetivas, bem como instar outros a encontrar novos caminhos segundo esta outra forma de racionalidade.

2. Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

Em primeiro lugar, é imperioso compreender o que são os direitos individuais homogêneos e as razões pelas quais são tuteláveis por meio da tutela jurisdicional coletiva. Os direitos individuais homogêneos são essencialmente direitos individuais. Não há nada, no plano do direito material, que os diferencie dos direitos tutelados individualmente. Não se trata, de uma categoria de direitos. Trata-se, na verdade, de uma categoria de tutela jurisdicional e, portanto, de interesse bem mais do direito processual que do direito material.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078/90, no inciso III do art. 81, parágrafo único, conceitua os direitos individuais homogêneos como “os decorrentes de origem comum”, omitindo a expressão “transindividuais”, utilizada quando se tratou dos direitos difusos e coletivos (em sentido estrito). Barbosa Moreira, antes da promulgação do CDC, cunhou expressão que vem sendo repetida até os dias de hoje, afirmando serem direitos

“accidentalmente coletivos”, em contraposição aos “essencialmente coletivos” que seriam os difusos e os coletivos stricto sensu (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 193-197).

Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais. Por isso, podem ser objeto de lesão a apenas alguns de seus titulares sem prejudicar os demais. A tutela coletiva destes direitos não os transforma em coletivos ou transindividuais, é, apenas, um instrumento que visa facilitar e tornar mais efetiva sua proteção em juízo (ZAVASCKI, 2006, p. 43).

As diferenças entre cada uma destas categorias (direitos coletivos em sentido lato e direitos individuais tutelados coletivamente) não são de direito material, não havendo “informação do direito material que possa determinar a criação de uma nova categoria de direitos substanciais” (ARENHART, 2013, p. 133).

Diante disso, resta ao plano processual suas distinções. Neste ponto, o que permite identificar que se trate de direitos individuais homogêneos é a postulação, a formulação do pedido pelo autor na petição inicial. Se um trabalhador, individualmente, propõe uma demanda judicial reclamando a indenização, por exemplo, pelo assédio moral organizacional que sofreu ao ser submetido a sistemas de metas abusivas e degradantes, postula direito individual. Se um sindicato propõe ação coletiva pleiteando o mesmo direito à indenização em favor de todos os trabalhadores que compõem a categoria representada, postula coletivamente, apresenta pretensão de tutela (coletiva) de direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, Nery Junior reputa errônea a tentativa de classificar estes direitos segundo matéria genérica. Sustenta que “o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo” (NERY JUNIOR, 2002, p. 125). Neste sentido, também Pimenta e Fernandes afirmam ser este o critério mais adequado, “uma vez que um mesmo fato pode dar origem aos três tipos de direitos, de acordo com a formulação do pedido” (PIMENTA; FERNANDES, 2010, p. 293).

Como explica Arenhart, “a caracterização de um interesse como individual homogêneo (...) está ligada, exclusivamente, a questões processuais, ou seja, à maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único” (ARENHART, 2013, p. 42).

Trata-se, portanto, de direitos que são individuais e, assim, poderiam ser tutelados individualmente por cada um dos seus titulares lesados. Porém, buscando a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional, possibilita-se a tutela de forma coletiva. Ou, como explica Remo Caponi, "a tutela de interesses, na realidade, individuais, mas que tem seu caráter coletivo no fato de encontrar semelhanças com mais sujeitos (...), onde a tutela coletiva designa a tutela de uma pluralidade de direitos individuais que protegem interesses homogêneos" (CAPONI, 2009, p. 129, 139).

Assim, a tutela coletiva, no direito brasileiro, é cabível em duas situações. A primeira delas quando se tratar de direitos substancialmente coletivos, os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, cujo objeto é por natureza indivisível, a modalidade que, no direito italiano, Donzelli chama de "*giudizi collettivi in senso proprio*", ou seja, juízo ou tutela coletiva em sentido próprio (DONZELLI, 2008, p. 421). A segunda é a tutela coletiva de direitos substancialmente individuais, chamada de "*giudizi collettivi impropri*" ou "*azioni collettive improprie*"(DONZELLI, 2008, p. 424). Esta última é o âmbito desta investigação, uma vez que é a única modalidade que do ponto de vista fático permite a divisibilidade e individualização, gerando o efeito que dá título a este artigo, uma cisão entre a forma de tutela cognitiva e a forma de prestação da tutela nas fases de apuração e cumprimento.

Assim, a possibilidade de postulação e tutela jurisdicional coletiva de direitos que, em tese, poderiam ser postulados e tutelados individualmente, e que materialmente são direitos individuais, é uma opção de política legislativa. Opção acertada do legislador brasileiro, em vista dos valores inscritos na própria Constituição Federal, mas a meu ver ainda incompleta. Acertada porque é a concretização dos princípios constitucionais. De forma imediata, o do acesso à justiça, mas, de modo reflexo, é o meio para concretização de outros valores diante da realidade contemporânea.

Vivemos numa sociedade de massas. Uma sociedade em que a produção é massificada, o consumo é massificado e, consequentemente, as violações de direitos são massificadas. Uma realidade bem diferente do tradicional exemplo das aulas de direito processual civil nos cursos de graduação: "A colidiu com o carro de B, causou prejuízo e deve indenizar, por força de demanda proposta por B em face de A". Se acidentes de veículo ocorrem cotidianamente nas grandes cidades, certo é que com muito maior frequência somos parte de outras relações jurídicas com distintas características, como as relações de consumo, normalmente

materializadas por contratos de adesão. Desde o momento em que, pela manhã, somos acordados pelo alarme de um telefone celular produzido e comercializado desta forma, que funciona por meio de um contrato de adesão com uma operadora telefônica, e em seguida nos dirigimos para nossas atividades profissionais pelo transporte coletivo cujo preço da tarifa é determinado por negociações da qual o consumidor não participa, ou com um veículo adquirido mediante financiamento com um grande banco, que é quem estabelece as taxas, e abastecido com combustível de um posto de gasolina que compõem uma rede, e que foi pago com cartão de crédito, vinculado novamente a uma instituição financeira, Assim como a maior parte das pessoas “ganha a vida” trabalhando em condições de trabalho e remuneração massificadas e que são muito pouco negociáveis individualmente, na prática. E ninguém sofre um acidente de trânsito por dia!

O direito processual, tradicionalmente, é um âmbito "sociologicamente empobrecido", no qual "grupos sociais tais como internos de um presídio ou pacientes de um hospital não têm lugar (...), no âmbito dessa história, o mundo é composto exclusivamente por indivíduos" (FISS, 2004, p. 108-109). Assim, diante da incapacidade do "processo individual (...) de atender às necessidades atuais, que exigem meios mais eficazes para solução de conflitos de massa" e da constatação de que "o processo clássico – idealizado sob o impacto dos princípios liberais do individualismo – que norteou as codificações do século XIX não se presta à solução concreta dos conflitos coletivos", a resposta do Direito Processual a esta nova necessidade material foi a tutela coletiva de direitos (CESAR, 2013, p. 67).

Esta alteração para a adequação à realidade é a concretização de princípios e garantias insculpidos na Carta Magna brasileira, a começar pelo do acesso à justiça. O princípio da inafastabilidade de jurisdição e o direito (fundamental) de acesso à justiça, que costumam ser remetidos ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, são mais complexos e têm vários aspectos a serem considerados e em virtude dos quais a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos deve ser incentivada. Em primeiro lugar, tem-se o direito de chegar ao Poder Judiciário e buscar a tutela do seu direito. Como já apontavam Cappelletti e Garth, isto depende de algumas variáveis, o que torna este acesso uma barreira para grande parte da população (CAPELLETTI, GARTH, 1988). Ainda mais em países como o Brasil, com tanta desigualdade. Um país onde há pessoas que gastam milhares (ou milhões) com advogados e outros que sequer sabem que têm o direito à assistência jurídica integral gratuita.

Neste aspecto, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se mostra uma importante forma de superar estas barreiras de acesso, ao permitir que lesões ou ameaças de lesões de direitos que são repetidas na sociedade ou em determinado grupo cheguem ao Poder Judiciário e possam ser tutelados mesmo que seus titulares individualmente não tenham condições de buscar a tutela.

No caso da tutela de direitos trabalhistas, isto é especialmente importante, na medida em que o trabalhador assalariado (empregado ou por outras formas de assalariamento) está inserido numa relação de poder, subordinado ao seu empregador, o que dificulta se não impede a busca pela tutela jurisdicional na constância do vínculo de emprego ou trabalho. E, encerrado o vínculo, está sujeito à prescrição das parcelas, que também pode lhe impedir de ter a restituição da integralidade dos direitos sonegados durante a relação de trabalho.

Ainda, o acesso à justiça envolve a dimensão de efetividade, ou seja, de que a tutela jurisdicional seja capaz de verdadeiramente tutelar o direito em questão, de transformar em realidade concreta o direito material. Em decorrência disto, uma das vantagens da tutela jurisdicional coletiva é aquilo que Antonio Gidi chama de “aplicação autoritativa do direito material”. Segundo o autor, “o principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida da tutela coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade”, uma vez que, dificilmente, se buscará judicialmente o resarcimento de valores pouco expressivos (GIDI, 2007, p. 33). Ou seja, a tutela coletiva se apresenta como um importante instrumento de concretização do direito material, com eficácia que não se encontra na tutela individual, a qual é fragmentária em relação ao total de lesões ou ameaças de lesões e no mais das vezes é meramente reparatória ou indenizatória.

No Brasil, a tutela jurisdicional coletiva surge, como em outros países, primeiramente com a tutela apenas daqueles direitos coletivos em sentido amplo, que se dividem em direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é mais recente e foi instaurada pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

Embora não se possa ter o CDC como um Código de Processo Coletivo ou mesmo como diploma legal fundante de tal espécie de tutela no Brasil, sua importância é inegável. Além de simplesmente reconhecer a possibilidade de demandas coletivas, o referido Código trouxe definições das espécies de direitos coletivos lato sensu, motivo de intensa controvérsia no

campo da doutrina até então, e tratou de matérias processuais. Regulamentou a legitimidade ativa para as demandas coletivas, disciplinou os efeitos da coisa julgada e criou a modalidade de demanda que é apenas artificialmente coletiva para a defesa de direitos individuais.

A iniciativa do legislador de 1990 é elogiosa, pois abriu as portas para uma tutela jurisdicional mais efetiva numa sociedade de massas em que a violação de direitos também tem se mostrado cada vez mais massificada. No entanto, a inovação foi ainda tímida e, ao abrir as portas, dependia de que nelas se entrasse e se prosseguisse o caminho. Permanece ainda incompleta esta regulação, tanto no direito processual geral como especificamente no direito processual trabalhista que passou por uma profunda reforma legislativa, com a Reforma Trabalhista, sem que se aprofundasse a regulação da tutela jurisdicional coletiva.

Na legislação brasileira temos, de um lado, a limitação da legitimidade ativa na tutela coletiva para os entes considerados coletivos, representantes ideológicos do grupo, categoria ou classe, excluindo-se, como regra, a legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva. Neste ponto, a legislação processual civil perdeu a oportunidade de se adequar às necessidades da realidade quando da importante reforma ocorrida em 2015, com a aprovação de novo Código de Processo Civil, a Lei n.º 13.105/15 (CPC/15). O CPC/15 possuía, por exemplo, no texto aprovado pelo Congresso Nacional, o art. 334, que possibilitava a conversão de uma demanda individual em coletiva em determinadas situações. Mas o dispositivo foi vetado pela então Presidente da República, acatando-se parecer da Advocacia Geral da União (AGU).

De outro lado, tem-se o Direito Processual do Trabalho, que também perdeu grande chance, com a aprovação da Reforma Trabalhista em 2017, pela Lei 13.467/17, que, alterando a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), operou profundas modificações no direito do trabalho, tanto no direito material individual e coletivo como no direito processual (BORBA; KOLOSZWA, 2018). No Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, sustentou-se que o regramento existente estimulava uma litigiosidade exagerada e inadequada, “que faz (...) com que o Brasil seja o campeão de ajuizamento de ações trabalhistas em todo o mundo” (BRASIL, 2016). Contudo, apesar de demonstrar preocupação com o grande número de ações propostas, julgadas e em trâmite pela Justiça do Trabalho, o Relatório não cita a necessidade de utilização de outros instrumentos que realizem o direito material sem agravar este problema. É o caso das ações coletivas. Se o objetivo da reforma processual trabalhista fosse apenas a racionalização da atuação do Judiciário Trabalhista e a

garantia de uma prestação jurisdicional mais célere, efetiva e adequada, necessariamente teria que adentrar no direito processual coletivo. Apesar da importância das ações coletivas e da sua potencialidade em gerar uma prestação jurisdicional mais igualitária, justa e barata, a Lei n.º 13.467/17 não incluiu qualquer dispositivo a este respeito.

Portanto, parece claro o desprestígio de que goza perante os poderes estabelecidos a tutela coletiva enquanto forma eficaz de solução dos conflitos e a efetivação do direito material. Isto se evidencia ainda mais quando verificamos o tratamento que a legislação e a jurisprudência dão ao cumprimento da sentença coletiva, com prevalência à esfera individual.

3. A cisão: apuração e cumprimento das sentenças coletivas

Um dos aspectos em que a regulação da tutela jurisdicional coletiva do Código de Defesa do Consumidor foi tímida ou incompleta foi na diferença de tratamento dado para a cognição de um lado e a apuração e o cumprimento de outro. Se, do ponto de vista dos valores que se pretendia concretizar à época, já era questionável a regulação dada às fases de liquidação e execução da sentença coletiva, ainda mais o é a partir da perspectiva unicamente processual (civil) a partir de 2005. A partir da alteração ocorrida no Código de Processo Civil de 1973 (hoje já revogado) com a lei 11.232/05, pôs-se fim à cisão entre cognição e execução neste âmbito. Deixou-se de ter um processo de conhecimento, um processo de liquidação e um processo de execução para se falar unicamente em fases de um único processo. O pressuposto desse sincretismo foi a percepção de que o processo, quando apenas “diz quem tem direito a que” não concretiza nenhum direito. E sendo o direito processual um instrumento de concretização do direito material, de nada adianta dar-se por encerrado um processo que declara, condena, constitui, manda, mas não efetiva o direito.

No processo do trabalho, a execução das sentenças sempre se deu nos mesmos autos, inclusive com a execução de ofício pelo juiz até o advento da Reforma Trabalhista. De acordo com a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite, ainda assim havia duas correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica da execução da sentença trabalhista, sendo que uma delas defendia a tese de que se tratava de um processo autônomo de execução, à qual ele mesmo se afiliara em outro momento. No entanto, o autor esclarece que há uma heterointegração dos subsistemas processuais civil e trabalhista, de maneira que, quando a legislação processual civil foi alterada para adotar a postura do sincretismo processual e transformar a execução da sentença em uma

fase processual, não mais um processo autônomo, o mesmo passa a se aplicar ao processo do trabalho. E frisa que o disposto no art. 15 do Novo Código de Processo Civil só reforça esta integração. Assim, também no processo do trabalho, a execução é mera fase processual quando se tratar de títulos executivos judiciais, apenas existindo processo autônomo no caso das execuções de títulos extrajudiciais (LEITE, 2018, p. 1352-1358).

Já na tutela jurisdicional coletiva, a apuração e o cumprimento se tornam verdadeiros processos autônomos, na medida em que têm legitimidade mais ampla que a fase cognitiva e, assim, podem ser propostas por quem até então não era parte em sentido formal, o que gera uma nova relação jurídica processual. Semelhantemente às execuções de títulos extrajudiciais.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que, sendo proferida a sentença coletiva genérica, que reconhece o direito individual homogêneo, além do ente autor da fase cognitiva, têm legitimidade para promover a “liquidação” e a “execução” todos os demais entes coletivos que não exerceram sua legitimidade na fase anterior, bem como cada uma das “vítimas” ou seus sucessores. Eis aqui a grande cisão operada pelo legislador. A transformação em individual do processo que era coletivo.

Como regra, as sentenças coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos serão genéricas, em conformidade com o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, dependendo, portanto, não apenas de cumprimento mas de liquidação posterior ao trânsito em julgado. A liquidação, diferentemente do cumprimento de sentença, tem caráter cognitivo, é um “elo cognitivo entre a fase de conhecimento e a fase de cumprimento da sentença” (BUCCI, 2010, p. 290). Isto porque, é nesta fase que a sentença genérica será integrada e se tornará exequível e é nela que “cada liquidante (...) deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o an), além de quantificá-lo (o *quantum*)” (GRINOVER, 2011, p. 154). Na atual sistemática de processo coletivo no Brasil, Wolney de Macedo Cordeiro sublinha que a liquidação não tem apenas a função de determinar o *quantum debeatur*, ou seja, de quantificar o crédito, mas também de verificar quem são os credores, que deverão ser identificados, e comprovar o nexo com a sentença proferida, isto é, a efetiva existência do dano individual (CORDEIRO, 2006, p. 329-340).

Isto significa que, sendo a liquidação promovida individualmente, cada beneficiário da sentença coletiva necessitará buscar o Poder Judiciário, por meio de um advogado constituído

para este fim, e submeter-se a procedimento de natureza cognitiva, mais amplo do que é tradicional nos processos individuais, no qual provará o seu dano pessoal. Este procedimento, de acordo com Cordeiro, “não se enquadra com facilidade no procedimento liquidatório reclamado para as sentenças tuteladoras de direitos individuais homogêneos”(CORDEIRO, 2006, p. 329).

Do mesmo modo, após liquidada a sentença, seu cumprimento pode se dar individualmente, gerando uma imensidão de processos autônomos de execução. Com isto, após um extraordinário esforço de reconhecimento coletivo de direitos, retorna-se à estaca zero, exigindo que o que era coletivo se multiplique em dezenas, centenas, milhares ou até milhões de liquidações e execuções individuais (BORBA, 2018, p. 189). Ainda, significa dizer que aquele beneficiado, ou trabalhador, que não buscou o Poder Judiciário individualmente por uma série de razões, muitas decorrentes da luta de classes inerente a estas relações, precisará tomar a iniciativa de buscá-lo agora para liquidar e executar uma pretensão reconhecida coletivamente. É dizer: a legislação "transforma a ação coletiva em, apenas, uma ‘meia ação coletiva’" (ARENHART, 2013, p. 55) já que a característica coletiva acaba ficando restrita à fase cognitiva do processo. Sem falar na interpretação restritiva que muitas vezes se faz acerca da extensão da coisa julgada de procedência em ações coletivas propostas por sindicatos ou associações profissionais, que, no primeiro caso, contraria a própria legitimidade conferida pela Constituição Federal e a unicidade sindical. Em ambas as hipóteses, o impedimento de que a sentença de procedência aproveite aos não associados se mostra desfavorável à administração da justiça e contrária aos valores que regem a tutela jurisdicional coletiva.

Em todas estas questões e em outras, tem-se uma prevalência da esfera individual, em detrimento da coletiva. É o que Owen Fiss chama de a "sedução do individualismo" ("Allures of Individualism"), afirmando que "todos podemos sentir a atração do individualismo, mas uma insistência demasiadamente rígida nos valores individuais (...) virtualmente destruiria a decisão estrutural" (FISS, 2004, p. 229). Isto corresponde às características da sociedade contemporânea, altamente individualizada, em que há um descrédito da esfera coletiva. Há quem chame este período de modernidade tardia, pós-modernidade, etc. Uma teorização adequada sobre estes tempos é a que a define como neoliberal, em especial, a construção feita por Christian Laval e Pierre Dardot. Para os autores, o neoliberalismo é a nova razão do mundo, é a racionalidade do capitalismo contemporâneo (2016, p. 17). Descrevem uma série de

características do período, iniciado em especial no final da década de 1990 em todo o mundo, embora não de modo uniforme. Uma das características expostas é exatamente a prevalência da esfera individual e da responsabilização individual de cada pessoa por seu sucesso e fracasso (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 321-376).

O individualismo presente nesta contemporaneidade tem o condão de despolitizar as relações, de retirar as pessoas das relações coletivas, bem como gera uma “desdemocratização” da sociedade (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 381-382).

Outro traço importante é a forma de regulação adotada pelo Estado no contexto neoliberal. O Estado neoliberal não é, segundo Laval e Dardot, um Estado mínimo, mas um Estado estratégico, que regula esferas da vida das pessoas que lhe interessam, mas deixa outras sem disciplina legal. Isto deixa espaço para que outras instituições ou outros âmbitos do Estado preencham este vazio de regulação com normas criadas com finalidades específicas que não necessariamente envolvem a proteção de direitos e garantias fundamentais, e não raramente deixam de concretizar os valores fundantes da República, previstos na Constituição, em nome de outros. Sobre isto, Rafael Valim afirma que o estado de exceção é a forma jurídica do neoliberalismo, que “é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal”, no qual o Poder Judiciário, segundo o autor, pode ter um papel importante (VALIM, 2017, p. 34).

No caso da tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos, a legislação vigente adota uma prevalência da esfera individual sobre a coletiva, que por si só já representa um viés neoliberal. Diversos pontos decorrentes desta condição ainda geram controvérsia na prática forense. Apesar disto, o legislador não as solucionou satisfatoriamente. Esta postura transparece no teor da Reforma Trabalhista de 2017, que tinha como justificativa o elevado número de ações judiciais em trâmite na justiça do trabalho, mas deixou de tratar de temas relacionados à tutela coletiva, que poderia ser uma forma de amenizar o problema.

Diante disto, é o Poder Judiciário quem tem “regulado” as questões deixadas em aberto pela legislação, havendo decisões em sentidos contrários por vezes sobre a aplicação do mesmo dispositivo legal. Algumas destas questões poderiam ser facilmente solucionadas e pacificadas por meio da adoção dos valores fundantes da tutela jurisdicional coletiva. Mas, principalmente, seria necessária uma alteração da própria racionalidade neoliberal que inspira tanto o Poder Legislativo como o Judiciário, esta que molda a subjetividade de todos e de cada um dos indivíduos que participam da sociedade, inclusive mas não apenas os juristas.

4. Efetividade da tutela coletiva: uma possibilidade a partir de princípios e de contracondutas

A tutela jurisdicional coletiva tem uma série de vantagens no sentido de garantir a aplicação autoritativa do direito material e, assim, efetivá-lo na prática. No entanto, as lacunas do texto legal e a interpretação que a elas se dá corriqueiramente na práxis forense levam à sua inefetividade. Parece íntima a relação disto com a racionalidade neoliberal, presente no texto legal, na formação jurídica de advogados, juízes e procuradores, e na subjetividade de todas as pessoas que de alguma forma participam dos processos judiciais coletivos. Porque é a racionalidade que forjou a construção da subjetividade de todos que vivem nesta sociedade.

Então, mais do que analisar o texto da lei e suas falhas, cabe olhar para a ideologia que os funda para, a partir de outros ideais, apresentar soluções legal e epistemologicamente viáveis. Laval e Dardot, ao tratarem dos aspectos da racionalidade neoliberal, concluem sua obra afirmando que, para combater suas mazelas, não bastam novas políticas ou uma nova ideologia, é necessário alterar esta racionalidade que forja nossa subjetividade. Estabelecem algumas “contracondutas” neste sentido. Sustentam uma proposta de “desobediência passiva” consistente na recusa de se portar em relação a si e aos outros de acordo com essa racionalidade baseada na concorrência e a sua substituição por relações de cooperação, compartilhamento e comunhão (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 400-401).

Se pensarmos na busca pela tutela coletiva como uma ação social, teremos a aproximação da tutela coletiva à ação coletiva, no sentido que lhe atribui a sociologia. O que é especialmente significativo no caso, por exemplo, das demandas propostas por sindicatos, representantes de uma coletividade que abrange mais do que aqueles que voluntariamente se filiam a eles, mas toda uma categoria profissional, em razão de o sistema sindical brasileiro ser baseado no princípio da unicidade sindical. Então, a opção por praticar a ação (social) individualmente ou aderir ao grupo também se relaciona com a racionalidade exposta. Isto se evidencia por exemplo na forma como o cumprimento da tutela coletiva é tratado jurisprudencialmente.

Uma das dificuldades que podem ser enfrentadas e que levam a decisões que “descoletivizam” a liquidação e a execução certamente é a individualização dos valores devidos a cada beneficiário, após a identificação de quem são estas pessoas e, por fim, o pagamento e

recebimento de cada um. Isto fica claro em decisões em que se reconhece a possibilidade de execução coletiva pelo sindicato, mas exige-se, por parte deste exequente, a individualização dos substituídos e dos valores devidos. Sem falar nos casos em que se requer a apresentação de procuração individual de cada um dos substituídos do sindicato exequente. Em nenhum destes casos há verdadeira execução coletiva no sentido dos valores de cooperação, compartilhamento e comunhão expostos acima como contracondutas.

Entre outras, uma decisão da justiça estadual do Paraná evidencia a opção do Judiciário pela individualização do cumprimento de sentença coletivo. Em ação proposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Magistério Municipal de Curitiba, na qual se reconheceu o direito individual homogêneo de um total de 1.384 pessoas, determinou-se a autuação em separado dos procedimentos requisitórios, determinando a limitação do número de litisconsortes em cada caderno processual². Outro exemplo foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, relativamente aos servidores públicos municipais de Irati³, na qual se discutiu a legitimidade de o indivíduo buscar a execução individual do crédito em virtude do longo tempo de demora na tramitação dos autos de execução coletiva e a possibilidade de interrupção da prescrição da pretensão executiva. Naquele caso, a bandeira de individualização para agilizar o trâmite foi levantada pelo próprio sindicato que representava a categoria na liquidação e execução coletivas. Ou seja: há um privilégio do direito individual de cada substituído à celeridade processual em detrimento do reconhecimento deste direito coletivamente para toda a categoria representada em conjunto com outros princípios que embasam a tutela coletiva já citados.

Novamente, se considerarmos a busca pela tutela jurisdicional como uma ação social no sentido weberiano, individual ou coletivamente, teríamos que nos perguntar sobre o sentido desta ação, sobre os motivos que levam um trabalhador a buscar a tutela jurisdicional individual, seja na fase cognitiva seja nas fases de apuração e cumprimento, ao invés de aderir à tutela coletiva. E os teóricos da ação coletiva analisam profundamente os motivos que levam alguém a aderir à ação coletiva ou não (no sentido de ação social e não de demanda judicial propriamente). É o caso, de um lado, das perspectivas racionalistas como a teoria da escolha racional de Mancur Olson, que entendem que alguém só adere a um movimento coletivo por

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Secretaria Unificada das Varas da Fazenda Pública - 1ª Vara. Autos n. 0002807-04.2016.8.16.0004. J. Marcos Vinícius Christo. J. 30 nov 2021.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 0003838-87.2010.8.16.0095. Relator: Juiz Irajá Pigatto Ribeiro. J. 14 maio 2019.

uma escolha racional, baseada num cálculo preciso das vantagens que pode obter com isto; de outro lado, das abordagens fundadas no *myth of the madding crowd*, para a qual os movimentos coletivos ocorrem pelo efeito da multidão, à qual as pessoas aderem irracionalmente, e aqueles que, como James Jasper, se afastando e se aproximando de aspectos das duas correntes anteriores, entendem a ação coletiva como um fenômeno multifacetado que é influenciado por diferentes fatores, sendo que Jasper elenca e teoriza a respeito dos seguintes: recursos, estratégias, biografia e cultura (JASPER, 1997).

Além de perguntar sobre o sentido da ação social do indivíduo, poderíamos nos perguntar os motivos que levam o próprio sindicato a buscar a “descoletivização” da tutela coletiva sob o argumento de garantir uma prestação jurisdicional mais ágil. Certamente, os exemplos de decisões trazidas demonstram como a racionalidade neoliberal, tão presente na sociedade e a única a forjar a subjetividade neste molde capitalista de sociedade, se reflete na compreensão da tutela coletiva e nos julgados sobre ela. Ainda, o neoliberalismo, como nova razão do mundo capitalista, atinge as atitudes dos sindicatos, que não estão fora desta sociedade e também são reflexo dela.

A direção sindical, neste contexto, mesmo que tenha a preocupação de realizar a luta coletiva da categoria, será premida pela necessidade de garantir a efetividade da tutela coletiva para cada um dos indivíduos que procurarem o sindicato. E o que as direções e seus departamentos jurídicos podem estar percebendo na maior parte dos casos é uma inefetividade da apuração e cumprimento coletivos se não houver uma mínima individualização capitaneada pelo próprio sindicato. Isto quando não há uma determinação judicial (explícita ou não) para que haja o desmembramento em execuções plúrimas, “por grupos”. Que são tecnicamente mais individuais que coletivas do ponto de vista processual.

Neste ponto, não se trata de “apontar o dedo” para aqueles que optam pela via individual praticamente por não terem outra possibilidade razoável, mas busca-se contribuir com a apresentação de alternativas efetivas. Alterando-se a razão que embasa as relações sociais, buscando-se adotar relações de cooperação, comunhão e compartilhamento ao invés de concorrência e individualismo, o direito brasileiro dá possibilidades de uma tutela jurisdicional coletiva menos individual.

O Código de Processo Civil (CPC/15), que tem aplicação subsidiária no direito processual trabalhista e no direito processual coletivo, foi tido como o Código que concretiza a

Constituição de 1988, apresentando princípios processuais de viés constitucional, enquanto “normas fundamentais do processo civil”, já nos primeiros artigos. É o caso do art. 6º, no qual o legislador estabelece o dever das partes de cooperar. Numa sociedade neoliberal, não se coopera espontaneamente e a lei precisa avisar que se deve fazê-lo! Mas isto nos serve na medida em que determina que não só o exequente coletivo, mas todos que participam do processo têm o dever de garantir a efetividade da tutela jurisdicional em questão. Em outras palavras, se há “tumulto processual” como afirmam algumas decisões pelo desmembramento, a responsabilidade é de todos, inclusive do juiz que conduz o processo e do executado. Com a observação de que, nos casos de demandas coletivas propostas pelos sindicatos em face dos empregadores para o reconhecimento e efetivação de direitos trabalhistas até então descumpridos, em geral é o próprio empregador executado quem tem, por meio de seus departamentos de recursos humanos, a totalidade dos dados acerca de quem são os beneficiários e das informações necessárias para se apurar o *quantum* devido. Além do dever de cooperar com a efetividade da tutela coletiva, o empregador também tem o interesse de que não haja pagamento em duplicidade dos beneficiários, que é um risco em virtude da legitimidade concorrente dos indivíduos com os entes coletivos para promover a liquidação e o cumprimento, e que poderia lhe gerar prejuízo. Então, o melhor meio de se garantir o pagamento de todos e evitar pagamentos indevidos é concentrando todos estes pagamentos em um único processo.

A este propósito, o direito processual prevê por exemplo o instrumento da exibição de documentos, já há algum tempo. Mediante este procedimento, o executado poderia ser compelido a fornecer todas as informações necessárias para a apuração e o cumprimento coletivos, no prazo determinado pelo juiz que conduz o processo, mediante meios indiretos de coerção como o estabelecimento de multa pelo atraso ou não fornecimento. Eduardo Sadalla Bucci já há algum tempo propôs ainda a alternativa da inversão do ônus da prova dos fatos atinentes à liquidação nas demandas coletivas, trazendo a seguinte proposta:

Nestas situações é intuitivo e lógico que seria tão simples a solução, ou seja, somente uma ordem mandamental para que o demandado, que possui todos os nomes e valores, haja vista a inversão do ônus da prova, que inicie “voluntariamente” ou “forçadamente” a própria compensação dos créditos devolvendo a todos o que de direito, somente sendo fiscalizado pela Associação e pelo Ministério Público. (BUCCI, 2010, p. 312).

Tal possibilidade, proposta pelo autor em trabalho publicado quase 6 anos antes da entrada em vigor do CPC/15, (que ocorreu em março de 2016 apenas), encontra amparo na legislação processual atual, especificamente o art. 373, § 1º, do CPC. No caso das demandas

coletivas, não há determinação legal expressa neste sentido, mas certamente há peculiaridades da causa que justificam a atribuição do ônus da prova na fase de liquidação de modo diverso, a fim de que recaia sobre o executado o ônus de trazer aos autos os documentos necessários para se estabelecer o quantum devido, exatamente por ser o detentor deles.

Na maior parte das demandas coletivas, a solução proposta por Bucci pode ser extremamente eficaz, em especial em casos em que os lesados têm alguma relação jurídica com o demandado. É o que ocorre em demanda coletiva promovida por sindicato de trabalhadores em face do empregador. Do mesmo modo, na fase de cumprimento permitindo-se o pagamento dos créditos devidos independentemente do comparecimento em juízo, pela facilidade no depósito dos respectivos valores em conta bancária ou no próprio salário.

Na verdade, todas estas proposições baseiam-se justamente no dever de cooperação das partes previsto no dispositivo citado do CPC, assim como naquilo que já previa o art. 83 do CDC, ou seja, que tanto as partes como o juiz devem agir de forma cooperativa e criativa para que os direitos tutelados coletivamente o sejam da melhor forma possível.

E se a legislação atinente ao processo coletivo deve ser interpretada pragmaticamente e, ao mesmo tempo, deve a tutela coletiva ser absolutamente instrumental na defesa de tais direitos, é certo que devem se voltar à efetividade da tutela jurisdicional coletiva. Na perspectiva da legislação brasileira da atualidade, isto poderia ser alcançado tanto pela liquidação e cumprimento individual quanto pelo coletivo. Na prática, mais ainda do que na lei, tem-se dado prevalência à esfera individual e imputado à liquidação e execução coletivas a condição de “tumulto”.

Para além de o resultado disto não ser uma maior efetividade, este privilégio do individualismo reforça a racionalidade neoliberal e seria necessário substituí-la pela lógica da cooperação, comunhão e compartilhamento. O Código de Processo Civil, no citado capítulo que trata das normas fundamentais, determina que cabe ao juiz, na aplicação do ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Portanto, é dever do julgador buscar alternativas para que o processo atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, quanto mais no caso do direito processual coletivo, que já serve para garantir a tutela de direitos que o legislador, por opção de política legislativa, incluiu nesta possibilidade. E aos demais sujeitos do processo, o dever de cooperar para tal fim e a conclamação para que também usem

da criatividade para solucionar as dificuldades práticas que surgem quando da utilização de novos meios de efetivação do direito, como é a tutela coletiva.

5. Considerações finais

A tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos consiste em uma opção de política legislativa, voltada a concretizar valores constitucionais como o do efetivo acesso à justiça e o direito de todo cidadão a obter uma tutela jurisdicional adequada ao direito material que se busca proteger, uma importante maneira de tutelar direitos de massa ou coibir violações massificadas seria por este meio.

No entanto, há, na legislação e na prática forense brasileiras, uma cisão entre a fase cognitiva e as fases de apuração e cumprimento das demandas coletivas, observando-se verdadeira “descoletivização” destas últimas. Esta cisão desfavorece a efetividade da tutela coletiva e impediu a verdadeira realização dos objetivos do processo coletivo, “de transformação positiva da realidade social, e, ainda mais, de fazê-lo instrumento de concretização de direitos trabalhistas e, assim, de solidificação dos objetivos e fundamentos da República, em especial da dignidade humana e do valor social do trabalho” (BORBA, 2018, p. 214).

No presente ensaio, buscou-se observar que racionalidade é esta que está por trás da ideologia que funda a cisão e seu aprofundamento pela via jurisprudencial, mesmo diante do resultado de não concretização daqueles valores constitucionais, que se constatou ser, a partir da teorização de Laval e Dardot, a racionalidade neoliberal, a qual aderir não é necessariamente uma opção individual mas é algo que é forjado em nossa subjetividade de modo impositivo, passo a procurar alternativas de efetividade da tutela jurisdicional coletiva neste contexto.

Busca-se, então, formas de estabelecer relações de cooperação, comunhão e compartilhamento pela via do direito processual coletivo. Algo que não é absolutamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, cuja lei processual de 2015 prevê o dever das partes de cooperar e que já contava com dispositivo no Código de Defesa do Consumidor no sentido de que tanto as partes como o juiz devem agir de forma cooperativa e criativa para que os direitos tutelados coletivamente o sejam da melhor forma possível. A partir disso, observamos que um instrumento conhecido da legislação processual, a exibição de documentos, poderia servir para tornar as fases de apuração e cumprimento da sentença coletiva menos “tumultuadas”. Da

mesma forma que tal resultado poderia ser obtido, por exemplo, com a inversão do ônus da prova nestas fases, para que as informações sejam prestadas pelo executado, no caso das demandas trabalhistas, normalmente o empregador.

É imperioso constatar que estas possibilidades já constam da legislação brasileira e estão amparadas nos “objetivos fundamentais da República” constantes do artigo 3º da Constituição Federal. É provável que sua não aplicação se deva justamente a esta racionalidade que ampara a sociedade capitalista e que guia as ações dos indivíduos trabalhadores, dos dirigentes dos sindicatos e outros entes coletivos que os representam, dos advogados, dos julgadores e de todos os sujeitos que participam de um processo coletivo. Assim, o melhor modo de se encontrar outros caminhos que garantam a efetividade, é resistindo a esta racionalidade, o que necessariamente passa, como disseram Laval e Dardot, pela construção de relações baseadas na cooperação. Só assim caminharemos, ainda que a pequeninos passos, para a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, ou, ao menos, para um direito processual coletivo mais solidário e efetivo.

Referências bibliográficas

- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____ **Temas de direito processual. Terceira série.** São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-197.
- BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. **A indisponibilidade individual na tutela coletiva trabalhista.** Curitiba: Ithala, 2018.
- BORBA, Camila Sailer Rafanhim de; KOLOSZWA, Marina Brisolara. A reforma processual trabalhista de 2017: um retorno ao Estado liberal clássico. **Revista Trabalhista** (Rio de Janeiro), v. 58, p. 34-50, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.787, de 2016. p. 21. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=460B227362ED7879A9963DC7D00036AA.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2122076> Acesso 19 ago 2017.

BUCCI, Eduardo Sadalla. Legitimidade de associação na fase de liquidação de sentença de direitos individuais homogêneos com inversão do ônus da prova: estudo de caso. In: **Revista de Processo**. ano 135. N. 189, Nov/2010. p. 285-316.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali. In: BELLELLI, Alessandra. **Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva**. Padova: CEDAM, 2009.

CESAR, Joao Batista Martins. **Tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: Ltr, 2013.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. A delimitação procedural da liquidação das sentenças de tutela de direitos individuais homogêneos no processo do Trabalho. In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio; et. al. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 329-340.

DONZELLI, Romolo. **La tutela giurisdizionale degli interessi colettivi**. Napoli: Jovene editore, 2008.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad.: Carlos Alberto Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Capítulo II. Das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos . In: _____ et. alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 154.

JASPER, James M. **The art of moral protest**: culture, biography and creativity in Social Movements. University of Chicago Press. 1997.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nadia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista, In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coordenadores). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: Ltr., 2010.

Revista *Direito & Democracia*, Paranaguá (PR), v. 14, n. 14, mar. 2024.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção:** a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 34.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, São Paulo, Revista dos Tribunais. 2006.