

Ricardo José Macedo de Britto Pereira



AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO PROCESSO DO TRABALHO

2ª edição
revista e atualizada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

 Carreiras
Trabalhistas
Élison Miessa e Henrique Correia

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

**AÇÃO CIVIL
PÚBLICA NO
PROCESSO DO
TRABALHO**



2ª edição
revista e atualizada

2016

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Sumário • 1. Previsão normativa; 1.1. A tradição individualista na tutela dos direitos; 1.2. Surgimento e consolidação da tutela coletiva de direitos; 1.3. Impacto do Novo Código de Processo Civil na Ação Civil Pública no Processo do Trabalho – 2. Denominação – 3. Conceito; 3.1. Considerações gerais sobre o conceito de ação civil pública; 3.2. Ação civil pública como instituto jurídico; 3.3. Interesses e direitos tuteláveis pela ação civil pública – 4. Natureza jurídica.

1. PREVISÃO NORMATIVA

1.1. A tradição individualista na tutela dos direitos

Durante boa parte do século XX, nosso sistema de tutela dos direitos foi fortemente influenciado pela tradição liberal e individualista, a despeito de profundas transformações de caráter político, econômico e social. Os direitos e garantias beneficiavam indivíduos isoladamente, não se conferia espaços para estratégias de organização e ação coletiva nem se cogitava de mecanismos adequados de resolução dos conflitos coletivos, especialmente de caráter judicial. A debilidade dos organismos intermediários, em relação aos consagrados sujeitos de direito nessa concepção – indivíduo e Estado -, preservou o fosso entre os âmbitos privado e público, retardando a emergência e a afirmação de atores comprometidos com a defesa de interesses coletivos.

O Código Civil de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, tipicamente individualista e dirigido à proteção da propriedade privada e da autonomia da vontade do indivíduo, afastou qualquer resquício de tutela coletiva, ao descartar a ação popular, presente em nosso sistema jurídico há tempos, considerando

que sua origem remonta ao direito romano¹. No plano constitucional, a Constituição de 1824 já previa a ação popular no artigo 157.

A prevalência do perfil individualista, contudo, não impediu focos de coletivização, com previsão, inclusive, em textos constitucionais. O principal deles ocorreu no campo do Direito do Trabalho, com o reconhecimento dos sindicatos e das associações nos termos da lei (art. 120 da CF de 1934), bem como das convenções coletivas de trabalho por eles celebradas (art. 121, § 1º, j, CF de 1934) e, no plano judicial, o retorno da ação popular para a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados e Municípios (art. 113, 38, CF de 1934). Porém, em linhas gerais, prevalecia na Constituição de 1934 o caráter individual, como expressamente anunciado no Capítulo II do Título III, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, embora ali se localizassem os direitos de reunião e associação.

Esse quadro permaneceu por algum tempo sem alteração significativa, inclusive durante a Constituição de 1937, em que foi implantado regime de governo coletivista estatal, baseado na ideia de interesse superior da nação, que determinava e condicionava os interesses dos grupos sociais e econômicos. Aquela Constituição previa intenso controle social, mediante o repúdio aos conflitos coletivos, taxando a greve e o *lock-out* como recursos antissociais, “nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” (art. 139). Os direitos e garantias previstos eram os individuais e foi o único texto constitucional na história brasileira do século XX que não fez alusão à ação popular.

Na Constituição de 1946, no capítulo dos direitos e garantias individuais, foi inserida a previsão de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4). Esse dispositivo foi repetido na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 01, de 1969, com a mesma expressão “lesão de direito individual”. No artigo 141, § 38, assegurava-se a legitimidade de qualquer cidadão de “pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”

A Lei da Ação Popular, Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, veio dar concretude ao dispositivo constitucional, sem, porém, representar tendência de rompimento com o tradicional acesso individualizado à justiça.

O Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de dezembro de 1973, que entrou em vigor no ano seguinte, embora inovador e bastante consistente no aspecto da dogmática processual civil, foi marcadamente individualista. Como ressaltou NERY JÚNIOR:

1. DIDIER Jr., Fredie e ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4., Salvador, Juspodivm, 2007, p. 24.

Entretanto, mesmo com todo esse potencial dogmático, o CPC brasileiro é diploma exclusivamente individualista. Sua preocupação foi apenas a de encaminhar soluções para a denominada lide individual existente relativamente ao direito individual de pessoas físicas e jurídicas. A exemplo do Código Civil, lei igualmente sólida do ponto de vista dogmático, o CPC é diploma destinado a solucionar conflitos intersubjetivos.

Prova disso, é o CPC 6^o que regula a figura da legitimação extraordinária ou substituição processual: só se pode agir em juízo em nome próprio para a defesa de direito próprio. Deve haver coincidência entre legitimação de direito material e a legitimação de direito processual. O autor deve ser o titular, ou aquele que se afirma o titular do direito material que se pretende discutir em juízo.²

1.2. Surgimento e consolidação da tutela coletiva de direitos

Na década de 1970, surgem estudos doutrinários, principalmente na Itália³, que serviram de base para a adoção de um sistema judicial capaz de dar respostas adequadas aos conflitos que diziam respeito a coletividades e não a pessoas consideradas singularmente.

Esses estudos produziram eco em nossa doutrina⁴, sendo que os reflexos na legislação se iniciaram na década de 80, logo em seu início, com a aprovação de medidas de preservação do meio ambiente, mediante a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo no artigo 14, § 1^o, a ação civil para responsabilizar o poluidor pela indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de culpa, bem como a legitimidade do Ministério Público da União e dos Estados, para as ações civil e criminal, sem a previsão, porém, de um sistema processual específico compatível com o propósito de dispensar proteção a interesses e bens primordialmente coletivos. A Lei Complementar 40, de 14 de dezembro de 1981, sobre normas gerais de organização dos Ministérios Públicos estaduais, estabelecia, no artigo 3^o, III, como função institucional do Ministério Público a ação civil pública, nos termos da lei.

2. NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública no processo do trabalho*. In *Ação Civil Pública*. Lei 7.347/1985 – 15 anos depois. Coord. Édis Milaré. 2^a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 599/600 (599/622).
3. Principalmente por obra de Mauro Capelletti, Vittorio Denti e Andrea Proto Pisani. FLEURY FILHO, Luiz Antonio. “Registros históricos de uma lei com destino transcendental”. *A ação civil pública. Após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 366.
4. Por intermédio de grandes processualistas como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Junior. Didier Jr., Fredie e Zaneti Jr., Hermes. *Op. cit.*, p. 29.

O sistema processual específico de tutela coletiva veio definitivamente com a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, despontando como o primeiro e grande sinal da mudança paradigmática que, a partir daí, experimentou acentuado aprimoramento. O projeto inicial era disciplinar a ação civil pública por responsabilidade aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, incluído “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. No entanto, a expressão final entre aspas foi vetada, sob a alegação de que ela poderia comprometer a segurança jurídica.

A Constituição de 1988 é o grande divisor de águas na consagração do sistema de tutela coletiva, prevendo diversos instrumentos voltados à efetividade dos direitos em geral e rompendo definitivamente com a tradição normativa individualista, praticamente exclusivista de acesso à justiça. Os direitos fundamentais, deslocados para a parte inicial do texto, consistem em direitos e garantias não apenas individuais, mas também coletivos. Entre eles, o acesso à justiça, não mais se restringe à lesão de direito individual, sendo ampliado para qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV). O processo de coletivização dos mecanismos de resolução de conflitos está presente em diversas partes do texto constitucional, a exemplo do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

No período que se seguiu, foi intensa a produção legislativa na área dos interesses coletivos em geral. No ano de 1989, a Lei 7.853, de 24 de outubro, sobre proteção às pessoas com deficiência, instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas e a Lei 7.913, de 7 de dezembro, dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. No ano de 1990, a Lei 8.069, de 13 de julho, Estatuto da Criança e Adolescente, destinou título específico sobre o acesso à justiça, com capítulo destinado à proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos. Pouco tempo depois, a Lei 8.078, de 11 de setembro, Código de Defesa do Consumidor, também com título sobre a defesa do consumidor em juízo, incluiu, ao lado das categorias de interesses e direitos difusos e coletivos, os individuais homogêneos e a ação coletiva para a defesa destes últimos.

A Lei 8.078/1990 possui especial relevância no sistema de tutela coletiva, tendo reintroduzido a expressão “outros interesses coletivos e difusos” na Lei 7.347/1985, que havia sido vetada naquela ocasião, e integrado as disposições dessas duas leis, mediante o reenvio recíproco, para estabelecer um conjunto normativo harmônico, dispondo sobre as ações destinadas à defesa de quaisquer interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Foi vetado o artigo 89 que aplicava as normas do Título III, Da Defesa do Consumidor em Juízo, no que coubesse, a outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tal veto, porém, não surtiu qualquer efeito, considerando a mencionada alteração na Lei 7.347/1985. O importante é que, independentemente da discussão do alcance do veto, a ampliação da ação civil pública para qualquer outro interesse difuso ou coletivo já havia sido promovida pela Constituição de 1988, no artigo 129, III. Por fim, a Lei 8.078/1990 anunciou o compromisso com a tutela dos interesses e direitos ali previstos, admitindo-se todas as ações para lograr sua efetividade (art. 83).

A Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, estabeleceram as normas de organização dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, respectivamente, prevendo, de forma ampla, a instauração de inquérito civil e o ajuizamento da ação civil pública, além de diversas garantias para o exercício das funções previstas na Constituição e nas leis atribuídas a essas Instituições.

Após esse período de intensa regulamentação da Constituição para consolidar a tutela coletiva, alguns ataques foram desferidos para frear a utilização da ação civil pública. A Medida Provisória 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, convertida na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, alterou o artigo 16 da Lei 7.347/1985, para limitar os efeitos da coisa julgada *erga omnes* à competência territorial do órgão prolator da sentença, em total desprezo à técnica processual, como indicou a doutrina, ponto que será analisado em tópico próprio. A Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, incluiu o parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/1985, para excluir do âmbito da ação civil pública pretensões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias e outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Posteriormente, em prosseguimento ao processo de regulamentação do texto constitucional, foi aprovado o Estatuto do Idoso, por meio da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, atribuindo ao Ministério Público, no artigo 74, I, a competência para instaurar inquérito civil público e ajuizar ação civil pública para a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos.

Mais recentemente, a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, incluiu em suas disposições o mandado de segurança coletivo, para proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos. A Lei 12.228, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Social, alterou o artigo 13 da Lei 7.347/1985, para acrescentar o parágrafo segundo, que trata da destinação da condenação em dinheiro decorrente de dano causado por ato de discriminação étnica.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) alterou o artigo 3º da Lei 7.853/89, substituindo a expressão “ação civil pública” por “medidas judiciais”, para a defesa dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência, incluindo ao lado desses os interesses individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), embora não tenha tratado especificamente das ações coletivas, trouxe muitas inovações que terão repercussão no processo em geral.

Pode-se constatar a evolução do processo de construção normativa da tutela coletiva, que se iniciou com a Lei de Ação Civil Pública e foi incorporado e ampliado pela Constituição de 1988, convertendo-se esta na principal base do sistema. A tutela coletiva figura como elemento essencial para a Constituição assegurar a efetividade dos direitos nela previstos, mediante as transformações impostas em seu texto.

Para tanto, é necessário que essa construção normativa tenha rigorosa aplicação prática, contribuindo efetivamente para a realização dos princípios e valores constitucionais. Isso implica redistribuição de poderes em nossa sociedade, marcada por relações de forças extremamente desiguais, o que dá margem a resistências. Vez ou outra, são adotadas medidas e interpretações restritivas pontuais em razão da pressão de segmentos que sentem a investida mais dura dos efeitos da tutela coletiva. Além do mais, o desenvolvimento das ações coletivas num contexto de forte influência individualista ainda provoca receios por parte dos aplicadores do direito de conferir-lhes a amplitude necessária para que desempenhem toda a sua potencialidade.

Contudo, as posturas mais conservadoras vêm sendo removidas com o tempo, por não encontrarem qualquer respaldo nas deliberações fundamentais do poder constituinte originário. Nesse aspecto, constata-se a prevalência das normas constitucionais que consagram a opção pela tutela coletiva, o que vem proporcionando progressos significativos nessa área. Tanto é que nosso país se tornou referência internacional no âmbito da defesa em juízo dos interesses coletivos, havendo campo propício para seguir adiante.

1.3. IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO PROCESSO DO TRABALHO

Tradicionalmente, o processo em direção à autonomia do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, como o de outros ramos que se desvencilharam de sua origem, desenvolveu-se numa perspectiva horizontal. Dessa forma, para aferir a existência de características distintas, na defesa dos novos ramos, utilizavam-se como referenciais o Direito Civil e o Direito Processual Civil e adotavam-se como parâmetro disposições infraconstitucionais.

O percurso entre distanciamento ou proximidade variava de acordo com as discussões sobre a suficiência ou não da regulamentação normativa trabalhista e processual trabalhista para oferecer respostas aos conflitos nessa área.⁵

Com o advento do Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 2002, várias dúvidas surgiram em relação à aplicação de suas disposições ao ordenamento laboral. Agora, isso também se verifica com o Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 2015. Vislumbra-se campo para intensos debates sobre a incidência das novas disposições processuais civis ao processo do trabalho. A discussão provavelmente se prolongará por bastante tempo.

Nesse contexto, é inevitável a retomada de disputas interpretativas. Juntamente com a ideia de buscar maior efetividade aos direitos trabalhista, haverá propósitos de retardar a sua observância, mediante a utilização de incidentes e procedimentos até então estranhos ao processo do trabalho.

O desprendimento do processo do trabalho em relação ao processo civil, a partir de determinado momento, passou a ter implicações constitucionais que não mais podem ser desconsideradas.

A aplicação das novas disposições processuais não é condicionada apenas à constatação de omissões no processo do trabalho. Como instrumento para a efetivação dos direitos trabalhistas, ele foi constitucionalizado, de modo que essa análise deverá ser em algum momento verticalizada, levando-se em conta o texto constitucional.

Extraí-se do conjunto normativo constitucional que protege o trabalho em nossa sociedade a imposição de tutela célere e efetiva aos direitos trabalhistas. Trata-se de imperativo que não sucumbe a exigências que se baseiam apenas na segurança procedimental ou na padronização dos ritos.

O nexó entre o processo do trabalho e o processo civil é o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a aplicação subsidiária da legislação processual comum nos casos omissos, exceto no que for incompatível com as normas consolidadas que tratam do processo do trabalho.

A doutrina já vinha ampliando o conceito de casos omissos, para nele incluir a previsão que não se apresenta atual (omissão ontológica) ou não mais adequada para propiciar a tutela perseguida (omissão axiológica). Se no passado o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho serviu como cláusula de barreira para disposições de um processo comum marcado pelo caráter liberal e individualista, os avanços dos últimos tempos no processo civil, visando a tutela célere e efetiva, impõem a releitura do citado artigo 769 para, em lugar

5. Pereira, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. “Princípios do Direito Processual do Trabalho. Reflexões em face do novo Código de Processo Civil.” *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. V. 1, N. 2, Brasília, UDF, p. 169-196.

de fechamento do processo do trabalho para o processo civil, determinar sua abertura, a fim de que o processo do trabalho possa cumprir sua função de forma adequada. A tendência atual é que as disposições normativas do processo civil mais atuais ou adequadas prevaleçam em relação as do processo do trabalho⁶. O próprio artigo 769 não impediu que a jurisprudência admitisse a incidência do direito processual comum, a despeito de previsão expressa no processo do trabalho.⁷

O artigo 15 do novo Código de Processo Civil, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, facilita essa abertura, sem afetar a exigência de compatibilidade como determina o citado artigo 769. Os princípios do direito processual do trabalho seriam totalmente descaracterizados, caso se extraísse o entendimento de aplicação automática do processo civil no processo do trabalho, descurando acerca da tutela efetiva dos direitos aplicáveis às relações de trabalho. Daí que a incidência das disposições normativas do novo Código deve ser aferida em cada caso, sempre mediada pelos princípios constitucionais de proteção ao trabalho.

É necessário avaliar se a disciplina inovadora traz vantagens para a resolução do conflito submetido ao Judiciário trabalhista, em termos de celeridade e efetividade. Em caso negativo, deve permanecer a disciplina anterior.

A determinação da norma aplicável, tanto no campo do Direito do Trabalho quanto no do Processo do Trabalho, constitui uma tarefa que se localiza no campo principiológico, ou seja, sujeito a critérios de proporcionalidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A doutrina vem dando atenção aos conceitos de subsidiariedade e supletividade. Apesar de inúmeras dúvidas, parece prevalecer o entendimento de que subsidiariedade se configura pela ausência de disciplina de um instituto jurídico em sua totalidade. A supletividade se apresenta quando há disposições processuais trabalhistas disciplinando uma situação ou um instituto jurídico, mas não de forma integral, dando margem a complementação.⁸

A dificuldade em se estabelecer maior precisão se deve à tendência de confrontar supletividade a subsidiariedade, sendo que até então não havia uma

6. Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12ª. Ed. São Paulo, LTr, 2014, págs. 101 a 111.

7. Carlos Henrique Bezerra Leite, na obra citada, menciona o exemplo da Súmula 303 do TST.

8. MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 31-54; SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, *Idem*, p. 55-64.

elaboração muito rigorosa em torno do alcance da subsidiariedade prevista no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Abstrair no intuito de apresentar o conceito de normas *aplicadas supletiva e subsidiariamente*, mediante parâmetros rígidos, para examinar as possíveis implicações do alcance do artigo 15 do novo Código de Processo Civil, não parece ser a melhor opção.

De qualquer forma, é possível extrair do novo dispositivo processual civil o propósito de ampliar a incidência das disposições processuais civis ao processo do trabalho. Contudo, essa ampliação só ocorrerá se ultrapassado o teste da exigência de tutela célere e efetiva dos direitos trabalhistas. Além disso, a nova ordem processual civil prevê maior flexibilidade aos procedimentos, o que permite adaptação ao procedimento laboral para não descaracterizá-lo. Não se pode perder de vista que o “direito de ação passa a significar o direito ao uso das técnicas processuais que efetivamente permitam a obtenção da tutela do direito”.⁹

Em suma, seja em face da disciplina parcial de um determinado instituto, seja de sua ausência, as disposições processuais comuns somente terão aplicabilidade no processo do trabalho quando oferecerem justificativas em termos de efetividade e celeridade na concretização dos direitos trabalhistas.

Nesse ponto, é possível afirmar sem receio que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi revogado pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil, mas a ele se integra, de modo que a aplicação mais ampla do processo comum deverá seguir observando o condicionante da compatibilidade com os princípios do processo do trabalho.¹⁰

Como observa Cesário:

Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (e de outras disposições e microsistemas processuais, como diante se verá), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, sem nem de longe desnaturar a sua essência.¹¹

9. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo Processo Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.
10. Enquanto Edilton Meireles defende a revogação do artigo 769 da CLT, mas não admite a aplicação de norma incompatível com a parte que se pretende integrar ou complementar, “sob pena de revogar o sistema ou a regra individual mais especial (omissa ou incompleta)” Mauro Schiavi, ao contrário, entende que o artigo 15 do novo CPC não contraria os artigos 769 e 889 da CLT e que com eles se harmoniza. *Ibidem*.
11. Cesário, João Humberto. “O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do NCPC. *Revista LTr*, Vol. 79, nº 4, abril de 2015, p. 404-414.

No decorrer do presente livro, serão citados dispositivos do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), advertindo-se que a consolidação da aplicação supletiva e subsidiária das novas disposições no processo individual e coletivo trabalhista levará algum tempo e dependerá de uma construção jurisprudencial a respeito.

2. DENOMINAÇÃO

A denominação ação civil pública surgiu com a hoje revogada Lei Complementar 40/1981, Lei Orgânica do Ministério Público. Ela foi anteriormente empregada por Piero Calamandrei para designar as ações não penais promovidas pelo Ministério Público. Ou seja, o critério para a utilização dessa denominação era subjetivo e não levava em conta os interesses e direitos por ela tutelados. Sendo assim, quaisquer ações promovidas pelo Ministério Público, de caráter não penal, eram denominadas ações civis públicas¹².

Inúmeras críticas são feitas à denominação adotada na legislação e na Constituição. Em primeiro lugar, por ser inapropriada a adjetivação da ação, indicando associação do aspecto processual ao direito material. No caso, a qualificação *civil pública* não se refere sequer ao direito material. Fosse o propósito estabelecer tal associação, as ações seriam separadas de acordo com o bem tutelado: ações ambientais, consumeristas e assim por diante¹³.

A rigor, a ação civil pública seria assim denominada quando ajuizada para a defesa de interesses e direitos coletivos pelo Ministério Público e ação coletiva, para o mesmo fim, mas por legitimado diverso, o que reforçaria o caráter privativo da primeira, a despeito de instrumento similar atribuído aos demais legitimados.

Destaca MAZZILLI em relação à discutida denominação:

Em essência, a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 nada mais é que uma espécie de ação coletiva, como também o são o mandado de segurança coletivo e a ação popular.

Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de *ação civil pública*. Mas se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de *ação coletiva*. Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei n. 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma

12. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública ou ação coletiva?* In *Ação civil pública cit.*, p. 444 (441/457).

13. *Idem, ibidem*.

associação civil, um ente estatal ou o próprio Ministério Público, entre outros legitimados; será ação coletiva qualquer ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais.”¹⁴

Apesar de todas essas associações que colocam em dúvida a adequação entre a ação para a defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e sua denominação *ação civil pública*, ela consolidou-se com o tempo e retrata de forma adequada a promoção da defesa desses interesses e direitos em juízo.

O paralelo com a ação penal pública privativa do Ministério Público pode simplesmente indicar tratar-se de ação de interesse da sociedade e que pode ser precedida da prática de atos investigatórios por parte daquele ente legitimado, a fim de reforçar o convencimento e a busca por provimento adequado à satisfação das pretensões nela deduzidas. A opção pela *ação civil* é equivalente à sua exclusão do âmbito penal, aplicando-se a qualquer outro ramo do direito. O complemento “*pública*” refere-se à tutela de interesses metaindividuais, que podem ser qualificados de interesses públicos de titularidade não estatal¹⁵. O fato de não ser ação de legitimidade exclusiva do Ministério Público não compromete a utilização da denominação. Ainda que ajuizada por ente legitimado diverso, o Ministério Público possui papel de destaque nas ações civis públicas, uma vez que sua atuação é, por imposição legal, obrigatória na condição de fiscal da lei. A defesa efetiva dos interesses coletivos em juízo pressupõe conjugação de esforços e daí a previsão de legitimação concorrente, embora limitada, e, em todo e qualquer caso, com a participação do Ministério Público.

A alegação de que a denominação *ação coletiva* seria apropriada e tecnicamente poderia substituir *ação civil pública*, não se tratando rigorosamente de gênero que abarca diversas ações de natureza coletiva, é importante, na medida em que relativiza eventual propósito de vincular a denominação utilizada para limitar o alcance e os efeitos da prestação jurisdicional. Isso porque a Lei 8.078/1990, no Capítulo II, do Título III, trata das *ações coletivas* para a defesa de interesses individuais homogêneos. No artigo 91, que integra esse capítulo, há menção à propositura de *ação civil coletiva* de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos. A utilização de *ação coletiva* para os demais interesses coletivos seria mais um elemento para refutar o argumento de que os termos legais refletem duas realidades distintas: *ação civil pública*

14. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses difusos*. 18ª. ed, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 70.

15. SILVA, Marcello Ribeiro. *Ação civil pública & Processo do Trabalho*. 2a. ed., Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 24.

para os interesses difusos e coletivos (Lei 7.347/1985) e *ação coletiva* para os interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/1990). Tal diferenciação, embora corresponda à denominação utilizada pelas duas leis, não se ajusta à integração dos dois conjuntos normativos, como expressamente previsto a partir da Lei 8.078/1990. Ademais, firmou-se jurisprudência no sentido de admitir a ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, pelo fato de que as três categorias previstas, difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies do gênero coletivo¹⁶.

Sendo assim, o fato de o autor da demanda utilizar *ação civil pública* ou *ação coletiva* para denominar a ação na defesa de interesses e direitos do gênero coletivo não constitui óbice para o exame dos pedidos deduzidos na inicial, que podem referir-se a quaisquer das espécies previstas, difusos, coletivos e individuais homogêneos, isolada ou conjuntamente.

Se, pelo artigo 83 da Lei 8.078/1990, é possível valer-se de qualquer ação para a efetividade dos interesses e direitos previstos no parágrafo único do artigo 81, não faz sentido que a denominação utilizada pelo legitimado para a ação, possa acarretar, por ser considerada imprópria, efeito impeditivo ou limitador para o exame das providências requeridas na inicial.

De qualquer forma, não há motivo fundado para recusar a denominação consagrada na Constituição e nas leis. Ao contrário, por se tratar de terminologia inovadora, a *ação civil pública* simboliza adequadamente a incorporação em nosso ordenamento jurídico de instrumento inédito no enfrentamento pela sociedade, por intermédio dos entes legitimados, da macro lesão aos interesses e direitos que dizem respeito a grupos de pessoas.

3. CONCEITO

3.1. Considerações gerais sobre o conceito de ação civil pública

Os estudantes e profissionais do Direito, ao examinarem as obras doutrinárias dedicadas às diversas matérias jurídicas, costumam deparar-se, na etapa inicial de cada estudo, com conceitos jurídicos que, em geral, possuem pequenas variações de autor para autor.

16. O STF (RE 163.231, DJ 29.06.2001) admitiu a legitimidade do Ministério Público para, por meio de ação civil pública, coibir reajustes abusivos aplicados por instituição particular contra as regras estabelecidas por conselho estadual de educação. A situação foi enquadrada como correspondente a interesses individuais homogêneos. Destaca-se da ementa o seguinte trecho: “5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.”

A finalidade do conceito, no âmbito jurídico, é introduzir o estudo de fenômenos que possuem relevância nessa área do conhecimento. Os conceitos jurídicos respondem à necessidade de estabelecer uma base que será útil para a especificação de relações jurídicas, a determinação de seus sujeitos e de seu objeto, bem como a identificação das disposições que as estruturam normativamente. O conceito é a partida para as considerações teóricas e práticas sobre essa estrutura normativa, que envolvem os possíveis significados que dela se extraem, a fim de aplicar as consequências ali previstas a situações concretas.

Como tarefa inicial, o conceito não comporta análise mais aprofundada, sendo limitada a sua capacidade de oferecer noções precisas, em razão de sua inevitável generalização. Por outro lado, o conceito deve ser construído sobre premissas consistentes, para não comprometer os resultados alcançados, tanto por ocasião dos estudos teóricos, quanto das considerações acerca de sua aplicação prática.

As correntes *essencialistas* ou *ontologistas*, segundo as quais os conceitos captam e expressam o nexos existente entre o enunciado empregado e a realidade referida, já não desfrutam de primazia. O enfoque prevalecente, na atualidade, é o *convencionalista*, pelo qual o conceito jurídico põe em evidência critérios compartilhados numa comunidade linguística para sua utilização, com o fim de “lograr uma comunicação mais precisa e transparente”. O conceito sintetiza e abrevia informações sobre as condições para a aplicação das normas e das consequências nelas estabelecidas.¹⁷

O conceito de ação civil pública está ligado a outros conceitos, como o dos interesses e direitos que são por ela tutelados. A ação civil pública é identificável somente quando associada à defesa de interesses e direitos coletivos em juízo.

Antes de apresentar os elementos do conceito de ação civil pública, é importante destacar que se trata de instrumento processual que inova, ao romper com boa parte das estruturas da ação tradicional, em razão dos fins a que se destina. Esse caráter inovador deve-se fazer presente na conceituação proposta, justamente em razão de constituir fator relevante na resolução de problemas interpretativos quanto ao alcance da ação civil pública.

Enquanto na ação tradicional, conferiu-se enorme prevalência à técnica processual, na ação civil pública a ênfase recai nos resultados, sendo mais acentuado o caráter instrumental do processo coletivo neste aspecto.

O conceito de ação civil pública pode ser apresentado com o seguinte enunciado: *a ação civil pública consiste em instituto jurídico voltado para a defesa,*

17. SANCHIS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2005, p. 288/9.

em juízo, dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio de legitimados expressamente previstos, cuja ênfase recai na efetividade desses interesses e direitos, na medida em que é possível lançar mão de variadas fórmulas para se alcançar tal resultado.

3.2. Ação civil pública como instituto jurídico

A afirmação de que a ação civil pública é um instituto jurídico significa identificá-la como complexo de atos e relações jurídicas que possui relevância para a sociedade e, portanto, com tendência de permanência no tempo. Em razão disso, sua disciplina normativa é especializada, dotada de homogeneidade e autonomia, provocando grande atenção por parte da doutrina e da jurisprudência.

Há institutos jurídicos de direito material e processual seculares, mas há também os mais novos que, pela relevância e por não regularem situações momentâneas ou casuísticas, demonstram, desde o início, vocação de duração.

Os institutos jurídicos, pelas suas características, geralmente são incorporados pelas Constituições, tornando-se componentes essenciais da arquitetura constitucional, de modo que sua preservação passa a ser indispensável para assegurar os princípios constitucionais. O núcleo ou reduto do instituto não pode ser modificado pelo legislador, mas a configuração institucional concreta é atribuição legislativa, com ampla margem, uma vez que essa tarefa não é fixada de uma vez por todas, sendo necessário moldar e preservar sua imagem em termos reconhecíveis na consciência social em cada tempo e lugar¹⁸.

A contraposição entre ordem instituída e ordem espontânea chegou a desfrutar de algum prestígio em algumas teorias, como se a liberdade para inovações, essencial para as relações na sociedade democrática, somente pudesse ser alcançada em contexto desprovido de amarras institucionais. Essa ideia já não prevalece, especialmente a partir do momento em que institutos jurídicos passam a ter previsão constitucional. A Constituição assegura a inovação dos institutos jurídicos e sua adaptação às exigências do momento, sem qualquer necessidade de atuar fora de seu raio de abrangência¹⁹.

A democracia se aperfeiçoa mediante a revisão constante de suas deliberações, na medida em que não é compatível com posições definitivas e impostas que desconsideram as necessidades e os interesses do momento histórico. A

18. Extraído da Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol STC 32, de 28 de julho de 1981. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/32>, acessado em 30 de julho de 2013.

19. CIARAMELLI, Fabio. *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*. Trad. Juan-ramón Capella. Madrid, Trotta, 2009, p. 103.

sociedade não está completamente fechada no instituído porque todos os dias inova e se abre ao instituinte²⁰.

Segundo BERGER, apenas “o conceito de instituição jurídica permite absorver num mesmo complexo jurídico as múltiplas facetas de um fenômeno social, portanto conhecê-lo bem.”²¹

3.3. Interesses e direitos tuteláveis pela ação civil pública

No que se refere aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos eles serão objeto de análise mais detida em capítulo próprio, porém é necessário apresentar algumas considerações nesta parte da conceituação da ação civil pública.

Destaca-se, em primeiro lugar, que, para fins da ação civil pública, não há diferenciação entre interesses e direitos.

De acordo com a concepção clássica de direito subjetivo, atribuía-se determinada vantagem ou bem a um indivíduo que as usufruía consoante a autonomia de sua vontade. Em momento posterior, deslocou-se da vontade individual para os interesses o núcleo dos direitos, passando os ordenamentos jurídicos a garantir não só situações individualizadas, mas também interesses mais gerais, por meio de disposições objetivas, que acabavam afetando indivíduos de forma reflexa. O abandono da concepção redutora e isolacionista foi o passo para a tutela dos interesses legítimos, considerados como reflexos do interesse público na ausência de direito subjetivo, para finalmente alcançar os coletivos.

É o que estabelece a Lei 8.078/1990 ao equiparar interesses e direitos, de acordo com os elaboradores de seu anteprojeto:

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

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados com o meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza

20. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 160.

21. BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 232.

da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangendo também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional.²²

O segundo ponto a esclarecer trata do conceito de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como espécies do gênero coletivo.

Conforme disposto no artigo 81 da Lei 8.078, de 1990, a defesa coletiva em juízo será exercida quando se tratar de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, esclarecendo, no parágrafo único do mesmo artigo, que os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; que os interesses ou direitos coletivos são 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; e que os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

Portanto, o dispositivo citado prevê interesses e direitos em que seus titulares são indeterminados, determináveis ou determinados, de natureza indivisível ou divisível e coletivos ou individuais. No entanto, todos eles são espécie do gênero coletivo, de modo que há uma linha comum entre eles, pela qual em todas as espécies há algum grau, ou momento, de indeterminação e de indivisibilidade, sendo, obviamente, mais acentuado nos direitos e interesses difusos e menos, nos individuais homogêneos. Da mesma forma, há possibilidade de determinação e particularização em todos eles, evidentemente com maior intensidade nos individuais homogêneos e menor, nos difusos. Em relação aos individuais homogêneos, pode-se dizer que a situação fática é considerada em seu conjunto, em razão da origem comum, mas comporta reparação divisível e determinada.

A ação civil pública constitui, assim, resposta prevista no ordenamento jurídico para a defesa de interesses e direitos coletivos e pressupõe a percepção macro dos fenômenos, por meio da qual se busca a dimensão integral dos conflitos, das lesões, bem como dos direitos e interesses envolvidos.

A dificuldade de enquadramento em uma ou outra categoria de interesses e direitos não pode servir de obstáculo para a determinação de providências

22. GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 800/1.

necessárias à resolução de problemas que envolvem coletividades de pessoas. A tutela coletiva não comporta delimitações precisas, em razão das múltiplas possibilidades que sua consideração gera. As categorias de interesses e direitos previstas na Lei 8.078/1990 são identificadas a partir de parâmetros formais genéricos, mesmo porque não poderia o legislador estabelecer rol exaustivo para enquadramento preciso das situações concretas em cada uma delas.

Além do mais, pelo que está disposto na lei, deveria ser possível realizar o enquadramento nas categorias enumeradas, mediante análise do tipo de direito ou interesse de que se trata, ou seja, no plano do direito material. Porém, a doutrina defende que “a correta distinção entre eles depende da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir)”. Acrescenta WATANABE:

É justamente “na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses ‘coletivos’ tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível.”²³

Ou seja, prevalece o entendimento de que o enquadramento desses interesses e direitos só é possível na sua fase processual, de acordo com a providência reivindicada pelo legitimado para a ação. Evidentemente, a matéria costuma dar margem a dificuldades e intensas controvérsias, mas que não justificam o dispêndio de energia e tempo na questão formal das categorias em espécie, para colocar em plano secundário a tutela de interesses e direitos integrantes do gênero *coletivo*. Há importante precedente do Supremo Tribunal Federal em que o enquadramento da situação nas categorias previstas de interesses e direitos coletivos ocorreu de forma diversa da propugnada pela doutrina. Nele, consagrou-se a legitimidade do Ministério Público para, por meio de ação civil pública, defender interesses e direitos individuais homogêneos. Esse precedente foi determinante para romper resistências no Tribunal Superior do Trabalho em relação à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a ação civil pública²⁴.

A parte final do conceito apresentado de ação civil pública menciona *fórmulas variadas* para alcançar a efetividade dos interesses e direitos coletivos, o que

23. GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cit.*, p. 807 e 811.

24. Pela decisão citada na nota nº 07. Essa questão será aprofundada no tópico relativo à legitimidade para a ACP.

reforça a ideia primordial de resolver problemas que afetam grupos e categorias de pessoas, sem exigências de precisão quanto à forma e ao instrumento de formulação da demanda.

Acrescente-se a isso, o fato de haver legitimados concorrentes, ainda que limitados, indicando que a efetividade dos interesses e direitos coletivos não é tarefa de um único ator, mas resultado de empenho coletivo para lograr resultados concretos. Como já se fez menção, o artigo 83 da Lei 8.078/1990 estabelece que *para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*”.

4. NATUREZA JURÍDICA

A tarefa de determinar a natureza jurídica de um instituto jurídico qualquer possui extrema relevância, porém reveste-se de grande risco. Trata-se de atividade de enquadramento em categoria pré-existente, o que facilita a identificação de seu alcance e efeitos. Por outro lado, quando surgem novos instrumentos jurídicos, a doutrina, para determinar sua natureza jurídica, procede a seu enquadramento nas categorias já consolidadas, que geralmente são as de direito privado. Daí a possibilidade de equívoco de atribuir ao novo a feição e o efeito do velho, ou então ao coletivo um aspecto individual, o que impede ou retarda as mudanças previstas no ordenamento jurídico por meio dos instrumentos criados.

É fato que a ação civil pública não se ajusta às categorias preexistentes, devendo preservar seu caráter inovador. Trata-se de ação constitucional, diretamente integrada aos demais instrumentos previstos na Constituição para conferir efetividade aos direitos e garantias constitucionais e legais.

Questão abordada pela doutrina é se a natureza jurídica da Lei de Ação Civil Pública é de direito material ou processual. Não há dúvida de que a maioria das disposições da lei são de direito processual, podendo ser aí enquadradas sem maiores questionamentos.²⁵

Isso não significa que as discussões sobre a lei sejam restritas a questões de direito processual. Anteriormente, afirmou-se que a instrumentalidade do processo constituído na ação civil pública é mais acentuada no sentido de se buscar o resultado efetivo na defesa dos direitos e interesses coletivos. Ao mesmo tempo, existe uma organicidade entre o processo coletivo e os direitos e interesses coletivos, no sentido inverso ao que vinculava direito material e ação, com base na teoria imanentista.

25. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 25 e ss.