

A AÇÃO COLETIVA INDUZ LITISPENDÊNCIA PARA A AÇÃO INDIVIDUAL NO PROCESSO DO TRABALHO? BREVES REFLEXÕES PARA O DEBATE

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho*

Muito se tem discutido no processo do trabalho sobre a possibilidade de existência de litispendência entre ação coletiva ajuizada por sindicato representante de categoria profissional, na condição de substituto processual, e reclamação individual trabalhista pelo empregado, quando ambas possuem o mesmo pedido.

Tendência predominante nesta Corte, com fundamento no art. 267, V, do CPC, é no sentido de extinguir o processo sem julgamento de mérito. Tem-se reconhecido a litispendência no caso do ajuizamento de reclamação trabalhista pelo empregado individualmente e pelo sindicato na qualidade de substituto processual quando ambas possuem o mesmo objeto.

Em princípio, de fato, dispõe o art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT), que se verificam a litispendência e a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, sendo que a diferença entre as duas reside na constatação de que: na primeira, as ações em cotejo ainda não foram julgadas; na segunda, uma das ações já se encontra resolvida, por meio de decisão da qual não cabe mais recurso. Duas ações são idênticas, portanto, segundo o mencionado dispositivo, quando apresentam as mesmas partes, pedido e causa de pedir.

Todavia, mister se faz a análise da questão sob a ótica do atual sistema das ações coletivas, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, que regula a espécie vertente, de modo peculiar em vista do que se contém no art. 83 da Lei nº 8.078/90.

Com efeito, a caracterização da legitimação privada ou mista e da representatividade adequada, além da questão acerca dos efeitos da decisão

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

proferida na ação coletiva envolve o exame do ordenamento jurídico de cada País, em face da diversidade de posições jurídicas definidas pelos legisladores pátrios. O pré-requisito da *representatividade adequada* impede seja equiparado o ente a que a Carta Magna conferiu legitimidade para a defesa de determinada categoria profissional, no que diz respeito à seriedade, à credibilidade, à capacidade técnica e econômica, na hipótese em condições de paridade com o poder econômico do empregador, com o empregado individualmente considerado que, mesmo em juízo, não ostenta a força atribuída constitucionalmente à entidade sindical, uma vez que carece dos recursos materiais disponíveis pela mencionada pessoa jurídica (contribuições confederativas, associativas e imposto sindical), para o completo aparelhamento da reclamação trabalhista trazida a juízo. Sabe-se, outrossim, que, na maioria das vezes, ao empregado, carente de recursos materiais, não é conferida a prerrogativa de sequer escolher o advogado de sua preferência, para a defesa de seus interesses em juízo.

Além disso, nas ações coletivas para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo nosso ordenamento, há uma nítida mitigação do conceito tradicional de parte, qual seja, o de titular do direito cuja satisfação ou defesa se postula perante o Poder Judiciário.

Na órbita doutrinária, essa mitigação se dá em face da impossibilidade ou da ausência de conveniência de que tais direitos sejam defendidos individualmente em juízo. Impossibilidade naqueles casos em que o direito não pertence a determinados indivíduos, como se dá nos casos dos direitos difusos e coletivos. A ausência de conveniência, por sua vez, ocorre naquelas situações em que, apesar da existência de titularidade individual do direito, caso a sua defesa restasse possibilitada apenas pelos meios tradicionalmente disponibilizados pelo processo civil clássico, ela não ocorreria, dada a disparidade econômica entre as partes envolvidas em litígio, situação em que a prevalência do poder econômico da parte mais forte (na esfera trabalhista, tal papel cabe ao empregador) se imporia à parte mais fraca (o empregado) envolvida na relação jurídica que as liga.

Ultrapassado esse ponto, o cerne da questão, então, segundo nosso ordenamento jurídico, reside na existência, ou não, da identidade de partes, da identidade de pedidos e causa de pedir entre os dissídios que se pretende comparar.

Idealizadora da lei de ações coletivas no Brasil, a Prof^a Ada Pellegrini Grinover assim se manifesta quanto à *legitimação coletiva* (Repro 157, RT, ano 33, março 2008, p. 153), *verbis*:

“Chegamos às novas tendências em tema de legitimação ativa.

Aqui, a escolha é feita entre duas opções: i) atribuir legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou associações, privilegiando a *legitimação privada*; ou ii) ampliar os esquemas da legitimação, distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, *Ombudsman* ou Defensor do Povo, ou órgãos especializados): neste caso, temos a *legitimação mista* (independente e autônoma).

(...)

Todos os outros países elegem a legitimação mista, quer no direito vigente, quer nos projetos de lei. Em alguns desses países – como Brasil, Israel e Portugal, além do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – são atribuídos poderes a órgãos públicos para fiscalizarem o processo – quando não forem parte – e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipóteses de desistência infundada, abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução de sentença (sobretudo quando se trata do Ministério Público ou do *Ombudsman* ou Defensor do Povo).

(...)

A legitimação privada, que se prende ao modelo das *class actions* norte-americanas, tem como fundamento o receio de que a abertura da legitimação possa levar a abusos. A legitimação mista corresponde ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição: um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem à justiça. E, para evitar os possíveis abusos, existem instrumentos adequados, como o controle de órgãos públicos (existente em vários países) e os pesados encargos para a litigância de má-fé (como no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e no ordenamento brasileiro).

A tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade da vida – incluindo as pessoas jurídicas de direito público. Paradigmáticos, nesse campo, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o projeto de Código brasileiro.

DOCTRINA

Mais uma vez reportamo-nos à lição de Mauro Cappelletti, que considerou insuficiente para a efetiva tutela dos direitos transindividuais a escolha de um único legitimado (pessoa física, associações, Ministério Público, agências públicas) e que já indicava, com base nas experiências então existentes, a via mais eficaz, como sendo a de *soluzioni composte, articolate, flessibili*, sempre sob o controle de órgãos públicos.”

No tocante ao tema da *litispendência* relativamente às ações cujo escopo refere-se à tutela dos direitos individuais homogêneos, eis a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Merece exame em separado o tema da litispendência no concernente às ações que visam à tutela dos direitos individuais homogêneos. É sabido que essas ações, ao contrário do que ocorre com as ações para a tutela de direitos difusos ou coletivos, buscam a proteção de direitos nitidamente individuais que, por terem a mesma origem (por serem idênticos) autorizam e mesmo recomendam o seu exame em bloco. As ações para a tutela de direitos individuais homogêneos, portanto, tratam de direitos para cuja proteção o indivíduo tem legitimação concorrente. Poderiam, por isso mesmo, essas ações, em tese, operar a litispendência não apenas em relação a outra ação coletiva proposta para a defesa desses interesses, mas ainda para as ações individuais propostas pelos lesados, isoladamente, para a satisfação de suas específicas pretensões. Imagine-se a situação de uma demanda, proposta para condenar certa montadora de veículos a trocar gratuitamente peça defeituosa encontrada em determinado lote de veículos produzidos, em benefício de seus adquirentes. Trata-se de direito nitidamente individual homogêneo, pertencente a todos os compradores dos veículos (individualmente), que por ser igual para todos eles permite a tutela na forma coletiva. Pode, portanto, um dos legitimados coletivos (art. 82 do CDC ou art. 5º da Lei nº 7.437/85) propor a ação coletiva para a tutela desses direitos, mas também pode cada um dos consumidores propor sua ação individual, para ter trocada a peça defeituosa de seu veículo. Haveria aí litispendência?

Em primeiro, considerando o processo civil individual, a resposta seria afirmativa. Porém, a lei exclui expressamente essa possibilidade, dando ao tema disciplina própria e particular. É o que se lê do art. 104 do CDC ao prever que ‘as ações coletivas previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os

autores da ações individuais, se não requerida a suspensão no prazo de 30 (trinta dias), a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva'. Observou-se no item anterior (Capítulo 8) que a remissão contida no dispositivo deve ser interpretada como abrangendo os três incisos (I, II e III, tanto do art. 81, parágrafo único, como do art. 103, do CDC), tratando-se, portanto, de ações para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Sabe-se, por outro lado, que a litispendência é instituto concebido (e, conseqüentemente, regido arbitrariamente) pelo legislador, que pode dar-lhe a disciplina que bem lhe aprouver. Em relação à litispendência considerada em face das ações individuais, a solução alvitrada pelo legislador é simples: a segunda ação deve ser extinta sem resolução do mérito (art. 267, V, c/c o art. 301, § 3º, do CPC). Mas no referente às ações coletivas a disciplina é outra: a litispendência não se opera como regra, sendo livre a propositura, na pendência de ação coletiva, de ação individual (ou vice-versa), sem que uma venha a influenciar a outra.

De fato, como se prevê no dispositivo examinado, a sorte da ação coletiva não influencia o resultado da ação individual – ainda que ambas versem sobre o mesmo tema, fundados na mesma causa de pedir e contendo o mesmo pedido – a não ser quando, ciente da propositura da ação coletiva, o autor da ação individual expressamente requeira a suspensão de seu pleito nuclear para aguardar o resultado daquela.” (*Processo de conhecimento*, 6. ed., Método, 2007, p. 753-754)

Com efeito, o art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) refere-se a direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que, apesar de suas titularidades individuais, ostentam origem comum, motivo pelo qual o CDC possibilitou sua defesa (art. 82, IV) às associações que incluam entre as suas finalidades institucionais a proteção de tais direitos.

Com base no mencionado conceito e nas lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, verifica-se que: I) o sindicato da categoria profissional, nos termos do art. 8º, III, da Constituição Federal, ostenta legitimidade para buscar a tutela dos mencionados direitos, por ser ele o legítimo defensor dos direitos dos trabalhadores pertencentes à categoria profissional que representa, e II) independentemente da existência, ou não, de identidade de causas de pedir e pedidos dos dissídios em cotejo, não se há de cogitar a existência do óbice elencado, porquanto o CDC, em seu art. 104, expressamente afasta a eficácia *erga omnes* de tal decisão, nos casos em que não for requerida a suspensão do dissídio individual.

D O U T R I N A

Entendimento diverso levaria à conclusão de que o consumidor encontra-se mais protegido pelo ordenamento jurídico do que o trabalhador, já que o primeiro disporia de duas vias (uma sem prejuízo da outra) para a defesa de seus interesses, enquanto o segundo de apenas uma (individual ou coletiva), sendo que a escolhida (pelo sindicato da categoria profissional, ou seja, sem a participação do obreiro) prejudicaria a utilização da outra.

Aliás, a controvérsia foi resolvida pelo Código de Defesa do Consumidor, como já explicitado, pelo que se contém no seu art. 104, em face da adoção pelo sistema das ações coletivas brasileiro da teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*, que traduzida na clara lição da Prof^a Ada Pellegrini (ob. cit., p. 158-59), assim se externaliza:

“(...) Ou seja, a coisa julgada, no plano coletivo, atua *erga omnes*, tanto em caso de acolhimento como de rejeição da demanda, impedindo que novo processo coletivo seja intentado por qualquer legitimado. Mas, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada favorável pode ser imediatamente aproveitada, passando-se à liquidação e execução da sentença; enquanto a coisa julgada desfavorável não impede as ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo.

Conhecem-se críticas da doutrina processual tradicional à coisa julgada *secundum eventum litis* e estamos cientes de que a solução apontada privilegia os membros do grupo que, depois de perder uma ação coletiva, ainda têm a seu favor a possibilidade de ajuizar ações individuais (enquanto o demandado, que ganhou a ação coletiva, pode novamente ser acionado a título individual). Mas se trata de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real, (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merece o tratamento diferenciado próprio das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis.

Na prática, aliás, a solução supra apontada não é perversa como poderia parecer à primeira vista: perdida a demanda coletiva, ainda são possíveis as ações individuais, é certo. Mas a decisão contrária proferida no processo coletivo terá sua carga de poderoso precedente e poderá ser utilizada pelo demandado (não para impedir o ajuizamento

DOCTRINA

da demanda individual, como ocorreria se houvesse coisa julgada, mas para influir sobre o convencimento do novo juiz). Aliás, na demanda coletiva julgada improcedente, o demandado já terá exercido na maior plenitude possível todas as suas faculdades processuais – inclusive as probatórias – a(s) demanda(s) individuais versarão sobre a mesma causa petendi, já enfrentada vitoriosamente pelo demandado. [grifo nosso]

(...)

Seja como for, a escolha pela coisa julgada *secundum eventum litis*, somente para favorecer e não para prejudicar as pretensões pessoais, é importante na América Latina: adotam esse critério o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Brasil (no direito vigente e no projetado) e Peru, enquanto os relatores de diversos países preconizam a adoção do mesmo modelo (com exceção da Colômbia, cujo relator prefere o sistema ali vigente).”

No mesmo sentido, outrossim, apenas a título ilustrativo dos fundamentos doutrinários aqui expostos, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. NÃO-OCORRÊNCIA DE LITISPEN-
DÊNCIA NA ESPÉCIE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO COMISSIONADA. NÃO-INCI-
DÊNCIA. PRECEDENTES. Deve ser afastada a alegada ocorrência de
litispendência da ação individual com ação coletiva que visa ao reco-
nhecimento de direitos individuais homogêneos. Com efeito, é pacífico
o entendimento nesta Corte segundo o qual ‘a circunstância de existir
ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homo-
gêneos não obsta a propositura da ação individual’.” (AGREsp 240.128/
PE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 02.05.2000)

“É firme a orientação desta colenda Turma no sentido da
inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores
percebidos pelos servidores públicos a título de função comissionada.
Se ao servidor inativo não assiste o direito à percepção dos valores
auferidos a título de função comissionada durante o período laboral,
não faz qualquer sentido o desconto da contribuição sobre tais verbas.
Precedentes. Recurso especial improvido.” (REsp 640071/PE, 2ª T., Rel.
Min. Franciulli Neto, DJ 28.02.2005)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO
ESPECIAL. REAJUSTE. PLANO COLLOR. AÇÃO AJUIZADA POR

SINDICATO E AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO. 1. Esta Turma, reiteradamente, tem decidido que, a teor do art. 255, e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial. Dissídio comprovado. 2. Pacificou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que não ocorre litispendência da ação individual em face de ação coletiva ajuizada por entidade de classe ou sindicato. 3. Recurso conhecido e provido para afastar o óbice processual, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para exame das demais questões postas.” (REsp 327184/DF, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 02.08.2004)

“AÇÃO COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. A circunstância de existir, em curso, ação coletiva, em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos, não obsta o ajuizamento da ação individual. CADERNETA DE POUPANÇA. A responsabilidade pelo pagamento a menor do devido aos poupadores é do depositário, com quem contratou, e que terá sido o beneficiário da diferença, salvo no caso em que houve o bloqueio do numerário, perdendo ele a respectiva disponibilidade. O art. 17 da Lei nº 7.730/89 não se aplica às cadernetas de poupança cujo período aquisitivo se tenha iniciado até 15 de janeiro do ano em que editada. Interpretação conforme a Constituição.” (REsp 147473/SC, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16.03.1998)

Em face do exposto, sem embargo dos judiciosos fundamentos em sentido contrário e das peculiaridades que cercam o processo do trabalho, não se olvidando ainda que o titular do direito de ação é o empregado para a defesa de seus direitos ou interesses individuais sob ameaça de lesão ou efetivamente violados – art. 5, inciso XXXV, da CF/88 –, a solução indicada não deve ser no sentido da extinção do processo. Melhor seria, não verificada a hipótese de ciência do empregado da existência de ação coletiva com a mesma causa de pedir e pedido, o prosseguimento da reclamação individual ou a suspensão do processo, *ex officio*, pela aplicação do art. 265, inciso IV, *a*, do Código de Processo Civil, enquanto pendente de julgamento a ação coletiva com mesmo objeto, sob pena de fazer letra morta do princípio constitucional da acessibilidade à justiça.