

O DANO MORAL ACIDENTALMENTE COLETIVO E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS: REDE PROTETIVA COLETIVA VERSUS “DIREITOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS

Igor de Oliveira Zwicker

1 INTRODUÇÃO

Início este artigo com uma provocação: “não existe Direito Individual do Trabalho”. Embora pareça uma afirmação absurda, *a priori*, fato é que, *a posteriori*, esta afirmação faz todo o sentido.

Não que se desconheça aqui – ou se rejeite – a autonomia científica, prática, fenomênica e didática do Direito Individual do Trabalho. Longe disso. A provocação tenciona nos levar a pensar sobre uma realidade (infelizmente) viva e latente em nosso país, de descumprimento reiterado das normas trabalhistas. Estatisticamente falando, inclusive.

O eminente constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, bem citado pelo Prof. Rogério Tadeu Romano¹,

leciona o seguinte:

Dentro da metódica jurídica normativo-estruturante, são componentes da norma, o programa normativo e o domínio normativo. O programa normativo, como informou J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e teoria da Constituição, 4. ed., p. 1179), é o resultado de um processo parcial de concretização assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. O setor normativo é o resultado do segundo processo parcial de concretização fulcrado sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, dados da realidade).

Na análise dos elementos empíricos –

1 ROMANO, Rogério Tadeu. *A prescrição nos depósitos do FGTS*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n.

não informado, 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33924>>. Acesso em: 9 fev. 2015.



Igor de Oliveira Zwicker

Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia e Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico-Administrativo do TRT da 8ª Região. Professor de Direito.

os dados reais, os dados da realidade brasileira –, fácil perceber que não existem, via de regra, casos isolados. Exemplo clássico: o empregador, ao fraudar² o controle da jornada³, impingindo ao empregado que bata o ponto nos horários de sua conveniência, mas que permaneça trabalhando, em labor extraordinário, por certo não faz isso apenas com um empregado. Esta certamente será uma prática generalizada na empresa.

Até ofensas outrora tidas como personalíssimas, hoje não se resumem à prática individual, como, por exemplo, o assédio moral organizacional, o *straining*, a cobrança desarrazoada de metas. Esse comportamento, violador de direitos personalíssimos, hoje se volta à própria coletividade do empreendimento.

Nesse diapasão, penso que não cabe mais, na interpretação da legislação de regência, essa exacerbada *dicotomia extremista* que vem sendo adotada na Justiça do Trabalho, de separar direitos individuais em “homogêneos” e “heterogêneos” – com o agravante de que, para a maior parte dos casos, tem-se decidido que os direitos em questão são “heterogêneos”, como no caso das horas extraordinárias já citado.

2 REDE PROTETIVA COLETIVA

Dito isso, tal interpretação – a

2 Art. 9º da CLT: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

3 Art. 74, § 2º, da CLT: Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

exacerbada dicotomia extremista que vem sendo adotada na Justiça do Trabalho, de separar direitos individuais em “homogêneos” e “heterogêneos” – é, em meu sentir, violadora do que chamo de **rede protetiva coletiva**⁴: com efeito, a par da farta e extensa rede protetiva geral dos trabalhadores⁵, consagrada na Constituição Federal, **nosso ordenamento jurídico pátrio consagra o que batizei de REDE PROTETIVA COLETIVA**, *pari passu* com a rede protetiva geral dos trabalhadores, e que podemos colher dos artigos 1º, *caput* e inciso II, 5º, incisos XXI, XXXV, LXX, LXXI, LXXIII, 8º, inciso III, 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal; artigos 81, 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor; artigos 19 e 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública); artigos 6º, inciso VII, alíneas “c” e “d”, 83, inciso III, e 84, *caput* e inciso II, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União); e Súmula nº 736 do Supremo Tribunal Federal.

A partir desse microsistema jurídico de **rede protetiva coletiva**, temos as seguintes diretrizes:

Segundo Roseli Quaresma Bastos⁶, o artigo 1º da Constituição Federal, ao consagrar

4 Nesse sentido, cf. ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015. 2000p. *No prelo*.

5 Rede protetiva geral dos trabalhadores na Constituição Federal: arts. 1º, III e IV, 3º, I, III e IV, 5º, *caput*, XXIII, e §§ 1º e 2º, 7º, *caput*, 60, § 4º, IV, 170, *caput*, III, VI, VII e VIII, 193, 200, VIII, e 225, *caput*.

6 BASTOS, Roseli Quaresma. *Tutela dos direitos coletivos frente ao enfoque individualista encontrado no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10467>. Acesso em fev. 2015.

o Estado Democrático de Direito, “passou a necessariamente exigir a predisposição, pelo ordenamento jurídico, de um conjunto sistematizado de instrumentos capazes de permitir a tutela jurisdicional dos direitos massificados”.

No inciso II do artigo 1º da Constituição Federal, temos a previsão expressa da *cidadania*.

Georg Jellinek (1851-1911), filósofo do Direito e juiz alemão, indicava quatro “status” para as relações em que os indivíduos se encontravam perante o Estado e vice-versa, no tocante aos direitos fundamentais sociais, que são os seguintes: status ativo, status passivo, status positivo e status negativo.

O status passivo revela a proibição ao indivíduo de certos comportamentos no seio social, como a associação de caráter paramilitar (artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal); o status negativo, proibição ao Estado de interferir injustificadamente na esfera particular dos indivíduos – a própria liberdade de associação para fins lícitos previstas no citado inciso XVII do artigo 5º constitucional, que é plena. Neste último se incluem as posições jurídicas já firmadas em benefício da população, como a vedação ao retrocesso social e a cláusula de avanço social, com vista à melhoria da condição social dos trabalhadores (artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal).

O status ativo coloca o indivíduo em posição de ator social – como bem definiu, poeticamente, Augusto Boal (1931-2009), diretor teatral, dramaturgo e ensaísta brasileiro, *atores somos todos nós e cidadão não é aquele que vive em sociedade, é aquele que a transforma*. Aí se inclui o direito ao voto, expressão máxima da soberania popular (artigos

1º, parágrafo único, e 14, *caput*, da Constituição Federal).

O status positivo dá ao indivíduo o poder de exigir prestações positivas do Estado, o qual, embora envolto sob o manto da “reserva do possível”, é obrigado a garantir aos cidadãos o mínimo existencial, de forma concreta e mediante atuação direta do poder público.

Aí esta o status **positivo** da cidadania, consagrada no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal: é inconcebível um Estado Democrático de Direito sem cidadania, sem garantia de inclusão social, que dará plenitude ao exercício daquela.

No artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, temos a legitimação das entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a legitimidade das entidades associativas se limita aos associados que tenham dado autorização expressa à propositura da ação coletiva, conforme Recurso Extraordinário nº 573.232, com repercussão geral reconhecida.

Nesse Recurso, o Plenário da Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que “não basta permissão estatutária genérica, sendo indispensável que a autorização seja dada por ato individual ou em assembleia geral”.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é revolucionário. O artigo 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967, repetido no artigo 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1/1969, era certo em vaticinar que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão **de direito individual**”, situação

jurídica que foi, de forma claríssima, abolida pela atual Carta Magna, tendo em vista que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no citado artigo 5º, inciso XXXV, constitucional, agora diz apenas que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sem fazer qualquer referência à natureza do direito, se individual ou coletivo.

O artigo 5º, incisos LXX, LXXI e LXXIII, da Constituição Federal consagra o mandado de segurança coletivo por partido político com representação no Congresso Nacional ou 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; mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ação popular, proposta por qualquer cidadão, e que busque anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Pelo artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, confere-se ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. No já citado Recurso Extraordinário nº 573.232, com repercussão geral reconhecida, em que se decidiu que a legitimidade das entidades associativas se limita aos associados que tenham dado autorização expressa à propositura da ação coletiva, a Suprema Corte excluiu expressamente do julgamento as associações sindicais, que têm

legitimação extraordinária ampla na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, na qualidade de substitutos processuais (citou-se expressamente, inclusive, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 193.503).

É o que o Juiz do Trabalho Marcos Neves Fava alcunha de “rito sem rosto”. Não há necessidade de intervenção pessoal do empregado nem na execução, que pode ser promovida pelos entes coletivos, na forma do Código de Defesa do Consumidor.

Segue a ementa do citado julgado:

“PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O art. 8º, III da Constituição Federal estabelece extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se trata de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (Recurso Extraordinário 193.503, utilizado no julgamento do Recurso Extraordinário 573.232, este último com repercussão

geral reconhecida).

O artigo 127 da Constituição Federal vaticina ser o Ministério Público é **instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado**, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse sentido, diz o Tribunal Superior do Trabalho:

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. 1. Na dicção da jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, os direitos individuais homogêneos nada mais são do que direitos coletivos em sentido lato, uma vez que todas as formas de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), passíveis de tutela mediante ação civil pública, são coletivas. 2. Considerando-se interpretação sistêmica e harmônica dos artigos 6º, VII, letras c e d, 83 e 84 Lei Complementar 75/93, não há como negar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para tutelar direitos e interesses individuais homogêneos, sejam eles indisponíveis ou disponíveis. Os direitos e interesses individuais homogêneos disponíveis, quando coletivamente demandados em juízo, enquadram-se nos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição Federal. 3. O Ministério Público detém legitimidade para tutelar judicialmente interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis,

ante o notório interesse geral da sociedade na proteção do direito e na solução do litígio deduzido em juízo. Verifica-se, ademais, que o interesse social a requerer tutela coletiva decorre também dos seguintes imperativos: facilitar o acesso à Justiça; evitar múltiplas demandas individuais, prevenindo, assim, eventuais decisões contraditórias, e evitar a sobrecarga desnecessária dos órgãos do Poder Judiciário. 4. Solução que homenageia os princípios da celeridade e da economia processuais, concorrendo para a consecução do imperativo constitucional relativo à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável. 5. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-RR-411489-59.1997.5.22.5555, Redator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 07/11/2006, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 07/12/2007).

Não somente o artigo 127 da Constituição Federal destaca os **interesses sociais** a par dos individuais indisponíveis; o artigo 6º, inciso VII, alínea “d”, da Lei Complementar nº 75/1993 também faz essa expressa separação, trazendo **rol amplo**, a saber: “**outros** interesses individuais indisponíveis, homogêneos, **sociais**, difusos e coletivos”.

O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal prevê que são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, 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.

Segundo artigo 81 do Código de

Defesa do Consumidor, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, **ou a título coletivo**. Seu parágrafo único traz a clássica definição para os direitos coletivos **em sentido lato**, para o exercício da defesa coletiva.

O inciso I traz os **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São litígios *essencialmente coletivos*.

O inciso II traz os **interesses ou direitos coletivos, em sentido estrito**, assim entendidos 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. São litígios igualmente *essencialmente coletivos*.

3 LITÍGIOS ACIDENTALMENTE COLETIVOS

Ato contínuo, o inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor traz os **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. São litígios *acidentalmente coletivos*, defesa coletiva de direitos individuais. Como bem coloca José Maria Tesheiner⁷, direitos individuais homogêneos “são simplesmente direitos subjetivos individuais, ligados em si por uma relação de afinidade ou semelhança, de homogeneidade, fator que permite a defesa

7 <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/722-processos-coletivos-e-direitos-subjetivos>

coletiva de todos eles”.

A *origem comum*, no caso do artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, tem sua razão de ser na expressividade das hipóteses de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), cujo inadimplemento representará um impacto de massa no contexto da vida social e que demandam uma solução coletiva, inclusive para amplificar o próprio princípio da **eficiência** previsto no seio constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), o qual se aplica, categoricamente, à Administração Pública, *in casu*, na pessoa do Estado-Juiz.

Giselle Istschuk dos Santos⁸, citando Teori Albino Zavascki, “os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais, ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite sua defesa coletiva. São caracterizados, portanto, por uma pluralidade de titulares, como nos direitos transindividuais, porém, diferentemente destes, essa pluralidade não é somente dos sujeitos, “mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria”.

Na esteira das lições do eminente processualista⁹, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, “os direitos individuais homogêneos consubstanciam em pluralidade

8 SANTOS, Giselle Istschuk dos. *Coisa julgada nas ações coletivas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10851&revista_caderno=21>. Acesso em fev. 2015.

9 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

do objeto material, que é divisível, decomposto em unidades autônomas e têm titularidade própria; não são uma nova espécie de direito material e sim os mesmos direitos comuns ou afins que podem ser objeto de litisconsórcio (artigo 46 do Código de Processo Civil¹⁰), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia de permitir a sua efetiva tutela em juízo, priorizando-se a eficiência e a economia processuais”.

Quando se fala em “defesa ou tutela coletiva de direitos individuais homogêneos”, o verbete “coletivo” **não se está a tratar propriamente do direito material tutelado**; o significado de “coletivo” reside no **modo** de tutelar o direito material tutelado, isto é, o **instrumento da sua defesa**.

Já o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor consagra uma **cláusula aberta**, ao proclamar que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Segundo artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às ações coletivas as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, inclusive no

.....
10 Art. 46 do CPC: Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

O artigo 19 da Lei nº 7.347/1985 diz que se aplica à ação civil pública o Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições.

O artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública diz que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o CDC.

A referência justamente ao Título III do CDC, que abarca os conceitos de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e traz as suas conceituações, bem como com a aplicação combinada dos artigos 129, inciso III, da Constituição Federal, 21 da Lei da Ação Civil Pública e do próprio Título III do Código de Defesa do Consumidor demonstra que o conceito de interesses e direitos metaindividuais não se esgota em interesses e direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Pensar assim seria negar vigência ao artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que traz destacadamente os interesses e direitos individuais homogêneos, a par dos demais, bem como do próprio artigo 6º, inciso VII, alínea “d”, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, que também traz essa expressa distinção.

Segundo o artigo 6º, inciso VII, alíneas “c” e “d”, da Lei Complementar nº 75/1993, compete ao Ministério Público da União promover o inquérito civil e a ação civil pública para, entre outros, a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor e outros interesses

individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Aqui, há se imprimir, como dito, interpretação sistêmica e harmônica ao microsistema jurídico-coletivo, a fim de se conferir legitimidade do Ministério Público do Trabalho para tutelar direitos e interesses individuais homogêneos, **sejam eles indisponíveis ou disponíveis**, pois tais direitos e interesses individuais homogêneos disponíveis, quando coletivamente demandados em juízo, enquadram-se nos interesses sociais referidos no artigo 127 da própria Constituição Federal.

Os artigos 83, inciso III, e 84 da Lei Orgânica do Ministério Público da União dizem que compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, entre outras: promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, **quando desrespeitados os direitos sociais** constitucionalmente garantidos, além de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, **para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores**.

A Súmula nº 736 do Supremo Tribunal Federal arremata: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Fecha-se, assim, o ciclo deste microsistema jurídico de proteção aos interesses e direitos metaindividuais: Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública, Código de Processo Civil, Consolidação das Leis do Trabalho e Lei Orgânica do Ministério Público

da União. Para este microsistema coletivo, vigora o princípio da não taxatividade da ação coletiva, porque não restrita ao *Parquet*, bem como a legitimidade do Ministério Público em promover o inquérito civil e a ação civil pública, destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos.

4 O DANO MORAL ACIDENTALMENTE COLETIVO

Feitas essas considerações sobre a rede protetiva coletiva e a peculiaridade do artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, passemos a tratar da tutela do dano moral coletivo, não apenas o dano moral coletivo em sentido estrito ou, mais tecnicamente, do dano moral *essencialmente coletivo*, como, principalmente, do dano moral *acidentalmente coletivo*.

O Tribunal Superior do Trabalho, em seus mais diversos julgados sobre o tema – dano moral coletivo –, rotineiramente transcreve a já clássica doutrina do Procurador Regional do Trabalho Xisto Tiago de Medeiros Neto, como no julgado abaixo, relatado pelo eminente Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 13ª Região, que denuncia crônico quadro de descumprimento da legislação, no que tange ao atributo jornada de trabalho, não solucionado pelas diversas ações fiscais com autuações e considerando que tal situação lesiona interesses dos

empregados da empresa, referindo-se a controvérsia à obrigação de não fazer e condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, a ser revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD. Especificamente quanto à legitimidade do Ministério Público do Trabalho, na esteira dos arts. 127, *caput*, e 129, III e IV, da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 83 c/c art. 6º, VII, “d”, deixa inequívoca a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura de ação civil pública. Os interesses a serem defendidos por esse instrumento são aqueles de natureza coletiva *lato sensu* ou transindividual, disciplinados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Ao contrário do alegado pelas rés, não se persegue a tutela de direito ou interesse de reparação individual, na realidade, o que se pretende coibir é o desvirtuamento do sistema de cooperativa, circunstância que traz prejuízos flagrantes aos direitos dos trabalhadores. Há presença, pois, na hipótese, de interesse social relevante, e ao Ministério Público do Trabalho, como visto, compete promover a defesa dos direitos ou interesses difusos ou coletivos. Precedentes. LITISPENDÊNCIA – AÇÃO INDIVIDUAL – AÇÃO COLETIVA – INEXISTÊNCIA – ARTS. 103 E 104 DO CDC. O sistema processual brasileiro adota, como regra geral, a teoria da tripla identidade, *tria eadem*, o que implica o reconhecimento da coisa julgada sempre que houver identidade entre os três elementos significativos:

partes, causa de pedir e pedido. Assim, não há coisa julgada ou litispendência entre ação coletiva e reclamação trabalhista individual, porque não há identidade de partes entre aquela ação (sindicato ou Ministério Público) e a ação posterior (empregado individualmente considerado). Além disso, os arts. 103 e 104 do CDC, aplicáveis subsidiariamente ao Processo do Trabalho, em face da disciplina peculiar que confere aos efeitos da coisa julgada e da proteção dos direitos metaindividuais, expressamente determinam que as ações coletivas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não induzem litispendência ou coisa julgada para prejudicar as ações individualmente ajuizadas. **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO – DESRESPEITO ÀS NORMAS CONCERNENTES À JORNADA DE TRABALHO – O dano moral coletivo, compreendido como a “lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados por toda a coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade” (Xisto Tiago de Medeiros Neto. O dano moral coletivo. São Paulo: LTr, 2006)**, ampara-se em construção jurídica diversa daquela erigida acerca do dano moral individual, não sendo possível enquadrar o instituto a partir dos modelos teóricos civilistas clássicos. A ofensa a direitos transindividuais, que

demanda recomposição, traduz-se, objetivamente, na lesão intolerável à ordem jurídica, que é patrimônio jurídico de toda a coletividade, **de modo que a sua configuração independe de lesão subjetiva a cada um dos componentes da coletividade ou mesmo da verificação de um sentimento coletivo de despreço ou repulsa, ou seja, de uma repercussão subjetiva específica.** É nesse contexto que resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por moralmente ofendida a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Ademais, embora a reclamada pretensamente tenha adequadado sua conduta às disposições legais no curso do processo judicial, restou firmado nos autos que **por lapso temporal significativo** a empresa procedeu mediante violação da ordem jurídica, o que é suficiente para caracterizar o dano moral coletivo e, por conseguinte, justificar a recomposição da coletividade mediante pagamento de indenização. **A medida é punitiva e pedagógica:** funciona como forma de desestímulo à reiteração do ilícito e sanciona a empresa, que, de fato, teve favorecido ilicitamente seu processo produtivo e competiu em condições desproporcionais

com os demais componentes da iniciativa privada. Cuida-se aqui, de reprimir o empregador que enriquece ilicitamente a partir da inobservância do ordenamento justralhista. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-78400-91.2011.5.13.0022, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/02/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/02/2015) – destaques meus.

O Tribunal Superior do Trabalho, como se vê, acolhe a teoria de que a natureza do dano moral *essencialmente coletivo* é objetiva, defendida também na doutrina, a exemplo do Desembargador do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos¹¹, que diz:

O dano moral coletivo pode ser verificado em **qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade**, a merecer algum tipo de reparação à violação de direitos difusos, coletivos ou eventualmente direitos individuais homogêneos, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares.

(...)

(...) **algumas diferenças se fazem presentes entre o dano moral individual e o dano moral coletivo,**

11 SANTOS, Enoque Ribeiro. *A natureza objetiva do dano moral coletivo no Direito do Trabalho*. In: Temas contemporâneos de direito material e processual do trabalho. Salvador: JusPODIVM, 2015, capítulo II, p. 27-47.

quais sejam: o dano moral individual é eminentemente subjetivo e para a sua caracterização demanda, no plano fático, a constatação, pelo menos, em tese, do dano, da lesão, da angústia, dor, humilhação, ou sofrimento do lesado, ao passo que o dano moral coletivo é de natureza objetiva, caracterizado como *damnum in re ipsa*, ou seja, verificável de plano pela simples análise das circunstâncias que o ensejaram. (destaques meus)

O doutrinador cataloga o dano moral individual no artigo 186 do Código Civil e o dano moral coletivo, no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Para Enoque Ribeiro dos Santos, “basta que haja a constatação de ilicitudes envolvendo direitos coletivos, difusos e eventualmente individuais homogêneos para que toda a sociedade seja ultrajada”. E diz: “para a constatação do dano moral coletivo não é necessária a ocorrência de fatores subjetivos”.

Creio que, nesse ponto, não haja divergência substancial na doutrina e na jurisprudência, especialmente quanto ao manejo, por um ente coletivo, de ações dessa natureza, para salvaguardar um patrimônio jurídico imaterial de eventual dano moral coletivo sofrido.

Entretanto – e essa constatação muito me angustia –, o que se percebe é que, embora o microsistema jurídico de rede protetiva coletiva tenha sido pensado para a **tutela coletiva** dos direitos e interesses dos trabalhadores, ou seja, pouco importando se o direito é **individual**, sendo que a expressão *origem comum*, utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, abarca

os litígios **acidentalmente coletivos**.

E quando se fala em litígios **acidentalmente coletivos**, fala-se tão somente na **defesa coletiva de direitos individuais** – como visto, “direitos subjetivos individuais, ligados em si por uma relação de afinidade ou semelhança, de homogeneidade, fator que permite a defesa coletiva de todos eles”.

Essa compreensão é vital para a estruturação e eficiente atuação da Justiça do Trabalho no Brasil, dada a intensa carga de eletricidade social¹² que envolve o Direito do Trabalho; não se pode, de jeito algum, fechar os olhos para o descumprimento das normas trabalhistas, descumprimento este que, **quase nunca**, é exclusivo a um trabalhador da empresa.

Essa interpretação chancelada pela jurisprudência trabalhista, de “direitos individuais heterogêneos” e sacralização do artigo 6º do Código de Processo Civil¹³, a afastar a tutela/defesa coletiva, não tem razão de ser e é frontalmente contrária aos princípios e normas que regem o Direito Processual do Trabalho e a tutela de interesses e direitos dos trabalhadores, de *simplicidade*, de *economicidade*, de *celeridade processual*, de *proteção ao hipossuficiente*, de *efetividade social*, de *instrumentalização* do processo etc.

Não custa lembrar que tais demandas coletivas são “rito sem rosto”, nas palavras do Juiz do Trabalho Marcos Neves Fava, a preservar, inclusive, uma das características básicas do contrato de trabalho, que é a continuidade da relação de emprego, tendo em vista que o

12 Expressão cunhada por Rodolfo Pamplona Filho.

13 Art. 6º do CPC: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo – ou “débito permanente” (cf. Súmula nº 212 do TST¹⁴).

Ilustremos o que quero explicitar nos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, a título exemplificativo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DO BANCO NOSSA CAIXA – AFACEESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DECISÃO DO TRT QUE EXTINGUE O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 296/TST. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DO CONTRAPONTO DE REGRAS CONSTITUCIONAIS (ART. 8º, III x ART. 5º, XXI). DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. **Informando o TRT que se trata de direitos individuais heterogêneos, com diferenças e peculiaridades entre os componentes individuais da comunidade de aposentados envolvida, torna-se inviável alterar-se a decisão extintiva do processo por inadequação da via eleita.** Registre-se, de toda maneira, que a Constituição da República alargou e incentivou os poderes coletivos das entidades sindicais (art. 8º, III e VI, CF), instituindo-lhes até

mesmo a ampla substituição processual trabalhista (art. 8º, III, CF). **No tocante às demais associações, estipulou regra específica sem a mesma amplitude de poderes (art. 5º, XXI, CF).** Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-159900-63.2007.5.02.0011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014) – negritos meus.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS. ILEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. **Esta Corte Superior já declarou a ilegitimidade do sindicato para postular, em nome próprio, direitos individuais heterogêneos. Não se evidencia violação do art. 8º, III, da Constituição Federal, porque, no caso dos autos, evidente a natureza heterogênea dos direitos vindicados pelo Sindicato- Reclamante.** 2. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSÃO REGULAR DO INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. O acolhimento da pretensão recursal depende do revolvimento de fatos e provas, incabível nesta fase processual, conforme jurisprudência sedimentada na Súmula 126 desta Corte. Agravo

14 SUM-212 DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-AIRR-244600-38.2007.5.02.0086, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 15/10/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INESPECIFICIDADE DOS ARESTOS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. O trânsito do recurso de embargos da reclamada foi obstado pelo despacho do Presidente da Terceira Turma ante a inespecificidade dos arestos paradigmas, considerando que não abordam os mesmos direitos pleiteados na presente ação, de (1) adicional de insalubridade no grau médio decorrente da exposição ao agente nocivo “vibração de corpo inteiro” a que alude a NR-15, Anexo 8, com reflexos em FGTS, férias acrescidas de um terço, aviso prévio, décimos terceiros salários, descansos semanais remunerados e horas extras, bem como (2) **dano moral coletivo decorrente do nexo causal entre a exposição ao agente nocivo e doenças do trabalho**. Com efeito, os paradigmas não abordam os mesmos direitos pleiteados na presente ação, caracterizados no acórdão turmário como individuais homogêneos por terem origem comum, no caso, o labor dos substituídos na empresa reclamada. O primeiro aresto, da Sétima Turma,

exara tese de que “falece legitimidade ao substituto processual – Sindicato – quando os direitos postulados são de natureza individual heterogênea, em face da ausência de origem comum e da situação fática diversa de cada substituído (...) o pedido alusivo ao prêmio por desempenho individual, às horas extras decorrentes do intervalo intrajornada e às horas *in itinere*, formulado pelo sindicato autor, não possui origem comum, não se caracterizando, portanto, como direito individual homogêneo”. Já o segundo paradigma, oriundo da Oitava Turma, exarou tese de que em se “tratando os autos de pedidos referentes a direitos individuais heterogêneos (horas *in itinere*, com variedade de trajetos e conseqüente tempo de duração – 22 possíveis trajetos –, com diferentes locais e horários de trabalho), escoreita a decisão regional que reconheceu a ilegitimidade ativa do sindicato autor”. Nesse panorama, em que não há identidade entre os direitos postulados, nem sobre sua caracterização como homogêneos, caracterizam-se inespecíficos os arestos paradigmas trazidos à colação, impedindo o conhecimento do recurso de embargos (SJ 296, I/TST), nos termos de precedentes específicos desta Subseção Especializada I sobre o tema: E-RR-142700-56.1998.5.17.0006, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data (DEJT 12/08/2011) e E-RR-106300-55.2007.5.17.0191, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga (DEJT 01/07/2011). Agravo regimental conhecido e não provido. (TST-AgR-E-

ED-RR-1792-34.2010.5.02.0009, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 23/10/2014, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014) – destaquei.

Veja, caro leitor, que o último julgamento é fruto de decisão colegiada da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que é o órgão competente para a uniformização da jurisprudência trabalhista nacional em matéria de dissídios individuais, e o mais grave é que julga pedido de dano moral coletivo **decorrente do nexa causal entre a exposição ao agente nocivo e doenças do trabalho**, indo de encontro a todo o arcabouço jurídico-trabalhista neste sentido.

A Constituição da Organização Mundial de Saúde, já em seu preâmbulo, conceitua *saúde* como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Cabe à empresa – a qual arca com os riscos da atividade econômica¹⁵ fazer frente à preservação da saúde de seus empregados – e não transferir o ônus para o próprio. Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁶ fala, inclusive, no **princípio do risco mínimo regressivo**, corolário do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal¹⁷, e

15 Art. 2º da CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

16 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011, p. 148.

17 Art. 7º, XXII, da CF: “São direitos dos

para o qual incumbe às empresas manter um meio ambiente de trabalho **100% seguro ou minimamente inseguro**.

Limitar a atuação coletiva, nesse aspecto, é inexplicável.

O correto – e tenho uma forte convicção disto – é se legitimar todos os entes coletivos previstos no microsistema jurídico-coletivo já apresentado para a tutela do dano moral *acidentalmente coletivo*.

Não há qualquer dificuldade nisto. O juízo, ao sentenciar, emitirá uma decisão que trará o “ser devido”, que é o *an debeatur genérico*, e “quem deve” pagar – o *quis debeat*. Vide artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

A vantagem – mais uma vez à seara trabalhista, na qual a premissa faz todo o sentido – é que a promoção da liquidação e execução, como bem diz o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, para descortinar a genericidade do *an debeatur*, poderá ser promovida não só pelo trabalhador ou seus sucessores como pelos legitimados de que trata o artigo 82, a saber: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código; e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus

trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

A 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão monocrática exarada pelo Juiz Antônio Domingos Ramina Júnior, relator convocado (processo nº 856007-4, j. 30/11/2011, DJPR divulg. 06/12/2011, public. 07/12/2011), consignou o seguinte, citando mais uma vez a doutrina de Teori Albino Zavascki:

ZAVASCKI, após afirmar que “as situações de iliquidez são de variado grau”, considera o título judicial apto à execução quando contiver afirmação a respeito de cinco pontos: (1) ser devido (“an debeatur”); (2) a quem é devido (“cui debeatur”); (3) quem deve (“quis debeat”); (4) o que é devido (“quid debeatur”); (5) em que quantidade é devido (“quantum debeatur”).

Nas ações coletivas em exame, só há decisão sobre (a) o “ser devido” – o “an debeatur genérico” referido por CALMON; e (b) sobre “quem deve” – o “quis debeat”.

Nada em relação aos demais itens.

Será na liquidação que os demais itens, juntamente com o “resíduo de an debeatur”, poderão e deverão ser integrados ao título judicial.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto:

5.1 firme na rede protetiva coletiva presente no microsistema jurídico-coletivo existente em nosso ordenamento pátrio, e

mormente e em especial diante do artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que tal comando legal não trata do direito material em si e tão somente da tutela/defesa coletiva dos interesses e direitos dos trabalhadores (artigos 8º, parágrafo único, e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸), assim entendidos tanto os interesses e direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (essencialmente coletivos) quanto os interesses e direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos);

5.2 considerando que tais interesses e direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) são entendidos como “direitos subjetivos individuais, ligados em si por uma relação de afinidade ou semelhança, de homogeneidade, fator que permite a defesa coletiva de todos eles” – a chamada *origem comum*;

5.3 considerando que tal *origem comum* tem sua razão de ser na expressividade das hipóteses de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), cujo inadimplemento representará um impacto de massa no contexto da vida social e que demandam uma solução coletiva;

5.4 entendo que não há mais espaço jurídico para a sobrevivência do impertinente conceito de “direitos individuais heterogêneos”, a afastar a tutela/defesa coletiva de direitos subjetivos individuais, ligados em si por uma

18 Art. 8º, parágrafo único, da CLT: O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Art. 769 da CLT: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

relação de afinidade ou semelhança, de homogeneidade, fator que permite a defesa coletiva de todos eles;

5.5 *nesse sentido*, é viável e legítima a atuação coletiva tanto para confrontar o dano moral essencialmente coletivo, assim entendido como qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade, como o dano moral acidentalmente coletivo, entendido como o dano moral individual sofrido por cada um dos trabalhadores, individualmente identificados (direitos subjetivos individuais), ligados em si por uma relação de afinidade ou semelhança, de homogeneidade – p. ex., o mesmo empregador –, fator que permite a defesa coletiva de todos eles.

Não há que se perder de vista a gênese do Direito do Trabalho, muito bem sintetizado nas palavras da Desembargadora do Trabalho Giselle Bondim, do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a saber: “O Poder Judiciário Trabalhista, inegavelmente, é aquele que muito abertamente se opõe à desigualdade social e impõe um freio ao individualismo que tenta tornar obsoletos valores como fraternidade e igualdade”.