

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

**FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DIREITOS METAINDIVIDUAIS E AÇÃO**

**CIVIL PÚBLICA:**

**A perspectiva contemporânea da tutela  
coletiva trabalhista**

**CAROLINA LOBATO GOES DE ARAÚJO**

**Belo Horizonte  
2006**

**CAROLINA LOBATO GOES DE ARAÚJO**

**DIREITOS METAINDIVIDUAIS E AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA:  
A perspectiva contemporânea da tutela  
coletiva trabalhista**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Márcio Túlio Viana

**Belo Horizonte  
2006**

Carolina Lobato Goes de Araújo

**Direitos Metaindividuais e Ação Civil Pública: A perspectiva contemporânea da tutela coletiva trabalhista**

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2006

---

Professor Doutor Márcio Túlio Viana (Orientador) – PUC MINAS

---

Professor Doutor Mauricio Godinho Delgado – PUC Minas.

---

Professor Doutor Manuel Cândido Rodrigues – UFMG

## **Agradecimento**

*Ao meu noivo, Cristiano, companheiro de todas as horas, incentivador maior e torcedor vibrante de todo o meu aprimoramento profissional.*

*Aos meus pais, pelo apoio e exemplo de vida; e aos colegas de trabalho do gabinete do juiz José Miguel de Campos, pela oportunidade ímpar de aprendizado e por integrar uma equipe tão profissional e calorosa.*

*Ao Professor Doutor Márcio Túlio Viana, visionário incansável e exemplo vivo de sabedoria, simplicidade e mente e coração abertos para desbravar tudo o que é novo.*

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo realçar a importância fundamental dos direitos metaindividuais, espécie do gênero direitos humanos, cuja defesa alcança gradual prestígio e efetividade na contemporaneidade a partir da promoção da Lei da Ação Civil Pública. Para tanto, atentou-se para o fato de que, como direitos novos, os direitos metaindividuais exigem, para sua exata compreensão, que se faça uma incursão pela história, retomando suas raízes, fincada nos direitos humanos, fazendo-se uma breve digressão histórica sobre o tema. Focou-se a reprodução, ainda que de forma sintética, nas fases pelas quais a humanidade atravessou até que se conscientizasse da existência dos direitos humanos, que, pelos diversos enfoques que podem ser abordados, mostram-se em voga na atualidade pela perspectiva dos direitos metaindividuais. Elegeu-se como cenário inicial para introduzir a primeira parte do trabalho o período de formação e consolidação da idéia de dignidade humana, no pressuposto de que somente entendendo a origem dos direitos humanos e sua evolução, de forma ampla, é que entender-se-ia a relevância dos direitos metaindividuais, numa visão mais restrita. Depois, mostrou-se como o debate jurídico e doutrinário, por meio do direito comparado ou pátrio, alavancou a percepção por parte do Estado destes direitos, que, gradualmente, passaram a integrar o ordenamento jurídico dos países, em geral, e do Brasil, de forma especial. Em última análise, faz-se uma abordagem contemporânea dos direitos metaindividuais já consolidados no sistema jurídico, cuja relevância ímpar aumentou com a criação da Lei da Ação Civil Pública, um instrumento jurídico elaborado especialmente para a implementação dos direitos metaindividuais.

Palavras-chave: direitos humanos, dignidade humana, valor social do trabalho, direitos metaindividuais, ação civil pública, tutela coletiva, efetividade da tutela jurisdicional.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to highlight the fundamental importance of metaindividual rights, which belong to the class of human rights, and whose defense has gradually reached prestige and effectiveness after the incentive given to the Public Civil Proceeding Act. Having this objective in mind, it was taken into consideration the fact that, to understand these new rights correctly, it is essential to penetrate into history, to retake their roots -thrust on human rights- and to make a brief historic digression on the subject. The attention was focused on a summarized reproduction of the phases humankind went through until it became aware of the existence of human rights, which, through different approaches, are now in fashion due to the perspective of metaindividual rights. The initial scenario chosen to introduce the first part of this work is the period of formation and consolidation of the concept of human dignity, assuming that only by understanding the origin of human rights and their development, in a broad sense, the relevance of metaindividual rights would be understood in a more restricted view. Later, it was shown how the legal or doctrinaire debate, through comparative or national jurisprudence, raised the state's awareness of those rights, which gradually became part of the legal system of the countries and, particularly, of Brazil. Finally, there is a contemporaneous approach to consolidated metaindividual rights in the judicial system, rights whose unique importance increased after the enactment of the Public Civil Proceedings Act, a legal instrument specially prepared for the implementation of metaindividual rights.

Key words: human rights, human dignity, social value of labor, metaindividual rights, public civil proceedings, collective guardianship, effectiveness of jurisdictional guardianship

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 DIREITOS METAINDIVIDUAIS: ORIGEM, CONCEITO E EVOLUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
2.1 Origem .....	11
2.1.1 <i>A descoberta do indivíduo como ser naturalmente racional .....</i>	<i>11</i>
2.1.2 <i>Expansão da racionalidade crítica humana: um passo para a consciência dos direitos humanos.....</i>	<i>12</i>
2.1.3 <i>Fases históricas da compreensão da pessoa e seus direitos: fundamentos da dignidade humana .....</i>	<i>13</i>
2.1.4 <i>Direitos Humanos – direitos absolutos ou relativos?.....</i>	<i>19</i>
2.2 Conceito .....	23
2.2.1 <i>Interesses difusos .....</i>	<i>24</i>
2.2.2 <i>Interesses coletivos .....</i>	<i>26</i>
2.2.3 <i>Interesses individuais homogêneos.....</i>	<i>27</i>
2.3 Evolução.....	29
2.3.1 <i>Fundamentalidade dos direitos humanos.....</i>	<i>29</i>
2.3.2 <i>Eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....</i>	<i>33</i>
2.3.3 <i>A localização dos direitos humanos na perspectiva das dimensões de direitos .....</i>	<i>37</i>
2.3.4 <i>A posição dos direitos humanos na busca do acesso à justiça.....</i>	<i>42</i>
<b>3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR .....</b>	<b>48</b>
3.1 Breve digressão histórica acerca do surgimento do Direito do Trabalho .....	48
3.2 O princípio da proteção do trabalhador no contexto dos direitos fundamentais ..	51
3.3 Os direitos fundamentais do trabalhador .....	54
3.4 Os códigos de conduta privados no cumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador.....	57
<b>4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGEM, NATUREZA E OBJETO.....</b>	<b>62</b>
4.1 Origem .....	62
4.1.1 <i>Ação civil pública: terminologia da palavra.....</i>	<i>62</i>
4.1.2 <i>Percurso legislativo da Lei da Ação Civil Pública: do anteprojeto à Lei 7.347, de 1985.....</i>	<i>63</i>
4.1.3 <i>Avanços legislativos na normatização da tutela coletiva e a busca da efetividade dos direitos metaindividuais .....</i>	<i>67</i>
4.1.4 <i>Contramão da história: a tentativa de legalização dos retrocessos jurídicos ....</i>	<i>68</i>
4.2 Natureza jurídica da Lei da Ação Civil Pública .....	72
4.3 Objeto da ação civil pública: interesses ou direitos metaindividuais .....	73
4.4 Influência das <i>class actions</i> norte-americanas na criação da “ação de classe” brasileira.....	74
<b>5 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>	<b>78</b>
5.1 Procedimento.....	78
5.1.1 <i>A ação civil pública como lei especial.....</i>	<i>78</i>
5.1.2 <i>Rito da ação civil pública.....</i>	<i>78</i>
5.1.3 <i>Valor da causa na ação civil pública .....</i>	<i>80</i>
5.1.4 <i>Petição inicial.....</i>	<i>81</i>
5.1.5 <i>Aplicação do Título III do CDC na ação civil pública .....</i>	<i>83</i>
5.1.6 <i>Conexão entre ações civis públicas .....</i>	<i>83</i>
5.2 Competência .....	84
5.2.1 <i>Foro apropriado para apreciação da ação civil pública.....</i>	<i>84</i>

<b>5.2.2 Polêmica acerca da OJ 130 da SBDI-2 do TST .....</b>	<b>88</b>
<b>6 LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>	<b>93</b>
6.1 Legitimados para o ajuizamento da ação civil pública .....	93
6.2 Natureza jurídica da legitimação ativa para a propositura da ação civil pública ...	95
6.3 Princípios institucionais do Ministério Público e a ação civil pública .....	96
6.4 O Ministério Público e a ação civil pública .....	98
6.5 Legitimação à propositura da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho.....	99
6.6 Litisconsórcio ativo de Ministérios Públicos.....	101
6.7 Possibilidade ou não de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público ...	103
6.8 Legitimados passivos na ação civil pública .....	106
<b>7 INSTITUTOS AUXILIARES À AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....</b>	<b>109</b>
7.1 O inquérito civil na promoção da ação civil pública .....	109
7.2 Termo de compromisso de ajustamento de conduta .....	113
7.3 Tutela cautelar na ação civil pública .....	118
<b>8 PARTICULARIDADES DA SENTENÇA, PRESCRIÇÃO, EXECUÇÃO E RECURSOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA .....</b>	<b>125</b>
8.1 Sentença na ação civil pública trabalhista.....	125
8.2 Prescrição na ação civil pública trabalhista .....	130
8.3 Liquidação e execução do julgado na Justiça do Trabalho .....	132
8.4 Recursos na ação civil pública trabalhista .....	133
<b>9 CONCLUSÃO.....</b>	<b>135</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>138</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>142</b>
<b>ANEXO I – A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PRÁTICA TRABALHISTA.....</b>	<b>143</b>
<b>ANEXO II – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS .....</b>	<b>146</b>
<b>ANEXO III – PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA .....</b>	<b>160</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata da importância dos direitos metaindividuais, por meio da ação civil pública, como instrumento jurídico de pacificação social e de participação democrática.

Enfatiza-se, de um lado, que o direito sem o instrumento jurídico de sua efetivação torna-se letra morta e é como se nunca tivesse existido; e, de outro lado, que a ação, que não é um fim em si mesmo, só tem razão de ser como meio de concretização do direito substancial assegurado em lei.

Por tudo isso, tratou-se, em um primeiro momento, dos direitos humanos, numa visão ampla, e dos direitos metaindividuais, numa dimensão mais restrita, enfatizando-se, que, para a exata compreensão do valor destes últimos na sociedade, foi imprescindível o regresso à história da formação e do reconhecimento jurídico dos direitos humanos. Num momento posterior, passou-se à via processual de defesa dos direitos metaindividuais, sem os quais a ação civil pública perderia o objeto. Ambos os institutos se complementam, em sintonia, na busca da proteção dos direitos de todos e de cada um.

O primeiro capítulo apresenta, de forma sucinta, a origem, o conceito e a evolução dos direitos metaindividuais. Diversas foram as fases pelas quais a humanidade teve de passar até que o homem ocupasse o epicentro dos questionamentos jurídicos como fim em si mesmo, e não como meio de realização de algo, e se firmasse uma consciência sólida da importância do respeito à dignidade humana e da igualdade entre os indivíduos, independentemente de raça, sexo, cor, religião ou ideologia.

Nesse sentido, a digressão sobre a origem do homem é essencial para a compreensão do que sejam os direitos metaindividuais, mormente porque a conscientização de sua importância somente se justifica em função dos acontecimentos da história: as guerras, com a conseqüente desconstrução das garantias fundamentais em períodos de crise política, o abuso do poder do Estado, o enfraquecimento ou perda da democracia e, mais recentemente, o surgimento do neoliberalismo exacerbado e a flexibilização das normas trabalhistas.

O segundo capítulo abre espaço para tratar, de forma destacada, dos direitos do trabalhador, sua história, seus princípios e sua participação decisiva na implementação dos direitos fundamentais do indivíduo. Para tanto, faz-se uma crítica sobre a situação dos direitos do trabalhador na atualidade.

Nessa onda, a flexibilização dos direitos trabalhistas associa-se com a globalização para atingir os países menos desenvolvidos e neles se instalar para precarizar o que de mais digno há no homem: seu trabalho. Essa tendência manifesta-se na troca da mão-de-obra qualificada pela não-qualificada; na expulsão dos trabalhadores da empresa, para recrutá-los novamente como terceirizados, subempregados e temporários; e na transferência dos custos da empresa, que despende muito dinheiro com toda uma estrutura montada à espera dos trabalhadores. Tudo isso reflete-se no teletrabalho, no qual, “na verdade, a volta ao lar que hoje se ensaia não significa menos tempo na empresa, mas, ao contrário, a empresa chegando ao lar.” (VIANA, 2000, p.176)

Do terceiro capítulo em diante, o presente trabalho traz a lume o estudo da ação civil pública, importante instrumento processual de efetivação dos direitos metaindividuais, enfatizando-se a natureza e o objeto da ação, sem descartar a análise de sua origem legislativa.

A ação civil pública surgiu como resposta a uma das preocupantes questões vividas pela sociedade: o aumento do número de lesões coletivas, especialmente no âmbito trabalhista. Neste sentido, constata-se um problema de ordem instrumental: o direito processual ortodoxo, notadamente de índole individual, não estava preparado para prestar a tutela jurisdicional ao novo tipo de lesão molecular, e não mais atomizada, esparsa. Aliás, a própria dicotomia clássica da legitimação ordinária/extraordinária não mais atendia aos reclames da sociedade de massa, desamparada na defesa de seus novos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A gravidade da questão desafiou os doutrinadores, estudiosos e aplicadores do direito em geral a encontrar soluções que viabilizassem a defesa de direitos de existência inquestionável. De outro lado, a falta de instrumentos jurídicos assecuratórios destes mesmos direitos equivaleria ao famoso “ganhar, mas não levar”. De que adiantava o reconhecimento do direito se não havia meio que lhe impingisse concretude?

Estudos e projetos foram encomendados ao mais alto escalão de juristas, que, em resposta, contribuíram para a criação da Lei 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública, voltada à defesa dos chamados “novos direitos”, os direitos metaindividuais.

Em 1990, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor. Este instituto mais a Lei da Ação Civil Pública formam o intitulado “Sistema jurídico civil de jurisdição coletiva”.

Nessa luta, destaca-se a atuação valente e responsável do Ministério Público, em especial do Ministério Público do Trabalho, no uso da ação civil pública para combater a tendência progressiva de descumprimento do ordenamento jurídico e dos direitos por eles protegidos.

Sem dúvida alguma, a formação do *Sistema coletivo de tutela jurisdicional* representou um salto na história e um avanço na efetivação dos direitos de massa, dos direitos difusos, dos direitos coletivos e dos direitos individuais homogêneos. As inovações trazidas no bojo tanto da Lei da Ação Civil Pública quanto do Código de Defesa do Consumidor refletem-se na própria mudança de mentalidade do indivíduo, agora mais consciente de seus direitos e exigente na qualidade dos serviços que paga e do meio ambiente em que vive.

Nesse ínterim, são debatidas diversas questões procedimentais da ação civil pública, fazendo-se uma visitação dos principais temas relacionados aos institutos da competência e legitimação para tal tipo de ação coletiva.

No capítulo sete, institutos como o inquérito civil, o termo de compromisso de ajustamento de conduta e a tutela cautelar na ação civil pública ganham destaque como formas alternativas de resolução de conflitos coletivos ou como instrumentos preventivos de lesão a direitos metaindividuais.

No capítulo 8, abordam-se algumas particularidades de institutos da ação civil pública no âmbito trabalhista, como as vias recursais, cujo tratamento processual segue certas diretrizes específicas do ramo processual do trabalho.

Na conclusão, faz-se uma análise geral sobre o presente estudo, enfatizando, ainda que de forma breve, os temas mais marcantes e polêmicos sobre os direitos metaindividuais e a ação civil pública, institutos que tanto contribuem para a evolução do direito como um todo e para a efetivação da tutela jurisdicional, em especial.

No Anexo, apresenta-se um relato sobre a prática da ação civil pública trabalhista na atualidade.

## **2 DIREITOS METAINDIVIDUAIS: ORIGEM, CONCEITO E EVOLUÇÃO**

### **2.1 Origem**

#### ***2.1.1 A descoberta do indivíduo como ser naturalmente racional***

Desde os primórdios da humanidade, o homem busca explicações para justificar sua existência. Em meio às incertezas e às incessantes indagações sobre sua origem, lançou diversas teorias no intuito, se não de desvendar o segredo de sua criação, ao menos de diminuir-lhe a inquietude da alma sobre sua razão de ser.

Atualmente, nenhuma divergência há a respeito da importância dos direitos humanos e dos instrumentos assecuratórios de seu cumprimento. Mas nem sempre foi assim, mormente porque somente após longos séculos foi que o homem tomou consciência de si como sujeito de ações e como fim em si mesmo.

No início da formação das civilizações, e por muito tempo, os indivíduos guiavam suas atitudes tomando por base as vontades dos mais diversos deuses, detentores de forma humana e sujeitos às mesmas tentações e vaidades terrenas. Os homens eram, na verdade, instrumentos de realização da vontade final dos deuses.

Foi somente com o abandono das explicações mitológicas que ganhou força a idéia da fé monoteísta, em que um Deus único e perfeito, criador do céu e da terra, seria a chave mestra para a solução do mistério do mundo e da criação do homem.

A este Deus o homem devia obediência e eterna gratidão, pois não havia uma única ação que ocorresse sem a permissão divina. Todos os atos dos indivíduos giravam em torno da criação de Deus, que fez do homem um ser autônomo, reunindo em si as habilidades de todas as outras espécies, capaz de pensar e de transformar todo o ambiente ao seu redor. E foram essas habilidades que despertaram no indivíduo a sua consciência de ser naturalmente racional.

A afirmação do caráter racional do homem fez com que o indivíduo desse um grande salto na história para colocar a si mesmo como o objeto principal de sua reflexão: Quem é o homem?

Surge, então, a justificativa científica para a questão.

Charles Darwin lança a *teoria da evolução dos seres vivos*, segundo a qual as espécies procedem umas das outras por evolução. Em decorrência da seleção natural sobrevivem os indivíduos e as espécies mais adaptadas ao meio ambiente.

A explicação lógica e científica de Charles Darwin rompe com o pensamento teológico da época de que o homem veio do sopro de Deus. A teoria darwiniana prenuncia a força com a qual o racionalismo humano passaria a influenciar no estudo das ciências, cujo epicentro passa a ser ocupado pelo homem.

### ***2.1.2 Expansão da racionalidade crítica humana: um passo para a consciência dos direitos humanos***

A era axial, entre os séculos VIII e II a.C., foi o momento de maior proliferação das grandes idéias que fariam com que o pensamento humano nunca mais fosse o mesmo. Doutrinadores como Zaratustra, na Pérsia, Buda, na Índia, Lao-Tsé e Confúcio, na China, Pitágoras, na Grécia, e o Dêutero-Isaías, em Israel (COMPARATO, 2001, p.8), revolucionaram a visão teológica da época ao estabelecerem as diretrizes fundamentais da vida, em especial a idéia de igualdade entre os homens.

Princípios são lançados pelos grandes pensadores reafirmando a idéia da igual condição de todos os indivíduos pelo só fato de serem humanos, dotados de razão crítica e discernimento, de poder de transformação sobre a natureza e de “coisificação” da natureza em seu proveito. Estava lançada a base do ideário de que a liberdade é inerente ao ser humano e de que, por conseqüência, todas as formas de cerceio à liberdade humana, como a escravidão, são condenáveis.

As diferenças de sexo, raça, cor, posição social e religião são indiferentes à igualdade humana, que existe pelo tão-só fato da existência do ser.

A partir do século VIII a.C., o homem toma consciência de que o contato com Deus dispensa a intermediação dos sacerdotes, ou da força de um grupo para invocá-lo, e descobre a possibilidade da conexão direta do indivíduo com a entidade divina.

Simultaneamente, o homem se descobre como destinatário principal de todos os desígnios de Deus, e sua figura passa a ser o epicentro das análises e reflexões. O homem é, em si, um obstáculo à sua compreensão.

Observa-se aí o salto dado pela humanidade, à medida que desloca do centro de seus questionamentos o divino para dar lugar ao próprio indivíduo, em toda a essência de seu ser.

No âmbito filosófico, surge uma grande controvérsia: se os deuses não são mais os destinatários principais das ações humanas, mas sim o próprio homem, por quais regras devem os indivíduos pautar suas ações? Quais devem ser os critérios para a construção de uma sociedade?

A racionalidade crítica do homem vem em seu socorro, espalhando para toda a humanidade que ele, como sujeito capaz e pensante, é ao mesmo tempo o transformador, o destinatário de suas ações e o legítimo titular da normatização de suas próprias regras.

### **2.1.3 Fases históricas da compreensão da pessoa e seus direitos: fundamentos da dignidade humana**

Segundo a melhor doutrina<sup>1</sup>, pode-se dividir em cinco as principais fases pelas quais a humanidade passou até que se encontrasse o fundamento da igualdade entre os indivíduos e seus desdobramentos na construção das diversas nações. Essa digressão é essencial para se entender por que os direitos humanos são os mais valiosos valores concebidos por uma sociedade e por que esta última não sobrevive sem o respeito à dignidade humana.

---

<sup>1</sup> As fases históricas relatadas correspondem à classificação adotada por Fábio Konder Comparato, em seu livro *Afirmção histórica dos direitos humanos*.

Em linhas gerais, a primeira fase se inicia com a idéia de igualdade essencial entre os indivíduos, apresentada pela primeira vez na história no período axial (mais especificamente, entre os anos 600 e 480 a.C.), acompanhada de um grande marco cultural: o surgimento das leis escritas e das leis não escritas. Comenta Comparato que:

[...] essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. (COMPARATO, 2001, p.12)

Ocupando posição de destaque, as leis escritas logo adquiriram grande prestígio entre os gregos, principalmente na cidade de Atenas, onde se tornou o fundamento político daquela sociedade. Se é correto afirmar que a lei caracterizava certo cerceio à liberdade total e irrestrita do indivíduo, não menos correto é afirmar que o seu advento, igualmente, consistia no controle do uso do poder arbitrário do Estado. Sobre o tema, escreveu Eurípedes, na peça *As Suplicantes*, que “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”. (COMPARATO, 2001, p.12-13)

Paralelamente, as leis não escritas eram tão aplicadas quanto as escritas, revelando-se verdadeiras fontes de normas, com poderes coercitivos, oriundos ora dos costumes juridicamente relevantes da sociedade, ora das leis universais (de cunho religioso), que, por serem regras muito gerais e absolutas, não se circunscreviam ao território de uma só nação.

Exemplo típico de lei não escrita foi o decreto de Creonte de proibição aos chamados “traidores do governo” de terem seus cadáveres enterrados, ocasionando ainda ao transgressor a ordem à pena de morte. (COMPARATO, 2001, p.13)

Sobre este fato, relembra-se o exemplo de Antígona. A ordem do rei Creonte proibindo o sepultamento de Polinices, que morreu lutando com o irmão Etéocles, também morto às portas de Tebas, foi no sentido de que o cadáver de Polinices ficasse insepulto, rodeado de abutres e cães, e se transformasse em objeto de horror. Antígona disse à Ismênia que sepultaria seu irmão e cumpriu sua palavra.

Quando indagada pelo rei Creonte se tivera a ousadia de desobedecer seu decreto, respondeu:

Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! (SÓFOCLES, 2002, p. 96 *In* RENAULT, 2004, p.61)

As leis não escritas eram chamadas pelos romanos de “leis comuns”, em oposição às “leis particulares” de cada povo. E foi nessa acepção de leis comuns a todos os povos que os romanos apreenderam a noção das leis não escritas, com a expressão *ius gentium*, que significa direito comum a todos os povos. (COMPARATO, 2001, p.14)

Para explicar a vigência das leis universais, aplicáveis a todos indistintamente, Antífonte (480-411 a.C) justificou-se na igual natureza de todos os homens, numa crítica à superioridade dos gregos sobre os bárbaros, dizendo que

[...] os que descendem de ancestrais ilustres, nós os honramos e veneramos; mas os que não descendem de uma família ilustre, não honramos nem veneramos. Nisto, somos bárbaros, tal como os outros, uma vez que, pela natureza, bárbaros e gregos somos todos iguais. Convém considerar as necessidades que a natureza impõe a todos os homens; todos conseguem prover a essas necessidades nas mesmas condições; no entanto, no que concerne a todas essas necessidades, nenhum de nós é diferente, seja ele bárbaro ou grego: respiramos o mesmo ar com a boca e o nariz, todos nós comemos com o auxílio de nossas mãos [...] (COMPARATO, 2001, p.14-15)

Para alguns autores gregos, porém, a igualdade do ser humano era nada mais que a junção da individualidade de cada um com o papel por este exercido na sociedade (*prósopon*). Esta palavra grega, *prósopon*, conhecida pelos romanos como *persona*, significa rosto, máscara de teatro individualizadora de cada personagem, a significar a função, o papel social que cada pessoa exerce na comunidade.

Cria-se, portanto, uma dualidade até então inexistente. Vê-se que nessa época os filósofos não haviam alcançado a profundidade dos conceitos de homem, igualdade e dignidade humanas, porquanto insistia-se em decompor o indivíduo, como se não fosse uma essência única. A contraposição entre a unidade substancial



do ser humano (*hypóstasis*) e as funções por ele exercidas na vida social (*prósopon*) retratava dois conceitos diferentes, que somente seriam reunidos tempos após. Têm-se nesse período um conceito manco da dignidade humana, que passa a depender da posição social e do papel assumido pelo indivíduo perante a sociedade para ser respeitada.

A segunda fase do processo de construção dos conceitos de igualdade entre os homens e de dignidade humana inicia-se no século VI a.C., com Boécio. Repensando a diferenciação lançada pelos gregos entre a essência do ser humano (*hypóstasis*) e as funções que cada indivíduo exerce (*prósopon*), Boécio conclui que a pessoa não é uma exterioridade (*prósopon*), mas a própria substância do homem (*hypóstasis*). Essa conceituação foi adotada por Santo Tomás, que definiu o indivíduo como “um composto de substância espiritual e corporal” (COMPARATO, 2001, p.19, em referência ao *Summa Theologica, Prima Pars, quaestio 75*). Sobre este conceito, firmou-se a base do fundamento da igualdade essencial do ser humano, independentemente de suas variáveis de posição social, cultural, religiosa e de toda a sorte. Estava lançada a explicação da “igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos [...], pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”. (COMPARATO, 2001, p.19)

A terceira fase foi profundamente marcada pela ideologia de Kant, que pregava que “o homem é um fim em si mesmo”. Partindo da premissa de que o homem é o único animal possuidor de vontade racional, Kant conclui que a dignidade humana decorre da autonomia humana e de sua capacidade de reger-se por leis próprias, por ele mesmo criadas, completando que a dignidade, diferentemente das coisas, não tem preço. A dignidade não é mensurável por dinheiro e “não pode ser trocada por coisa alguma”. Cada pessoa tem sua dignidade, o que faz dela um ser incomparável e único em todo o Universo.

Para Kant, a idéia de que o “homem é um fim em si mesmo” implica obrigações de duas ordens: a primeira, de caráter negativo, impondo a todos a obrigação de não praticar o mal a ninguém; e a segunda, de cunho positivo, ensejando o dever de otimizar todas as ações, com o intuito de auxiliar na conquista da felicidade alheia.

A idéia lançada por Kant do valor absoluto da dignidade humana serve como instrumento de combate a todos os tipos de prática de depreciação da pessoa. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato (2001, p.22-23) narra a situação do indivíduo no período nazista, retratando de forma singular o aviltamento da dignidade humana, pois antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres

[...] o Gulag soviético e o Lager nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Nesse aspecto, Hannah Arendt, citada por Konder Comparato (2001, p.233), defende que “a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos”, numa referência à situação dos apátridas após a segunda Guerra Mundial, anulados como pessoas, pois não obtinham proteção de nenhuma ordem, de nenhuma nação, pelo fato de não terem uma nacionalidade. O indivíduo foi simplesmente desconsiderado como pessoa humana. Enfim, foi preciso que o abandono mundial dos apátridas os fizesse sofrer por todos os ângulos que se possa crer até que se reconhecesse a inter-relação entre o exercício de direitos e a existência de uma nacionalidade, com o reconhecimento desta última, obtido à custa da anulação da pessoa humana.

A teoria de Kant contribui sobremaneira para o princípio da quarta etapa na formação da compreensão da pessoa e seus direitos: a fase da descoberta do mundo dos valores e da transformação dos fundamentos da ética.

A quarta fase ilustra uma época de conscientização do indivíduo de que a sociedade é o resultado do agrupamento de pessoas segundo uma hierarquia de valores éticos, imprescindíveis à harmonia e à ordem no convívio do grupo, sem os quais a sociedade não sobrevive.

Dentre os valores éticos tidos como juridicamente relevantes, o respeito à dignidade humana sobressai como a base de sustentação de todo o convívio em

sociedade. Apesar de nem sempre haver uma equivalência entre os valores concebidos pela sociedade e os descritos no ordenamento positivo da época, os direitos humanos formam um conjunto de valores que, hierarquicamente, guardam indiscutível superioridade sobre todos os demais, existindo antes e independentemente da criação de qualquer sistema normativo.

Por último, a quinta fase nega o caráter de imutabilidade da natureza do indivíduo, pregada na primeira fase, para comprovar que o homem é um eterno vir-a-ser, um mutante no tempo e no espaço que se adapta ao seu meio e se transforma com as mudanças a sua volta. Reafirma-se a unidade substancial do indivíduo como ser humano e sujeito de direitos, sendo irrelevante o papel por ele exercido na sociedade. Também, questiona-se a existencialidade humana. Surge daí uma reação ideológica contra a desvalorização da pessoa no novo mundo mecanizado.

Mas uma certeza há: o homem firma-se a partir de então como o destinatário de todas as suas ações, sendo inquestionável a sua qualidade de sujeito de direitos e, por si só, digno de respeito numa dimensão universal.

A digressão histórica aqui desenvolvida tem uma razão especial de ser: para que se tenha a exata dimensão da importância da conscientização dos direitos metaindividuais, é essencial ter ciência de que nem sempre foi assim e que o próprio reconhecimento da existência desses direitos já é uma grande conquista em si.

Nos dias atuais, os direitos metaindividuais ganham ainda mais importância, mas o enfoque a eles dado já adota outros contornos, não mais se questionando a sua existência ou importância. A evolução da doutrina nos leva a indagar: Quais são os instrumentos jurídicos e extrajurídicos assecuratórios do seu cumprimento? Qual é a maneira mais efetiva de criar uma formação cultural cada vez mais voltada ao respeito desses direitos?

#### **2.1.4 Direitos Humanos – direitos absolutos ou relativos?**

A história da formação da consciência dos direitos humanos mostra que houve períodos em que se acreditou que a dignidade do indivíduo derivava de sua natureza, apresentada como invariável e permanente.

Todavia, no desenrolar da caminhada, dúvida não resta de que o homem não possui natureza permanente, pois é um ser em constante transformação, adaptando-se conforme exigido pelo meio social, cultural, religioso e econômico. Mas de que forma o poder de mutação do homem influencia os direitos humanos?

A resposta a esta questão está diretamente relacionada à natureza dinâmica do homem. Ao contrário do que afirmava Kant, os direitos humanos não são absolutos e imutáveis. Eles são, e sempre foram, fruto e reflexo de uma época. Portanto, tão mutantes, tanto quanto os homens.

Como pondera Norberto Bobbio (1992, p.19-20), os direitos humanos acompanham as mudanças no tempo e no espaço, razão pela qual são de impossível conceituação precisa. Na verdade, sequer existe uma noção exata dos contornos dos direitos fundamentais, eis que o que foi elencado como direito fundamental ontem pode não sê-lo hoje, como sempre ocorreu ao longo da história.

As condições históricas são decisivas na formulação do rol de direitos fundamentais da época.

O relativismo é característica que acompanha o conceito de direitos humanos, que não deve ser tido como absoluto. Exemplo nítido dessa relatividade se dá quando se analisa o inquestionável, à época, valor atribuído à propriedade, afirmado na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, na França. A propriedade, atualmente, não conserva o mesmo *status* de inviolabilidade que detinha no século XVIII, e isso se dá em razão da variação ética das sociedades, que tendem a valorizar mais intensamente um ou outro bem jurídico dependendo de sua ebulição social. Nunca se poderia imaginar que a tão consagrada propriedade teria um dia condicionado o seu uso em proveito de uma coletividade ao cumprimento de uma finalidade social.

Nas palavras de Norberto Bobbio (1992, p.19-20), além de mal definível e variável:

[...] a classe dos direitos do homem é também heterogênea. Entre os direitos compreendidos na própria Declaração, há pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras. Nesse caso, não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender.

O favorecimento de um direito a uma certa categoria fatalmente se dará sob o preço do desfavorecimento de outra, porque grande parte dos direitos é concorrente e não admite a simultaneidade na sua aplicação. Se para fazer valer um direito, num caso específico, exige-se a anulação de outro, ressalada encontra-se a tese do caráter absoluto dos direitos.

Bobbio aponta a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas, como o marco histórico inicial que resolve o problema da fundamentação dos direitos do homem, ao mesmo tempo em que marca o seu cunho incontestavelmente universal. A ratificação dos princípios postos na *Declaração* sinaliza a expansão universal da aceitação dos valores concernentes aos direitos humanos, que passam a ser reconhecidos por um número até então nunca visto de Estados: 48 adeptos.

Simultaneamente, Bobbio alerta para a relativização desses direitos declarados em 1948, fruto do pensamento e da comoção do povo da época, espectador de mais uma atrocidade humana ocasionada com a segunda Guerra Mundial. Apesar da inquestionável importância da *Declaração Universal* de 1948, não se pode desconsiderar que o rol de direitos ali elencados foi posto sob o olhar humano, eivado da carga social da época. O juízo de valor não deixa de ser, pois, subjetivo.

Como afirma Bobbio (1992, p.24), “o problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.”

Outros autores, porém, sinalizam ter sido a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, versão francesa de 1789, a primeira manifestação da universalidade dos direitos humanos.

Como assevera Paulo Bonavides (2000, p.562):

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Veja-se, portanto: se é subjetiva até mesmo a visão do momento inicial do caráter universal dos direitos humanos, o que dirá dos direitos declarados nas Cartas principais.

Diante de tais fatos, é equivocada a conclusão de que, por deterem carga social relevantíssima, os direitos humanos são absolutos. O fato de os direitos serem reconhecidos como humanos, por preservarem a dignidade da pessoa, não se confunde com sua relativização no tempo e no espaço. Essa última sempre ocorrerá porque, do contrário, estaria a sociedade estagnada no tempo e, parada, não deixa apenas de progredir, mas é como se andasse para trás, num retrocesso histórico de conquistas. A evolução natural das coisas pressupõe uma dinâmica de comportamento e, até, de valores, implicando, portanto, a modificação do sistema normativo para que acompanhe o ritmo social.

Não se quer dizer com isso que todos os direitos elencados como humanos serão sempre alterados com a mudança de época. Pelo contrário, sua grande maioria será preservada, porque a história prova que sem a sua preservação é impossível a convivência harmônica, em ordem e em paz da nação, sendo certo que não é preciso que se cometa mais de uma vez o mesmo erro histórico para se concluir que a democracia só se realiza com o respeito das liberdades civis e políticas e dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O que se afirma é que haverá uma variação natural de alguns direitos que antes eram tidos como imprescindíveis, e hoje não o são com tanta intensidade, como o que ocorreu com a garantia individualista da manutenção da propriedade no século XVIII e a necessidade da atribuição de uma função social que atualmente lhe é conferida.

Sob este aspecto, Judith Martins Costa, analisando algumas diretrizes lançadas por Miguel Reale e seu culturalismo, faz um estudo sobre a relação entre tempo e valor, ressaltando a diferenciação entre temporalidade e historicidade:

Enquanto a temporalidade é o fluir do tempo, a historicidade é aquilo que, no tempo, tem significação. São, portanto, inconfundíveis o tempo histórico e o fluir do tempo: este é a passagem cronológica, aquele é o recorte na temporalidade do que tem significação, pelo seu valor. A história não constitui, assim, mera reprodução do ocorrido. É reconstituição, é o resultado do olhar de um sujeito também histórico, é escolha e é recorte, é opção e valoração. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.172)

E, para não restar dúvida da intrínseca correlação entre tempo e valor, expõe Miguel Reale que o fenômeno jurídico:

[...] porque se desenvolve no “tempo axiológico”, está necessariamente relacionado aos valores prevalentemente significantes de cada tempo cultural e, por isso, em cada um deles, prevalentemente significativos. Nessa medida, conquanto as instituições jurídicas possam ser datadas no tempo cronológico, o Direito, como fenômeno cultural que é, adquire efetiva significação, para o presente e para o futuro, somente se o situarmos na ambiência formada por esses valores que se agrupam, em cada cultura, em ‘centros de valor’ dispostos em torno daquele que é o valor fundamental, qual seja a pessoa humana, valor-fonte de todos os demais valores que permeiam a experiência jurídica. (REALE, *In* MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.173)

Assim, não há que se ter dúvida de que os direitos humanos não são absolutos. Absoluta é a necessidade de preservação e concretização dos direitos de caráter fundamental, o que não quer dizer que é absoluto ou imutável o rol de direitos essenciais elencados ao longo da história da humanidade. Estes, como já dito, podem variar no tempo e no espaço conforme as necessidades materiais e morais dos indivíduos se alterem.

E, como o homem não é um ser estático, mas sim dinâmico, inquieto e questionador, sempre haverá direitos fundamentais eleitos prioritários em determinado momento, sempre haverá quem os descumpra, mas, principalmente, sempre haverá quem os defenda e lute por seu cumprimento, numa tentativa incessante de se evitar que se repitam mais erros grotescos da humanidade de aviltamento à dignidade humana, para, no fim, concluir-se o que todos já sabem: os direitos humanos são o pilar da existência, sem a qual, nas palavras de José Afonso da Silva “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. (SILVA, *In* MARTINS NETO, 2003. p.88)

## 2.2 Conceito

O conceito de interesses, ou direitos, metaindividuais ganha dois tipos de conotação conforme varia em sua abrangência.

Numa visão ampla, ou *lato sensu*, os interesses metaindividuais são direitos humanos, ou fundamentais, relativizados no tempo e no espaço, de caráter universal, mas que conservam em si os alicerces do respeito à dignidade humana e à construção de uma sociedade democrática, sem a qual esta fatalmente estaria fadada ao caos e à desordem.

Como acentuou em voto o ministro Celso de Mello (*In NASSIF, 2003, p.8*), os interesses metaindividuais, ou de caráter transindividual:

[...] constituem valores cuja titularidade **transcende** a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos **que pertencem a todos**, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. **Não se concentram** num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade. (STF-2ª T. – RE 213.015-0/DF – j. 08.04.2002 – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 24/05/2002).

Visto por um ângulo mais restrito, ou *stricto sensu*, os interesses metaindividuais são o gênero do qual são espécies os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A divisão em subespécies dos interesses metaindividuais tem como parâmetro os diferentes graus de coletivização a que eles correspondem. Ambos merecem tamanho relevo social que a eles deve ser dispensada a tutela coletiva e uniformizada, seguindo a tendência processual moderna de molecularização das demandas.

Sobre o tema, registra-se a crítica de Bezerra Leite (2006, p.192), de que a Constituição refere-se de forma expressa aos interesses, e não aos direitos difusos e coletivos:

[...] Ora, sabe-se que o interesse, num sentido comum, se encontra entre o sujeito e o objeto, entre a pessoa humana e o mundo exterior que a cerca, ao passo que o direito é a autorização conferida pelo ordenamento jurídico a um sujeito para que este possa exigir a prestação de um dever ou obrigação por parte de outro sujeito.



No momento em que o próprio interesse recebe proteção do direito positivo, a dicotomia direito versus interesse deixa de ter significância operativa para a Ciência do Direito e para o direito positivo.

Se assim é, impende concluir que a norma constitucional, no particular, há de ser interpretada extensiva e teleologicamente, uma vez que a mens legis visa tanto à proteção de interesses quanto à de direitos.

Alerta ainda o mesmo autor sobre o equívoco cometido por parte da doutrina na tentativa de identificar precisamente o que seja direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo. Em verdade, é impossível a classificação estática e rígida de cada tipo de direito, ou interesse, pois este varia de acordo com o tipo de pretensão almejada na ação civil pública. Assim é que o mesmo fato pode gerar lesões individuais, coletivas, difusas e individuais homogêneas, sendo função do objeto da demanda delimitar o tipo ou os tipos de direitos metaindividuais a serem protegidos. (BEZERRA LEITE, 2006, p.204-207)

Como exemplo cita-se a incursão nos quadros públicos de servidores celetistas sem prévia aprovação em certame público, em nítida afronta ao texto constitucional do art. 37, II. Tal conduta dá margem à lesão a todos os tipos de interesse metaindividual. A pretensão difusa se revela em defesa da massa indeterminada dos potenciais candidatos lesados ou ameaçados de lesar seu direito de participarem do certame público. A pretensão coletiva visa à declaração de nulidade de todos os contratos de trabalho do grupo de servidores ilegalmente contratados. A pretensão individual homogênea se apresenta na postulação pelo *parquet* de continuidade do contrato irregular de trabalho dos servidores até que o concurso seja efetivado. (BEZERRA LEITE, 2006, p.204-207)

### **2.2.1 Interesses difusos**

O inciso I do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) define os direitos difusos, como:

“I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

São transindividuais por transcenderem a esfera subjetiva do indivíduo, na medida em que possuem como destinatários um número sem-par de pessoas titulares do bem jurídico ligadas pela mesma circunstância de fato, eis que a lesão afeta a todos e de igual forma. Possuem natureza indivisível, por não haver possibilidade de fracionamento do bem da vida, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, a paz e o desenvolvimento.

É justamente por pertencerem a um número indeterminável de pessoas que os interesses difusos não podem ser mensurados economicamente. Nesse sentido, observa Cappelletti que, quando do surgimento dos interesses difusos, uma das dificuldades de sua proteção seria que, sendo o bem de todos e de cada um, não haveria interesse econômico de um indivíduo em pleitear sua reparação ou preservação na justiça, pois o prêmio a ele concedido seria ínfimo para tentar induzi-lo a uma ação. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.26)

Como afirma Ada P. Grinover (*In* MANCUSO, 1998, p.67) “os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva”.

Hugo Nigro Mazzilli (2003, p.48-49 *In* MANCUSO, 1998, p.68) escreve sobre a existência de tipos e alcances diferentes dos interesses difusos, sendo que há aqueles:

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

É grande o relevo social dos interesses difusos. Tanto assim que à sentença proferida em uma ação civil pública que lhes seja favorável foram atribuídos efeitos *erga omnes*. Ou seja, os efeitos benéficos da sentença são extensíveis a todos, a teor do art. 103, I, do CDC.

No âmbito trabalhista, é exemplo de interesse difuso a obrigação de fazer, traduzida no cumprimento pelo empregador das normas sobre medicina e segurança do trabalho, eis que os benefícios pagos às vítimas dos acidentes do trabalho configuram despesas da Previdência Social, que, por sua vez, são custeadas por toda a sociedade. Outro exemplo ocorre quando algum órgão da administração pública, direta ou indireta, de quaisquer dos Poderes promove a contratação em massa de servidores para investidura em cargo ou emprego de natureza permanente não criado por lei que não seja de livre nomeação e exoneração, e sem que hajam sido aprovados em concurso público de provas e títulos. No caso, o MPT atua em defesa da ordem constitucional violada e dos interesses de todos os potenciais candidatos àqueles empregos ou cargos públicos. (BEZERRA LEITE, 2006, p.199)

### **2.2.2 Interesses coletivos**

Conceitua o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, inciso II) serem:

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Fazendo uma comparação entre os direitos difusos e os direitos coletivos, Rodolfo de Camargo Mancuso (1998, p.70) tece as seguintes considerações, no sentido de que:

[...] nos 'difusos' e nos 'coletivos em sentido estrito' o caráter coletivo lhes é imanente, lhes integra a própria essência, já que pelos respectivos conceitos legais (incs. I e II), se vê que o objeto se apresenta indivisível e os sujeitos concernentes são, em princípio, indeterminados. A diferença específica fica por conta de que, nos 'difusos', por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados e objeto absolutamente indivisível), ao passo que nos 'coletivos em sentido estrito' elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em 'grupos', categorias ou classes', na dicção legal.

Se nos direitos difusos a lesão atinge um número de pessoas tal cuja quantificação é impossível, nos direitos coletivos é imprescindível que o prejuízo recaia sobre pessoas de um mesmo grupo, categoria ou classe e, portanto, passíveis de identificação.

Esclarece Celso Ribeiro de Bastos que os interesses coletivos referem-se:

[...] ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado. (BEZERRA LEITE, 2006, p.191)

São de fácil visualização os interesses coletivos na seara trabalhista. Primeiro, porque o Direito do Trabalho já contém divisão interna que lhes confere maior destaque, por intermédio do Direito Coletivo do Trabalho. Segundo, porque, uma vez organizados os trabalhadores em grupos, categorias ou classes, quaisquer direitos pleiteados pelo sindicato respectivo ganham caráter coletivo, pois de interesse de um grande número de pessoas.

Configuram-se interesses coletivos, *v.g.*, a vedação de exigência de jornada de trabalho superior a seis horas em turnos ininterruptos de revezamento; a vedação de fruição do intervalo para descanso e alimentação em menos de uma hora, nos casos de jornada de trabalho de oito horas diárias; a exigência de concessão gratuita de EPIs para os empregados que exerçam atividade insalubre ou perigosa; e a implementação de medidas de segurança no ambiente laborativo.

### **2.2.3 Interesses individuais homogêneos**

Por interesses ou direitos individuais homogêneos têm-se aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, inciso III, do CDC).

No tocante a estes direitos, uma importante consideração deve ser feita. Como ensina Mancuso, ao contrário dos direitos difusos e dos direitos coletivos *stricto sensu*, de natureza coletiva, os interesses individuais homogêneos não perdem sua essência de direito individual.

Compartilha da mesma opinião Ada Pellegrini Grinover, para quem os interesses ou direitos individuais homogêneos são, na verdade, direitos subjetivos tradicionais sujeitos a tratamento processual individual, mas que, a partir de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, passam também a receber tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade e de sua origem comum. (PELLEGRINI, 2001, p.11)

Como individuais, podem os direitos ser reivindicados por um indivíduo que se sinta lesado. Não obstante, por decorrerem de origem comum “contingencial, episódica, advinda de uma circunstância externa”, recebem tratamento diferenciado pela lei, de tutela coletiva, pois geralmente a lesão advinda afeta um número considerável de pessoas. (MANCUSO, 1998, p.70)

O fato de os direitos individuais homogêneos reclamarem uma tutela coletiva está mais relacionado à pretensão *in concreto* traduzida em juízo do que propriamente com a sua natureza substancial.<sup>2</sup> Os direitos conservam-se como individuais, no entanto recebem um tratamento processual molecularizado, como se direitos coletivos fossem, eis que dessa forma repercutem muito mais intensa e efetivamente na vida social.

Os direitos difusos e coletivos só admitem a tutela coletiva, ao passo que os individuais homogêneos também admitem o tratamento processual coletivo.

Revelam-se exemplos de interesses individuais homogêneos trabalhistas a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores públicos municipais (STJ – Recurso Especial n. 95347/SE, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Edson Vidigal – Publicado no DJU – Seção I, de 01.02.1999) e a situação da sociedade cooperativa em que se configura a fraude no propósito de intermediação de mão-de-obra, com a não-formação de vínculo empregatício (TST – 1ª T- 612.525/99.2 – j. 15.05.2002 – Rel. Min. Wagner Pimenta – DJ 21.06.2002). (MANCUSO, 1998, p.46 e 48)

---

<sup>2</sup> Doutrina de Néilson Nery Júnior.

## 2.3 Evolução

### 2.3.1 *Fundamentalidade dos direitos humanos*

A dificuldade em conceituar com exatidão os direitos fundamentais prende-se à necessidade de identificar seus elementos definidores e de reconhecer as propriedades a eles inerentes.

Ponto não só comum mas também unânime da conceituação é a vinculação dos direitos fundamentais à plena realização da dignidade humana. Isso equivale a dizer que “sem eles, ou na eventualidade de sua supressão, é lícito supor que ‘a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive’.” (SILVA, 2003, p.88)

A dificuldade de conceituação dos direitos fundamentais cedo se apresenta quando se tenta definir o elemento caracterizador da fundamentalidade do direito. Por que alguns direitos são fundamentais e outros não? Qual é o elemento essencial que define a especialidade desse direito como fundamental?

Reconhecem-se duas posições na doutrina, na tentativa de responder a esta indagação.

Para a primeira corrente, a fundamentalidade do direito está ligada à sua universalidade. Neste sentido, Ferrajoli sustenta que os direitos são, ou não, fundamentais conforme sejam assegurados por meio da positivação jurídica a todos os indivíduos de um determinado Estado na sua condição de pessoas.

Em sua definição, são direitos fundamentais:

[...] todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de obrar, entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e por status a condição de um sujeito, prevista igualmente por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que representam seu exercício. (FERRAJOLI *In* MARTINS NETO, 2003, p.92-93)

Para a segunda corrente, desponta como elemento caracterizador da fundamentalidade do direito a intangibilidade, remetendo-se a uma correspondência entre os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CR/88).

Nesse sentido, somente são direitos subjetivos fundamentais aqueles tidos como intocáveis e insuscetíveis de abolição legislativa.

Considerando a ordem jurídica nacional, verdadeiros direitos subjetivos fundamentais serão somente aqueles que porventura estiverem ao abrigo da cláusula de proteção prevista no art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil. [...] Isso porque, em resumo, fundamental é a posição jurídica subjetiva da qual se entende que não é possível a alguém prescindir, e o modo pelo qual se faz a declaração dessa condição no Estado Constitucional de Direito consiste em estabilizar, para o futuro, as respectivas normas constitucionais atributivas, eternizando-as ao menos durante o tempo de vigência da mesma Constituição. (MARTINS NETO, 2003, p.93)

Quanto às cláusulas pétreas, é interessante notar, como acentuam Viana, Godinho, Coutinho e Melhado (<<http://www.anamatra.org.br>>), que há normas que mesclam preceitos protetivos e preceitos restritivos. Nessa hipótese, apenas são pétreos os preceitos protetivos, como no caso do dispositivo legal insculpido no art. 7º, inciso VI, da CR/88, que proíbe a redução de salários, salvo convenção ou acordo coletivo. No caso em tela, há possibilidade de criação de emenda constitucional que proíba a redução salarial, mas não de emenda que autorize a redução em nível individual.

Esses mesmos juristas alertam para o fato de que é preciso ficar atento ao que existe de pétreo em cada norma, pois, muitas vezes, a norma possui uma parte imutável e outra mutável. Nesse sentido, é inválida qualquer emenda que reduza os direitos arrolados no art. 7º da Constituição a normas disponíveis, negociáveis mediante a autonomia da vontade.

Independentemente da característica alçada como definidora da fundamentalidade do direito, a conclusão final é que tanto o reconhecimento da universalidade quanto o da intangibilidade denotam, em verdade, aspectos da inquestionável relevância dos direitos humanos no cenário jurídico-mundial, dando, por intermédio desses elementos, razões ainda mais fortes para que estes direitos especiais sejam concretizados em toda a sua plenitude.

Os direitos humanos, fundamentais que são, podem ser vistos sob o aspecto formal e sob o aspecto material.

Denomina-se “fundamentalidade formal” a positivação dos direitos fundamentais na Carta Constitucional de determinado Estado. O caráter fundamental dos direitos é conferido pela Constituição, que, expressamente, atribui-lhes o *status* de direito essencial e encobre-os de garantias que lhes assegurem a intangibilidade em períodos de enfraquecimento da democracia e conseqüente fragilização das garantias individuais.

A positivação dos direitos essenciais no ordenamento jurídico implica obrigações de ordens positiva e negativa.

Tem-se como obrigação positiva a aplicabilidade imediata conferida ao interesse jurídico tutelado, que impõe obrigação de fazer de tornar concreta a efetivação do direito. Na Constituição brasileira de 1988, está insculpida no art. 5º, § 1º, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Já a obrigação negativa exige do Estado um dever de não fazer, omissivo, como, *v.g.*, o de tanto o legislador ordinário quanto o poder constituinte reformador não legislem contrariamente às normas postas na Constituição.

É o que se infere do texto do § 4º, inciso IV, do art. 60 da CR/88, no qual fica o Estado impedido de deliberar proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (cláusula pétrea).

Neste sentido a doutrina de Alexandre de Moraes (2003, p.39):

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60); por sua vez, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário. [...] Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas).

Ressalta-se que o mandamento constitucional não reprime a ampliação do rol dos direitos fundamentais ou a extensão de seus efeitos. Pelo contrário, a elevação das garantias essenciais é o objetivo permanentemente almejado para a implementação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CR/88). O que se reprime é tão-somente a proposta tendente a abolir os direitos e garantias



individuais, o que significa que qualquer proposta ampliadora do rol destes interesses será sempre objeto de feliz recepção constitucional.

Em outro compasso, a fundamentalidade material dispensa o requisito da constitucionalização do direito para atribuir-lhe o caráter de direito essencial, admitindo que existem outras normas, não constitucionais, que igualmente prevêem direitos fundamentais. É o que se retira do mandamento do art. 5º, § 2º, da CR/88, que afirma que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O disposto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, igualmente, reforça a teoria da “fundamentalidade material”, uma vez que são reconhecidos direitos humanos fundamentais declarados em tratados e convenções internacionais e, portanto, fora do rol apresentado ao longo de todo o corpo constitucional.

Como alerta Marinoni (2004, p.167), a Constituição instituiu, em seu art. 5º, § 2º, um “sistema constitucional aberto à fundamentalidade material”, isto porque o rol dos direitos fundamentais não se restringe aos elencados no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), espalhando-se ao longo de vários dispositivos de diversos títulos da Carta Maior ou, mesmo, fora dela.

O que define a fundamentalidade do direito é o seu conteúdo, e não o instrumento jurídico que o declara. Assim, conclui Marinoni (SARLET *in* MARINONI, 2004, p.167) que, para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentabilidade material:

[...] é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, da “circunstância de terem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa humana”.

A nosso ver, como nem sempre o aspecto formal abrange o material, é este último que deve prevalecer, pois amplia o rol dos direitos fundamentais, incluindo aqueles direitos previstos em normas infraconstitucionais ou, mesmo, sob a forma de princípios norteadores do Direito. (VIANA *et al*, <<http://www.anamatra.org.br>>)

### 2.3.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Para analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é fundamental tecer breves linhas sobre as perspectivas subjetiva e objetiva desses direitos.

Cada direito fundamental traz em si uma perspectiva subjetiva e outra objetiva. Subjetiva, porque pertence a cada indivíduo a titularidade do direito fundamental em jogo e a prerrogativa de exercê-lo, ou não. Objetiva, porque

a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém uma valoração. Nesse sentido, os direitos fundamentais valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins. (SARLET, *In* MARINONI, 2004, p.168)

Se a sociedade confere juridicamente a certo direito o *status* de fundamental é porque este reflete valores que ela alçou como imprescindíveis à existência digna do indivíduo naquele momento histórico. A norma fundamental, por si só, emana valores, considerados estes em sua dimensão objetiva, eis que refletem um modelo de conduta a ser seguido por todos os membros da comunidade.

Em referência a Sarlet, João dos Passos Martins Neto (2003, p.96) acentua, sobre a dimensão objetiva da norma, que:

[...] as normas atributivas de direitos fundamentais são aptas a determinar a produção de 'efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva', tais como condicionar a interpretação do direito infraconstitucional, repercutir nas relações jurídicas privadas e impor o dever de proteção e promoção por parte dos poderes públicos, entre outros.

A distinção feita tem aplicações práticas, mormente no que tange à chamada "eficácia irradiante da norma"<sup>3</sup>, pois os valores objetivamente produzidos pela norma de direito fundamental repercutem no comportamento da comunidade e, por conseqüência, alastram-se por todo o ordenamento jurídico. Este, por sua vez, toma os valores como paradigma de conduta e referencial para a compreensão do lícito e do ilícito, do ético e do inaceitável.

Como acentua Ingo Wolfgang, fala-se a respeito da eficácia irradiante dos direitos fundamentais "no sentido de que esses, na sua condição de direito objetivo,

---

<sup>3</sup> Expressão utilizada por Luiz Guilherme Marinoni.

fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.” Complementa Marinoni que “tal eficácia irradiante é que faz surgir a tese da interpretação de acordo com os direitos fundamentais.” (MARINONI, 2004, p.233)

Saliente-se que a dimensão subjetiva não advém da objetiva. Pelo contrário, elas são independentes, ao mesmo passo que complementares. Da conjugação de ambas nasce o código ético da sociedade, atrelado ao exercício do direito de ação que cada indivíduo titulariza.

O breve apontamento é necessário para se adentrar no estudo da eficácia horizontal dos direitos humanos (também chamada “eficácia privada” ou “eficácia em relação a terceiros”), porquanto estes guardam estreita ligação com a eficácia irradiante da norma e suas perspectivas subjetiva e objetiva. O valor (dimensão objetiva) emanado da norma de direito fundamental repercute na vida social e política da comunidade, travando relações de verticalidade (entre o Estado e particulares) e de horizontalidade (entre particulares). (MARINONI, 2004, p.166-175)

Existindo desproporcionalidade de forças ou poder nas relações travadas entre duas partes – seja Estado *versus* indivíduo, seja uma empresa privada de grande poderio econômico *versus* o particular, seja entre duas pessoas com poderes sociais diferentes –, diz-se que a eficácia dos direitos fundamentais manifesta-se de forma vertical, uma vez que não há igualdade de condições nos pólos jurídicos.

No que tange a estes últimos, esclarece Marinoni, citando Ingo Wolfgang Sarlet que:

[...] a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil.

Ao contrário, figurando nos pólos da relação partes com idênticas condições de pactuação, tem-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A questão da eficácia horizontal ou vertical produz efeito prático nos campos fático e jurídico, qual seja, o de se saber a quem são oponíveis os direitos fundamentais do indivíduo.

Sobre esse tema, há campo bastante fértil para discussão. Tanto assim que três correntes despontam sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (SARMENTO *in* MORAES, 2006)

A primeira corrente nega a oponibilidade de direitos fundamentais entre sujeitos privados, apenas reconhecendo-a nas relações firmadas com os Poderes Públicos.

Apenas o Estado sujeita-se à observância das garantias fundamentais. O rigor desta corrente, entretanto, ameniza-se ao admitir como sujeito à vinculação dos direitos fundamentais também o particular em exercício de atividade típica do Estado, bem como aqueles que têm suas atividades fomentadas pelo Estado mediante subsídios e benefícios.

A segunda corrente defende a aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos essenciais e suscita a impossibilidade de sua oponibilidade entre particulares, ao argumento de que um choque de valores entre os indivíduos seria inevitável, posto que detentores da mesma força jurídica para fazer valer seus direitos. Nesta linha, direitos essenciais da pessoa poderiam ser renunciados por meio de acordos negociais privados, na melhor aplicação do princípio da autonomia da vontade. Nesta esteira, apenas vigorariam direitos fundamentais entre particulares na hipótese de expressa previsão de norma ordinária de direito privado.

Por fim, a terceira e majoritária corrente prega a possibilidade de oponibilidade ampla dos direitos fundamentais não só com relação ao Estado, mas também entre os particulares, adotando a chamada “eficácia imediata (ou direta) dos direitos essenciais”. A característica que mais se destaca nesta corrente é a ausência de intermediação das regras de direito privado na interpretação das diretrizes constitucionais, que são imediatamente aplicadas, nos moldes do que dispõe o § 1º do art. 5º da CR/88.

Na visão de Vieira de Andrade, a expressão *mediata* carece de melhor técnica legislativa, eis que

se confunde com eficácia indireta, quando o que se quer afirmar é um imperativo de adaptação e harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é (também) constitucionalmente reconhecida. (ANDRADE *In* MARINONI, 2004, p.173)

Assim, não se está a desprezar o princípio da autonomia da vontade, constitucionalmente reconhecido, mas sim a considerar que em hipótese de afronta aos princípios constitucionais fundamentais será necessária a aplicação do princípio da razoabilidade, na tentativa de afastar a aparente tensão de valores.

Em se tratando de hipótese de valores aparentemente conflitantes, recorre-se à teoria da ponderação de interesses, em que somente a análise do caso específico poderá dizer qual direito deverá prevalecer sobre outro, sem que isso ocasione a sua anulação. Nestes casos, a norma não perde sua eficácia, mas tão-somente dá lugar a outro direito que, naquele caso concreto, elegeu um bem da vida como mais valioso.

Em suma, o que é o direito senão uma aplicação contínua do princípio da ponderação de valores?

Ademais, a terceira corrente, defensora da oponibilidade dos direitos fundamentais de forma horizontal – ou seja, entre os particulares – é a que mais se afina com o espírito democrático do Estado de Direito, no qual não só o Poder Público submete-se às normas que ele próprio criou, mas também os particulares entre si.

A eficácia dos direitos fundamentais entre sujeitos privados é a prevista no ordenamento pátrio, em que se garante ao indivíduo o pleno exercício de suas garantias fundamentais, com a ressalva de não serem exercidos com abuso de direito.

Dispõe o art. 187 do Código Civil de 2002:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Nota-se claramente pela leitura do dispositivo em comento que, se os direitos, de uma forma geral, são oponíveis entre os particulares, o que se dirá dos direitos fundamentais, dotados de força jurídica constitucional ainda maior? Porém, não é porque aos indivíduos são assegurados direitos que estes podem ser exercidos de forma ilimitada e irresponsável. Ao contrário, o limite do exercício do direito de um termina onde o do outro começa. Nesse espectro, manifestam-se a boa-fé objetiva e os bons costumes.

Preservam-se, assim, a transparência das relações jurídicas e a lealdade com a contraparte, impondo-se ainda os deveres de colaboração e proteção dos recíprocos interesses, traduzidos esses últimos na consideração aos interesses do parceiro contratual, limitando-se o indivíduo que se sinta lesado a exigir apenas o que lhe é de direito, deixando de lado a mentalidade esperta de levar vantagem em tudo.

O exercício do direito fundamental entre pessoas iguais deve ser moral, sincero, de forma que ninguém seja violado em sua dignidade humana. Mas, caso isso ocorra, o lesado encontrará certamente remédios jurídicos que lhe socorram, pois os direitos fundamentais são oponíveis não só em relação ao Estado, mas perante todos. Afinal de contas, a lei vale para todos e por todos deve ser cumprida.

### **2.3.3 A localização dos direitos humanos na perspectiva das dimensões de direitos**

A doutrina aponta um tipo de classificação dos direitos fundamentais em três ou mais gerações (MANCUSO, 1998, p.70).

Aliás, o termo *gerações* revela uma idéia um tanto quanto equivocada a respeito do surgimento dos direitos. Isso porque passa uma idéia de substituição de um direito em relação a outro, numa verdadeira troca cronológica de direitos, o que não corresponde à verdade.

O termo *dimensão* capta, com muito mais propriedade, o sentido de evolução e aparecimento dos novos direitos, na medida em que não se descarta um direito anterior com o advento de um direito posterior, pregando a convivência harmônica e concomitante de ambos.

Fazendo-se uma analogia aos três ideais declarados na *Revolução Francesa*, de 1789, os direitos de primeira dimensão seriam os direitos de liberdade; os de segunda, de igualdade; e os terceiros, de fraternidade.

Feita essa breve observação, passemos à classificação dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira dimensão são os identificados pela doutrina como os direitos de liberdade, civis e políticos. Foram os primeiros a surgir, num progressivo movimento de constitucionalização dos direitos, insertos nas Cartas Constitucionais de diversos Estados, iniciado nos fins do século XVIII e difundido por todo o século seguinte. Esta dimensão guarda obrigações de natureza negativa e positiva. Negativa porque enseja para o Estado uma obrigação de não fazer nada que impeça o exercício livre dos direitos civis e políticos, abstendo-se, portanto, de legislar e praticar atos contrariamente a este direito. Positiva porque exige uma ação do Estado no sentido de viabilizar e proporcionar a todos o exercício deste mesmo direito mediante políticas públicas.

Nota-se, à primeira vista, o foco eminentemente individual da proteção do sujeito. É o indivíduo exercendo o seu “direito de resistência ou de oposição perante o Estado”<sup>4</sup>, ao mesmo tempo em que a via estatal estrutura-se para viabilizar o exercício pelo indivíduo de seus direitos civis e políticos.

À medida que o cenário histórico muda, transformam-se também as manifestações sociais ao seu redor e o pensamento de toda uma época. É nesse contexto que o liberalismo cede espaço a um movimento de desconstrução do individualismo exacerbado, presente em uma sociedade acostumada ao poder de comando do contrato entre as partes, da autonomia plena do cidadão e do olhar distante do Estado, mero espectador das relações jurídicas pactuadas, para dar lugar ao chamado *welfare state*, ou Estado de bem-estar social.

A passividade do Estado passa a ser intolerável, ao mesmo tempo em que lhe são exigidas prestações positivas que melhorem as condições de vida das pessoas. Entra em cena o chamado “dirigismo contratual”, que demanda a interferência do Estado nas relações jurídicas firmadas para assegurar uma certa igualdade de condições na pactuação, de modo a amenizar a desproporcionalidade de forças dos indivíduos quando da aplicação da autonomia da vontade.

Nesse contexto, nascem os direitos de segunda dimensão, que são os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os pertencentes à coletividade. Nessa linha, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, enuncia direitos econômicos e sociais, nos artigos XXII a XXVI. Direitos como a seguridade social, o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego, direito à

---

<sup>4</sup> Expressão utilizada por Paulo Bonavides.

remuneração igual por trabalho igual, direito ao salário mínimo, ao repouso e ao lazer, à limitação da jornada de trabalho, à livre sindicalização dos trabalhadores e à educação, foram alguns dos direitos sociais incorporados na *Declaração*.

Destaca-se ainda na *Declaração Universal* de 1948 a afirmação da democracia como o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos. O regime democrático deixa de ser uma opção política entre tantas outras, sendo a única legítima escolha para a organização do Estado. (COMPARATO, 2001, p.231)

A Constituição mexicana de 1917 conserva uma forte carga de direitos sociais, inovando no cenário mundial, principalmente no tocante à regulamentação de direitos trabalhistas e a sua elevação ao *status* de direito fundamental. Direitos como a limitação da jornada diária de trabalho em oito horas, redução da jornada noturna, proibição de trabalhos insalubres ou perigosos para as mulheres e para os menores de dezesseis anos, previsão de um dia de descanso para cada seis dias trabalhados, salário-mínimo e pagamento de horas extras, dentre inúmeros outros, foram pela primeira vez na história positivados como direitos supremos, expressos na Carta Fundamental do país.

Também a Constituição de Weimar, de 1919, representou bem esse momento de assimilação no ordenamento jurídico dos direitos de segunda dimensão, principalmente porque veio em resposta às atrocidades cometidas na primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918. Acrescendo direitos sociais aos direitos individuais já preexistentes, a Constituição alemã ainda delineou uma importante distinção entre *diferenças* e *desigualdades*. Como ressalta Fábio Konder Comparato, as diferenças, que podem ser biológicas ou culturais:

[...] não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural. (COMPARATO, 2001, p.190)

Encontram-se no rol dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentre outros, os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à



segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, insculpidos no art. 6º da Constituição da República do Brasil de 1988.

Já os direitos de terceira dimensão surgem num contexto diverso, e são, em grande parte, conseqüência da globalização econômica e cultural.

São muitos os aspectos positivos da globalização. Com ela, diminui-se a distância entre os povos, mediante o uso das invenções tecnológicas da comunicação, internet e satélites, dentre outros, levando à homogeneização de valores e costumes, bem como à implantação da idéia de consumo em massa. Rompem-se com as barreiras do tempo e do espaço.

As informações chegam de um país a outro em tempo real, e, em menos de um minuto, a valorização do dólar americano pode influenciar o mercado econômico de inúmeros outros países. O indivíduo que mora no Japão compra pela internet produtos vendidos na Europa. E o que é moda nos desfiles de Milão torna-se referência no mundo inteiro. A comida francesa experimenta novos sabores e, na música, a bossa-nova se mistura ao rap norte-americano, criando ritmos surpreendentes. A globalização proporciona uma integração entre culturas inimaginável e abre o horizonte das pessoas, convidando-as a conhecer novos lugares e a experimentar as novidades.

Por outro lado, a globalização também trouxe conseqüências negativas, principalmente para o meio ambiente e para as relações de trabalho. Catástrofes naturais vêm em resposta à falta de cuidado do homem com a natureza, fazendo nascer uma preocupação mundial com a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, de forma sustentável. As relações de trabalho precarizam-se e a informalidade aumenta. As empresas seguem a tendência mundial de redução dos custos da mão-de-obra e as leis trabalhistas passam a ser cada vez mais flexibilizadas em nome da sobrevivência da empresa no mercado mundial. O consumo torna-se cada vez mais exagerado. Os produtos duram menos e já não tem a mesma qualidade de antigamente. Criam-se necessidades desnecessárias. O celular que toca música está ultrapassado com o lançamento daquele que filma e dá acesso à internet.

Todos esses acontecimentos mudam a mentalidade da época. A integração entre os povos faz ressurgir o forte ideal de fraternidade, como um tipo de elo unificador das nações mais e menos desenvolvidas, na luta pela conservação e

recuperação dos bens jurídicos de titularidade universal, mediante a atuação conjunta dos países.

Nesse contexto, surgem os direitos de terceira dimensão, de natureza mais abrangente que os demais direitos até então reconhecidos, pois não se restringem a um grupo ou a uma coletividade específica, sendo chamados por alguns como o “direito de todos e ao mesmo tempo de ninguém”. Direito de todos porque de titularidade universal, pertencendo a todos e a cada um a prerrogativa de reivindicar a proteção e a conservação desses bens jurídicos indivisíveis, tal como o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação. Direito de ninguém porque a ninguém cabe reivindicá-lo para si, já que de titularidade universal.

Os direitos metaindividuais inserem-se na terceira dimensão. São suas espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, expressamente previstos no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Alguns autores já prelecionam a existência de uma quarta dimensão. Compreenderia o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. (BONAVIDES, 2000, p.571)

Norberto Bobbio (*In* PADILHA GERA, 2004, p.58) entende que a quarta dimensão tem como elemento principal o direito à propriedade genética, advinda da conjugação dos avanços tecnológico e científico. Para este autor, a pesquisa biológica permitirá a manipulação crescente do patrimônio genético de cada indivíduo. Resta saber se tal descoberta será usada com discernimento e bom senso ou se, ao contrário, haverá uso indiscriminado e arbitrário da genética humana.

Se seguíssemos a ordem lógica de um silogismo, poderíamos partir da seguinte premissa: se não pairam dúvidas sobre a existência dos direitos de primeira, segunda e terceira geração e se todos eles foram formalmente declarados em Cartas Constitucionais, tratados ou declarações de direitos, então todas as sociedades são democráticas e respeitam os direitos sociais e as liberdades públicas, bem como a paz e a ordem permanecem em todas as nações.

Infelizmente, a notoriedade e a inquestionabilidade da importância dos direitos, principalmente os tidos como fundamentais, não conduzem ao seu cumprimento espontâneo e sincero. E isso em todas as nações do mundo.

Não obstante, os movimentos jurídicos, políticos e sociais caminham para que as declarações de direito não se percam no vazio ou apenas sejam o pano de fundo de um discurso retórico vazio e utópico, especialmente porque a sobrevivência da sociedade depende do respeito à dignidade humana e da crescente efetivação das garantias e direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, na plenitude da aplicação do princípio do acesso à justiça.

Como observa Márcio Túlio Viana (2000, p.189), numa análise sobre a proteção social do trabalhador no mundo globalizado, mas que pode abranger todos os direitos, em especial os fundamentais:

Não se trata apenas de saber que futuro nos espera, mas o que o futuro espera de nós. E não há neutralidade possível. Ou ajudamos a demolir o direito, ou lutamos para reconstruí-lo; ou nos curvamos à nova ordem, ou semeamos alguma desordem no caos [...]

#### **2.3.4 A posição dos direitos humanos na busca do acesso à justiça**

Como afirma Bobbio (2004, p.24), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Nessa perspectiva de proteção e efetivação dos direitos, Mauro Cappelletti organizou um profundo estudo sobre as diversas tentativas feitas em vários países de se atribuir à população o acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002) Concomitantemente, Cappelletti observou o movimento de aprimoramento do acesso à justiça, que denominou de “ondas renovatórias”.

São três as ondas renovatórias. A primeira retrata a assistência judiciária gratuita, especialmente voltada aos pobres. A segunda enfatiza a representação dos interesses difusos. A terceira prioriza uma reforma interna do processo, na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Considerando que o próprio conceito de acesso à Justiça já é um desafio aos juristas e aplicadores do Direito, haja vista a dificuldade de sua delimitação, extensão e efeitos, pode-se elencar como característica essencial a existência de

uma estrutura jurídica estatal voltada à solução dos problemas apresentados pelos indivíduos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.8)

A primeira onda de acesso à justiça, iniciada em 1965, volta-se para a prestação da assistência jurídica aos pobres. Fatores como elevado valor das custas processuais, falta de representação de um advogado e, até mesmo, falta de informação sobre o que é direito da pessoa impedem o acesso dos menos abastados à máquina judiciária. Além do mais, é notório que quanto mais capacitado e competente o advogado, mais cara é a contraprestação por seus serviços. A desvantagem dos pobres no acesso à justiça é, portanto, inquestionável.

Nessa perspectiva, noticia Cappelletti a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda.

O primeiro é pelo mestre chamado de “sistema *judicare*”. A seu ver, é a maior de todas as reformas voltadas à assistência gratuita. Instaurado na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.35), este sistema consiste na contratação pelo Estado de advogados particulares para prestar assistência jurídica aos pobres. O objetivo desse sistema é conceder a mesma qualidade jurídica para o litigante pobre e para aquele que poderia pagar um procurador particular. A crítica que se faz a esse método é que a assistência não é extensiva a todos os tribunais especiais, principalmente no tocante à postulação dos “novos direitos”.<sup>5</sup> Apesar de tal limitação, o “sistema *judicare*” tem atingido um número considerável de indivíduos de baixa renda ao longo dos anos.

Outra crítica dirigida ao sistema é que ele se volta para a defesa eminentemente individual do assistido, desconsiderando a importância do enfoque de classe na conquista de mais direitos. Além disso, não há a preocupação com a formação de uma consciência dos direitos cabíveis às pessoas, que ficam prejudicadas por sequer saber identificá-los.

O segundo modelo identificado por Cappelletti, ainda na primeira onda de assistência judiciária aos pobres, refere-se ao “advogado remunerado pelos cofres públicos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.39-43) Por esse sistema, escritórios localizados dentro da comunidade ou próximo dela encarregam-se de prestar-lhes a assistência judiciária, transcendendo o sistema anterior (*judicare*), uma vez que o

---

<sup>5</sup> Expressão utilizada por Mauro Cappelletti para retratar os direitos de terceira dimensão, quais sejam, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

objetivo maior a ser atingido é atribuir um enfoque de classe às demandas, de modo que se forme uma conscientização na comunidade a respeito de seus direitos. No mesmo sentido, a atuação dos advogados volta-se a ampliar o rol dos direitos da comunidade enquanto classe, por meio de casos-teste, *lobby* e tentativas de reformas legislativas.

A desvantagem desse sistema é que o atendimento individual pode se ver preterido em relação aos casos-teste de maior repercussão, além do que corre-se o risco de o advogado subestimar o potencial dos pobres ao assumir integralmente a tentativa de solução de seus problemas, conferindo-lhes um tratamento paternalista, ao invés de instigar-lhes a busca de seus direitos. Acresça-se, ainda, a este fator um ainda mais grave, que é a incongruência entre o fato de os escritórios de vizinhança serem financiados pelo governo ao mesmo tempo em que combatem várias das políticas estatais.

Outros países optam pela combinação dos dois modelos anteriores, como a Suécia e a Província Canadense de Quebeque, o que muito contribui para o aprimoramento contínuo dos sistemas de acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.43-47)

A segunda onda renovatória é de peculiar importância, pois tem como foco principal a questão da representação dos interesses difusos e de grupos, justamente porque a primeira onda é exclusivamente voltada para a assistência aos pobres.

O cunho eminentemente individualista do processo, traduzido nas chamadas “demandas-átomo”<sup>6</sup>, limitava muito a representatividade dos interesses de um grupo mais amplo, por falta de instrumentos jurídicos adequados. Foi preciso, então, que se criassem mecanismos de viabilização dos direitos difusos, de forma que o processo acompanhasse uma tendência de coletivização da tutela, a partir de *demandas-moleculares*, ou seja, que envolvem uma gama maior de sujeitos tutelados numa mesma ação.

As dificuldades enfrentadas com o advento da segunda onda renovatória refletem o despreparo tanto do Estado quanto do Ministério Público em lidar com a nova questão dos direitos difusos. Se, de um lado, o Estado era desprovido de uma legislação voltada para a proteção dos interesses coletivo e difuso, de outro, o

---

<sup>6</sup> Expressão de Kazuo Watanabe.

Ministério Público não se encontrava suficientemente preparado para lidar com o caráter ampliativo de tais conflitos.

A terceira onda de acesso à justiça relaciona-se à reforma interna do processo, que percorre, nas palavras de Cappelletti, “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.67)

Um dos enfoques principais desta terceira onda está em conceder representação a todos os tipos de direitos, sejam eles individuais, coletivos, difusos, privados, públicos ou de tutelas de urgência, preenchendo os chamados “vazios de tutela”.

Nas palavras de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.67), esse enfoque:

[...] encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

De crucial e decisiva importância mostra-se igualmente a superação da barreira da visão conservadora do processo civil, arraigada em suas origens da tutela individual.

Cândido Dinamarco (2005, p.841) explica que a reforma do Código de Processo Civil brasileiro:

[...] com a tônica na deformalização dos atos processuais e agilização do procedimento, antecipação de tutela, aprimoramento das decisões e zelo pela efetividade dos julgados, é uma revisitação dos institutos processuais visivelmente sugerida pela terceira das ondas renovatórias do direito processual (aprimoramento interno do sistema).

Marcada esta mesma onda pela busca do aprimoramento do mecanismo processual, os processos civil e do trabalho não poderiam seguir tendência outra senão a de coletivização das demandas, por meio, dentre outros fatores, da ação civil pública, da ação coletiva e da ação popular, nas quais os direitos metaindividuais realizam-se de forma mais intensa.

Nesse sentido, o trinômio adequação-tempestividade-efetividade, de Kazuo Watanabe, revela o pragmatismo com que devem ser tratados os direitos metaindividuais: o surgimento dos novos interesses transindividuais deve vir acompanhado de mecanismos processuais adequados, que lhes possibilitem a real concretização no menor tempo possível e da maneira menos dispendiosa e sacrificante para ambas as partes.

A tentativa de melhorar qualitativamente a prestação jurisdicional avança para ganhar uma perspectiva de funcionalidade. Põe-se em voga o conceito de efetividade, como a aptidão de um instrumento para produzir os fins a que se propõe.<sup>7</sup>

Sobre o direito moderno, Dinamarco (2005, p.798-799) discorre que este:

[...] não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.

A terceira onda renovatória é uma resposta aos clamores da sociedade por um processo vanguardista focado em quatro objetivos principais: simplificação dos procedimentos; redução dos custos advindos da demora da tramitação da ação; aprimoramento da qualidade do provimento jurisdicional; e efetividade da tutela. (DINAMARCO, 2005, p.798-799)

Diversas minirreformas processuais foram e continuam sendo implementadas, principalmente pela escola instrumentalista do direito processual, numa permanente modernização e coletivização do acesso à justiça, ideais impulsionadas graças à terceira onda renovatória.

Há quem sustente a existência de uma quarta onda renovatória: a formação acadêmica, ressaltando o papel dos núcleos de prática jurídica. (PADILHA GERA, 2004, p.67-71)

A quarta onda investe esforços na educação e na formação humanista do profissional da área do Direito. Prima pela conscientização dos jovens estudantes

---

<sup>7</sup> Conceito de José Carlos Moreira Barbosa.

sobre a realidade e os problemas sociais, preparando-os de forma a se tornarem profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia.

Juristas, aplicadores do direito e advogados devem aguçar suas visões críticas sobre os contornos do sistema, propondo soluções e mudanças para o seu constante aprimoramento, especialmente porque são pontes de acesso à lei e à justiça.

Também a prestação graciosa da assistência jurídica pelos alunos das faculdades aos clientes, proporcionando o contato direto com o público mais carente, faz com que aqueles vivenciem, mesmo que tangencialmente, as principais dificuldades enfrentadas no acesso à justiça pelos menos favorecidos socialmente e incorporem o espírito de socialidade tão propagado nos últimos tempos.

As ondas renovatórias no acesso à justiça não dispensam a mudança de mentalidade dos operadores do direito nem a pragmática alteração legislativa para intensificar o movimento processual que então se opera.

É preciso coragem para romper com as posturas conservadoras, essencialmente porque grande parte das mudanças encontra-se nas mãos dos que aplicam o direito, sendo estes quem dão à lei a interpretação reacionária ou visionária da questão.

Para a exata compreensão da observação feita, conclui-se com o retrato da questão traçado por Márcio Túlio Viana (2000, p.181-182) de que:

Toda lei tem uma parte visível, acabada, expressa por suas palavras. Mas tem uma parte inacabada, em potência, que ainda está por ser escrita. É que, na verdade, a norma jurídica se faz em vários momentos. Há o momento do legislador, que a formula, mas há também o momento do aplicador, que a (re) interpreta. E como o seu aplicador não é apenas o juiz, mas também os seus destinatários, também eles participam, de certo modo, de sua construção.



### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR**

#### **3.1 Breve digressão histórica acerca do surgimento do Direito do Trabalho**

A história da conquista de direitos dos trabalhadores se confunde com a própria história de afirmação dos direitos humanos, já explicitada no capítulo anterior, nos tópicos sobre a origem e a evolução dos direitos metaindividuais.

Para compreender a exata dimensão do valor social do trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador, é preciso ter em mente que os fatos históricos que culminaram na sua conquista foram cobertos de muito sangue, lutas, injustiças e exploração.

O movimento liberal surgiu no século XIX, como manifestação de resistência ao poder absolutista do Estado soberano. Influenciado por vários filósofos da época, como Locke, Rosseau e Montesquieu, fundamentou-se em princípios que inspiravam uma idéia básica do contrato. (NASCIMENTO, 2001, p.23)

Predominavam no liberalismo a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e o individualismo, partindo-se sempre da premissa de que todos os homens situavam-se em pé de igualdade para se obrigarem a direitos e deveres recíprocos.

O papel do Estado, portanto, restringia-se a de mero espectador das relações jurídicas firmadas, sem interferência de qualquer natureza na vontade dos particulares quando da celebração dos contratos.

As leis da época limitavam-se a conservar a higidez da manifestação de vontade dos contratantes, para que o fim visado na pactuação se efetivasse. A aparente percepção de igualdade e liberdade dos indivíduos legitimava o Estado a agir somente na formalização dos contratos, desconsiderando a disparidade econômica e social dos pactuantes. (MARQUES, 1999, p.37)

Entretanto, na prática, em razão da completa desigualdade de forças entre os detentores dos meios de produção e os possuidores apenas de sua força de trabalho, ocorreu uma verdadeira exploração dos dominados pelos dominadores.

Em pleno auge da industrialização, os operários trabalhavam longas jornadas em fábricas – cujo ambiente era, quase sempre, insalubre e perigoso –, sujeitos a acidentes de toda sorte, além dos baixos salários e da completa miséria em que viviam.

Como resposta a essa situação de penúria coletiva, os obreiros começaram a se unir e a se conscientizar de que juntos constituiriam um instrumento de pressão capaz de forçar uma negociação com os patrões por melhores condições de trabalho e de vida.

Nesse aspecto, Márcio Túlio Viana (2003, p.368) ressalta uma interessante contradição do próprio sistema no que tange ao controle dos capitalistas sobre os empregados e o papel das fábricas:

Para exercer esse controle, o capitalista concentrou os trabalhadores num mesmo ambiente físico. Nascia a fábrica concentrada, ou simplesmente a fábrica, tal como a conhecemos. [...] Mas essa mesma fábrica gerou uma contradição. Para produzir, tinha de reunir as pessoas; mas essa reunião facilitava a rebelião. Vivendo os mesmos dramas, e sonhando sonhos iguais, os trabalhadores aprenderam a conspirar. Foi assim que surgiu o sindicato e, por extensão, o Direito do Trabalho.

Logo, por força da necessidade e por questão de sobrevivência, consolidam-se as primeiras organizações de trabalhadores, agora chamadas de “sindicatos obreiros”, associações permanentes de trabalhadores que representam a resistência à exploração do trabalho humano, capazes, pelo menos juridicamente, de se igualarem às empresas como seres coletivos na pactuação de melhores condições de trabalho.

Mas não só no plano do trabalho surgiam mudanças. Já nesta época, os negócios contratuais se formavam em ritmo cada vez mais acelerado, em decorrência do sistema de produção industrial e da distribuição de produtos em grande quantidade. “Direitos em massa aumentavam o poder de compra das pessoas, realimentando o ciclo. Assim, depois de ter transformado os trabalhadores em empregados, o sistema transformava os empregados em consumidores.” (VIANA, 2003, p.369)

Os produtores começaram a se organizar para limitar a concorrência, criando oligopólios e monopólios. Nascem, então, a sociedade de consumo e a chamada “contratação em massa”. Esta última consolida-se com os famosos “contratos de

adesão”, aqueles em que praticamente todas as cláusulas contratuais já se encontram previamente estabelecidas, de forma unilateral pelo fornecedor do produto ou serviço, que o consumidor adquirirá como destinatário final. Como ressaltou Ada Pellegrini Grinover (1997, p.27):

Não é por acaso que o mencionado “movimento consumeirista” apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em que se reivindicavam melhores condições de trabalho e melhoria de qualidade de vida, e, pois, em plena sintonia com o binômio “poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços.

A hipossuficiência era para o trabalhador o que a vulnerabilidade era para o consumidor.

Foi nesse ambiente de insatisfação obreira e de injustiças com os consumidores que reiterados questionamentos sobre o papel do Estado e sua função de pacificador da ordem social foram feitos. Conseqüentemente, apareceram as primeiras respostas intervencionistas estatais. Técnicas como planejamento estatal, dirigismo econômico (intervenção do Estado na economia) e interferência nos contratos tornaram-se cada vez mais aceitas, e o Estado passou a ocupar papel-chave no plano econômico e social.

Dando um salto na história, desde o aparecimento de manifestações incipientes e esparsas (DELGADO, 2004, p.105-117) de leis trabalhistas, o Estado passou a interagir dinamicamente com os particulares na produção de normas para sua proteção diante dos detentores dos meios de produção e do poder econômico. No plano laborativo, originou-se o Direito do Trabalho. Da mesma forma:

O Estado passou a amparar o consumidor, tanto na esfera legislativa, elaborando leis de consumo e sendo implementadas pelo Executivo, quanto na do Judiciário, decidindo acerca dos conflitos decorrentes das relações de consumo. (GRINOVER, 1997, p.32)

### 3.2 O princípio da proteção do trabalhador no contexto dos direitos fundamentais

Para ressaltar a importância da visão principiológica na aplicação do direito e das garantias dos direitos fundamentais, é de grande valia registrar a enorme contribuição dos estudos de Robert Alexy, jurista alemão, sobre a função dos princípios.

Este autor, como expõe Luiz Guilherme Marinoni, classifica a norma como gênero, dos quais são espécies os princípios e as regras.

Ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy adverte que a distinção qualitativa entre regras e princípios é de grande importância. Afirma que os princípios são normas que ordenam algo a ser realizado em toda sua extensão, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que regras são normas que podem ser cumpridas, ou não. Por isso, os princípios, ao contrário das regras, são chamados de “mandados de otimização”, que podem ser realizados em diferentes graus, consoante as *possibilidades jurídicas e fáticas*. (ALEXY, apud MARINONI, 2004, p.226)

Percebe-se a extensão da aplicação dos princípios, que se ajustam a cada caso concreto, ampliando ou restringindo a interpretação jurídica para dar validade aos valores sociais prevalentes na sociedade da época. Dessa forma, os princípios cumprem seus diversos papéis como forma clássica de interpretação jurídica, como instrumento supridor de lacunas deixadas pelo legislador e como princípios normativos concorrentes, dotados da mesma força normativa vinculante, atuando como verdadeira norma jurídica. (DELGADO, 2004, p.188-191)

O princípio da proteção do trabalhador é a linha que norteia todo o sentido da criação do Direito do Trabalho, voltado para a defesa da parte, em sua esmagadora maioria, mais fraca e desprotegida na relação contratual: o trabalhador. A existência deste princípio tutelar se justifica pela história de séculos de dominação pelo mais forte sobre o mais fraco, que, de tanto desequilíbrio de forças e exploração humana, levou o Estado a intervir nas relações jurídicas de trabalho para assegurar ao obreiro “um patamar civilizatório mínimo de dignidade humana”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Expressão utilizada por Maurício Godinho Delgado.

Sobre o princípio da proteção, ensina Maurício Godinho Delgado:

[...] que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia -o obreiro-, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. (DELGADO, 2004, p.197-198)

O princípio da proteção é o princípio basilar que norteia a criação de todos os demais princípios de defesa dos direitos e interesses do empregado, como o da norma mais favorável, o da imperatividade das normas trabalhistas e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2004, p.196-211), não restando a menor dúvida de que se trata de um princípio guardião dos direitos fundamentais do trabalhador.

Ressalta-se que o princípio da proteção do trabalhador é dotado de normatividade jurídica, tanto quanto as regras *stricto sensu*, razão pela qual no confronto com as normas pode se sobrepor a elas.

Seguindo a contramão da história, assiste-se ao fenômeno inverso, no qual o princípio em evidência é o princípio da proteção do capitalista, do empregador, em detrimento dos empregados e trabalhadores em geral. É uma espécie de princípio da proteção às avessas.<sup>9</sup>

Desde que o capitalismo mostrou seus primeiros sinais até sua hegemonia absoluta como forma de produção, não há dúvida de que o mesmo princípio que assegura os direitos ao trabalhador também legitima o próprio sistema capitalista.<sup>10</sup>

Assim é que se, de um lado, aos empregados são assegurados direitos; de outro, esses mesmos direitos os impedem de pedir mais, de resistir, eis que o movimento de resistência obreiro perde um pouco de sua força cada vez que

---

<sup>9</sup> Frase de Márcio Túlio Viana.

<sup>10</sup> Conclusão dos estudos de Márcio Túlio Viana em sede de mestrado na PUC – Minas, 2005.

grandes concessões são trocadas por conquistas mínimas dadas pela contraparte empregadora, criando a falsa impressão de vitória do trabalhador sobre o patrão.

Nessa linha, o salário, mesmo que baixo, justifica as longas jornadas de trabalho, prorrogadas com as habituais horas extraordinárias. Os adicionais de insalubridade e periculosidade justificam a monetização dos riscos do ambiente prejudicial à saúde do empregado e aumenta a resistência do empregador em implementar as medidas de segurança necessárias. Tudo “dentro da legalidade”...

Em verdade, o que ocorre é justamente o contrário. Tudo faz parte de uma estratégia mais engendrada do capitalista. O plano é dar alguns direitos. Mas dar poucos, em doses homeopáticas, para acalmar os ânimos. Porque, se nada der, os ânimos se exaltam, e um dia terá que dar todos. E esse não é o objetivo.

O princípio da proteção ao trabalhador, como o nome já diz, existe para proteger o trabalhador. Atualmente, contudo, ele está mais para “tentar” proteger o trabalhador.

Hoje em dia, está na moda a falsa idéia de que para a empresa sobreviver no mercado de trabalho é imprescindível que faça uma redução nos custos da mão-de-obra. Com isso, flexibiliza-se praticamente tudo.

Sempre assombrados pelo desemprego, trabalhadores e sindicatos abrem mão de direitos conquistados durante décadas de resistência e luta. Os contratos de trabalho, por sua vez, vão, em ritmo acelerado, precarizando-se. Além disso, há um problema de maior dimensão: “O desemprego não afeta só os desempregados. Ele pressiona para baixo os salários dos que estão empregados. E contamina uns e outros com a mesma lógica da empresa – a lógica da concorrência.” (VIANA, 2003, p.371-372)

Nas lições de Márcio Túlio Viana, a empresa repete com seus empregados os movimentos das ondas do mar: “ela o expulsa de um modo e o recolhe de outro” (VIANA, 2003, p.373). Expulsa o empregado formal, para transformá-lo em informal, terceirizado ou subempregado, externalizando seus riscos. Depois o recolhe, usando de sua energia de trabalho, mas agora de forma mais barata, desqualificada, sem conhecimento do *modus operandi* do processo produtivo, sem crítica, sem expectativa e sem garantia de nada, incluída aí a própria manutenção no emprego.

Diante desta triste realidade de renúncia e precarização de direitos fundamentais do trabalhador, o princípio da proteção apresenta-se como instrumento de resistência.

Ressalta-se que, de tão propagada, a idéia flexibilizante passa a ser tida por verdadeira, contaminando até mesmo as instâncias institucionais de proteção dos direitos do trabalhador: os juízes e tribunais trabalhistas. É de se registrar que a jurisprudência não ficou imune à “mão invisível” da onda precarizante.<sup>11</sup>

Não obstante, como acentuou Viana, muito do que acontece na realidade não é fruto do casuísmo, mas sim de opções. Opta-se por precarizar ou opta-se por resistir à precarização.

É certo que vários direitos fundamentais estão sendo solapados, muitas das vezes, pelo próprio ator que o legitima: o sindicato. Todavia, nem por isso o princípio da proteção perde seu valor. Perde, sim, de certa forma, aplicabilidade jurídica. Mas seu valor continua intacto; ou melhor, aumenta, à medida que continua a ser a força motriz que preordena todos os outros princípios e necessita, urgentemente, voltar à cena na busca de melhoria nas condições de pactuação.

Por tudo isso, não se pode render ao caminho que já está posto: o da flexibilização. Sempre existe outra saída: a da proteção dos direitos fundamentais.

Por mais que o mundo se volte contra nós, optamos pela proteção.

### **3.3 Os direitos fundamentais do trabalhador**

Os direitos fundamentais do trabalhador inauguram um ciclo de importância particular e destacada após a constitucionalização dos direitos sociais.

Contrariando a idéia clássica de que as Constituições deveriam trazer em seu bojo apenas normas sobre a estrutura do Estado e liberdades públicas, as extensas Constituições dogmáticas, como a brasileira de 1988, passam a regular também direitos sociais, econômicos e culturais, alguns, até mesmo, por meio de normas programáticas.

---

<sup>11</sup> Paródia feita com a mão invisível do mercado de Adam Smith.

Neste sentido, a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 rompem com a normatização constitucional da época, inovando no cenário mundial.

A primeira, Constituição mexicana, regulamenta uma série de direitos trabalhistas até então apenas existentes em legislação esparsa, elevando-os à categoria de direitos fundamentais. Direitos como a limitação da jornada diária de trabalho em oito horas, redução da jornada noturna, proibição de trabalhos insalubres ou perigosos para as mulheres e para os menores de dezesseis anos, previsão de um dia de descanso para cada seis dias trabalhados, salário-mínimo, pagamento de horas extras, dentre inúmeros outros, são pela primeira vez na história positivados como direitos supremos, expressos na Carta Fundamental do país.

A segunda, Constituição de Weimar, de 1919, elaborada após a primeira Guerra Mundial, cria direitos sociais aos trabalhadores, agora com autoridade constitucional.

Segundo a clássica dicotomia *direitos individuais* e *direitos sociais*, podemos encaixar os direitos do trabalhador como direitos sociais, eis que sua efetivação exige uma prestação positiva do Estado, de fazer.

O capítulo II da Constituição tipifica como direitos sociais todos aqueles constantes do art. 6º ao art. 11. Este, por sua vez, insere-se no título I da Carta Política, relativo aos princípios fundamentais. Fazendo uma interpretação sistemático-teleológica das normas supremas, não há dúvida de que os arts. 6º ao 11 tratam de direitos fundamentais. Primeiro, porque insertos no título que trata dos princípios fundamentais e, segundo, pela força jurídica de seu conteúdo, evidenciando a que veio o Estado Democrático de Direito, ou seja, para a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como para garantir o valor do indivíduo e o respeito à dignidade humana.

Não só os direitos expressos no capítulo II estão albergados pela Constituição como direitos fundamentais, estando estes, ao revés, espalhados por todo o corpo constitucional, explícita ou implicitamente.

Inseridos no rol exemplificativo dos direitos sociais estão os de peculiar e transcendental importância: os direitos trabalhistas. Dado o alto contorno social de que são providos, são os direitos dos trabalhadores muito mais do que apenas



direitos sociais; são direitos fundamentais e instrumento de dignificação e valorização humanas, além de ferramenta de construção de tudo o que a sociedade de mais valioso possui.

No que tange ao cenário nacional, “a Carta de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira [...]”. (DELGADO, 1999, p.65)

Sob o prisma da participação democrática dos grupos sociais, a Constituição rompe com os paradigmas clássicos: assegura a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º, *caput*), vedando ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (art. 8º, I); incentiva a negociação autônoma coletiva; atribui aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até mesmo em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III); prevê a participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos (art. 11); e determina a eleição, nas empresas com mais de duzentos empregados, de um representante obreiro (art. 12).

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, a inserção de novas normas constitucionais sinaliza o início do despertar da sociedade para uma nova mentalidade:

[...] a Constituição de 1988 produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do país, a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. Essa nova perspectiva embebe-se de conceitos e óticas próprias ao Direito do Trabalho, em especial a noção de ser coletivo (e de fatos/atos individuais), dominante no estuário civilista brasileiro. Ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, a Carta de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhistas até então desconhecidas na história do país. (DELGADO, 1999, p.67)

Na seara individual, a Carta Política iguala, com diferenças no plano infraconstitucional, os direitos dos empregados urbanos e rurais, estendendo-os ainda aos avulsos (art. 7º, XXXIV). Elastece o rol de direitos da doméstica (art. 7º, parágrafo único); amplia as garantias jurídicas à empregada gestante (art. 7º, XVIII), que passa a ter estabilidade provisória de até cinco meses (art. 10, II, *b*, ADCT); amplia a licença paternidade para 5 dias (art. 7º, XIX c/c art. 10, § 1º, ADCT); aumenta o prazo do aviso prévio de 8 para 30 dias (art. 7º, XXI); e estende o prazo prescricional do antigo art. 11 da CLT (art. 7º, XXIX).

Infelizmente, alguns resquícios do viés autoritário do passado ainda permanecem intocáveis, como a extinção da velha indenização celetista (art. 7º, I, CR/88), a contribuição compulsória ao sindicato (art. 8º, IV) e a unicidade sindical (art. 8º, II). Apesar da triste resistência estatal de avançar ainda mais na conquista de direitos trabalhistas, ainda assim não se pode negar o grande avanço do Direito do Trabalho, em especial, e das conquistas dos trabalhadores, com o advento da Constituição Democrática de 1988.

### **3.4 Os códigos de conduta privados no cumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador<sup>12</sup>**

Desde que a globalização se disseminou por todo o planeta de forma irrefreável, as empresas multinacionais e transnacionais têm adquirido poderes que escapam à sua esfera exclusivamente econômica.

Com a promessa de progresso social líquido e certo, as transnacionais se fixam no território nacional, abalando a soberania dos países, principalmente os menos desenvolvidos, e ditando as novas políticas públicas econômicas, não raramente implementadas com o capital por ela própria injetado.

O Estado, por sua vez, pouco pode fazer além de aceitar a proposta, quase sempre irrecusável, de instalação de uma transnacional numa certa região do país, que garantirá emprego a boa parte da população local, além de ser uma mola propulsora do crescimento da economia local.

Todavia, a chegada das transnacionais importa num problema de dimensão gravíssima: a crescente redução dos custos da mão-de-obra. À procura de trabalho desqualificado – logo, barato – as multinacionais percorrem, num movimento itinerante, os países mais economicamente atrativos, diga-se, os mais economicamente enfraquecidos, para se instalar.

---

<sup>12</sup> Este texto foi elaborado com base nas brilhantes análises e conclusões feitas em sala de aula pelo doutor e professor do mestrado em Direito do Trabalho da PUC – Minas. Márcio Túlio Viana (Juiz do Trabalho aposentado) e no estudo realizado por CARDOSO, 2003, p.917-929.

Os fatos acima relatados há muito não causam espanto, mesmo porque não são nenhuma novidade diante da onda neoliberalista que assola o planeta. Entretanto, um movimento empresarial crescente, iniciado em meados da década de 1990, chama a atenção: a responsabilidade social da empresa.

Nessa modalidade de gestão socialmente responsável, a empresa não vende só o produto, mas, acima de tudo, uma imagem politicamente correta. Em contrapartida, o consumidor não compra apenas a mercadoria, mas, igualmente, paga por sua tranqüilidade de não contribuir para o lucro de uma empresa que descumpra as regras mínimas de proteção ao trabalhador.

Está certo que há muito os grandes empreendedores descobriram que a imagem ética da empresa faz parte de uma estratégia empresarial que chega a duplicar ou triplicar a venda de seus produtos e a levar a números astronômicos o faturamento da empresa.

Não obstante, independentemente do lucro obtido com essa nova política empresarial, o fato é que a população sai beneficiada de uma forma ou de outra, seja porque as empresas passam a produzir de maneira sustentável, minimizando os impactos na natureza; seja porque os produtos passam a ter uma carga “mais ética”, na medida em que não são mais feitos com o trabalho infantil utilizado na China; seja porque seus empregados passam a ter planos de incentivo ao estudo, ao lazer, a cursos de aperfeiçoamento profissional, além de investimentos na saúde e educação de seus filhos.

Numa dimensão mais ampla, a postura de preocupação social adotada pela empresa faz com que as outras sejam adeptas do mesmo comportamento, eis que a imagem da empresa no momento da compra do produto é decisiva: entre duas mercadorias de igual qualidade, o consumidor consciente opta por aquela produzida pela empresa que lhe causa melhor impressão – além de levar um produto de boa qualidade, ainda estará dando o seu valioso dinheiro a uma “boa causa”, o que lhe conforta e às vezes, até compensa o preço mais caro do produto.

O efeito cadenciado dessa estratégia agrega benefícios às pessoas e, ao final, promove a comunidade na qual a empresa está inserida. A satisfação do consumidor se reverte na compra de novos produtos, seguindo um círculo virtuoso.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Expressão retirada do texto do doutor e professor Márcio Túlio Viana, no texto A Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado – O Direito do Trabalho no Limiar do Século XXI.

A boa imagem passa a ser um elemento valioso e imprescindível à saúde financeira das grandes empresas e das multinacionais na acirrada concorrência do mercado.

Observando por outro prisma, constata-se ainda outro fenômeno no âmbito empresarial: o aparecimento dos códigos de conduta. (CARDOSO, 2003, p.917-929)

Os códigos de conduta privados são documentos de formalização do compromisso público assumido pelas empresas de funcionar em observância às diretrizes de responsabilidade social e ética. (CARDOSO, 2003, p.917-929) Isso significa que a empresa se obriga a respeitar as recomendações em matéria trabalhista, emanadas, em regra, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a não destruir, pelo menos tão irresponsavelmente, o meio ambiente do modo como antes o fazia, além de outros compromissos de notória carga social.

Essas declarações refletem, em parte, a conscientização das empresas de que o Estado sozinho está sendo incapaz de proporcionar à população os benefícios sociais oriundos das políticas públicas. Visto por um prisma mais amplo, é o resultado de uma transferência da responsabilidade social do Estado para a iniciativa privada. (CARDOSO, 2003, p.917-929)

Dois fatores foram preponderantes, se não decisivos, para justificar essa nova postura social adotada pelas grandes empresas: o enfraquecimento da influência das organizações de trabalhadores e dos governos diante do mercado globalizado; e a pressão pública sobre as atividades produtivas empresariais e os vários impactos no meio ambiente e as condições de trabalho por elas causados. (CARDOSO, 2003, p.917-929)

No âmbito empresarial, a assunção de obrigações típicas estatais pelas empresas sinaliza uma época de valorização dos direitos fundamentais do trabalhador e de ampliação dos sujeitos responsáveis perante o direito internacional. (CARDOSO, 2003, p.917-929) Como agente transformador dos modos de produção, a empresa exerce papel social decisivo na condição de vida de milhares de trabalhadores.

Como assevera Luciane Cardoso (2003, p.918):

O reconhecimento universal de que as garantias dos empregados são deveres das empresas se manifesta em políticas gerais para as empresas, fixadas, por exemplo, pela OCDE (Organização para Cooperação e

Desenvolvimento Econômico) quando afirma que estas devem “respeitar os direitos humanos daqueles afetados pelas suas atividades”.

O respeito aos direitos fundamentais dos empregados representa um ganho social enorme para a sociedade. O inverso, igualmente, repercute de forma avassaladora. Nesse sentido, se a empresa se obriga internacionalmente mediante códigos de conduta à efetivação dos direitos do trabalhador, e os descumpre, surge para a comunidade internacional a legitimidade para exigir o adimplemento da obrigação assumida em nível empresarial. Além disso, sendo os códigos de conduta internacionais, seus efeitos se operam no limite dos Estados nacionais. (CARDOSO, 2003, p.918)

Outra iniciativa louvável por parte das transnacionais é a adoção dos chamados “selos sociais”, ou “selos de conduta”. Estes selos, ou etiquetas, de qualidade se revelam uma espécie de distintivo de “boas práticas”, todavia de forma mais eficaz. Isso porque as empresas sujeitam todas as etapas de seu processo produtivo a constante fiscalização que garanta a qualidade de seu produto aos olhos do consumidor. Os selos são, portanto, uma espécie de “standards mínimos de respeito às condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos na produção”. (CARDOSO, 2003, p.918)

Isso faz também com que a empresa chame a atenção de investidores, importadores, produtores e outros que queiram investir seu capital em ações relacionadas a uma certa causa social, o que, comprovadamente, já influencia o aumento da cotação do título em relação ao mercado especulativo.

Exemplo desses selos é a certificação ISO (Internacional Standards Organization), que seria uma espécie de padronização de condutas mínimas de respeito às condições de trabalho e todas as demais ecologicamente e politicamente corretas.

Não fosse uma espécie de burla da própria norma autônoma firmada, as iniciativas seriam mais eficazes e honestas. É que a maior crítica que se faz às grandes empresas e demais transnacionais adeptas de tais condutas é que estas não chegam a mudar em nada suas regras originais, sendo que os códigos de conduta raramente vão além do empenho em não usar o trabalho infantil e respeitar a lei nacional. (CARDOSO, 2003, p.918)

Dessa forma, o que se supunha uma melhoria implementada pela empresa não passa, muitas vezes, de puro *marketing*, pois a empresa não chega a mudar em nada suas disposições internas de política empresarial, o que é uma vergonha, para não dizer propaganda enganosa.

Apesar da triste constatação de que grande parte das empresas é adepta dos pseudocódigos de conduta, ainda permanece válida a idéia original de real implantação de políticas de crescimento social e da promoção da comunidade e dos trabalhadores, efetivadas por algumas empresas.

Não é um ponto ótimo, mas é um passo para a mudança em meio ao fosso que separa as realidades de vida das grandes multinacionais e dos pequenos trabalhadores. É o início de um caminho que pode ser bom para todo mundo.

Esta é uma evolução do pensamento exclusivamente capitalista, que agora passa a ganhar contornos de responsabilidade social. É bom para a empresa, é bom para a sociedade, é bom para o trabalhador.

## 4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGEM, NATUREZA E OBJETO

### 4.1 Origem

#### 4.1.1 Ação civil pública: terminologia da palavra

Apesar de a praxe jurídica ter consagrado a denominação “ação civil pública”, esta nomenclatura não é provida da melhor técnica legislativa.

As ações são civis quando veiculam pretensão (ainda que meramente declaratória) que não ultrapassa os limites do direito ou interesse privado (e isso mesmo que sua causa de pedir provenha do outro ramo da *summa divisio*, como, v.g., uma condenação penal da qual deflúa o dever de indenizar – CPC, art. 584, II). (MANCUSO, 2004, p.16)

À primeira vista, tem-se a impressão de que o adjetivo “pública”, da ação civil refere-se à legitimação atribuída ao Ministério Público. Todavia, esta explicação perde seu conteúdo à medida que a Lei 7.347/85 estende a legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública aos demais entes públicos e associações de caráter privado.

Uma análise superficial da expressão “ação civil pública” poderia conduzir ao entendimento equivocado de que o “público” relaciona-se à tutela do interesse do Estado. No que concerne à ação civil pública, não quer o interesse público significar que a vontade da administração pública prevalece sobre todos os demais interesses em jogo, como se dá no âmbito do Direito Administrativo, em que o interesse “público”, leia-se, do Estado e de toda a sua estrutura organizacional – predomina sobre o particular. Na ação civil pública, o “interesse público” é assim chamado em razão de o objeto veiculado nas demandas – qual seja, as pretensões de direitos metaindividuais – possuir um contorno social forte, espelhando no interesse da coletividade (determinada ou indeterminada) um verdadeiro interesse geral, “público”.

Não se pode mesmo deduzir que o interesse público da ação civil refira-se a ações e interesses do Estado, visto como Administração Pública, eis que em muitos casos figuram grupos nos dois pólos da ação, numa verdadeira coletivização (privada) do conflito. (MANCUSO, 2004, p.22)

Sobre a expressão “público” da ação civil, expõe Mancuso que (2004, p.67):

[...] o objeto tutelado na Lei 7.347/85 não é propriamente o interesse público (nesse sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes, como a saúde, a segurança, a educação etc.), e sim o ‘interesse metaindividual’ concernente a sujeitos indeterminados, como se dá nas relações de consumo, na tutela ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do País.

Não obstante, a nomenclatura *ação civil pública* está consagrada pela doutrina, jurisprudência e profissionais do direito, não havendo prejuízo de ordem prática, bem como o menor sinal de tentativa de mudança do nome jurídico consolidado.

A ação civil pública, de titularidade diversa, possui como objeto os direitos metaindividuais, quais sejam, tanto os interesses coletivos propriamente ditos quanto os difusos, além da defesa dos interesses individuais homogêneos que mereçam tratamento coletivo pela relevância social que apresentam perante a sociedade. Estes direitos estão inseridos no parágrafo único do art. 81 do CDC e são aplicáveis à LACP por disposição do art. 117 do CDC, que estende todo o Título III deste diploma legal à ação civil pública.

Ressalta-se que a maioria da doutrina não faz distinção entre as expressões *ação civil pública* e *ação coletiva*, tratando-as como sinônimas.

#### **4.1.2 Percurso legislativo da Lei da Ação Civil Pública: do anteprojeto à Lei 7.347, de 1985**

A ação civil pública é fruto de um movimento processual de vanguarda em busca da superação da visão eminentemente individualista do processo, cujos procedimentos não davam vazão à defesa dos novos direitos que estavam por surgir: os direitos de segunda e terceira dimensões.



A dificuldade de superação do conservadorismo doutrinário manifestava-se desde o tipo de natureza ensejadora da obrigação. Se para assegurar a proteção das liberdades públicas civis e políticas (direitos de primeira geração) exige-se do Estado tão-somente uma obrigação negativa, de não invadir a esfera da liberdade individual, o mesmo não se pode dizer com relação aos novos direitos.

Os direitos sociais, econômicos e culturais (de segunda geração) exigiam, como ainda exigem, uma prestação positiva governamental, ensejando para sua efetivação uma verdadeira conjunção de interesses dos poderes Legislativo e Executivo para a implementação de políticas públicas. A sociedade não mais se contentava com o olhar distante do Estado como mero espectador das relações jurídicas firmadas entre os particulares.

A migração da maioria da população, concentrada no campo, para as cidades (êxodo rural), em busca de emprego nas fábricas e da promessa de melhores condições de vida, fez com que os centros urbanos não conseguissem comportar a aglomeração de pessoas que então se formava. Da miséria econômica e social, resultado dos baixos salários pagos nas fábricas, das jornadas desgastantes e das condições subumanas em que os operários trabalhavam, formaram-se favelas, acentuando a desigualdade social da época e evidenciando a desproporcionalidade da distribuição de renda.

Em meio à penúria coletiva, a situação tornou-se insustentável, não mais permitindo ao Estado que continuasse alheio à aparente igualdade formal entre as partes. A desigualdade econômica, cultural, social e de toda sorte era visível aos olhos de qualquer um do povo. O Estado, sob pena de desfacelamento da própria comunidade, viu-se obrigado a iniciar um investimento social na saúde, educação, saneamento básico e em condições mínimas de vida aos cidadãos.

Por outro lado, se foi inegável a resistência por parte de alguns setores quanto à existência e implementação dos direitos sociais de segunda geração, o que se dirá dos direitos de terceira (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), que sequer eram poupáveis ou concretos à primeira vista? Direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável, à transparente e correta informação, dentre outros, vinham acompanhados da problemática da sua titularidade.

Nesse contexto, foi importante a contribuição da doutrina estrangeira para a construção pátria de instrumentos legais que concretamente sinalizassem critérios objetivos de aferição e proteção destes novos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Apesar de a Lei da Ação Civil Pública não ter sido a pioneira na previsão de mecanismos de defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, pois em 1965 a Lei da Ação Popular e, em 1981, a Lei 6.938 já previam, embora de forma tímida, uma tutela destes direitos, foi a LACP a grande mola propulsora da generalização e ampliação deste tipo de tutela molecular.

Até o advento da LACP, a defesa de direitos coletivos apenas podia ser feita conquanto se encaixasse nos conceitos positivados em nosso ordenamento jurídico. Ou seja, desde que identificados ou com o patrimônio público, entendido, além dos bens de valor econômico de entes públicos ou controlados pelo Estado, os de valor artístico, histórico, estético ou turístico, previstos na lei da ação popular (art. 1º da Lei 4.717, de 29.06.1965), ou com o meio ambiente (GAVRONSKI, 2005, p.17-32) (regulado pela Lei 6.938). Fora destas hipóteses, dificilmente uma demanda coletiva com objeto diverso obteria êxito.

Lançado o desafio de superar a visão fragmentada do processo e de implementar a tutela molecular no sistema normativo brasileiro, por meio tanto da identificação substantiva dos direitos quanto da forma instrumental de efetivá-los, alguns juristas se encarregaram de elaborar ensaios que contribuíram para a criação da Lei 7.347/85.

Nesse particular, Barbosa Moreira publicara, em 1977, importante compêndio sobre a ação popular e os instrumentos de tutela dos chamados “interesses difusos”, dando início à primeira de uma série de estudos sobre o tema.

Com base em pesquisas e experiências estrangeiras sobre tutela coletiva, com ênfase na doutrina italiana propagada por volta de 1974 e 1975 por Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti e Vincenzo Vigoriti (GAVRONSKI, 2005, p.25), doutrinadores brasileiros se puseram a serviço da busca do acesso à justiça dos novos direitos, de terceira dimensão.

Para tanto, foram convidados pela Associação Paulista de Magistrados a elaborar um anteprojeto responsável pelo lançamento das bases da futura lei da ação civil pública Ada Pellegrine Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo

Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, que se encarregaram, inicialmente, de formular o anteprojeto apresentado, em julho de 1983, no I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre. Uma vez aprovado, foi o anteprojeto encaminhado ao deputado Flávio Bierrenbach, em novembro do ano corrente. Após incorporação de sugestões dos membros da OAB e do Ministério Público de São Paulo, foi apresentado à Câmara dos Deputados no ano seguinte, recebendo o n. 3.034/84.

O estudo foi complementando pelos então promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, apresentado no *XI Seminário Jurídico do Grupo de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo*, em 1983. O ensaio preocupou-se especialmente com dois pontos principais: o direito do Ministério Público de fazer atuar, mediante a ação civil pública, na seara civil, a função jurisdicional; e a necessidade de um instrumento normativo eficaz e ampliativo dos direitos coletivos que abrangesse todos os direitos difusos. (GAVRONSKI, 2005, p.17-32)

A partir desses trabalhos, um novo anteprojeto foi elaborado com base no anterior, todavia, acrescentando propostas inovadoras, como a aplicabilidade da ação civil pública para a defesa dos consumidores e de qualquer interesse difuso; a competência funcional do local do dano (evitando a regra geral do art. 94 do CPC, que elege o foro do domicílio do réu); a previsão de inquérito civil; e a tipificação do crime de recusar, retardar ou omitir dados técnicos imprescindíveis à propositura da ação. (GAVRONSKI, 2005, p.26-27)

Este anteprojeto modificado pelos membros ministeriais foi encaminhado ao ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, que o enviou como mensagem do Poder Executivo, o que lhe garantiu a preferência na ordem de apreciação, antecipando-se ao projeto Bierrenbach. Assim, foi este apresentado ao Congresso em 23 de fevereiro de 1985, tendo recebido na Câmara o n. 4.984/85 e no Senado o n. 20/85.

Tendo em vista o veto do então presidente José Sarney ao inciso IV do art. 1º, que estendia o objeto da ação civil pública para atingir *a qualquer outro interesse difuso*, o anteprojeto não foi sancionado em seu texto integral, ao argumento de que tal expressão conferiria insegurança jurídica pela amplitude e imprecisão conceitual.

Sobre o veto ao texto de lei, registrou Gavronski (2005, p.27):

Ironicamente, foi o primeiro presidente da chamada Nova República, em plena abertura democrática, que vetou o dispositivo mais avançado encaminhado ao Congresso Nacional pelo último presidente do regime militar, João Figueiredo, impondo duro revés à tutela coletiva!

Apesar do veto presidencial, cinco anos após a aprovação da Lei 7.347, de 1985, o mesmo dispositivo retirado do texto integral volta à cena por intermédio do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), reinserindo a ampliação da tutela coletiva inicialmente almejada para abranger *qualquer outro interesse coletivo ou difuso*.

#### **4.1.3 Avanços legislativos na normatização da tutela coletiva e a busca da efetividade dos direitos metaindividuais**

Três anos após a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou a mais democrática de todas as Cartas Constitucionais até então vigorantes no País: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Detentora de forte conteúdo social, a Constituição de 1988 previu de forma expressa e analítica uma série de direitos sociais, suplantando a tradicional visão individualista da proteção de direitos, para alcançar a efetivação também dos direitos de grupos e categorias, assim como aqueles de titularidade universal.

No que tange à ação civil pública, a Constituição avançou. Primeiro, no que se refere à previsão da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, assegurando a apreciação do Poder Judiciário não só da lesão, mas também da ameaça a direito. Esse dispositivo, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Maior, é de crucial importância, porque, se de um lado a lei não limitou a apreciação judiciária apenas à lesão individual, de outro ela ampliou o leque de direitos a merecerem esta análise, incluindo as lesões coletivas.

A Constituição ainda reforçou a proteção dos interesses difusos e coletivos quando a alçou a objeto da função institucional do Ministério Público (art. 129, III), instituição permanente e essencial à função jurisdicional em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis

(art. 127), ampliando ainda o seu leque de atuação na defesa de quaisquer direitos, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

Dando continuidade ao progresso constitucional, o Código de Defesa do Consumidor surgiu como instrumento híbrido de regulação tanto substancial quanto processual de direitos coletivos e difusos, reinserindo, por meio de seu art. 110, o inciso IV ao art. 1º da Lei 7.347/85, que prevê como objeto da ação civil pública a proteção de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

O CDC trouxe, nos moldes da *class action* norte-americana, a previsão da “ação de classe brasileira”<sup>14</sup>, de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, regulada nos arts. 91 a 100.

Igualmente, a instituição do compromisso de ajustamento de conduta como meio de solução extrajudicial ao equacionamento das lides foi de crucial importância na busca da efetivação dos direitos metaindividuais, principalmente porque elevado a título jurídico de eficácia extrajudicial.

Também o CDC resolveu a celeuma doutrinária relativa à abrangência dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ao conceituá-los no § 1º do art. 81.

Essas foram algumas das principais alterações destes instrumentos jurídicos, seguindo a tendência moderna de reunião de demandas atomizadas, para atingir um conjunto cada vez mais amplo de jurisdicionados, fazendo valer os novos direitos passíveis de lesão em massa, evitando a proliferação de demandas individuais idênticas e a entrega de provimentos jurisdicionais díspares e contribuindo para a reconquista progressiva da credibilidade do jurisdicionado na justiça e no Poder Judiciário.

#### **4.1.4 *Contramão da história: a tentativa de legalização dos retrocessos jurídicos***

A doutrina não é unânime quando o assunto refere-se às duas medidas provisórias que reduziram o alcance dos direitos metaindividuais.

---

<sup>14</sup> Expressão de Ada Pellegrini Grinover.

No primeiro caso, trata-se da Medida Provisória 1.570-5, convertida na Lei 9.494, de 10.09.1997, que alterou o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública para limitar os efeitos *erga omnes* da sentença aos limites da competência territorial do órgão julgador (GAVRONSKI, 2005, p.29), além de restringir os efeitos da sentença civil prolatada em ação coletiva proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses dos associados, apenas aos detentores de domicílio, no âmbito da competência territorial do órgão prolator (art. 2º-A da Lei 9494/97).

No segundo caso, tem-se que a Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, excluiu do objeto da ação civil pública as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional (parágrafo único incluído ao art. 1º da LACP).

Pela constitucionalidade da alteração do art. 16 da LACP manifesta-se Pedro da Silva Dinamarco (*In MILARÉ*, 2005, p.507-508), para quem existem pelo menos cinco motivos centrais para se entender válida a limitação contida no artigo supracitado: (a) respeito à *opção política* do legislador, lembrando a máxima de que a lei não contém palavras inúteis; (b) necessidade de respeito ao *princípio federativo*; (c) a lei privilegia a *proximidade do dano* nas ações coletivas, o que pode ser fundamental em casos nos quais um ato possa ser tido como lesivo em um Estado da Federação, mas não ser em outro, diante da grande diversidade de culturas em nosso país; (d) nos casos de conexão entre causas de âmbito nacional ou interesse em habilitar-se como litisconsorte, restará extremamente difícil que um co-legitimado consiga deslocar-se até outro Estado distante para acompanhar sua ação coletiva atraída por outra ação lá ajuizada ou para habilitar-se como litisconsorte, o que configura óbice ilegítimo ao acesso à justiça e ao exercício da legitimidade; e (e) limitação à garantia de ampla defesa, vez que obriga o demandado a defender-se em ação com tamanha repercussão em um Estado longínquo de sua sede.

Pela inconstitucionalidade das medidas, manifestam-se Nery Junior e Bezerra Leite, pelos seguintes argumentos apresentados a seguir:

No que tange à Medida Provisória 1.570-5, de 1997, convertida na Lei 9.494/97, esta foi editada pelo presidente da República, sem que houvesse a menor relevância, sequer urgência da medida (já que o texto anterior vigia por 12 anos, sem impugnação), requisitos exigidos pelo *caput* do art. 62 da Constituição.

Não bastasse a ausência dos pressupostos imprescindíveis à edição da presente medida de caráter excepcionalíssimo, esta ainda afrontou de forma direta o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88), bem como o princípio da razoabilidade.

Além disso, incidiu o chefe do Poder Executivo em grande equívoco, eis que confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência. Nesse aspecto, esclarece Nelson Nery Júnior que qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território, ressaltando que até a sentença estrangeira produz efeitos no Brasil quando homologada pelo STJ (alteração introduzida pela Emenda 45/04). Do contrário, como aponta o autor, seria conclusão esdrúxula considerar que a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro, e nesta última comarca o casal continuasse casado. (NERY JÚNIOR, 2003, p.1349)

Nery Júnior ensina que o instituto da coisa julgada está completamente regulado pelo art. 103 do CDC. Isso porque com a superveniência do CDC, em 1990, houve revogação tácita da LACP (de 1985) por lei posterior (CDC). Com isso, quando editada a Lei 9.494/97, não mais vigorava o art. 16 da LACP, de modo que ela não poderia ter alterado o que já não existia. Para que a “nova redação” do art. 16 da LACP surtisse efeitos no mundo jurídico, deveria a Lei 9.494 primeiro ter incluído na LACP o art. 16 para apenas posteriormente mudar sua redação, tendo em vista que não se admite no ordenamento pátrio a repriminção de lei (LICC, art. 2º, § 3º). Por todas essas razões, defende a vigência do art. 103 do CDC e a ineficácia da Medida Provisória tratada. (NERY JÚNIOR, 2003, p.1349)

Sobre o tema, comenta Bezerra Leite (2006, p.215):

Se a abrangência da sentença tiver limite inferior à dimensão da lesão, a ação civil pública se desnatura, passando a ação para a defesa de direitos individuais, ainda que plúrimos, pois seria preciso tantas ações quantas fossem as filiais da empresa em todo o País ou Estado.

A nosso ver, em ambas as situações é notória a infelicidade da alteração legislativa, filiando-nos à posição de Nelson Nery Junior e Carlos Henrique Bezerra Leite pela inconstitucionalidade e ineficácia da alteração em comento.

Na seara trabalhista, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou pelo abandono da tese de restrição à eficácia da decisão proferida apenas aos limites territoriais de seu órgão prolator (ACP 754.436/2001, Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ de 15.3.2002; ACP 652.115/2000, Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ de 19.4.2002; ACP 92.867/1993, Min. João Oreste Dalazen, DJ de 22.11.2002; CC 30.655/2002-000-00-00.2, Min. José Simpliciano, DJ de 6.2.2004).

No que tange à restrição dos limites subjetivos da coisa julgada nos casos de ajuizamento da ação civil pública por associação civil (art. 2º-A da Lei 9.494/97), novamente tem-se a flagrante inconstitucionalidade da regra que determina serem os beneficiários do provimento jurisdicional apenas os substituídos que tenham, na data do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. As razões são idênticas às aplicáveis ao art. 16 da LACP: ausência de relevância e urgência da Medida Provisória e confusão entre os limites subjetivos da coisa julgada, jurisdição e competência.

O mesmo se diz quanto ao parágrafo único do dispositivo em comento, que exige nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações que a petição inicial contenha obrigatoriamente a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

A inconstitucionalidade salta aos olhos. A uma porque houve grave equívoco do chefe do Poder Executivo no que tange aos institutos de *representação* e legitimação para agir. No caso, a exigência de autorização assemblear, com a indicação dos nomes e endereços dos substitutos, somente se justifica nas hipóteses de *representação* (art. 5º, XXI da CR/88), o que não é o caso. Isso porque a Constituição expressamente conferiu legitimação para agir (condição da ação) às assembleias (art. 5º, LXX da CR/88; art. 5º, da LACP; e art. 82 do CDC). Outra diferença é que na representação a associação age em nome de outrem, e por isso deve estar regularmente autorizada a fazê-lo. O mesmo não ocorre na legitimação autônoma para condução do processo, em que o legitimado ativo age em nome próprio, dispensando o requisito exigido na representação. (NERY JÚNIOR, 2003, p.1350)



Ignorar essa diretriz seria desconsiderar o intuito valioso de facilitação dos atos na demanda coletiva para atingir um resultado útil e um processo célere, e não o contrário.

No que tange à Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, que cerceou a propositura de ação que envolva tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional (parágrafo único incluído ao art. 1º da LACP), não há dúvida sobre sua inconstitucionalidade, pois em completo desrespeito ao princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV). Além disso, a medida desrespeita os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade, haja vista que o principal interessado na impossibilidade da ação coletiva é o maior responsável pelas lesões elencadas no parágrafo único do art. 1º da LACP – ou seja, ninguém melhor que o campeão de demandas no pólo passivo: o próprio Poder Executivo. (NERY JÚNIOR, 2003, p.1350)

A nosso ver, as Medidas Provisórias acima tratadas são inconstitucionais e não possuem nenhuma eficácia jurídica. É lamentável que existam tentativas legislativas que caminhem na contramão da processualística moderna coletiva, em desconsideração a todos os esforços voltados à criação de leis que abranjam os mais diversos tipos de demandas e o maior número de jurisdicionados possível.

## **4.2 Natureza jurídica da Lei da Ação Civil Pública**

A clássica divisão das normas em *substantivas*, que envolvem direito material, e *adjetivas*, relativas à matéria processual, não deve levar em conta apenas o critério simplista do corpo de normas de onde provém a lei. Deve-se, outrossim, considerar o conteúdo da lei em análise, para se aferir, por meio da identificação de seu objeto ou sua natureza, se se trata da definição, criação ou alteração de direitos e situações jurídicas ou, ao contrário, se a redação da norma centraliza-se na instrumentalização, no *modus faciendi* das obrigações e direitos previstos em norma diversa. (MANCUSO, 1998, p.27-32)

O critério de aferição do conteúdo da lei, apesar de mais correto, não está imune a equívocos, pois certas normas, por terem conteúdo híbrido, mesclam

disposições de direito material e de direito processual num diploma só. Considerando a margem de erro a que todas as interpretações e critérios estão expostos, o critério de identificação do objeto e natureza do instrumento normativo ainda continua a ser o mais coerente quando o intuito é desvendar a natureza jurídica da lei.

Nessa linha, identifica-se que a Lei 7.347/85 é eminentemente uma norma de natureza processual, porque volta-se predominantemente para regular o procedimento viabilizador dos direitos metaindividuais nela contidos. Exemplo disso é encontrado já no preâmbulo da LACP, que anuncia que o texto “disciplina a ação civil pública [...]”, somado aos comandos normativos sobre foro, pedido, possibilidade de ação cautelar, rito, legitimação, atuação do Ministério Público, sentença, efeito dos recursos, coisa julgada, execução, ônus de sucumbência, aplicação subsidiária do CPC, dentre outros. (MANCUSO, 1998, p.27-32)

Ressalta-se que o simples fato de haver previsão na LACP de crime de recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10), bem como da criação de um fundo para o qual reverterão as condenações em dinheiro, ambos de natureza nitidamente material, não faz com que a Lei perca seu caráter precipuamente processual, pois a predominância dos artigos aponta para a instrumentalização do direito.

#### **4.3 Objeto da ação civil pública: interesses ou direitos metaindividuais**

“O objeto, nas ações civis, é exteriorizado através do pedido, que permite múltiplas formulações: simples, cumulado, sucessivo, alternativo, eventual (CPC, art. 286 *et seq.*)”. (MANCUSO, 1998, p.33)

A assertiva comporta uma especificidade na ação civil pública: o objeto varia conforme a pretensão posta em juízo. Isso significa que o mesmo fato deduzido pode implicar provimento jurisdicional diverso, direcionado a um número indeterminável de pessoas (direitos difusos); a um grupo, categoria ou classe de

pessoas determinadas (direitos coletivos); ou a indivíduos cuja lesão decorra de origem comum (direitos individuais homogêneos).

É sabido que a sentença proferida na ação civil pública tem caráter eminentemente preventivo, porquanto, uma vez lesionado o bem jurídico por ela tutelado, dificilmente se restaurará seu objeto na integralidade.

Nesse compasso, a ação civil pública poderá ter como objeto o cumprimento de obrigação de fazer, o cumprimento de obrigação de não fazer ou a condenação em dinheiro, a teor do art. 3º da Lei 7.347/85, atentando-se para o fato de que, frustrado o cumprimento da execução específica, a obrigação se reverterá em perdas e danos, para o fundo a que se refere o art. 13 da LACP.

Repisa-se que o objeto da ação coletiva será sempre a defesa dos direitos transindividuais, apresentados em suas diversas espécies: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, cujos conceitos foram estudados no capítulo 2, item 2.2.

#### **4.4 Influência das *class actions* norte-americanas na criação da “ação de classe” brasileira**

Os direitos individuais homogêneos são também acionáveis mediante a “ação de classe brasileira”, com previsão nos arts. 91 a 100 do CDC. A sua criação teve como espelho as *class actions* norte-americanas. A homogeneidade e a origem comum são os requisitos sem os quais não é possível a concessão do tratamento coletivo à demanda que envolva tais interesses. (PELLEGRINI, 2001, p.20)

Nesse particular, Kazuo Watanabe observa que a origem comum pode ser de fato ou de direito, não significando a expressão necessariamente uma unidade factual e temporal. Ilustrativamente, aponta as vítimas de uma publicidade enganosa, veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias, de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores, num largo espaço de tempo e em várias regiões, que têm como causa de seus danos fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles. (WATANABE *In* GRINOVER, 2001, p.11-27)

Já no que tange à homogeneidade, explica Grinover que esta não existe entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Fazendo uma diferenciação entre a causa de pedir próxima (imediata), como a queda de um avião, e a remota (mediata), como um dano à saúde imputado pelo uso de um produto potencialmente nocivo, aduz serem menos homogêneos os direitos quanto mais remota for a causa. (PELLEGRINI, 2001, p.20-21)

A idéia primordial da propositura da ação civil pública tendo como objeto interesses individuais homogêneos é facilitar o tratamento processual de causas fragmentadas, proporcionando maior efetividade dos provimentos jurisdicionais. (PELLEGRINI, 2001, p.15) Para tanto, é imprescindível que se evidencie a homogeneidade da lesão, pois se não há comunhão de interesses e cada vítima contabiliza um prejuízo muito diferente dos demais a fase de liquidação da sentença se torna extremamente complexa, dificultosa e demorada, o que se repudia na ação civil.

Outra intenção almejada e não menos importante é evitar que demandas pulverizadas emanem decisões contraditórias sobre a mesma hipótese fática, o que aumenta o descrédito dos jurisdicionados e o desprestígio da justiça, além de ferir de morte o princípio da isonomia. Neste aspecto, salienta-se que a multiplicidade de ações versando sobre a mesma causa de pedir e o mesmo pedido assoberba o Judiciário de forma desnecessária, ainda mais porque a sentença proferida na ação civil pública tem seus efeitos estendidos *ultra partes*, excepcionando os limites subjetivos da coisa julgada (art. 21 da Lei 7.347/85, introduzido pelo art. 117 do CDC c/c art. 103, inciso III, da Lei 8.078/90).

Transportada da regra 23 das *Federal Rules*, emergem como critérios apuradores da homogeneidade dos direitos, decorrentes da origem comum os pressupostos de admissibilidade das *class actions* da prevalência e da superioridade.

Importante dizer que a homogeneidade não está ligada à origem comum, como se dela derivasse. Pelo contrário, a origem comum pode vir acompanhada de interesses heterogêneos, e neste caso não se cumprirão os requisitos de admissibilidade da ação coletiva. Em conseqüência, a ação não deve ser admitida, por impossibilidade jurídica do objeto. Têm-se direitos heterogêneos quando não prevalecem os aspectos coletivos da demanda sobre os individuais.

Para a admissibilidade da ação civil pública brasileira, à equivalência do que ocorre com as *class actions* norte-americanas, é necessário o preenchimento de dois pressupostos já mencionados: o da *prevalência* das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; e o da *superioridade* da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. (PELLEGRINI, 2001, p.20-21)

Existe prevalência quando se demonstra a homogeneidade do direito, prevalecendo a dimensão coletiva sobre a individual. Assim, se a responsabilidade pela reparação do dano só pode ser auferida pelo exame das circunstâncias pessoais de cada reclamante, então inexistente o requisito da prevalência, pois neste último os aspectos coletivos se sobrepõem aos comuns.

Já a superioridade está intimamente atrelada ao trinômio necessidade-utilidade-adequação. Isso significa que se a ação individual proporciona um provimento jurisdicional mais célere e eficaz, então a ação civil pública não é adequada àquele tipo de pretensão. Se, ao contrário, a ação civil pública mostra-se mais efetiva, prestigiando ainda os princípios da isonomia, economicidade e celeridade processuais, então será esta última ação necessária, útil e adequada à tutela da pretensão de interesses individuais homogêneos.

Vislumbra-se falta de efetividade da ação civil pública na hipótese dada por Ada Pellegrini Grinover, em que à sentença que reconhece um dano geral segue-se uma liquidação de sentença, a título individual, em que cabe aos habilitados provar o nexo de causalidade entre seu dano pessoal e o dano geral reconhecido na sentença, além de quantificar os prejuízos. Nesse caso, a prova do nexo causal pode ser tão complexa que tornará ineficaz a sentença condenatória genérica, que só reconhece a existência do dano geral.

Por outro prisma, é simples e muito eficaz o provimento jurisdicional emanado em ações civis públicas com pedido de restituição de tributo inconstitucional ou devolução de mensalidades escolares pagas a maior, pois demandam prova simples dos lesados. (PELLEGRINI, 2001, p.23)

Assim, conclui a autora que:

[...] mesmo no Brasil, não se poderá dar preferência aos processos coletivos, se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo igual, à que pode ser alcançada em processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça, se os indivíduos forem obrigados

a exercer, num processo de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz, não representando qualquer ganho para o povo. (PELLEGRINI, 2001, p.27)

## 5 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 5.1 Procedimento

#### 5.1.1 A ação civil pública como lei especial

A Lei da Ação Civil Pública, apesar de sua natureza jurídica processual, abriu espaço, em seu art. 19, para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1979.

Essa brecha possui uma razão de ser. É que, preocupada com aspectos procedimentais de maior relevo, a Lei 7.347/85 optou por regular de forma enfática apenas os contornos que lhe pareceram de maior destaque, relegando ao Código de Processo Civil as demais disposições que com a LACP não colidirem.

Por essa razão, diz-se que a LACP consiste em lei *especial*, também nominada de “processual-extravagante”, na medida em que instrumentaliza a efetivação dos direitos metaindividuais, objeto da ação civil, ao mesmo passo em que, por não prever minuciosamente sobre outros temas de idêntica importância, conta com a complementação do comando adjetivo do CDC nos casos de eventual lacuna. (MANCUSO, 1998, p.105-106)

#### 5.1.2 Rito da ação civil pública

No que tange ao rito, entende Mancuso (1998, p.106-111) que a ação civil pública, no cível, é viável tanto no procedimento comum (art. 272, CPC), compreendendo os ritos ordinário (art. 282, CPC) e sumário (art. 275, CPC), quanto no sumaríssimo (relativo aos Juizados Especiais, regulado pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995).

Em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade de ajuizamento da ação civil pública nos Juizados Especiais, tanto os estaduais quanto o federal, argumentando pela acentuada incompatibilidade de ritos e da vedação constitucional de sua utilização nos casos de maior complexidade (CF, art. 98, I), apresenta-se Pedro da Silva Dinamarco. Sobre o tema, aponta a vedação expressa na lei que rege os Juizados Especiais no âmbito federal, que exclui as ações de mandado de segurança, populares, por improbidade administrativa e as que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dentre outros (Lei 10.259, de 12.07.2001, art. 3º, § 1º, inc. I). (DINAMARCO *In* MILARÉ, 2005, p.510-511)

A escolha adequada do rito é de crucial importância, uma vez que otimiza a celeridade processual e a facilitação da instrução probatória e dos demais atos ligados a cada tipo de demanda.

Na Justiça do Trabalho, a ação civil pública assume o rito ordinário ou sumaríssimo (arts. 852-A a 852-I).

Sobre a impossibilidade do processamento da ação civil pública no rito sumário, pronunciou-se o TRT da 3ª região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA INFERIOR AO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, PARÁGRAFO 4º DA LEI 5584/70. A Lei 5584/70 regulamenta os dissídios individuais, como se vê do caput do seu art. 2º, dispondo, no parág. 4º, que não caberá nenhum recurso das sentenças proferidas nos dissídios de alçada a que se refere o seu parág. 3º. Entretanto, tal não se aplica às ações civis públicas ou à cautelar de exibição de documentos interposta com o objetivo de prepará-la. Estas visam preservar os direitos difusos ou coletivos, a defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens de valor artístico, estético, histórico ou paisagístico, tendo sido instituídas pelo legislador exatamente com o fito de preservar aqueles direitos que dizem respeito a todo um segmento da população ou mesmo às gerações futuras, mas nunca um direito individual. Portanto, não se caracterizando como dissídios individuais, não se lhes aplica a Lei 5584/70.(Processo 00278-2004-088-03-40-6-AI, Primeira Turma, Rel. Marcus Moura Ferreira, DJ 29.04.2005).

Não constitui prerrogativa do autor na seara civil a escolha do rito da ação, cabendo, na hipótese, a aplicação de um critério excludente: inicialmente, observa-se se a ação civil se enquadra em algum dos casos elencados no art. 275 do CPC (rito sumário); e, não sendo esta a hipótese (que engloba os critérios de valor, inciso I, e da matéria, inciso II), por exclusão, o rito da ação será o ordinário.



Incorrendo o autor em erro na escolha do procedimento adequado e não havendo prejuízo à defesa da contraparte, é imperiosa a aplicação dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento máximo dos atos processuais realizados, na tentativa de se salvar o processo, até mesmo com sua eventual retificação do rito.

Nesse sentido, Mancuso (DINAMARCO *In MILARÉ*, 2005, p.510-511) aponta o verbete n. 51, firmado no VI Encontro dos Tribunais de Alçada, *in verbis*:

O procedimento não fica à escolha da parte, devendo o juiz determinar a conversão quando possível. Contudo, em se tratando de causa na qual o procedimento sumaríssimo seria o adequado, não se deve decretar a nulidade se foi observado o procedimento ordinário (CPC, arts. 244 e 250, parágrafo único).

Inexistindo comprometimento do contraditório no processo, é permitida a mudança procedimental. Nessa linha já se manifestou o STJ no sentido de que não constitui causa de nulidade do processo preferir a parte o procedimento ordinário ao sumaríssimo se daí não advém à contraparte nenhum prejuízo, mesmo porque o procedimento ordinário lhe propicia mais tempo para elaborar a defesa.<sup>15</sup>

Enfatiza-se que para a realização de um processo cognitivo pleno e exauriente, o rito ordinário se mostra o mais indicado, vez que comporta a complexidade de provas periciais que exigem melhor técnica e elaboração. Em sentido contrário, visando a um processo mais célere e simples, o rito sumaríssimo se apresenta o mais adequado.

### **5.1.3 Valor da causa na ação civil pública**

Para a escolha do rito no âmbito civil, há quem entenda ser fundamental a atribuição de um valor à causa.<sup>16</sup> Primeiro, porque o art. 258 do CPC prescreve que “a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato”. Segundo, porque a fixação do valor da causa tem diversas

---

<sup>15</sup> REsp. 2.834-SP, rel. Waldemar Zveiter, DJ 27.08.1990 (O STJ e o processo civil, coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 228) In MANCUSO, 1998, p.110.

<sup>16</sup> Neste sentido apontam Rodolfo de Camargo Mancuso e José Carlos Barbosa Moreira.

implicações práticas, como a determinação do rito, da instância, da exigência de remessa necessária e do montante dos honorários advocatícios.

No que tange à ação civil pública, duas hipóteses se sobressaem na prática: os incisos III e IV do art. 259 do CPC. Nas ações em que couber pedido alternativo, será aposto aquele de maior valor; e na existência de pedido subsidiário, prevalecerá o valor do pedido principal.

Essas disposições ganham especial destaque na ação civil pública, em que é comum se pedir a prestação específica da obrigação de fazer ou não fazer (preceito cominatório), sob pena de condenação em dinheiro (preceito condenatório-pecuniário).

Como ressaltou José Carlos Barbosa Moreira (2002, p.20 *In* MANCUSO, 1998, p.117), comentando os casos em que a parte indica o valor da causa apenas para fins fiscais: “Se o valor indicado coincide com o que deve prevalecer para efeitos processuais, a cláusula restritiva há de reputar-se não escrita; se não coincide, falta à petição inicial o requisito do art. 282, V [...]”

Na Justiça do Trabalho, diferentemente, é desnecessária a atribuição de um valor à causa na ação civil pública, conforme ensina Carlos Henrique Bezerra Leite. Isso porque, se o valor da causa não é requisito essencial para a petição inicial nem na ação trabalhista (art. 840, da CLT), com mais razão não o será na ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. (LEITE, 2006. p.251)

Também desnecessário para este autor é o requerimento expresso de citação do réu pelo autor na ação civil pública trabalhista, pois este ato é feito pelo escrivão ou pelo diretor de secretaria, como dispõe o art. 841 da CLT.

#### **5.1.4 Petição inicial**

Levando-se em conta que o ajuizamento de qualquer ação deve se pautar no trinômio necessidade-utilidade-adequação, tem-se que nos casos de propositura da ação civil pública na Justiça do Trabalho, salvo as regras específicas celetistas, deverá a petição inicial obedecer aos pressupostos do art. 282 do CPC.

Nesse particular, o ordenamento jurídico pátrio adotou com relação à causa de pedir da ação a teoria da substanciação, em contraposição à teoria da individualização.

Pela teoria da substanciação, adotada no Brasil, o provimento jurisdicional encontra limites no pedido e na causa de pedir formulados na inicial, que, por sua vez, definem a lide e os limites nos quais se operará a jurisdição naquele caso específico. Disso advém a proibição dirigida ao juiz de proferir sentença *ultra* (além), *extra* (fora) ou *citra petita* (aquém do pedido). De outra feita, tal teoria constitui uma forma de limitar o pedido do autor, evitando que o réu seja surpreendido com um novo pedido feito pela parte e que a demanda se prolongue indefinidamente (art. 264 do CPC).

Pela teoria da individualização, basta somente a indicação de um fundamento geral da pretensão, na inicial, para que o juiz aborde todos os efeitos dela irradiantes.

Apesar de adotada a teoria da substanciação, esta foi, no caso da LACP, temperada com a teoria da individualização, como se conclui da interpretação conjunta dos arts. 3º, 11, 13 e 16, questão despertada por Mancuso. Tal conclusão é obtida mediante a análise de que, apesar de o art. 3º admitir pedido condenatório-pecuniário, também admite formulação alternativa de pedido de natureza cominatória (fazer ou não fazer). Na última hipótese, pode o magistrado determinar a obrigação específica (fazer ou não fazer), sob pena de execução sub-rogatória ou imposição de *astreintes*, independentemente de requerimento do autor (art. 11). Além disso, concede-se ao juiz um poder discricionário de suspender os efeitos dos recursos (art. 14), bem como de se estender ou não os limites subjetivos da coisa julgada (art. 16), afastando-se, por conseguinte, normas dos arts. 468 e 472 do CPC. (MANCUSO, 1998, p.110)

Esse temperamento da teoria da substanciação é de grande valia, eis que a ação civil pública tem caráter precipuamente preventivo, pois certas lesões a bens jurídicos difusos são de impossível reparação, e o prejuízo, uma vez ocorrido, é tão grande que não guarda sequer correspondente econômico. Por isso a relevância da sentença cominatória de fazer ou de não fazer, no intuito de se obter a tutela específica do bem jurídico a ser protegido.

### **5.1.5 Aplicação do Título III do CDC na ação civil pública**

No que tange ao procedimento, um grande trunfo da Lei de Ação Civil Pública que abre um leque enorme de opções de rito é o art. 21, que determina a aplicação dos dispositivos de todo o Título III da Lei 8.078/90, combinado com o art. 83 do CDC, que possibilita na defesa dos direitos e interesses metaindividuais o uso de todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim, os institutos da tutela antecipatória e medida cautelar se apresentam como opção entre os vários meios de ação hábeis a impedir o perecimento da tutela específica, evitando-se lesões irreparáveis ou de difícil reparação, na melhor demonstração de efetividade plena da prestação jurisdicional coletiva.

### **5.1.6 Conexão entre ações civis públicas**

Não há na doutrina e jurisprudência consenso acerca da reunião de diversas ações civis públicas conexas entre si. Há quem defenda a necessidade da reunião de ações com vistas a se evitar a prolação de decisões conflitantes, conforme decidido pelo STJ (TRF – 4ª - JSTJ 43/520). Em sentido contrário, há quem advogue em favor da impossibilidade da reunião das ações, em razão do critério de natureza absoluta do foro (RJTJSP 133/151). (NERY e NERY, 2003, p.1315-1317)

## 5.2 Competência

### 5.2.1 *Foro apropriado para apreciação da ação civil pública*

Como informa Mancuso, nos dizeres de Dinamarco, Grinover e Araújo Cintra:

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe confere. (MANCUSO, 1998, p.110)

Na Justiça do Trabalho, a competência é definida em razão da matéria. Referindo-se o pedido à matéria circunscrita à competência determinada pelo art. 114 da CF, qual seja, matéria afeita à relação de trabalho (ampliada pela EC 45/04), a competência da ação civil pública será, obrigatoriamente, da Justiça do Trabalho, ainda que haja interesse da União e de seus entes descentralizados (art. 109, I, da CF). (MANCUSO, 1998, p.217)

Tormentosa mostrou-se inicialmente a questão da competência originária para apreciação da ação civil pública na seara trabalhista: se nas Varas do Trabalho, nos Tribunais Regionais ou no Tribunal Superior do Trabalho, dividindo a opinião da doutrina juslaboral.

Como ressalta Bezerra Leite (2006, p.207-214), ao argumento de possuir feição de dissídio coletivo, autores como Ives Gandra da Silva Martins Filho e Emanuel Teófilo Furtado defendiam a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho para a apreciação da ação civil pública.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho sinalizou entendimento diverso ao enfrentar três precedentes decisivos para a definitiva orientação do assunto (ACP 754.436/2001, Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ de 15.3.2002; ACP 652.115/2000, Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ de 19.4.2002; ACP 92.867/1993, Min. João Oreste Dalazen, DJ de 22.11.2002).

Entendeu a colenda Corte ter a ação civil pública natureza ordinária e individual, haja vista envolver aplicação de legislação existente, e não decorrente de regra criada em instrumento autônomo coletivo, com participação direta dos destinatários da norma, como ocorre nos dissídios coletivos. Em sendo ação ordinária, a ação civil pública dirige-se à Vara do Trabalho, em estrita obediência ao critério hierárquico.

Sob outro prisma, a ação civil pública não poderia mesmo dirigir-se originariamente a outro órgão senão ao de primeiro grau, uma vez ser a sentença nesta ação de natureza condenatória (condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a teor do art. 3º da LACP), o que destoa muito do provimento declarado em ação com feição de dissídio coletivo, sendo hipótese absurda admitir sentença normativa de conteúdo condenatório. (BEZERRA LEITE, 2006, p.208-209)

Acrescente-se ao fato de que em relação à competência das Varas do Trabalho determinada pelo local da prestação de serviço do empregado (art. 651, da CLT), aliada à previsão do art. 2º da Lei 7.347/85, em conjunto com o art. 93 do CDC, não resta dúvida ser a Vara do Trabalho o órgão competente para a análise originária da multicitada ação civil.

Nesse particular, o legislador entendeu por bem fundir dois critérios de competência que, em regra, apresentam-se excludentes entre si, quais sejam, o critério territorial e o funcional. A competência territorial, porque estabelecida em função do interesse das partes ou da facilidade da colheita de provas, é relativa e, por sua vez, prorrogável diante do transcurso *in albis* do prazo para argüir a incorreção na eleição do foro pelo autor da ação, por meio de exceção. Já a competência funcional conduz à competência absoluta, fixada por razões de ordem pública, improrrogável por vontade das partes, reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, pronunciável de ofício pelo juiz, constituindo fator de nulidade absoluta manejável em ação rescisória. (MANCUSO, 1998, p.81-83)

O art. 2º da LACP elege como foro competente para apreciar a ação civil pública o do local do dano (regra de competência territorial especial, a teor do art. 100, V, a, do CPC), cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Complementarmente, o Título III do CDC, aplicável à ação civil pública por força de seu art. 21, dispõe, no art. 93, de forma mais minuciosa sobre a competência deste tipo de ação coletiva, *in verbis*:

Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

No âmbito civil, a competência é do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, em regra, atribuída a uma das Varas da Justiça Estadual, excepcionando-se os casos em que a União, como parte ou interessada na causa, figure no processo, ocasião em que a competência se deslocará para a Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da CF.

Sobre a questão, existia certa celeuma doutrinária: a primeira corrente defendendo a competência da Justiça Estadual para apreciar as ações civis públicas de interesse da União onde não houvesse vara da Justiça Federal; a segunda entendendo pela transferência obrigatória da ação para a Justiça Federal, mesmo na ausência de vara federal no local do dano.

Nesse aspecto, registram Pedro da Silva Dinamarco (*In MILARÉ*, 2005, p.510) e Nery e Nery (2003, p.1315) que, a partir do momento em que o STF afirmou ser o § 3º do art. 109 da CF dirigido exclusivamente ao legislador, autorizando-o a atribuir competência por meio da lei, o que inexistia no caso, a jurisprudência não mais divergiu no sentido de que a competência será da Justiça Federal nas ações em que tenha interesse a União, mesmo na ausência de vara da Justiça Federal no local de ocorrência do dano.

Saliente-se que, após tal decisão, o STJ cancelou a Súmula 183, cuja redação dispunha competir ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

Como afirma Mancuso, é fundamental ter presente a distinção feita pelo art. 93 e incisos do CDC entre “dano local/ regional/ nacional”, extensiva às ações civis

públicas em geral, mercê do art. 117 deste diploma normativo, observação complementada por Hugo Nigro Mazzilli de que:

Tratando-se de danos efetivos ou potenciais a interesses transindividuais, que atinjam todo o País, a tutela coletiva será de competência de uma vara do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, a critério do autor. Se a hipótese se situar dentro dos moldes do art. 109, I, da CF, a competência será da Justiça federal; em caso contrário, da Justiça estadual ou distrital. A ação civil pública ou coletiva poderá, pois, ser proposta, alternativamente, na Capital de um dos Estados atingidos ou na Capital do Distrito Federal; b) Em caso de ação civil pública destinada à tutela de interesses transindividuais que compreendam todo o Estado, mas não ultrapassem seus limites territoriais, a competência deverá ser, conforme o caso, de uma das varas da Justiça estadual ou federal na Capital desse Estado; c) Em caso de tutela coletiva que objetive a proteção a lesados em mais de uma comarca do mesmo Estado, mas sem que o dano alcance todo o território estadual, o mais acertado é solucionar a hipótese com as regras de prevenção, em favor de uma das comarcas atingidas nesse Estado; d) Em caso de tutela coletiva que envolva lesões ocorridas em mais de um Estado da Federação, mas sem que o dano alcance todo o território nacional, a tutela coletiva será da competência de uma das varas estaduais ou federais da Capital de um dos Estados envolvidos, conforme o caso, à escolha do co-legitimado ativo. Mas sensato nos parece valermo-nos das regras de prevenção, ajuizando a ação na Capital de um dos Estados atingidos, e deixando para ajuizá-la na Capital do Distrito Federal somente quando o dano tiver efetivamente o caráter nacional. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 1998, p.96)

Recaindo o dano sobre mais de uma comarca, será competente qualquer uma delas, resolvendo-se a questão pela prevenção (CPC, arts. 106, 107, 219 e 263).

Nesse sentido, a lição de Moacyr Amaral Santos:

O juiz que conhecer da causa em primeiro lugar, terá sua jurisdição preventiva. Ele, que era cumulativamente competente com outros juizes, igualmente competentes, para conhecer de determinada causa, pelo fato de haver tomado conhecimento dela em primeiro lugar passou a ser o único competente. A prevenção, portanto, firma, assegura a competência de um juiz, já competente. (SANTOS *in* MANCUSO, 1998, p.95)

Transladando-se o tema para as normas peculiares imanentes ao Direito do Trabalho, surge uma polêmica a respeito das regras de competência a serem aplicadas na ação civil pública na seara trabalhista. É que, em havendo regra específica de competência nesta Especializada, determinada pelo local de prestação de serviço, a teor do art. 651 da CLT, de regra, coincidente com o local da ocorrência do dano (art. 2º da LACP aplicável pelo permissivo celetista do art. 769), seria este o foro mais adequado para o ajuizamento da ação, e não o foro indicado nas hipóteses tratadas pelo art. 93 do CDC.



Saltam aos olhos as vantagens do ajuizamento da ação no foro do local do dano (art. 2º da LACP), visto atender com muito mais força aos objetivos finalísticos trabalhistas da efetivação do acesso à justiça, respeitados a ampla defesa e o devido processo legal, sendo de longe facilitada a colheita de provas, devido à proximidade com o local do dano, além de “aproximar o magistrado da realidade social circundante”<sup>17</sup>, fato a ser analisado mais minuciosamente no tópico seguinte (a polêmica acerca da OJ 130 da SBDI-2 do TST).

### **5.2.2 Polêmica acerca da OJ 130 da SBDI-2 do TST**

O foro competente para o ajuizamento da ação civil pública sempre foi palco de grande debate na doutrina e jurisprudência. O debate ganha opiniões ainda mais acirradas no campo trabalhista, porque, em se tratando de ramo peculiar do Direito, com regras próprias e dinâmica processual diferenciada, para o Direito do Trabalho o local do dano, previsto no art. 2º da LACP, apresenta-se mais adequado ao ajuizamento da ação civil pública do que os foros apontados no art. 93 do CDC, legislação complementar aplicável à LACP, por força de seu art. 21. Para acirrar ainda mais a cizânia doutrinária já formada, o TST publicou a OJ 130 da SBDI-2 do TST, cuja redação prevê critérios para a escolha do foro competente para apreciação da ação civil pública trabalhista, a qual não agradou a boa parte da doutrina.

Dispõe a orientação jurisprudencial, *in verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EXTENSÃO DO DANO CAUSADO OU A SER REPARADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 93 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é do Distrito Federal.

---

<sup>17</sup> Expressão da procuradora-geral do trabalho Sandra Lia Simon.

A repercussão do novo entendimento da Corte Superior Trabalhista não foi positiva perante o Ministério Público do Trabalho, como relata Bezerra Leite (2006, p.217-231), culminando na formalização de um ofício, encaminhado ao presidente do TST, assinado pela procuradora-geral do MPT Sandra Lia Simón, contendo a tese majoritária adotada pelos membros da Instituição, base fundante do pedido de alteração da OJ em comento.

Diante da coerência das razões expostas no ofício e tendo em vista ser de grande valia e enriquecimento ao presente estudo, registram-se alguns trechos da manifestação ministerial, *in verbis*, sobre o assunto:

No que toca à determinação de aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, os precedentes, sem se aprofundarem, com a devida vênia, no exame dos múltiplos aspectos envolvidos, indicam que o socorro àquele método passou pela compreensão de que a inexistência de norma específica, no processo trabalhista, impunha a aplicação do art. 769 da CLT, atraindo a incidência do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, por força do art. 21 desta mesma lei, do art. 93, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Resta patente, portanto, em se tratando de aplicação analógica, que a opção pelo art. 93 do CDC, para disciplinar a tutela dos interesses metaindividuais trabalhistas, há que demonstrar dupla adequação. Primeiro ao processo do trabalho art. 769 da CLT) e, concomitantemente, à disciplina da ação civil pública (art. 21 da Lei n. 7.347/85), merecendo ser abandonada, sempre que outra regra pertinente de fixação de competência, melhor se desincumbir de tal mister, atendendo com maior excelência às peculiaridades da jurisdição trabalhista.

Neste passo, parece não restar dúvidas que a aplicação subsidiária ao processo do trabalho, do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, guarda respeito ao art. 769 da CLT, haja vista que, como salienta a precedência em exame, geralmente o local do dano é também o local da prestação de serviço, critério eleito pela CLT para a fixação da competência para o julgamento pela Vara do Trabalho da ação individual (art. 651 da CLT), sendo que as exceções constantes dos §§1º, 2º e 3º perseguem a facilitação do acesso do trabalhador à justiça.

De fato, a aplicação analógica do art. 2º e parágrafo único da Lei n. 7.347/85, com a fixação da competência para o julgamento da ação civil pública referente às relações de trabalho, da Vara do Trabalho do local do dano, que primeiro receber a ação, sem se perquirir da extensão territorial daquele dano (nacional, supra-regional, regional ou local), se mostra absolutamente adequada ao processo do trabalho, presente a acertada opção jurisprudencial desse Egrégio TST de não admitir a competência originária dos Tribunais e nem a fragmentação das demandas coletivas, que decorreria, irremediavelmente, da admissão da suposta limitação territorial da eficácia da decisão proferida na ação civil pública.

A fixação da competência pelo local do dano, na forma preconizada pelo art. 2º da Lei 7.347/85, também tem o condão de facilitar o exercício pelo réu do direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados no art. 5º, LV, da Constituição Federal, na medida em que garante que o processamento do feito se dará sempre em local onde a empresa exerça ou tenha exercido alguma atividade.

Por isso é que a opção subsequente adotada pela Orientação Jurisprudencial n. 130/SDI-2, no sentido da aplicação da regra do art. 93,

incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor – a qual, disciplinando a tutela dos direitos individuais homogêneos nas relações de consumo, baliza a competência territorial pela extensão do dano –, com a devida vênia, não parece a mais acertada. Primeiro, por alimentar novas questões sobre o tema, dificultando o acesso ao judiciário, o exercício do direito de ampla defesa, a efetividade da tutela dos interesses metaindividuais, bem como a concretização da cláusula do moderno devido processo legal, consubstanciado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal e caracterizado por procedimento que se adapte à relação jurídica de direito material controvertida. E segundo, por não se mostrar em sintonia com a evolução jurisprudencial dessa Egrégia Corte, revelada, no tema, pelo abandono da tese da competência originária dos tribunais e pela incisiva negação da limitação territorial da eficácia da decisão proferida, que se tentou impingir, por intermédio de canhestra alteração legislativa. [...]

O que se percebe com clareza é que a gênese da instituição daquelas regras de competência teve em mira decididamente a organização da Justiça Comum, fato referendado pela ressalva quanto à competência da Justiça Federal, constante expressamente texto respectivo, o que explica a sua ínfima aptidão para garantir o acesso e a efetividade da tutela dos interesses metaindividuais, nessa Justiça Federal Especializada.

A firme jurisprudência desse Egrégio TST, no que tange à inexistência de limitação territorial dos efeitos da decisão prolatada em ação civil pública, revelada pelos próprios precedentes da orientação jurisprudencial em questão, aliada ao critério de fixação de competência previsto no art. 2º e parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública, se mostram suficientes a assegurar o ágil processamento da ação civil pública na Jurisdição Trabalhista, dispensando o apelo aos controvertidos conceitos do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação não traz benefício de monta à tutela dos interesses em questão, propiciando, ao revés, a desnecessária concentração de causas em determinadas varas trabalhistas, distantes do local em que se concretizou o conflito de interesses, dificultando a atuação de ambas as partes e do próprio magistrado. [...]

Destarte, a constatação, por exemplo, de dano decorrente da imposição de trabalho escravo ou degradante, por empresa que atue em dois municípios, um no Estado do Pará e o outro no Estado do Tocantins, a qual poderia, pela regra do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, supedanear postulação a ser julgada em qualquer um dos dois foros, em que constatada a prática ilegal, teria que ser proposta, a teor da OJ n. 130/SDI-2, no Distrito Federal (ou, como querem outros intérpretes do art. 93, na capital de um daqueles Estados). Com isto, cairia por terra, com a devida vênia, não só o escopo legal de facilitar o acesso à tutela jurisdicional coletiva e o exercício da ampla defesa, propiciando maior agilidade e segurança na coleta de provas e respeitando a maior aptidão cognoscitiva e decisória do magistrado de um dos locais atingidos pela lesão, em relação aos juízes de locais em que não se verificou o dano, como também restaria desrespeitada a própria estrutura legal do Judiciário Trabalhista, decididamente vocacionada a aproximar o magistrado da realidade social circundante, desde a previsão constitucional da existência de pelo menos um TRT por Estado da Federação, até a atual criação e instalação de novas Varas do Trabalho direcionadas ao combate de danos afeitos à tutela coletiva, em locais de premente tensão social.[...] (SIMÓN *in* BEZERRA LEITE, 2006, p.218-231)

Não obstante as brilhantes razões expostas, registra Bezerra Leite não ser adepto do cancelamento da referida OJ, sugerindo tão-somente sua adaptação ao moderno sistema da LACP, permitindo a competência concorrente de foros nas

ações de conhecimento, liquidação e execução do julgado. (BEZERRA LEITE, 2006, p.229-230)

Por ocasião da reunião em Brasília dos membros da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do Ministério Público do Trabalho, três propostas de alteração à OJ 130 da SDI-2/TST foram votadas.

Sugeriu Bezerra Leite (2006, p.229-230) a seguinte proposta para a adequação à OJ 130 da SBDI-2/TST, que recebeu sete votos:

#### AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA

I - Compete ao juízo do local do dano processar e julgar a ação civil pública que tenha por objeto a tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos, por aplicação do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública, independentemente da extensão do dano, fixando-se a competência por prevenção.

II - Tratando-se de ação que tenha por objeto a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, a competência será:

- a) do juízo do local do dano se a lesão ocorrer no âmbito da jurisdição da vara do trabalho respectiva;
- b) do juízo da vara do trabalho do local do dano ou da capital do Estado, concorrentemente, se a lesão extrapolar a jurisdição de Vara do Trabalho;
- c) do juízo da vara do trabalho do Distrito Federal, de forma concorrente com as das capitais dos Estados, se a lesão for de âmbito nacional ou supra-regional.

A fundamental diferenciação feita pelo procurador entre os direitos coletivos *lato sensu* (coletivos e difusos) e os individuais homogêneos tem importante repercussão de ordem prática, ligada à fase de liquidação de sentença.

Nesse ponto, a liquidação nos casos de interesses difusos e coletivos se dará exclusivamente pelos autores coletivos da demanda, sendo competente o juízo que proferiu a sentença condenatória, ao passo que nos interesses individuais homogêneos a liquidação se dará, preferencialmente, a título individual e residualmente nos casos de inexistência ou inexpressividade de liquidações individuais em relação à gravidade do dano genérico reconhecida na sentença, a título coletivo. Em sendo a liquidação a título individual, o liquidante poderá promover a liquidação e a execução no foro do seu domicílio, juntando apenas à inicial a certidão de trânsito em julgado da sentença. Já nas hipóteses de liquidação coletiva a competência será do juízo que proferiu a sentença condenatória. (BEZERRA LEITE, 2006, p.229-230)

A proposta vencedora<sup>18</sup>, com nove votos, estabelece que:

Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela aplicação do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano for regional, supra-regional ou nacional, a competência será da Capital do Estado ou do Distrito Federal, concorrentemente, no caso do dano ocorrer dentro da jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho respectivo, sendo considerado como capital do Estado a sede de Tribunal Regional do Trabalho.

A nosso ver, entretanto, o ajuizamento da ação civil pública no local do dano deve ser a regra no Direito do Trabalho, por ser a que mais se compatibiliza com o seu sistema normativo específico e pelas razões já expostas no ofício encaminhado pela procuradora-geral do MPT, Sandra Lia Simón.

---

<sup>18</sup> A proposta vencedora foi elaborada pelo procurador do Trabalho Rodrigo Carelli.

## 6 LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 6.1 Legitimados para o ajuizamento da ação civil pública

Para ilustrar o tema que envolve a legitimação ativa para o ajuizamento da ação civil pública, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart retrataram que:

[...] não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em 'direito alheio', raciocina-se a partir de uma visão individualista a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é obvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária. (MANCUSO, 1998, p.132)

O art. 6º do Código de Processo Civil passa a não mais atender ao tipo de legitimação exigida na ação civil pública, eis que, em sua redação, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A solução veio com a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), que elencou, em seu art. 5º, o Ministério Público, entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações no rol de legitimados ativos para a defesa dos interesses difusos, dos direitos coletivos e dos direitos individuais homogêneos.

O critério pluralista vem ao encontro do objetivo almejado com a elaboração da lei, qual seja: estender a participação de outros entes que não apenas o Ministério Público na defesa dos direitos metaindividuais e implementar a democracia participativa e o escopo político do processo.

Reforçando a legitimação concorrente e disjuntiva inaugurada na Lei 7.347/85, veio a Constituição de 1988 estabelecer, em seu art. 129, § 1º, que a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Carta Maior e na lei.

Nos termos da Lei 7.347/85, são legitimados à propositura da ação civil pública: Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista ou por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com exceção do Ministério Público, instituição cujo interesse na defesa dos interesses transindividuais e conseqüente legitimidade são presumidos, todos os co-legitimados ativos têm de demonstrar a pertinência temática entre seus fins institucionais e o interesse jurídico defendido na ação coletiva. (BEZERRA LEITE, 2006, p.249)

A exigência da lei de constituição do legitimado ativo há pelo menos um ano (art. 5º, I, LACP) dirige-se somente às associações, não se aplicando com relação aos sindicatos, por sua própria destinação constitucional em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, a teor do art. 8º, inciso III, da CR/88.

Esse rigor legal, todavia, é temperado pelo permissivo do § 4º do art. 5º do mesmo diploma legal, que faculta ao juiz dispensar a exigência de constituição da associação há pelo menos um ano quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O mesmo não se pode dizer com relação ao mandado de segurança coletivo, no qual a exigência temporal neste é imposta por disposição constitucional (art. 5º, LXX) hierarquicamente superior à lei ordinária e, portanto, sobre a última prevalecente.

Relembra-se que o art. 82, III, do CDC, aplicável à LACP por força de seu art. 21, dispensa até mesmo o requisito da personalidade jurídica às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, especificamente destinadas à defesa dos interesses metaindividuais. Nesse sentido, comentam Nery e Nery que a legitimidade ativa de tais entes decorre de sua *personalidade judiciária*, presente em alguns PROCONs – Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor – do Estado de São Paulo.

## 6.2 Natureza jurídica da legitimação ativa para a propositura da ação civil pública

Como já exposto no tópico anterior, a partir da criação da ação civil pública, instrumento jurídico viabilizador da defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a clássica dicotomia da natureza ordinária/extraordinária da legitimidade passou a não mais atender ao novo tipo de tutela coletiva que estava por vir.

A doutrina não se quedou em debater qual seria a natureza jurídica da legitimação neste vanguardista instrumento processual de tutela molecularizada.

Dentre as várias classificações sugeridas pelos mais diversos autores, entendemos que a que mais se aproxima da melhor técnica processual é a propagada por Nery e Nery, para quem a legitimidade é “autônoma para a condução do processo” e, logo, ordinária, nos casos de defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos. No que tange aos individuais homogêneos, há substituição processual e, portanto, legitimação extraordinária. (NERY e NERY, 2003, p.1319)

Também as lições de José Afonso da Silva e Rodolfo de Camargo Mancuso sinalizam ser ordinária a legitimação do Ministério Público, ao menos quanto aos interesses difusos. Comenta Mancuso que não há mesmo razão para se entender de forma contrária, pois o legitimado ativo age autorizado pela lei (n. 7.347/85) e defendendo posição jurídica própria. (MANCUSO, 1998, p.160)

A propósito, cita Mancuso a opinião de J. J. Calmon de Passos, para quem (MANCUSO, 1998, p.161):

[...] a peculiaridade dos interesses difusos decorre da própria natureza das coisas, de ser impossível apropriação ou satisfação de todos sem apropriação por ninguém, aqui, de legitimação extraordinária não se pode falar. Qualquer sujeito, pessoa física ou pessoa jurídica, a quem se atribua a legitimação, é legitimado ordinário e não substitui quem quer que seja, visto como os outros não podem excluí-lo de promover a tutela, porque ele também experimenta a necessidade, nem ele pode excluir os demais, postulando sua exclusiva satisfação, porque esta vai importar a satisfação de todos.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, não há dúvida de que se trata de substituição processual e, logo, de legitimação extraordinária, pois evidente a



defesa pelo legitimado de direito alheio, em nome próprio (art. 6º, CPC). Relembra-se que os interesses individuais homogêneos possuem essência de direito individual, divisível, tendo recebido da lei apenas o tratamento coletivo por razões de política judiciária.

### **6.3 Princípios institucionais do Ministério Público e a ação civil pública**

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CR/88).

Justamente por lhe caber a proteção e defesa dos mais relevantes valores de uma sociedade democrática é que postulados constitucionais lhe garantiram segurança para agir em defesa da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito, livre de quaisquer pressões e influências externas, na melhor aplicação do princípio da independência entre os poderes.

Também chamado por alguns de “quarto poder”, o Ministério Público alia não só segurança a seus membros, mediante a harmonização e interdependência desses princípios, como, acima de tudo, credibilidade na atuação e proteção a toda a sociedade.

São princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, CR/88). Ensina, a propósito, Hugo Nigro Mazzilli que “unidade significa que os membros de cada Ministério Público integram um só órgão, sob uma só direção; indivisibilidade quer dizer que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros na forma estabelecida na lei”. (MANCUSO, 1998, p.147)

Bezerra Leite registra que a divisão dos Ministérios Públicos não é orgânica, mas apenas administrativa, pois inexiste unidade administrativa entre órgãos ministeriais diversos. Tanto assim que o art. 185 da Lei Complementar 75/93 veda, expressamente, “a transferência ou aproveitamento nos cargos do Ministério Público da União, mesmo de um para outro de seus ramos”. (MANCUSO, 1998, p.50)

Acrescenta-se, no que tange ao princípio da indivisibilidade, que a substituição entre os membros do *parquet* não possui o condão de alterar de forma subjetiva a relação jurídica processual já formada e da qual faça parte o Ministério Público, como órgão agente ou interveniente. (BEZERRA LEITE, 2006, p.50)

A independência funcional assegura a liberdade de convencimento e atuação de cada membro do *parquet*, desde que, é óbvio, tenha como fins a promoção do bem comum e o interesse da lei e da sociedade, não podendo haver violação em sua convicção para agir.

Como assevera Hugo Nigro Mazzilli:

Não se pode impor um procedimento funcional a um membro do Ministério Público, senão fazendo recomendação sem caráter normativo ou vinculativo, pois a Constituição e a Lei Complementar, antes de assegurarem garantias pessoais aos membros do Ministério Público, deram-lhe garantias funcionais, para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes. (MAZZILLI, 1995, p.80)

Somado a esses três princípios, sobressai ainda um quarto, o do promotor natural, cujo fundamento legal encontra-se nos arts. 5º, incisos XXXVII e LIII, 127 e 129, inciso I, da Constituição, aliados às garantias da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da instituição.

Noticia Bezerra Leite que, a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência do princípio do promotor natural, porquanto consignado em um de seus julgados:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O Postulado do 'Promotor Natural' limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do 'Promotor Natural': necessidade da interpositio legislatoris para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros

Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). (HC 67.759, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.7.93) (BEZERRA LEITE, 2006, p.52-53)

A relação entre os princípios institucionais do Ministério Público e a ação civil pública é, além de óbvia, assecuratória de uma atuação ministerial independente e corajosa, uma vez que, não raro, será exigido do *parquet* o enfrentamento direto com entidades políticas, órgãos governamentais e demais entes detentores de grande poder, sendo imprescindível que se assegure aos membros ministeriais a inexistência de qualquer tipo de retaliação odiosa e chantagista advinda de sua regular função institucional.

#### **6.4 O Ministério Público e a ação civil pública**

Se é certo que a Lei da Ação Civil Pública, ao atribuir competência para o ajuizamento da ação coletiva a vários entes da sociedade civil, implementou incentivos concretos à democracia participativa, não menos certo é que a sociedade ainda caminha a passos lentos no uso dos instrumentos jurídicos que lhe conferem legitimidade para defender seus direitos e patrimônio social.

Sobre a questão, observa Mancuso:

Na verdade, o processo de conscientização da coletividade pelo exercício da cidadania é mesmo lento e gradual, de sorte que impende dar tempo ao tempo, até que os cidadãos, isoladamente ou em grupo, estejam imbuídos de que podem e mesmo devem participar da gestão da coisa pública também mediante a condução, à Justiça, dos conflitos metaindividuais, mormente pelo manejo da ação civil pública. (MANCUSO, 1998, p.139)

De forma tímida, pouquíssimas ações civis públicas são propostas por entes que não o Ministério Público. Para se ter uma idéia concreta da dimensão da questão, basta observar o que apontam as estatísticas, eis que na maioria dos estados brasileiros cerca de mais de 90% das ações civis públicas são propostas pelo *parquet*. (MANCUSO, 1998, p.139-144)

Observa a esse respeito Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz:

Não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos (com certeza é ela responsável pela atuação em mais de 90% dos casos). Preocupa pois esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada 'sociedade civil', a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade. (FERRAZ, 1995)

A doutrina estrangeira alerta para a existência de alguns problemas relativos ao Ministério Público e a ação coletiva, como: risco de o órgão não atuar com a mesma qualidade e intimidade no processo coletivo quando comparado aos delitos de natureza penal, aos quais já está acostumado a litigar; perda de parte da independência de sua atuação, pelo fato de estar demasiadamente “ligado”, estrutural e funcionalmente, ao Estado, à Administração; e deficiência do instrumental técnico e infra-estrutura assecuratórios de sua boa atuação em áreas afetas à Administração como um todo, também chamada de “gestão da coisa pública”, “tutela do bem comum” e “qualidade de vida”. (MANCUSO, 1998, p.140-141)

Felizmente, ao contrário da doutrina estrangeira, as críticas não valem para o MP no Brasil, porque a instituição é independente e extremamente atuante, sendo responsável por mais de 90% dos casos de propositura das ações coletivas. Ademais, é inquestionável a capacidade intelectual dos membros ministeriais em razão da enorme concorrência de candidatos ao rigoroso concurso público de provas e títulos.

## **6.5 Legitimação à propositura da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho**

Dentre as funções institucionais do Ministério Público do Trabalho, destaca-se a promoção do inquérito civil, no âmbito administrativo, e da ação civil pública, no âmbito judicial, configurando-se o interesse do *parquet* em ambas, notadamente presumido (art. 129, CR/88).

Nessa linha manifesta-se Hugo Nigro Mazzilli: (MANCUSO, 1998, p.63) “O interesse de agir do Ministério Público é presumido. Quando a lei lhe confere legitimidade para acionar ou intervir, é porque lhe presume o interesse.”

O mesmo não se pode afirmar quanto aos co-legitimados da ação civil pública (art. 5º), condicionando-lhes o exercício da ação à demonstração do interesse específico de cada um na defesa do bem incluído entre suas finalidades institucionais.

A esse respeito, sobreleva a necessidade de previsão da defesa do bem jurídico no estatuto do sindicato para legitimá-lo ao ajuizamento da ação civil pública. Sobre o tema, Bezerra Leite afirma ser necessária a juntada, na petição inicial, pelo sindicato, do estatuto social da agremiação, para que reste demonstrada a pertinência temática. (BEZERRA LEITE, 2006, p.249)

A atuação do Ministério Público do Trabalho, como parte ou fiscal da lei, embasa-se nos arts. 114, 129, III, da Constituição, combinado com os arts. 83, III, 84, V, e 6º, VII, alíneas *a*, e *d*, da LC n. 75/93.

Estando o Ministério Público do Trabalho compreendido pelo Ministério Público da União (art. 128, I, *b*, da CR/88), ao primeiro são estendidas todas as funções atribuídas ao último.

A Constituição confere ao Ministério Público do Trabalho, dentre outras funções institucionais, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do meio ambiente de trabalho e de outros interesses difusos e coletivos pertencentes aos trabalhadores.

Quanto aos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores, estes inserem-se no comando geral do inciso IX do art. 129 da CR/88, qual seja, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, aliado ao dispositivo superveniente, aplicável por força do art. 21 da LACP, emanado do inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A legitimação do Ministério Público do Trabalho ao ajuizamento da ação civil pública para a defesa de interesses coletivos dos trabalhadores, uma vez afrontados seus direitos sociais constitucionalmente garantidos, é concedida pelo art. 83, III, da LC 75/93.

O art. 84 da LC 75/93 atribui ao MPT, além das funções contidas nos capítulos I, II, III e IV do Título I, outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade.

Já o inciso VII do art. 6º do mesmo diploma legal prescreve, *in verbis*:

Compete ao Ministério Público da União:

VII- promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A conjugação dos artigos mencionados forma o arcabouço jurídico concessivo da inquestionável legitimidade do MPT para ajuizar a ação civil pública em defesa dos interesses e direitos metaindividuais relacionados à matéria trabalhista.

Ressalta-se que a intervenção do *parquet* na ação coletiva é obrigatória, como parte ou fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da LACP), sob pena de nulidade do processo, nos casos de prejuízo demonstrado, a partir do momento em que se tornou necessária sua intervenção (arts. 84 e 246, CPC).

A propósito, já se manifestou o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região a respeito do tema:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM 1ª INSTÂNCIA – DESNECESSIDADE DE NOVO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. Emitido parecer pelo d. MPT, em Primeiro Grau de Jurisdição, proferida a sentença e apresentados recursos pelas partes e, após, remetido o feito para a Procuradoria do Trabalho, não há que se cogitar em nova remessa dos autos i. Parquet para novo parecer, mormente quando ele próprio informa que não interporá recurso uma vez que a parte voluntariamente já o fez, tratando da matéria afeta ao interesse público, o que induz na sua concordância com os fundamentos do apelo. (Processo 01276-2004-000-03-00-0 AR, DJMG 18.3.2005, Rel. Eduardo Augusto Lobato)

Oportuno destacar a conclusão de Hugo Nigro Mazzilli (2003, p.59) sobre o § 1º do art. 5º da LACP:

[...] nos casos da ação civil pública, a conclusão correta a extrair do aludido parágrafo é a de que, proposta a ação pelo MP, não oficiará outro órgão da mesma Instituição como fiscal da lei. Só haverá órgão do MP interveniente – é outra conclusão a extrair de dito parágrafo – quando não for o autor o próprio MP.

## 6.6 Litisconsórcio ativo de Ministérios Públicos

No que tange ao litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos, vozes contra e a favor ecoam na doutrina.

Manifestando-se contrariamente, encontra-se Vicente Greco Filho (1991, p.337), para quem:

Se a competência para o processo é da Justiça Federal, o Ministério Público estadual não pode atuar perante ela, e vice-versa... Lei ordinária não poderia quebrar o sistema. Viola o parágrafo o próprio sistema federativo, porque subverte as competências das autonomias. Não vemos possibilidade, pois, de se aplicar o dispositivo.

Pela admissibilidade do consórcio ministerial estão Hugo Nigro Mazzilli, Carlos Henrique Bezerra Leite, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Édis Milaré, para quem, conforme o primeiro:

Deve-se ensejar, tanto o Ministério Público Federal como ao Estadual, a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, para que, na tutela do ambiente, sejam consideradas e harmonizadas as necessidades nacionais e peculiaridades regionais. A possibilidade de intervenção simultânea dos dois órgãos atende à necessidade de somar forças em defesa do meio ambiente e seria sob todos os aspectos proveitosa: a conjugação de esforços aumentaria em muito a eficácia da ação do Ministério Público e estabeleceria entre os dois setores da Instituição, até hoje estanques, um fecundo entrosamento. (MANCUSO, 1998, p.148)

No mesmo sentido, Nery e Nery: (2003, p.1319)

A legitimação abrange a instituição do MP como um todo, isto é, o MP da União e o MP dos Estados (v. CF 128). O MP pode ajuizar ACP quando houver interesse processual na obtenção do provimento jurisdicional. Tanto o MP da União pode ajuizar ACP na justiça estadual, quanto o MP estadual pode ajuizar ACP em outro Estado, pois o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo por ele defendido não encontra limites territoriais, impostos quando se trata de direito individual puro.

Concordamos com a última corrente, pois não vislumbramos prejuízo de qualquer ordem, mas tão-somente vantagens na atuação conjunta dos diversos Ministérios Públicos em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Entendemos ter sido o intuito do legislador a somatização de esforços ministeriais na busca da proteção e reparação dos direitos metaindividuais, sendo não só possível mas também desejável a sua atuação conjunta.

## 6.7 Possibilidade ou não de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público

Prescreve o art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Civil Pública, *in verbis*: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

Inicialmente, salienta-se que, nas duas hipóteses previstas em lei, o efeito jurídico por elas causado será o mesmo, de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, III e VIII, do CPC).

O abandono da ação ocorre quando, instado a promover atos e diligências a que lhe compete, o autor abandona a causa por mais de 30 dias.

Já no que toca à desistência da ação, duas possibilidades podem surgir: a) se ainda não decorrido o prazo de resposta do réu, o autor poderá desistir unilateralmente da continuidade da ação; e b) transcorrido o decurso do prazo de resposta, a desistência passa a depender da aquiescência do réu para ser homologada pelo juiz, passando, portanto, a configurar ato jurídico bilateral de vontades (art. 267, § 4º, do CPC).

A questão da desistência da ação civil pública pelo Ministério Público não é pacífica na doutrina.

A desistência pelo Ministério Público da ação civil pública está diretamente ligada ao princípio da obrigatoriedade.

Cita Mazzilli que, segundo Piero Calamandrei, o princípio da obrigatoriedade consiste em que, identificando o *parquet* uma hipótese em que a lei exija sua atuação, não poderá abster-se de agir. (MAZZILLI, 2005, p.238)

Entendendo pela impossibilidade de desistência pelo Ministério Público da ação civil estão Édis Milaré, Hely Lopes Meirelles, Bezerra Leite e Teori Albino Zavascki, manifestando-se este último no sentido de que:

[...] como órgão do Estado que é, obedece a regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, como ocorre na atividade dos particulares. A atuação do Ministério Público é vinculada não à vontade pessoal de seus agentes, mas a uma finalidade impessoal e pública, definida em lei. (MANCUSO, 1998, p.169-170)



Hely Lopes sugere que o *parquet* opine pela improcedência da ação caso entenda estar fadada ao insucesso, opinião compartilhada por José dos Santos Carvalho Filho. (*In* MANCUSO, 1998, p.170)

Contrariamente, entendemos ser possível a desistência pelo Ministério Público do Trabalho da ação civil pública, pelos motivos que passamos a expor.

Primeiro, porque a impossibilidade de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público só se justificava quando da vigência da redação anterior, segundo a qual “em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada”, o Ministério Público assumiria a titularidade ativa.

Todavia, por superveniência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), foi esta norma alterada, passando a vigor com o seguinte texto: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

A mencionada alteração ampliou o rol de legitimados em caso de desistência ou abandono da ação civil pública. Além disso, inseriu o adjetivo *infundada* no que tange à desistência, antes inexistente na redação anterior.

Convém lembrar que a assunção da titularidade da ação ocorrerá com relação à desistência ou abandono de qualquer autor, não se restringindo apenas a associação, apesar da literalidade da lei. (NERY e NERY, 2003, p.1322)

Dessa forma, comenta Voltaire de Lima Moraes: (2005, p.604)

Atualmente, em razão da nova redação dada aos arts. 5º, § 3º, e 15, dessa Lei (Lei 7.347/85), não há mais razão para sustentar que o Ministério Público não possa desistir da ação, pois, em tal situação, qualquer um dos demais legitimados está autorizado a assumir o pólo ativo da relação jurídico-processual nesta ação civil pública, dando assim prosseguimento ao feito, desde que o faça fundamentadamente (art. 43, III, da Lei 8.625/1993).

Relembra-se que somente nos casos de desistência infundada é que haverá o poder-dever vinculado do Ministério Público de assumir a titularidade da ação. Assim, não será obrigado a prosseguir numa ação civil pública fadada ao insucesso.

Também relevante lembrar que a desistência não se confunde, em hipótese alguma, com a disposição do direito material discutido em juízo. Este conserva-se intocável, tanto assim que, sendo o processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, CPC), opera-se a coisa julgada apenas formal, podendo a parte intentar novamente a ação.

Neste aspecto a lição de Mancuso, para quem não se apresenta razoável ter o Ministério Público que prosseguir em ação que tenha perdido seu objeto, tenha sido mal proposta ou a situação probatória superveniente venha revelar que não era fundado o temor de dano iminente a determinado bem, suposto ao tempo da propositura da ação. (MANCUSO, 1998, p.170-171)

Compartilhando de idêntica opinião, Nery e Nery propõem para a hipótese de desistência da ação pelo MP a aplicação analógica do art. 28 do CPP, em que, no caso de discordância pelo juiz, este remeterá os autos ao procurador geral da Justiça, que insistirá na desistência ou designará outro órgão do MP para assumir a titularidade ativa e o prosseguimento da ação civil pública. (NERY e NERY, 2003, p.1319)

Entendemos ser a mais acertada a corrente adepta da possibilidade de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público, eis que a prerrogativa processual não fulminará a pretensão do titular da ação em ajuizá-la em ocasião mais oportuna e com maior probabilidade de sucesso. Já o contrário não é verdadeiro, eis que uma ação mal proposta demanda desperdício de tempo e de esforços mobilizados ao regular trâmite processual.

No que pertine ao processo de execução, reza o art. 15 da LACP que “decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

Tal como ocorre na redação do art. 5º, § 3º, da LACP, a não promoção da execução após 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória pode ser feita por quaisquer dos legitimados ativos.

Ressalta-se que, enquanto o prosseguimento da execução é uma faculdade para os demais co-legitimados, é dever legal para o *parquet*, pois se no processo de conhecimento é atribuída prerrogativa ao Ministério Público para desistir da ação, o mesmo não se pode dizer quanto à execução, em que já há certeza jurídica quanto ao direito posto em causa, inexistindo razão plausível para a instituição desistir de promover a execução. (MORAES, 2005, p.605)

## 6.8 Legitimados passivos na ação civil pública

A Lei 7.347/85 não faz qualquer restrição no que tange aos legitimados para figurarem no pólo passivo da ação civil pública. Seguindo a máxima de que o que não é proibido é permitido, temos a conclusão de que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que tenha concorrido, omissiva ou comissivamente, direta ou indiretamente, para a lesão ou ameaça aos direitos transindividuais, pode figurar como ré na ação coletiva.

Sobre a questão, ressalta-se que todos os legitimados ativos à propositura da ação civil pública podem figurar no pólo contrário, até mesmo o Ministério Público, na visão de Pedro da Silva Dinamarco, nos casos em que a ação coletiva tiver como pedido a imposição de uma conduta cominatória (fazer ou não fazer) daquela instituição. (MANCUSO, 1998, p.235)

A propósito, reproduz-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho sobre os motivos ampliadores da legitimação passiva na ação civil pública:

Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa, pode muito bem derivar não apenas de atos e fatos do Poder Público, incluindo-se aí as pessoas da administração indireta, como ainda de práticas imputáveis a particulares. A legitimação passiva, desse modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerasse. (CARVALHO FILHO, 1999, p.125)

Ao que complementa José Marcelo Menezes Vigliar:

Não há nenhuma condição especial para que alguém (seja pessoa física, seja pessoa jurídica, ou ente dotado de personalidade jurídica) se encontre na posição de legitimado passivo ad causam para as ações civis públicas. Basta que essa pessoa realize, ou ameace realizar uma conduta que cause lesão a quaisquer dos interesses transindividuais: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural etc. É verdade que em alguns casos a lei exige uma especial condição daquele que irá integral o pólo passivo de uma demanda coletiva, como é o caso da qualidade de agente público, requerida pela Lei 8.429/92, para que se possa de prática de atos de improbidade administrativa. Contudo, via de regra, qualquer um poderá, desde que lese ou ameace causar lesão a algum interesse transindividual, estar legitimado passivamente para a ação civil pública. (VIGLIAR, 1999, p.79)

Ada Pellegrini Grinover, comentando dispositivo da doutrina estrangeira, mais especificamente a regra 23 (a) (3) das *Federal Rules of Civil Procedure*, entende ser possível aplicar ao ordenamento jurídico pátrio idêntica regra que possibilita a promoção da ação coletiva contra uma classe. Feitas as devidas adaptações do dispositivo em questão para a doutrina e lei pátrias, entende a jurista, ao lado de Kazuo Watanabe, ser juridicamente recomendável e válido considerar a classe na posição de legitimada passiva, desde que, é claro, auferida a representatividade adequada dos entes indicados como réus na demanda. (MANCUSO, 1998, p.230)

Quanto à dificuldade ou incerteza da identificação dos responsáveis em certos casos de lesão a interesses difusos, como a hipótese de poluição crônica da atmosfera, em virtude do grande número de indústrias poluidoras no local instaladas, Mancuso sugere três soluções: a) mover a ação contra o Estado, porque, afinal, terá pecado por omissão ou por má administração, permitindo o resultado lesivo; b) escolher dentre os possíveis legitimados passivos o que se afigure mais solvente, em ordem ao resultado prático da ação, com posterior prerrogativa de ajuizar ação regressiva contra o demais sujeitos ativos da lesão; e c) ajuizar ação contra os co-legitimados passivos *sub A e B*. (MANCUSO, 1998, p.248-249)

Quanto aos entes públicos, relembra-se sua responsabilidade objetiva, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição, na qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Esse tipo de responsabilidade (objetiva) dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano. (MELLO *in* CARVALHO FILHO, 2003, p.434)

Neste particular, um assunto polêmico vem à tona, qual seja, a possibilidade ou não de denúncia da lide na ação civil pública na hipótese de responsabilidade objetiva do Estado.

Ada Pellegrini Grinover manifesta-se favoravelmente à aplicação do instituto, sob pena de ocorrência de julgados conflituosos entre si.

Todavia, perfilhando entendimento de Nery e Nery (2003, p.1319), entendemos não ser possível sua aplicação nos casos de responsabilidade objetiva.

Primeiro, porque o legislador optou expressamente (art. 88 do CDC) por vetar esta espécie de intervenção de terceiro na ação coletiva, evitando-se a inclusão de fundamentação jurídica nova (relativa ao denunciante e denunciado), dispositivo este aplicável à Lei 7.347/85, por força de seu art. 21.

Segundo, porque, como aduz José dos Santos Carvalho Filho, contrário à denúncia

o pedido do lesado escora-se na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ao passo que o pedido deste contra o seu agente é calcado na responsabilidade subjetiva. Por fim, não teria cabimento desfazer indiretamente o benefício que a Constituição outorgou ao lesado: se foi ele dispensado de provar a culpa do agente, não teria cabimento que, no mesmo processo, fosse obrigado a aguardar o conflito entre o Estado e seu agente, fundado exatamente na culpa”, entendimento compartilhado por Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Melo, Lúcia Valle Figueiredo e Vicente Greco Filho, dentre outros. (CARVALHO FILHO, 2003, p.457)

Carvalho Filho alerta ainda para o fato de que a possibilidade da denúncia tende a predominar na jurisprudência. Não como disposto no art. 70, III, do CDC, mas com caráter facultativo, o que significa que, não tendo havido a denúncia, o processo é válido e eficaz, restando a prerrogativa do Estado de ingressar posteriormente contra o servidor responsável por meio da ação regressiva. (CARVALHO FILHO, 2003, p.458)

## 7 INSTITUTOS AUXILIARES À AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 7.1 O inquérito civil na promoção da ação civil pública

O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público. Seu objetivo é, basicamente, coletar elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a seu cargo. (MAZZILLI *in* MILARÉ, 2005, p.223)

Inicialmente ventilado pelo promotor de justiça paulista José Fernando da Silva Lopes, em 1980, em palestra proferida para um Grupo de Estudos da Instituição, o inquérito civil possuiria como modelo inspirador o já existente inquérito policial e seria um procedimento investigatório realizado por organismos administrativos a serem enviados ao MP como peças fundantes da ação civil pública.

Apesar de não ter sido aprovado exatamente nos moldes como proposto, o inquérito civil passou a existir com a edição da Lei 7.347/85 (arts. 8º e 9º), vindo posteriormente a ser consagrado na Constituição como função institucional do Ministério Público (art. 129, III), além de elevar a *status* constitucional o poder ministerial de efetuar diligências e requisições (art. 129, VI e VIII) no procedimento inquisitorial.

A par da legislação já existente sobre o assunto, foi o inquérito civil previsto também pela Lei 7.853/1989 (sobre a proteção às pessoas portadoras de deficiência), pela Lei 8.069/1990 (que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente), pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), pela Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e pela LC 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). (MAZZILLI *in* MILARÉ, 2005, p.222)

A superveniência de novas leis prevendo o instrumento investigatório só vem corroborar a importância do inquérito civil como procedimento prévio às ações cujo objeto tenham elevada relevância social.

Na lição de Mancuso:

[...] esse inquérito é um instrumento destinado a possibilitar uma 'triagem' das várias denúncias que chegam ao conhecimento do Ministério Público: somente as que resultarem fundadas e relevantes acarretarão, por certo, a propositura da ação; de todo modo, a conclusão a que chegue o Ministério Público não é vinculante para a entidade denunciante. (MANCUSO, 1998, p.173)

A triagem ganha especial destaque, sobretudo porque sua seleção equivocada poderá enquadrar as eventuais denúncias e representações no tipo do art. 19 da Lei 8.429/92, qual seja, crime de representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiado quando o autor da denúncia o sabe inocente, com a conseqüente pena de detenção de 6 a 10 meses e multa. No mesmo sentido o art. 339 do Código Penal.

No cotejo do inquérito civil com o inquérito policial, sua fonte inspiradora, despontam-se importantes diferenças, a saber: a) o objeto do inquérito policial é a apuração da materialidade e autoria de infrações penais, para servir de base para a denúncia ou a queixa (contrariamente, o objeto do inquérito civil cinge-se à apuração de fatos que embasem a atuação do *parquet*); b) no inquérito policial, a despeito de ser o MP o titular privativo da ação penal pública, as investigações pré-processuais são conduzidas pela polícia, e as informações são repassadas à instituição ministerial (já no inquérito civil a condução da investigação é feita diretamente pelo MP); e c) no inquérito policial, o controle do arquivamento é feito pelo juiz (no inquérito civil, a lei atribui o controle ao próprio MP). (MAZZILLI *in* MILARÉ, 2005, p.223)

Sobre este último aspecto, ressalta-se que o Ministério Público não requer o arquivamento do inquérito civil. Ele simplesmente o determina, havendo, todavia, a obrigatoriedade imposta por lei (art. 9º, § 1º, da Lei 7.347/85) de remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de três dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação (art. 9º, § 4º, da Lei 7.347/85).

Uma vez arquivado o inquérito civil, nos casos em que o membro ministerial não identifique nenhuma hipótese de lesão a interesse que lhe incumba tutelar, qualquer legitimado, e não apenas as associações (art. 9º, § 2º, da LACP), poderá manifestar-se nos autos submetidos a exame do Conselho Superior do Ministério

Público, por força do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV). (NERY e NERY, 2003, p.1322)

Lembra-se que, mesmo tendo o membro do MP arquivado a peça investigatória, pode ele reabrir o inquérito, independentemente da superveniência de novas provas ou não. Nos dizeres de Mazzilli:

[...] se surgirem novas provas em caso de inquérito civil já arquivado, nada impediria sua reabertura: afinal, o arquivamento do procedimento administrativo não cria direito subjetivo em favor da não-propositura da ação, que pode ser ajuizada mesmo sem novas provas, por qualquer legitimado. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 2004, p.177)

Dentre outros méritos, o inquérito civil carrega o trunfo de prevenir e, até mesmo, desencorajar a prática de atos ilícitos em potencial ou em andamento. Além disso, o uso dos termos de ajustamento de conduta durante o inquérito civil (art. 5º, § 6º, da LACP), com força de título executivo extrajudicial, tem o condão de fazer cessar o ato ilícito praticado.

A propósito, a observação de João Batista de Almeida, de que

[...] é maior o número de inquéritos civis, se comparado com o número de proposituras (de ações civis públicas). É que alguns (IC) são arquivados por falta de fundamentação e outros porque atingem, na via extrajudicial, o objetivo colimado, com o enquadramento à legalidade, o ajustamento de conduta e a correção de irregularidades, tornando despiendo o recurso à via judicial. (MANCUSO, 1998, p.181)

O uso consciente do inquérito civil atua diretamente na redução das lides temerárias. Por intermédio deste valioso instrumento investigatório, pode o membro do Ministério Público atuar de forma intensa na conferência da veracidade e consistência dos fatos apontados como ilícitos e danosos. Dessa forma, evita-se o risco de ajuizar-se ação coletiva manca e, logo, fadada ao insucesso.

O inquérito civil pode ser instaurado por portaria expedida pelo órgão do Ministério Público ou a partir de despacho por ele proferido em ofício, requerimento ou representação. Em ambos os casos, não é necessário que se desça a minúcias excessivas e irrelevantes da situação, bastando que haja a indicação suficientemente precisa e minuciosa quanto aos elementos básicos que integrem o fato ilícito, objeto da investigação. (MAZZILLI *in* MILARÉ, 2005, p.224-229)



Apesar da inquestionável contribuição do inquérito civil, não é ele indispensável à propositura da ação civil pública. Outras peças, que não necessariamente o inquérito civil, podem embasar o ajuizamento da ação civil.

No mesmo sentido, a abertura do inquérito é faculdade do Ministério Público, a teor do art. 8º, § 1º, da LACP, que dispõe que o MP *poderá* instaurar, sob sua presidência, inquérito civil ou requisitar de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

Quanto à natureza do inquérito civil, há quem sustente ser ele mero procedimento e há quem o classifique como processo.

Na primeira posição, desponta Hugo Nigro Mazzilli, para quem:

[...] o inquérito civil não é processo administrativo e, sim, mero procedimento; nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; nele não se criam direitos nem se impõem sanções; nele não se limitam, nem se restringem, nem se cassam direitos. Em suma, no inquérito civil não se decidem interesses; não se aplicam penalidades; ele serve apenas para colher elementos ou informações com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura ou não das ações a seu cargo. (MAZZILLI *in* MILARÉ, 2005, p.233)

Concordamos com Mazzilli, para quem o inquérito civil possui natureza jurídica de procedimento, pois, não sendo um processo que contenha um fim em si mesmo, não é contraditório, não lhe cabendo ampla defesa, uma vez que não existe tecnicamente uma acusação, nem sanções.

Para finalizar, a despeito dos incontestáveis ganhos proporcionados pelo uso do inquérito civil, instrumento relativamente novo de auxílio na promoção de ações civis públicas, este não está isento de críticas.

Registra Mazzilli que deve-se atentar para o fato de que o inquérito civil tem de ser usado com moderação e na plenitude a que se destina, pois não raro é indevidamente utilizado para investigar critérios que a lei colocou ao alvitre da esfera discricionária do administrador.

Apesar de não ser peça acusatória, não deixa o inquérito civil de desgastar a imagem dos investigados, além de correr o risco de ser palco de abusos cometidos pelo seu presidente, devendo ser usada com sensatez e razoabilidade.

Em todos os casos de abuso na instauração do inquérito civil deverá o responsável ser punido nos termos da lei.

Por outro lado, se ainda existem ajustes a serem feitos no uso do inquérito, não há como negar o fortalecimento do poder investigatório do Ministério Público em casos que estejam a reclamar sua instauração.

O *parquet* agregou mais um instrumento de aperfeiçoamento das investigações na promoção da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo-lhe facultada a apuração direta de todos os elementos que possam contribuir para uma ação civil pública segura e robusta de provas.

## 7.2 Termo de compromisso de ajustamento de conduta

Por compromisso de ajustamento, no âmbito da Lei 7.347/85, deve-se entender o ato jurídico processual ou extraprocessual em que a pessoa, física ou jurídica, que esteja a lesar os bens jurídicos tutelados por essa Lei assume perante um órgão público legitimado sua inequívoca vontade de ajustar-se às exigências estabelecidas em lei e de restabelecer o *status quo ante* afetado por ato comissivo ou omissivo considerado ilícito. (MORAES, 2005, p.607)

Remontando às origens, noticia Hugo Nigro Mazzilli que:

O primeiro precedente concreto de transação em ação civil pública de que se tem notícia, de fato já tinha ocorrido em meados da década de 80, e ficara conhecido como o caso da passarinhada do Embu. Tratava-se de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público contra um prefeito paulista que tinha oferecido a seus correligionários um churrasco de 5 mil passarinhos. O processo de conhecimento tinha terminado com condenação definitiva. No processo de execução, ainda que a lei fosse omissa sobre a matéria, sobreveio transação, endossada pelo órgão oficiante do Ministério Público e judicialmente homologada, por meio da qual, sem que se abrisse mão do direito material reconhecido na sentença, ficou ajustado que o pagamento da condenação seria feito em diversas parcelas, com juros legais e correção monetária. (In MANCUSO, 2004, p.326)

Introduzido pelo *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069/90), o termo de ajustamento, dotado de eficácia de título executivo extrajudicial, foi posteriormente inserido no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, por força do art. 113 do CDC, que dispõe que os órgãos públicos legitimados podem, mediante

cominações, tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

Quanto à eficácia de título executivo extrajudicial, importa fazer uma breve digressão sobre sua vigência no processo do trabalho.

A redação anterior do art. 876 da CLT não dava vazão à execução do compromisso de ajustamento de conduta, por falta de previsão legal, pois somente eram executáveis na Justiça do Trabalho os títulos executivos judiciais, numa tentativa tutelar do Direito do Trabalho de assegurar ao trabalhador o recebimento de seu crédito, indisponível, irrenunciável, intransferível e de caráter alimentar e existencial.

Com a superveniência da Lei 9.958, de 12.01.2000, o texto celetista do art. 876 foi modificado para incluir na execução trabalhista os títulos executivos extrajudiciais, *in verbis*:

As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha hávido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo.

Nessa seara, se antes mesmo da alteração do artigo em comento já era a Justiça do Trabalho competente para executar o termo de compromisso oriundo da relação de trabalho, a teor do art. 114 constitucional, com mais razão o será após a Lei 9.958/00, que, expressamente, incluiu o termo de ajuste como título executivo extrajudicial no art. 876 da CLT. O mesmo se aplica quanto à competência da Justiça do Trabalho para executar a multa prevista no termo de ajuste, a teor dos arts. 114 da CR/88, 83, III, e 84, II, da LOMPU. (LEITE, 2006, p.299-305)

Sob prisma diverso, diante da conjunção do art. 877-A da CLT, que não deixa dúvida de que “é competente para a execução do título executivo extrajudicial o juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria”, conjugado com o art. 2º da LACP, conclusão outra não nos resta senão a de que a competência funcional e territorial para a execução do termo de ajuste é da Vara do Trabalho do local da lesão ou da ameaça do dano a interesses metaindividuais relativos à matéria trabalhista. (LEITE, 2006, p.305)

Enfatiza-se que o compromisso de ajuste de conduta pode ser feito tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. É que, não fazendo a lei qualquer restrição, não cabe ao intérprete fazê-lo. (MORAES, 2005, p.607)

Nesse particular, o magistério de Voltaire de Lima Moraes no sentido de que será extrajudicial o compromisso quando formalizado em representação feita aos legitimados do art. 5º, § 6º, da LACP, em procedimento administrativo instaurado pelo *parquet* e nos autos do inquérito civil. Será judicial quando firmado nos autos do processo, perante o juiz da causa. (MORAES, 2005, p.607)

Uma vez firmado o ajuste no âmbito do inquérito civil ou em processo administrativo, surge como consequência jurídica o arquivamento dos instrumentos investigativos, razão pela qual deve o ajuste submeter-se à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, para que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento (art. 9º da LACP). Formalizado o ajuste perante o juiz da causa, os pressupostos legais de admissibilidade serão por ele avaliados. (MORAES, 2005, p.607-608)

Sobre a questão, assevera Mancuso: (1998, p.319-320)

Com efeito, se a promoção de arquivamento do inquérito civil deve ser 'submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público (Lei 7.347/85, art. 9º, § 3º), parece-nos que, com maior razão – e, quanto mais não fosse, por justificada cautela –, deve o promotor de justiça oficiante colher a prévia oitiva do Conselho quando se desenhe a virtualidade da transação nos autos da ação em curso; até porque, uma vez homologado, o acordo receberá a imutabilidade da coisa julgada (CPC, arts. 269, II; 584, III; 467).

Em sentido diverso aponta a Súmula de Entendimento n. 25 do Conselho Superior do MP paulista, que dispõe não haver intervenção do CSMP quando a transação for promovida por promotor de justiça no curso de ação civil pública ou coletiva.

Quanto à legitimação ativa para a formalização do ajuste de conduta, este pode ser firmado perante o Ministério Público ou os órgãos públicos legitimados. Sobre a questão, Hugo Nigro Mazzilli aponta três categorias legitimadas: a) dos legitimados incontroversos: Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses metaindividuais; b) a dos legitimados que não podem, de forma alguma, firmar o ajuste: associações civis, sindicatos e fundações

privadas; e c) a dos legitimados controversos, como as fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Quanto ao último grupo, entende o autor serem legitimados:

[...] os órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a chamada administração indireta” (autarquias, fundações públicas e empresas públicas); acrescentando que o mesmo não se aplica quanto às empresas estatais que “ajam na qualidade de exploradoras da atividade econômica [...] como é o caso das sociedades de economia mista e empresa públicas quando ajam em condições de empresas de mercado. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 2004, p.329)

O termo de compromisso de ajustamento de conduta está intimamente relacionado à questão da indisponibilidade do direito vindicado em juízo. Isso porque, em regra, o objeto da ação civil envolve interesses que se encontram esparsos por toda a coletividade, de forma indeterminada (interesses difusos) ou determinável (interesses coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos).

Como acentua Ricardo de Barros Leonel:

[...] mesmo quando caracterizados interesses patrimoniais, ao ganharem dimensão coletiva adquirem conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela. Ademais, os legitimados também não podem deles dispor por não serem titulares de tais interesses. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 2004, p.318)

Todavia, existe um espaço transacional no compromisso de ajuste de conduta que não abrange a parte substantiva da obrigação, mas somente os seus aspectos secundários, como tempo, lugar, modo e condições de cumprimento da obrigação. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 2004, p.331-332)

A propósito, observa Mancuso que:

[...] a transação possível é aquela que possa ser feita ao pressuposto de que o interesse metaindividual venha resguardado em sua parte nuclear e substancial, ou seja: que o resultado prático alcançado com o cumprimento do ajustamento de conduta coincide ou fique o mais próximo possível daquele que seria obtido com a execução forçada do julgado. (MAZZILLI *in* MANCUSO, 2004, p.331)

Atenta Bezerra Leite para o fato de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta não se confunde com a transação referendada pelo *parquet*, prevista no art. 585, II, do CPC, porquanto o objeto do primeiro é

absolutamente restritivo, o que afasta a natureza de acordo do ajuste, em vista da ausência de concessões pelo MP.

No que tange à imposição de multa, no bojo do termo de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da LACP), salienta-se que esta não constitui requisito de validade do ajuste e tampouco substitui a obrigação principal fixada no título, mormente porque “a multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico” (Súmula n. 23 do CSMP paulista).

Na ausência da multa cominatória, o juiz a fixará ao despachar a inicial, estabelecendo o seu valor por dia de atraso, no cumprimento da obrigação, e a data a partir da qual será devida (art. 645, CPC), sendo-lhe facultado, ainda, autorizar a redução do montante caso se apresente excessivo e desproporcional.

A propósito, ressalta Bezerra Leite que, em sede de ação civil pública na seara trabalhista, as multas impostas pelo juiz revertem-se para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a pedido do *parquet* trabalhista. E isso se deve especialmente pela inadequação do FAT, previsto no art. 13 da LACP, para a reparação dos danos advindos das relações de trabalho.

Sobre o tema, a análise de Ives Gandra da Silva Martins Filho: (*In* LEITE, 2006, p.293-294)

[...] No caso de defesa de interesses coletivos na área trabalhista, deve-se buscar um fundo compatível com o interesse lesado. Nesse sentido, tanto a multa prevista no termo de compromisso firmado perante o Ministério Público, quanto aquela postulada em ação civil pública, podem reverter a favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído justamente para proteger o trabalhador contra os males do desemprego.

Em verdade, o termo de ajustamento de conduta, instrumento preventivo e reparatório de lesões aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de contribuir sobremaneira para a celeridade e obtenção de um resultado prático efetivo, ainda prestigia a autocomposição das partes, tão valorizada no atual processo civil de vanguarda.

De outra feita, não há como ignorar o movimento moderno de prestígio às soluções extrajudiciais das demandas, evitando-se com isso a sobrecarga que

assola o Judiciário, a demora e os custos decorrentes do acionamento da máquina estatal, além da assunção dos riscos de um provimento jurisdicional desfavorável.

### 7.3 Tutela cautelar na ação civil pública

A questão do tempo no processo sempre foi fator de grande preocupação entre juristas e aplicadores do direito em geral. Já dizia Carnelutti que “o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.” (*In LEITE, 2006, p.256*)

O fator tempo no processo está intimamente relacionado à efetividade da tutela jurisdicional, que, por sua vez, ganha ênfase na terceira onda renovatória na busca do acesso à justiça, de Mauro Cappelletti, qual seja, a reforma interna processual e a concretização da justiça plena.

Visto sob outro prisma, não é possível falar-se em justiça plena se escapam às mãos dos destinatários da norma instrumentos aptos de proteção ao direito vindicado, cujo reclame é de urgência, sob pena da perda do direito material ameaçado ou lesado se concedido ao final de todo o trâmite processual ordinário.

Nas palavras de Cruz e Tucci “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória.” (*In FREIRE PIMENTA, 2004, p.350*)

Observam Bielsa e Graña, *in verbis*:

Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão [...]

Em suma, o resultado de um processo ‘não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar. (*In FREIRE PIMENTA, 2004, p.351*)

As opiniões acima registradas revelam em si a angústia dos estudiosos do direito em ultrapassar o problema advindo com a quantidade de ações que assolam os tribunais em geral, ocasionando a demora no trâmite processual e penalizando duplamente a parte que tem razão: penalizada, primeiro, por não ter satisfeito o direito que deveria ser cumprido espontaneamente; e, segundo, por ter que enfrentar o desgaste tanto emocional quanto econômico para demonstrar em juízo a sua razão, após um longo tempo de espera, tempo esse que nem por isso trará a certeza de vitória da demanda.

Nesta seara, a chamada “Reforma Judiciária”, implementada com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, encampou a mentalidade vanguardista de instrumentalidade do processo e sua efetividade, inserindo o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição para elevar à garantia fundamental de todos, “no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É lamentável que certos direitos, não tutelados em tempo hábil, percam sua razão de ser, desaparecendo no tempo e no espaço. Se é assim no processo individual ordinário, o que se dirá no processo relativo a direitos de dimensão coletiva, de alto relevo na sociedade? Para estes, as tutelas de urgência se apresentam como vias processuais próprias a garantir-lhes a existência. E é aí que entra o seu papel na ação civil pública.

A Lei da Ação Civil Pública prevê dois dispositivos sobre tutela cautelar. O primeiro se refere à possibilidade do ajuizamento da ação cautelar propriamente dita nos arts. 4º e 5º. O segundo dispõe sobre a concessão de mandado liminar, “com ou sem justificação prévia”, no art. 12.

Reza o art. 12 da Lei 7.347/85: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

Entendemos que o mandado liminar previsto no artigo em comento possui natureza satisfativa, antecipatória da tutela definitiva.<sup>19</sup>

Quanto à natureza jurídica do ato concessivo da liminar, não há dúvida de que se trata de decisão interlocutória, mesmo porque o próprio dispositivo já prevê

---

<sup>19</sup> Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, Nery e Nery, Carlos Henrique Bezerra Leite e Rodolfo de Camargo Mancuso.



como meio recursal o agravo, única via instrumental cível apta a ensejar a recorribilidade neste tipo de decisão.

Transladando a norma em comento para o processo do trabalho, é essencial que se façam as adaptações do processo civil ordinário para o processo trabalhista diferenciado, no qual, contrariamente ao âmbito civil, prevalece o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Neste particular, desponta o § 1º do art. 893 celetista, *in verbis*: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.”

Nesse espectro, a primeira conclusão que se retira é que as matérias oriundas de decisão interlocutória somente serão recorríveis em recurso de decisão definitiva, como o recurso ordinário. A segunda relaciona-se à prerrogativa da parte de poder impetrar mandado de segurança caso sofra violação em seu direito líquido e certo. (*In* LEITE, 2006, p.256-257)

Quanto ao enquadramento do tipo de tutela prestado na liminar, entendemos tratar-se de liminar do tipo satisfativa, e não cautelar. A diferenciação é de extrema importância, pois enquanto a segunda é dotada de uma “instrumentalidade hipotética”<sup>20</sup>, isto é, assegura-se o resultado útil do processo principal, na primeira há uma verdadeira antecipação provisória do próprio bem da vida vindicado.

Na visão de Bezerra Leite, a liminar possui caráter híbrido, pois, como tutela antecipada que é, encerra um provimento jurisdicional com eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*. Híbrido, explica o autor, porque

[...] a liminar é uma providência de cunho emergencial, expedida também (em convergência às medidas cautelares) com o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva, mas possui um caráter executivo *lato sensu* e mandamental, na medida em que há a entrega, embora precária, do bem da vida vindicado no bojo dos próprios autos do processo a que se refere. (*In* BEZERRA LEITE, 2006, p.258)

Sobre o tema, observam Nery e Nery que a liminar prevista no art. 12 da Lei 7.347/85 trata de

[...] tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

---

<sup>20</sup> Expressão de Calamandrei.

[...] Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas 'cautelares satisfativas, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. (NERY e NERY *in* MANCUSO, 2004, p.257)

No que tange ao preenchimento dos requisitos para a concessão da liminar, acordam Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Nery e Nery e Bezerra Leite que, no âmbito da ação civil pública, não é necessário para a concessão da liminar o preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 273 do CPC, bastando a existência da fumaça do bom direito e do perigo da demora do provimento jurisdicional. Isso porque existe regra expressa na LACP (art. 12) e no CDC (art. 84) no sentido de que apenas supletivamente as normas sobre a liminar serão complementadas pelas normas adjetivas do Código de Processo Civil e, ainda assim, desde que não se apresente em confronto com suas regras específicas. Nesta linha, o preenchimento do inciso II do art. 273 do CPC (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) é suficiente para ensejar a concessão da liminar antecipatória do mérito. (NERY e NERY *in* MANCUSO, 2004, p.261-262)

Em outras palavras, ao juiz é vedado exigir como condição de concessão da tutela: a) requerimento expresso do autor (*caput*); b) prova inequívoca para convencimento da verossimilhança da alegação do autor (*caput*); c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); e d) comprovação de que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 2º). (NERY e NERY *in* MANCUSO, 2004, p.262)

Ainda sobre a concessão da liminar, ensinam Nery e Nery que

[...] não há discricionariedade no ato do juiz, que deve ater-se ao comando emergencial da lei. Presentes os pressupostos não pode deixar de conceder a liminar; ausentes, deve denegá-la (Lara, *Liminares*, *passim*). A decisão, quer concessiva quer denegatória, tem de ser sempre fundamentada, sob pena de nulidade (CF, 93, IX). (NERY e NERY, 2003, p.1341)

Nos dizeres de Pontes de Miranda, a probabilidade é elemento necessário à concessão da tutela de emergência. O grau do provável é examinado pelo juiz, mas se ele mesmo tem dúvida, deve deferir o pedido de medida cautelar. (MANCUSO, 1998, p.253)

Em sendo o objeto da ação civil pública direitos transcendentais ao indivíduo de relevante conotação e repercussão social, não raro se confundindo com o próprio interesse público, deve a tutela de urgência prevista na Lei 7.347/85 primar pela obtenção da tutela específica, pois, em se tratando de direitos cuja eventual lesão é praticamente de impossível reparação, como o meio ambiente, a saúde e a vida do trabalhador, o ideal é que a atuação jurisdicional incida antes mesmo da ocorrência do evento danoso.

Sobre o tema, reproduz Mancuso as palavras de José Carlos Barbosa Moreira de que

[...] é chegada a hora de se outorgar tutela jurisdicional que supra as lacunas de uma visão puramente economicista do intercâmbio humano referindo-se ele expressamente aos “interesses coletivos ou difusos”, para concluir: Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia. (In MANCUSO, 2004, p.267-268)

Em razão da relevância dos interesses de dimensão coletiva, observa Bezerra Leite que a liminar prevista na Lei 7.347/85 pode ser concedida de ofício pelo juiz da causa, pois se esta pode ser concedida de ofício na Lei 1.533/51, que regula tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo, com muito mais razão o será na ação civil pública, cujo objeto ultrapassa a barreira do individual para atingir a esfera coletiva de proteção do interesse. (BEZERRA LEITE, 2006, p.263-264)

Diz o § 1º do art. 12 da LACP:

A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

Sobre a questão, nota-se a restrição da regra para atingir somente as pessoas jurídicas de direito público e o MP, devendo ser deferida a suspensão da liminar somente nos casos em que se demonstre que a concessão da liminar gerará

grave lesão aos bens pelos artigos enumerados, destacando caber ao requerente o ônus da prova deste fato. (NERY e NERY, 2003, p.1342)

Por último, complementa o § 2º do art. 12 da Lei 7.347/85 que a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

A multa prevista na liminar não se confunde com a multa fixada no art. 11 da LACP. A última é uma *astreinte* atrelada à sentença e tem por base coagir o réu a cumprir a obrigação específica cominada. A primeira, em sendo somente exigível após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, computa-se desde o desatendimento da liminar, iniciando-se a somatória das multas diárias, cujo montante comporá, ao final, a conta de liquidação. (MANCUSO, 2004, p.276-277)

Questão polêmica e que causa até mesmo certa indignação entre alguns juristas está relacionada a um privilégio estatal inserto no bojo da Medida Provisória 1.570/97, convertida na Lei 9.494, de 10.09.1997.

Impõe a mencionada lei a restrição na concessão de liminares contra atos do Poder Público em procedimentos cautelares e demais ações de natureza cautelar ou preventiva toda vez que providência semelhante não puder ser prestada nos mandados de segurança.

Nery e Nery, enfatizando a duvidável constitucionalidade da medida, comentam que a lei não pode impor vedações ou restrições ao mandado de segurança, cujos limites decorrem exclusivamente da Constituição, acrescentando ser ela ineficaz e inócua, porquanto se a situação de fato reclamar urgência na prestação jurisdicional, o juiz tem de conceder a liminar, sob pena de ferir de morte o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF). (NERY e NERY, 2003, p.1341)

Ademais, não se justifica o tratamento processual mais benéfico conferido à Fazenda Pública em casos que tais, preferindo o interesse da Administração à iminência de lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em verdadeira afronta ao “princípio da igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I), corolário da garantia constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*)”. (MANCUSO, 2004, p.259)

Dispõe ainda o art. 2º da Lei 9.494/97 que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas.

Sobre o assunto, nota-se que se a espera de 72 horas para a oitiva do representante do ente público se fizer à custa de ameaça ou iminência de perecimento do direito, deverá o juiz conceder a liminar *inaudita altera parte*. (NERY e NERY, 2003, p.1341) E isso se dá em razão do simples e notório fato de que, como ressaltou Lúcia Valle Figueiredo:

[...] a irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação. A volta ao statu quo ante é praticamente impossível e o fluid recovery não será suficiente a elidir o dano. Mister também salientar que os valores envolvidos na ação civil pública têm abrigo constitucional. A lesão a ditos valores será sempre irreparável (danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores histórico, turístico e paisagístico). (MANCUSO, 2004, p.258-259)

## 8 PARTICULARIDADES DA SENTENÇA, PRESCRIÇÃO, EXECUÇÃO E RECURSOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA

### 8.1 Sentença na ação civil pública trabalhista

A sentença na ação civil pública, por versar sobre interesses transindividuais de alto relevo social na comunidade, prioriza seu conteúdo cominatório/condenatório (obrigação de fazer ou não fazer), ao invés da indenização ressarcitória equivalente.

Destaca Rodolfo de Camargo Mancuso: (2004, p.342)

Assim é que o art. 3º da Lei 7.347/85, dizendo que a ação civil pública 'poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer', deve ser interpretado à luz da vocação natural dessa ação, que é o de obter a prestação específica do objeto (= a preservação do interesse metaindividual), antes que um seu sucedâneo pecuniário. Tanto assim que, havendo condenação em dinheiro, diz o art. 13 daquela lei, este reverterá a um Fundo; e, por outro lado, na disciplina das ações cominatórias, dispõe o § 1º do art. 461 do CPC: 'A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

A sentença, que esgota a função jurisdicional do juízo de 1º grau, fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16, LACP).

A determinação insculpida no art. 16 da LACP de que a sentença fará coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator é inconstitucional e ineficaz, na medida em que confunde limites subjetivos da coisa julgada com competência e jurisdição.

A LACP e o CDC formam o chamado "Sistema integrado de jurisdição civil coletiva". Apesar de dispor sobre os efeitos jurídicos da sentença na ação civil pública, o art. 16 da Lei 7.347/85 o faz de forma incompleta, sendo preciso lançar mão da norma supletiva constante do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à LACP por força de seu art. 21, para dispor de forma mais detalhada sobre o tema, *in verbis*:

Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:  
I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81(interesses difusos);  
II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81(interesses coletivos);  
III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81(interesses individuais homogêneos).  
§§ [...]

Um dos avanços inseridos na ação civil pública foi a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada para atingir a terceiros não participantes do processo que, de algum modo, são atingidos de forma favorável pelos efeitos da sentença.

A coisa julgada, ou autoridade da coisa julgada, ou, ainda, coisa julgada material, significa a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC, 467; LICC, 6º, § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475 (STF 423). (NERY e NERY, 2003, p.1347)

Destaca-se a prerrogativa conferida pelo art. 104 do CDC que, apesar de registrar que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, concede à parte o direito de requerer em trinta dias a suspensão do processo individual ajuizado sob o mesmo fundamento da ação civil pública, da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não ser beneficiado com o julgamento favorável desta última.

Nota-se que somente ocorrerá o efeito *erga omnes* da coisa julgada, decorrente da sentença, quando o pedido for julgado procedente ou improcedente por ter sido infundada a pretensão, excetuando os casos que envolvam direitos individuais homogêneos, nos quais os efeitos *erga omnes* apenas se operam quando da procedência do pedido. Sendo a improcedência por insuficiência de provas, a coisa julgada se formará segundo o resultado da lide. (NERY e NERY, 2003, p.1347-1348)

Bezerra Leite ilustra o efeito da coisa julgada segundo o tipo de interesse trabalhista envolvido em juízo.

É exemplo de ação coletiva relativa a interesse ou direito difuso trabalhista a ação civil pública ajuizada pelo MPT com o objetivo de proibir a contratação pelo

município de trabalhadores para ocupar cargos públicos sem aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 37, II, CF). Neste caso, a sentença procedente produz efeitos *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que poderá ser intentada outra ação civil pública, com base em novas provas. Se a sentença for julgada improcedente por ser infundada a pretensão, produzirá coisa julgada *erga omnes*, não se admitindo o ajuizamento de nova ação civil sob idêntico fundamento. Não haverá, em nenhum caso, prejudicialidade desses efeitos para os interesses ou direitos individuais dos integrantes da coletividade. (BEZERRA LEITE, 2006, p.270-271)

Ocorrendo o ajuizamento pelo sindicato e pelo MPT da ação civil pública, cujo objeto seja direito difuso trabalhista, repetindo idêntico pedido e causa de pedir, mostra-se inafastável a declaração de litispendência ou coisa julgada, dependendo do momento processual de ambas ações, porquanto os dois titulares da ação são substitutos processuais da coletividade. (BEZERRA LEITE, 2006, p.271)

No que tange aos interesses coletivos trabalhistas propriamente ditos, pode-se citar a ação civil pública proposta pelo *parquet* laboral contra empresa que, reincidentemente, insiste em não recolher o FGTS de seus empregados. Neste caso, a sentença favorável produzirá a coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente aos empregados da empresa. Na hipótese de improcedência do pedido, por falta de provas, qualquer legitimado poderá intentar novamente a ação com fundamento e pedido idênticos à anterior, desde que com base em nova prova. Sendo a sentença improcedente por ser infundada a pretensão, os efeitos *ultra partes* da coisa julgada só beneficiarão os autores individuais em curso que não tiverem requerido a suspensão dos processos individuais, nos termos do art. 104 do CDC. (BEZERRA LEITE, 2006, p.271-272)

Com relação aos interesses individuais homogêneos, pode o MPT, por exemplo, ajuizar ação civil pública para defender interesses de uma parcela de empregados cujo trabalho é prestado em meio ambiente insalubre, segundo perícia realizada pela autoridade administrativa. Em sendo o pedido procedente, ocorrerá o efeito *erga omnes* da coisa julgada, obedecendo à regra imposta no art. 104 do CDC, para beneficiar a tais empregados. Julgado improcedente o pedido, este não prejudica as ações trabalhistas individuais eventualmente ajuizadas, exceto quanto



aos interessados que tenham atuado como litisconsortes na ação civil pública. (BEZERRA LEITE, 2006, p.272-273)

No que tange à restrição feita pela Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, de limitar os efeitos da sentença proferida na ação civil pública proposta por entidade associativa, na defesa de interesses e direitos de seus associados, abrangendo somente os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, esta não é considerada válida pela melhor doutrina. Acresça-se, ainda, o injustificável parágrafo único, que dispõe que nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá, obrigatoriamente, estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e da indicação dos respectivos endereços.

Apesar de a questão já ter sido tratada em capítulo próprio (A contramão da história: a tentativa de legalização dos retrocessos jurídicos), registram-se as palavras de Ada Pellegrini Grinover, que revelam o sentimento de frustração diante de atitudes odiosas, como a edição da inconstitucional Medida Provisória 2.180-35, convertida na Lei 9.494/97, que coloca a ação civil pública como verdadeira *refém do autoritarismo, in verbis*:

Mais uma vez o governo serve-se do instrumento da Medida Provisória para minar todo o trabalho edificado ao longo de anos no sentido de prestigiar o momento associativo, de facilitar o acesso à justiça e de dotar o Poder Judiciário de instrumentos processuais modernos e adequados à tutela dos direitos ou interesses supraindividuais. (GRINOVER *in* MANCUSO, 2004, p.355)

Quanto à possibilidade da fixação de multa pelo juiz, dispõe o art. 11 da LACP que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

A cominação da multa diária não é sub-rogativa do cumprimento da prestação específica, mas um meio de induzir o devedor a prestar o fato devido ou de abster-

se de fazê-lo, na pressuposição de que, bem dosada a multa, o devedor ficará desestimulado a descumprir o comando sentencial. (MANCUSO, 2004, p.357)

Sobre a origem das multas, também chamadas de *astreintes*, registra Pedro da Silva Dinamarco que:

[...] foram criadas pela jurisprudência francesa no século XIX e têm a finalidade exclusivamente coercitiva, pressionando psicológica e economicamente o devedor a cumprir as obrigações de fazer ou não-fazer, sejam elas fungíveis ou infungíveis. São, portanto, meios coercitivos indiretos que exercem pressão na vontade do devedor. Não têm e não podem ter qualquer caráter de indenização ou penalidade. (DINAMARCO *in* MANCUSO, 2004, p.356-357)

Vicente Greco Filho chega a afirmar que, dada a natureza coercitiva da multa, pode ultrapassar o valor da obrigação. Todavia, reconhece que a dosagem da multa deve ser temperada com bom senso, pois a multa deve ser estipulada até certo ponto, não devendo se transformar em motivo de ruína do devedor, ainda mais porque o que se objetiva é o cumprimento específico da obrigação.

No ponto, pondera o autor:

O juiz, verificando que a multa não alcançou o seu efeito compulsivo, deve determinar a sua cessação, convertendo a obrigação pessoal em perdas e danos, que serão liquidadas na própria execução” [...] “De nada vale levar o devedor à insolvência se, insolvente, não puder atender sequer ao prejuízo real causado ao credor. Cabe ao juiz determinar o momento em que, infrutífera a multa, deva proceder-se à liquidação das perdas e danos. Isto sempre, como se disse, se o ato não puder ser praticado por terceiro. (GRECO FILHO *in* MANCUSO, 2004, p.360)

Não há dúvida sobre o caráter sancionatório-coercitivo da multa em comento, tanto assim que este entendimento foi encampado pela Súmula 23 do Conselho Superior do Ministério Público paulista, que reza que “a multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico.”

Note-se ainda que esta multa não se confunde com aquela do art. 12, § 2º da LACP, concernente às hipóteses de mandado liminar, caso em que a multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

## 8.2 Prescrição na ação civil pública trabalhista

A doutrina clássica costumava conceituar a prescrição como a perda do direito de ação. Modernamente, evoluiu no sentido de conservar a higidez do direito abstrato da parte de propor a ação, atingindo-se, com a prescrição, apenas a pretensão do direito. De toda forma, manifesta-se a prescrição pela ação do tempo que, em razão da inércia de seu agente por lapso temporal fixado em lei, perde a pretensão do direito. Em outras palavras, até quando à parte não caiba o direito, ela detém a prerrogativa de ajuizar a ação e obter uma resposta do Estado, mesmo que desfavorável, não podendo o Judiciário furtar-se à prestação jurisdicional.

Em sede doutrinária, não há um consenso sobre a questão da prescrição na ação civil pública.

Há quem defenda a imprescritibilidade dos direitos metaindividuais.<sup>21</sup> Neste sentido encontra-se Francisco Antônio de Oliveira (*Apud* SILVA, 2001, p.222), para quem:

[...] se os interesses difusos e coletivos não têm titulação definida, mas pertencem a todos, dúvida não existe de que estamos frente a um direito de interesse social e diz respeito ao povo e ao público em geral. E se assim é, premiar com o instituto da prescrição ou da decadência seria o mesmo que inverter a ordem dos valores, ou seja, premiar o interesse particular em detrimento do interesse público.

Também pela imprescritibilidade dos direitos transindividuais manifesta-se Marcello Ribeiro Silva (2001, p.221), que entende que:

[...] a ação civil pública não está sujeita ao efeito da prescrição, pois, embora os interesses transindividuais não se confundam com o interesse público em sentido estrito, não se volta, a ação, ao ressarcimento pecuniário pessoal dos titulares dos interesses difusos e coletivos, mas ao adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer, no sentido de restaurar a ordem jurídica ofendida pela conduta comissiva ou omissiva do réu.

De outro lado, há a corrente que entende estar a questão da prescrição relacionada a cada tipo de direito metaindividual, no âmbito da ação civil pública.

---

<sup>21</sup> Neste sentido, Vera Regina Loureiro Winter e Francisco Antônio de Oliveira.

Neste sentido, posiciona-se Carlos Henrique Bezerra Leite, para quem se deve perquirir, inicialmente, o tipo de interesse vindicado em juízo (BEZERRA LEITE, 2006, p.284). Assim, não incide a prescrição na ação coletiva que viabilize a pretensão difusa, dada a sua nota de indisponibilidade pelos titulares do interesse substancial posto em juízo.

Com relação aos interesses ou aos direitos coletivos propriamente ditos, a incidência da prescrição estará condicionada à aferição do caráter indisponível dos interesses materiais judicialmente deduzidos. Versando o direito sobre matéria afeta à esfera de disponibilidade patrimonial relativa de seu titular, acionável individualmente, incide a prescrição, como na hipótese de fixação em acordo coletivo de pagamento de prêmio-produção, condicionado ao alcance pelos trabalhadores de certas metas de produção. Se a pretensão é obrigar a empresa a estender o prêmio a todos os demais trabalhadores integrantes da categoria da empresa, não obstante estar-se diante de direitos coletivos e, logo, transindividuais e indivisíveis, são eles disponíveis, vez que inexiste óbice legal que impeça ao trabalhador de individualmente renunciá-lo.

O mesmo já não ocorre quanto aos interesses e direitos de caráter indisponível, como a segurança do trabalhador e o meio ambiente de trabalho, haja vista que sobre eles recai a proteção inafastável do Estado, não permitindo que o indivíduo sobre eles se disponha, mesmo que parcialmente. Sobre estes direitos não incide a prescrição, porquanto a ação do tempo não convalida a conduta lesiva de seu agente infrator.

Com relação aos interesses individuais homogêneos, a despeito do tratamento coletivo a eles dispensado, guardam natureza essencialmente individual e divisível, sendo passíveis de incidência da prescrição, pois os próprios titulares individuais podem ajuizar a demanda para a defesa particularizada de seus interesses, e a estes se aplica o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição.

Raimundo Simão de Melo entende que, na esfera dos direitos difusos e coletivos propriamente ditos, não há possibilidade de incidência da prescrição quanto às obrigações de fazer ou não fazer, inclusive com referência à reparação genérica por danos morais e/ou materiais irreparáveis, tendo em vista seu caráter indisponível, indivisível, essencial e desprovido de conteúdo econômico. Já quanto

aos direitos individuais homogêneos não se pode dizer o mesmo, que sofrem os efeitos da prescrição, nos moldes do art. 7º, XXIX da CR/88. (MELO, 2004, p.183-184)

Concordamos com os autores que defendem a imprescritibilidade dos interesses difusos e coletivos propriamente ditos quanto às obrigações de fazer ou não fazer. Com relação aos direitos individuais homogêneos, entendemos pela incidência da prescrição, a teor do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição de 1988.

### **8.3 Liquidação e execução do julgado na Justiça do Trabalho**

Conforme dispõe o art. 3º da Lei 7.347/85, a ação civil pública admite três tipos de execução: de obrigação de fazer; de obrigação de não fazer; e de obrigação de pagar.

A preferência, na ação civil pública, é pelas sentenças condenatórias/cominatórias que imponham prestações positivas ou negativas de preservação do bem jurídico difuso, coletivo ou individual homogêneo antes mesmo da ocorrência de sua lesão, eis que o bem da vida, uma vez lesado, é de reparabilidade integral quase impossível. Transitada em julgado a sentença proferida na ação civil pública, pode qualquer co-legitimado ativo promover a execução do julgado.

Bezerra Leite observa a tendência jurisprudencial majoritária no sentido de não-cabimento da execução provisória na obrigação de dar/pagar, sendo recomendável que o autor aguarde o trânsito em julgado da decisão definitiva para promover a execução. (BEZERRA LEITE, 2006, p.281)

Em sendo o pedido procedente nas ações que envolvam direitos individuais homogêneos, a condenação será genérica, fixando-se a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95, CDC).

Poderá a execução ser promovida a título coletivo ou individual. Pelo primeiro, qualquer legitimado promoverá a execução do julgado com base em certidão das sentenças de liquidação. Pelo segundo, os interessados terão o prazo de 1 (um) ano para se habilitarem na liquidação, período após o qual poderão os co-legitimados ativos promover a liquidação e a execução da indenização devida. Essa liquidação

se fará por artigos, pois deve o liquidante demonstrar o dano individualmente sofrido, o nexó etiológico entre este dano individual e o dano genérico reconhecido na sentença e o respectivo montante. (BEZERRA LEITE, 2006, p.281)

Havendo trânsito em julgado da sentença, do tipo constitutiva, o próprio tipo de provimento jurisdicional já evidencia a urgência de seu conteúdo, que deve ser cumprido imediatamente pelo responsável pela lesão, de forma específica ou *in natura*.

#### **8.4 Recursos na ação civil pública trabalhista**

Considerando que o processo do trabalho possui sistemática própria e que a ação civil pública segue o rito das ações trabalhistas, conclusão outra não resta senão a de reconhecer que somente os recursos trabalhistas possíveis de uso nas reclamações serão usados nas ações civis públicas trabalhistas.

Não só apenas os recursos trabalhistas serão utilizados na ação civil pública da competência da Justiça do Trabalho, como também os princípios atinentes a esse ramo peculiar do Direito deverão ser respeitados.

Enfatiza-se que, apesar de o Código de Processo Civil ser fonte subsidiária do direito processual trabalhista, mercê do art. 769 da CLT, esta supletividade somente ocorrerá naquilo em que não for incompatível com as normas celetistas.

Dito isso, é conclusão inarredável que o art. 12 da LACP não tem integral aplicabilidade no processo do trabalho. Reza o *caput* que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Não havendo dúvida da natureza interlocutória da decisão, pois somente o agravo é via processual recursal hábil neste tipo de decisão, e, tendo em vista que no processo do trabalho vigora o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, só passíveis de reanálise mediante interposição de recurso da decisão definitiva, a teor do art. 893, § 1º, da CLT, tem-se a inaplicabilidade da parte final do *caput* do art. 12 da LACP às ações civis públicas na seara trabalhista.

No ponto, ante a ausência de recurso imediato a impugnar a decisão interlocutória, deverá a parte, visando a elidir a preclusão (art. 795, CLT),

prequestionar a matéria mediante “protesto nos autos ou em audiência”, que será novamente aventada como preliminar do recurso ordinário. Poderá ainda a parte que se sinta prejudicada pela concessão ou não do mandado liminar, impetrar mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo, se restarem preenchidos os requisitos para tanto. (BEZERRA LEITE, 2006, p.278)

À exceção da hipótese acima, são cabíveis na ação civil pública trabalhista todos os recursos próprios do sistema celetista.

Dessa forma, o prazo recursal, em regra diverso do âmbito civil, obedecerá ao lapso temporal específico dos recursos próprios do processo do trabalho. Nessa esteira, terá o insurgente, sendo pessoa física ou jurídica de direito privado, o prazo de 8 dias para interpor recurso ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho, da decisão terminativa ou definitiva proferida na ação civil pública trabalhista. Em sendo o recorrente pessoa jurídica de direito público ou o *parquet* trabalhista, o prazo será contado em dobro, à luz do Dec-lei 779/69.

Quanto à regra do efeito meramente devolutivo dos recursos no âmbito trabalhista (art. 899, CLT), permitindo-se a execução provisória até a penhora, cabe a ponderação de Francisco Antônio de Oliveira, para quem:

O juiz poderá conferir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável à parte. A recíproca também será verdadeira. O juiz poderá negar o efeito suspensivo para evitar dano irreparável ao autor. O dano irreparável de que fala a lei não poderá ter suporte apenas em âmbito subjetivo, mas deverá apresentar fatos concretos que dêem prestígio à alegação. (*Apud* BEZERRA LEITE, 2006, p.276)

Acertada é a lição do autor, pois prevê o art. 14 da LACP a possibilidade de concessão pelo juiz de efeito suspensivo ao recurso, para evitar dano irreparável à parte, ainda mais porque o principal objetivo a ser atingido em ações que envolvam interesses metaindividuais é o restabelecimento do *status quo ante* da situação ou direito em iminência de lesão.

## 9 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo descrever, ainda que brevemente, o caminho percorrido pelo homem em sua busca da valorização pessoal como fim em si mesmo para, a partir daí, justificar a importância do respeito à dignidade humana a irradiar a razão de ser de toda a humanidade.

Da descoberta da racionalidade humana à formulação de teorias fundantes da igualdade entre todos os homens, tornou-se inquestionável que o indivíduo é digno de respeito pelo tão-só fato de pertencer à humanidade. Somente com a garantia dos direitos fundamentais é possível construir uma sociedade fundada em alicerces sólidos de democracia e pluralismo. E, nesse sentido, os odiosos acontecimentos históricos de enfraquecimento da democracia e de anulação dos direitos humanos só serviram para corroborar o fato de que a dignidade humana é, ao mesmo passo, fundamento e fim último de uma nação.

Por todos os ângulos que se analisem os direitos fundamentais, dos quais fazem parte os direitos metaindividuais, eles contribuem para a manutenção da essência e do valor do indivíduo, que não raro se perdem ou são relegados a segundo plano, em meio ao atropelamento econômico e tecnológico do qual toda a humanidade é refém.

Vistas sob o prisma processual, as ondas renovatórias de Mauro Capelletti ampliaram os horizontes do estudo sobre o acesso à justiça, levando sempre em conta como fundamento o direito do indivíduo de ser tutelado juridicamente pelo Estado. Já no tocante às dimensões de direitos, igualmente, sobreleva a notável contribuição da doutrina e jurisprudência para efetivar e ampliar o rol de direitos dos indivíduos.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, vimos que esta opera-se de forma horizontal; ou seja, os direitos fundamentais não são oponíveis somente contra o Estado (de forma vertical), mas também entre os particulares, na chamada “eficácia imediata dos direitos essenciais”.

Pormenorizando o estudo dos direitos fundamentais na seara trabalhista, não há dúvida de que os direitos dos trabalhadores são direitos sociais fundamentais, estando assegurados não apenas no art. 7º da Constituição de 1988, mas ao longo



de vários artigos espalhados por todo o corpo constitucional. Com a criação da Lei da Ação Civil Pública, o Direito do Trabalho ganha reforço na luta da defesa dos direitos transindividuais dos trabalhadores.

A idéia da efetividade da tutela jurisdicional ganha força contínua com o nascimento, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública, voltada à proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da ordem urbanística e econômica, da economia popular e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, a Lei da Ação Civil Pública vai formar o chamado “Sistema integrado de jurisdição coletiva”, responsável pela defesa e responsabilização dos bens de mais alto relevo na sociedade: os interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O procedimento da ação civil pública, na seara trabalhista, segue as peculiaridades imanentes às ações trabalhistas, principalmente quanto aos prazos, princípios e normas desta Justiça Especializada.

Diversas polêmicas envolvem temas como a legitimação na ação civil pública e sua natureza jurídica, o litisconsórcio ativo de Ministérios Públicos, a desistência da ação e a prescrição na ação civil pública.

Quanto à natureza jurídica da legitimação para o ajuizamento da ação civil pública, entendemos que a legitimidade é “autônoma para a condução do processo” e, logo, ordinária, nos casos de defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos. No que tange aos individuais homogêneos, há substituição processual e, portanto, legitimação extraordinária.

Entendemos não haver dúvida sobre a possibilidade de existência de litisconsórcio entre Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, bem como sobre a possibilidade de desistência da ação pelo *parquet*, quando existirem razões para tanto.

No que tange à prescrição, filiamo-nos àqueles que defendem a imprescritibilidade dos interesses difusos e coletivos propriamente ditos quanto às obrigações de fazer ou não fazer. Com relação aos direitos individuais homogêneos, entendemos pela incidência da prescrição, a teor do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição de 1988.

Não é nossa pretensão esgotar o debate sobre todos os temas aqui abordados, tarefa difícil, se não impossível de ser feita, pois o direito é um eterno vir a ser. Por essa razão, pontuamos apenas aqueles assuntos que nos pareceram de maior destaque, sem, contudo, diminuir a importância das matérias que, neste ensaio, não foram tratadas.

Os anteprojetos de Código para a sistematização dos Processos Coletivos, como ramo autônomo do direito processual, do qual faria parte a ação civil pública, na defesa dos direitos metaindividuais, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, ainda se encontram em fase de maturação, sendo precipitada qualquer formulação no atual momento vivido pela sociedade. Por esta razão, foram inseridos neste ensaio dois modelos de Código, somente como subsídio para fomentar o debate e o amadurecimento de um assunto tão relevante como a elaboração de um Código próprio de Processos Coletivos.

Apesar dos avanços conquistados com a promoção da ação civil pública, principalmente no que tange à efetividade da tutela jurisdicional e ao acesso à justiça dos direitos metaindividuais, a caminhada ainda é longa. O salto inicial foi dado. Agora, resta promover o aprimoramento contínuo e eterno dos institutos, mormente porque sinaliza o fortalecimento de uma sociedade democrática, plural, participativa e garantidora dos direitos fundamentais de seus indivíduos, alicerce sem o qual nenhuma nação se constrói ou se mantém viva.

**BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANAIS do VI Congresso Nacional do MP. Rev Justitia, v.131 – A: 443; RT 611:14. In MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p.148.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. In MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.173.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. In CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique In Ministério Público do Trabalho. **Doutrina, jurisprudência e prática**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006, p.199.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, Editora afiliada, 1992.

BOBBIO, Norberto. Apud PADILHA GERA, Renata Coelho. Interesses Individuais Homogêneos na Perspectiva das “Ondas” de Acesso à Justiça. In **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004. p.58.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. A teoria dos Direitos Fundamentais. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988, Reimpresso, 2002. p.26.

CARDOSO, Luciane In Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e Direitos Humanos dos trabalhadores. São Paulo: **Revista LTr**, v.67, n.08, ago. 2003, p.917-929.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil moderno**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. *In* MILARÉ, Édis, coord. **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.507-508.

FERRAJOLI *In* MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.92-93.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. *In* **Ação Civil Pública**. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.215.

FREIRE PIMENTA, José Roberto. **Direito do Trabalho**. Evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: O desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. *In* **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. Coord Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.17-32.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coord. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p.27.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p.67.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANUAL do processo de conhecimento, 2 ed., São Paulo: RT, 2003, p. 758, rodapé n.1. *In* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p. 132.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.172.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *In* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *In* **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. *In* MILARÉ, Édis. Coord. **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Raimundo Simão. **A Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004.

MINISTÉRIO Público e Ação Civil Pública. Revista de Informação Legislativa, n. 114, abr.-jun., 1992, p. 155-156. *In* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p. 169-170.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASSIF, Elaine. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho: Ementário de jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY e NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PADILHA GERA, Renata Coelho. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das "ondas" de acesso à justiça *In* **Direitos metaindividuais**. Coord. Carlos Henrique Bezerra Leite. São Paulo: LTr, 2004. p. 67-71.

PELLEGRINI, Ada. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. São Paulo: **Revista de Processo** n.101, v.26. jan/mar/2001. p.11.

REALE, Miguel. *In* MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.173.

REsp. 2.834-SP, rel. Waldemar Zveiter, DJ 27.08.1990 (O STJ e o processo civil, coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 228) *In* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p.110.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v.1, p.254. *In* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, ano 87, jan. 1998, v.747, p.95.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *In* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.167.

SARMENTO, Daniel. *In* MORAES, Carolina Souza de. Direitos Fundamentais do trabalhador e a teoria da eficácia horizontal. Disponível em: <<http://www.mundojurídico.adv.br>>. Acesso em: 15 mar 2006.

SILVA, José Afonso da. *In* MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.88.

SILVA, Marcello Ribeiro. **A Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho**. Ribeirão Preto/SP: Nacional de Direito Livraria Editora, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. *In* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Ministério Público do Trabalho**. Doutrina, jurisprudência e prática. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006, p.218-231.

SÓFOCLES, Antígona. *In* RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é Isto – O Direito do Trabalho? *In* **Direito do Trabalho**. Evolução, crise e perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p.61.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O Direito do Trabalho no limiar do século XXI. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.3, n.5 e 6, p.189, 1º e 2º semestre de 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Paineis: reflexões sobre o futuro do emprego, do trabalho e da proteção social. *In* **Fórum Internacional**. Flexibilização no Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p. 368.

VIANA, Márcio Túlio et al. **Direitos Fundamentais do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>> Acesso em: 23 jul. 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. São Paulo: **Revista de Processo** n.101, v.26. jan/mar/2001. p.11-27.

# **ANEXOS**

## ANEXO I – A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PRÁTICA TRABALHISTA

Nem sempre o que se deseja fazer acontece na prática. Para dar um tom um pouco mais realista ao presente estudo, apresentam-se relatos de um ex-procurador do Trabalho e atual juiz do Tribunal Regional da 3ª região sobre a prática da ação civil pública trabalhista.

Tendo atuado no Ministério Público do Trabalho por nove anos e estando exercendo as funções de juiz desde 31 de março de 2005, o Dr. Anemar Pereira do Amaral narra uma percepção bastante diferenciada em relação àquela geralmente associada à de um juiz e, mesmo, a do Ministério Público em termos da ação civil pública na seara trabalhista.

A visão como procurador se refere à própria forma de atuação do Ministério Público, que “busca” ampliar o seu leque de atuação, pois age como um advogado. O Ministério Público investiga mediante a requisição de documentos, não dependendo da parte que denunciou para investigar de ofício. Por meio do chamado “procedimento investigatório”, que ainda não é o inquérito, o procurador requisita documentos, abre inquérito civil público, intima testemunhas e determina sua condução, na hipótese de seu não comparecimento, faz audiências, toma depoimento do investigado, vai, ao local para tirar fotografias, leva perito, faz as investigações e realiza filmagens, podendo, até mesmo, pedir reforço policial. Naturalmente, o procurador responderá pelos excessos que cometer. Após investigar, pode chamar a empresa para fazer um acordo, o chamado “ajustamento de conduta”, que é título executivo extrajudicial, com previsão no art. 5º, § 6º, da LACP.

Já o juiz fica entre as partes, aquilatando o direito pretendido com a pretensão resistida. Nessa hora é que ele tem de definir que nem tudo o que está sendo pedido e na forma como está sendo pedida tem procedência.

Uma das vantagens de quem já atuou como procurador do Trabalho é a de possuir a facilidade para detectar casos em que é nítida a tentativa de vingança mediante algum tipo de denúncia. Existem casos em que a própria entidade sindical faz uma denúncia para forçar uma negociação coletiva.

No Tribunal, não chegam muitas ações civis públicas, propostas, em sua quase totalidade, pelo Ministério Público. E a razão de ordem prática para tanto é que mais de 70%, 80%, das denúncias são arquivadas ou encerradas por falta de provas. Além disso, a maioria esmagadora dos processos em que as investigações prosseguem encerra-se mediante termo de ajustamento de conduta.

Pode-se dizer que a ação civil pública trabalhista nasceu com a Lei Complementar 75/93 (art. 93), que é a Lei Orgânica do Ministério Público da União, ao qual pertence o Ministério Público do Trabalho. Por ser um instrumento jurídico relativamente novo, muitos juízes, sobretudo do Tribunal, tinham muita resistência à ação civil pública, mais por ignorarem o instrumento e por entenderem que as ações coletivas deviam ser propostas somente pelos sindicatos. Se até a própria questão da substituição processual teve uma evolução muito lenta, imagina-se a ação civil pública, em que muitos juízes com ela tiveram pouco contato, tendo em vista que as



ações só vêm para o Tribunal em caso de recurso, pois a competência originária é da Vara. Foi grande a contribuição do Ministério Público com relação à ação civil pública, que, com muito trabalho, seminários, artigos, debates, livros publicados com artigos de juízes e procuradores, fazendo acirrar o debate sobre o tema. Atualmente, a resistência dos juízes à ação civil pública tem sido mínima, se não inexistente.

E a mínima resistência que ainda resta se relaciona ao conceito de direito coletivo ou individual homogêneo, que pode ser um para determinado juiz e outro diferente para outro juiz. São conceitos que possuem certa carga subjetiva. Por isso, alguns entendem que o Ministério Público não tem legitimidade para pleitear certos direitos.

O objeto da ação civil pública não se confunde com o da ação sindical, de nítida substituição processual. Não faz parte do rol de pedidos permitidos na ação civil pública o requerimento de direitos individuais que o trabalhador possa pleitear individualmente. Isso o sindicato deve pleitear como substituto processual. O pedido do Ministério Público restringe-se ao cumprimento de obrigação de fazer, ou de não fazer, e à reparação pecuniária do direito lesado, que vai para um Fundo.

A ação civil pública traz em si muitos temas polêmicos, a começar do seu objeto, de subjetiva avaliação para cada juiz. Outros pontos são: os efeitos territoriais da decisão, que não se restringem ao local de prolação da sentença; e a questão igualmente polêmica concernente à seção territorial, à competência e ao limite dos efeitos da decisão.

Com relação ao uso da ação civil pública na defesa dos trabalhadores rurais, pelo menos em Minas Gerais e em algumas cidades do interior de São Paulo, na região de Campinas e São José do Rio Preto, a atuação do MPT na defesa desses trabalhadores é intensa, sobretudo no combate às cooperativas fraudulentas. Inúmeras ações civis públicas na região do Triângulo Mineiro, Patrocínio, Patos de Minas, Araxá, Unaí, Paracatu, Ubá, Varginha e Teófilo Otoni foram propostas pelo Dr. Anemar. Hoje, Minas Gerais praticamente não possui cooperativas de trabalhadores rurais, e essa atuação foi conjunta do Ministério Público do Trabalho e dos fiscais do trabalho, que fiscalizam, autuam e mandam os relatórios para o Ministério Público do Trabalho, para que tome as providências cabíveis nos casos de existência de irregularidades.

No que tange aos efeitos da prescrição na ação civil pública, que acabam por premiar o descumpridor das normas trabalhistas, relata o Dr. Anemar a sua visão de impossibilidade de comunicação da prescrição nestes tipos de ação. A seu ver, o objeto da ação civil pública não pressupõe a contagem de um prazo, porque o efeito da ação civil pública é *ex nunc*, e não *ex tunc*. A empresa quando é condenada, o é a partir do trânsito em julgado da sentença ou da assinatura do termo de compromisso. A conduta será estabelecida daquele momento em diante. A partir do trânsito em julgado é que as obrigações de fazer ou de não fazer, têm início. Por isso, entende não se poder falar de incidência da prescrição nas ações civis públicas.

Como se está a tratar da prática trabalhista, pondera-se que o trâmite das ações trabalhistas no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região é um dos mais céleres do país. Em aproximadamente 40 dias se julga, no Tribunal, uma ação relativa ao processo sumaríssimo e em 80, 90, dias, um recurso ordinário. Em Minas Gerais, também tem sido bastante satisfatório o trabalho dos fiscais do Trabalho, em

termos de resposta dos órgãos da fiscalização em termos da infringência da legislação trabalhista, apesar do contingente de fiscais do trabalho no Estado. O Ministério Público sem a parceria dos fiscais do trabalho não tem como funcionar, porque depende tanto das denúncias e das investigações quanto das futuras fiscalizações para se verificar o cumprimento, ou não, da obrigação estabelecida na sentença. E quem atua neste sentido é o fiscal do trabalho. Existe uma estatística que demonstra que se o fiscal do trabalho fosse visitar todas as empresas em Minas Gerais, passaria na empresa hoje e só conseguiria voltar àquela empresa, em seu cronograma normal, dez anos depois. Por isso, verifica-se a insuficiência do número de fiscais do trabalho em MG, considerada a extensão do território e o número de empresas. Apesar deste obstáculo, a Justiça do Trabalho de Minas Gerais, juntamente com o Ministério Público do Trabalho, continua a ser uma das mais céleres do país.

Quanto à atuação sindical nas ações civis públicas, tem-se ainda um longo caminho a percorrer. Os sindicatos praticamente não propõem ações civis públicas. Isso se deve muito à fraqueza das entidades sindicais, à falta de poder de barganha e de negociação e até ao próprio atrelamento do sindicato à taxa de contribuição obrigatória. Muitos sindicatos são descomprometidos com a categoria. O sindicato, não atuando, acaba multiplicando e potencializando aquela sensação de que a injustiça se opera com muito mais liberdade nas relações de trabalho. Acredita-se que uma reforma sindical à altura possa fortalecer e amadurecer a atuação sindical.

## ANEXO II – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

### PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

#### Capítulo I – Da tutela coletiva

**Art. 1º.** Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

**Art. 2º.** Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

#### Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

##### Seção I – Do órgão judiciário

**Art. 3º.** Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

**Redação aprovada na UNESA:** **Art. 3º.** Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

**Art. 4º.** Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

**Art. 5º.** Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

**Art. 6º.** Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

## **Seção II – Da litispendência e da continência**

**Art. 7º.** Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

## **Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa**

**Art. 8º.** Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

**Art. 9º. Legitimação ativa** São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

- I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;
- II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;
- III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;
- IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;
- V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;
- VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;
- VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;
- VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
- IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

### **Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta**

**Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

**Art.11 Inquérito civil.** O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

**Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta** O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

#### **Capítulo IV – Da postulação**

**Art. 13 Custas e honorários** Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

**Art. 14** Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

**Art. 15** Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

**Art 16** Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

**Art. 17** Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

**Art. 18** Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

### Capítulo V – Da prova

**Art. 19** Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

### Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

**Art. 20** Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

**Art. 21** Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

**Art. 22** Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.



§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

## Capítulo VII – Das obrigações específicas

**Art. 23** Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

**Art. 24** Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

**Art. 25** Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as

providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

### **Capítulo VIII – Da liquidação e da execução**

**Art. 26** Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

**Art. 27** Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

### **Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**

**Art. 28** Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a

viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

**Art. 29** Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no *caput* do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

## **PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

**Art. 30** Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

**Art. 31** Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

**Art. 32** Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

**Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais** O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

**Art. 34 Assistência** Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

**Art. 35 Efeitos da transação** As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

**Art. 36 Sentença condenatória** Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

**Art. 37** Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

**Art. 38** Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

**Art. 39** Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

**Art. 40** Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

**Art. 41** Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau

as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

### PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

**Art. 42** Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

**Art. 43** Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

**Art. 44** Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

### PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

#### Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

**Art. 45** Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

**Art. 46** Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

#### Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo

**Art. 47** Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

**Art. 48** Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

**Art. 49** Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

**Art. 50** Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

**Art. 51** Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

**Art. 52** Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

### Capítulo III – Da ação popular

**Art. 53** Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

### Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa

**Art. 54** Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

## PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 55** Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

**Art. 56** Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

**Art. 57** Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:

art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

**Art. 58** Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

**Art. 59** Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

**Art. 60** Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

Agosto de 2005.



## **ANEXO III – PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA**

Aprovado pela Comissão de Revisão:

Ada Pellegrini Grinover

- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

- Anibal Quiroga León

- Antonio Gidi

- Enrique M. Falcon

- José Luiz Vázquez Sotelo

- Kazuo Watanabe

- Ramiro Bejarano Guzmán

- Roberto Berizonce

- Sergio Artavia

Revisão da Redação: Angel Landoni Sosa

### **Capítulo I – Disposições gerais**

Art. 1º Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art 2º Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2º Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

(suprimir: d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;)

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 3º O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4o do artigo 3o.

Art. 3º Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

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

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

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

VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5º O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às

exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

## **Capítulo II – Dos provimentos jurisdicionais**

Art. 4º Efetividade da tutela jurisdicional - 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.

Art. 5º Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1º Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Par. 2º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4º Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6º Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 2º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Par. 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Par. 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 7º Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 8º Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2º O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par.3º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4º A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5º Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

### **Capítulo III – Dos processos coletivos em geral**

Art. 9º. Competência territorial - É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par.3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1o do artigo 12.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art.13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3º Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 17. Interrupção da prescrição - A citação válida para ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art.18. Efeitos da apelação – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par. 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par. 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par. 3º A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

#### **Capítulo IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos**

Art. 20. Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4o), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1º Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par. 3º O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

Artigo 26. Competência para a execução. É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

(Suprimir - Par. 2º Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.)

Art. 28. Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.



Par. 2º O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º

### **Capítulo V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada**

Art. 29. Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 30. Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Parágrafo único – Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

Art. 32. Conversão de ações individuais em ação coletiva. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes.

Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

### **Capítulo VI – Da ação coletiva passiva**

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2o do artigo 2o deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1o) e se revista de interesse social.

Art. 36 Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38 Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

### **Capítulo VII – Disposições finais**

Art. 39. Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004