## DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO DE CIDADANIA -INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.494, DE 10-9-97

#### FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA

Juiz Presidente da 5ª Turma do Tribunal do Trabalho da 2ª Região

Seminário sobre o tema: "A antecipação de Tutela e Pedido Cautelar na Ação Civil Pública", promovido pelo Ministério Público do Trabalho - 5ª Região - Salvador/BA - dezembro/96.

## **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Do elemento complicador; 3. Da ação civil pública; 4. Do papel do Ministério Público; 5. Da coisa julgada em sede de ação civil pública; 6. Do empecilho à formação da coisa julgada; 7. Das ações cautelares; 7.1. Da cautelar em ação civil pública; 7.2. Do ajuizamento da ação principal em 30 dias art. 806, CPC; 7.3. Da cautelar de ofício; 7.4. Da prescrição e da decadência em sede cautelar na ação civil pública; 8. Da concessão de liminar; 8.1. Da concessão de liminar sem oitiva da parte em se tratando de Poder Público; 9. Da tutela antecipada; 9.1. Do cabimento; 9.2. Das peculiaridades; 9.3. Dos pressupostos; 9.4. Da tutela antecipada de ofício; 9.5. Da

execução; 9.6. Da legitimidade para a concessão da tutela; 10. Da tutela específica; 10.1. Complicador; 11. Da prescrição ou da decadência; 12. Da espécie de legitimação; 13. Da legitimação ordinária e extraordinária; 14. Da litispendência; 15. Da legitimidade ativa; 16. Da legitimação dos sindicatos; 17. Da legitimidade passiva; 18. Da competência do Ministério Público do Trabalho; 19. Do arquivamento do inquérito civil; 20. Da desistência da ação civil pública pelo Ministério Público do desistência da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho; 21. Do abandono da ação pelo sindicato; 22. Da inexistência de sindicato para determinada categoria; 23. Da competência material da Justiça do Trabalho; 24. Da competência funcional; 25. Da competência das Juntas de Conciliação e Julgamento; 26. Da composição da Junta de Conciliação e Julgamento para apreciação da ação civil pública; 27. Da conciliação na ação civil pública em sede trabalhista; 28. Da exceção de incompetência ratione loci; 29. Da competência funcional para o julgamento nos Regionais; 30. Da ação rescisória em sede de ação civil pública; 31. Das restrições impostas pela lei para tomar compromissos: 32. Da sentenca em obrigação de fazer: para tomar compromissos; 32. Da sentença em obrigação de fazer; 33. Do recurso ordinário; 34. Do agravo de instrumento; 35. Da decisão interlocutória que possa trazer dano imediato; 36. Do recurso de revista; 37. Da execução na Justiça do Trabalho; 38. Do agravo de petição em sede de ação civil pública; 39. Da desistência de recurso pelo Ministério Público ou pelo Sindicato; 40. Da alçada recursal em sede de ação civil pública; 41. Da concessão ou negativa de liminar no processo do trabalho; 42. Do conselho para gerir recursos; 43. Da ausência de coisa julgada; 44. Da ação de cumprimento em defesa de direitos individuais homogêneos; 45. Da Lei nº 9.494, de 10-09-97 e suas consequências na ação civil pública - Inconstitucionalidade; 45.1. Do poder/dever do Ministério Público; 45.2. Do estrabismo que orna o comportamento dos nossos governantes; 45.3. Da legitimação descomprometida do Ministério Público; 45.4. Da singularidade da coisa julgada em sede de ação civil pública; 45.5. Da nova redação dada ao art. 16 da Lei nº 7.347/85 (LACP); 45.6. Do objetivo indisfarçado da lei; 45.6.1. Do terceiro em relação aos efeitos da coisa julgada; 45.6.2. Da coisa julgada e a abrangência

dos danos refletidos em outras localidades; 45.7. Da inconstitucionalidade da Lei nº 9.494, de 10-9-97; 45.8. Da espécie de auto defesa adotada.

## 1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos ao tema em foco, algumas considerações se fazem necessárias para bem situarmos o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho à realidade da Ação Civil Pública.

Temos dito, sempre que oportunidade aparece, que o processo do trabalho tem vocação cosmopolita e é despido de preconceitos. Alavanca-se, sempre que possível, em busca de subsídios, tendo como única preocupação o alargamento dos horizontes trabalhistas e a adaptação das normas subsidiadas à realidade laboral. Essa busca incessante se traduz na vivificação do próprio processo do trabalho e na sua sobrevivência.

Para um processo sem preconceitos, com vocação cosmopolita, também se faz necessária a presença de Juízes despidos de preconceitos, com uma visão aguda do modelo social. Pois é o elemento social que dita regras, que transforma a realidade, que pressiona o legislador.

#### 2. DO ELEMENTO COMPLICADOR

Todavia, não se pode relegar ao oblívio um complicador constante em sede trabalhista. É que o legislador, ao formular regras civilistas, jamais se dá conta de que o Processo do Trabalho ali embebe subsídios. Isso obriga os Juízes do Trabalho a um grande esforço hermenêutico e de adaptação. São exemplos recentes a Consignação em Pagamento, a Antecipação da Tutela, a Concessão da Tutela Específica nas obrigações de fazer ou de não fazer, a Ação Monitória, etc. E a ação civil pública não foge à essa regra. Dessa forma, competirá sempre ao Juiz do Trabalho envidar esforços para a boa aplicação das regras civilistas buscadas em sede de subsídios, alargando cada vez mais a capacidade objetiva do processo laboral.

## 3. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O advento da Lei nº 7.347, de 24-7-85, muito pouco sensibilizou o Ministério Público da Justiça do Trabalho, em que pese cuidar o inc. IV de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Foi induvidosamente com o advento da nova Carta Política que o Ministério Público Trabalhista teve o seu completo engajamento, mercê do disposto no art. 129 da Constituição, inciso III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Nessa mesma esteira veio a lume a Lei Complementar nº 75 (Dispõe sobre a Organização, Atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União) que dispôs em seu art. 83, inc. III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais OS constitucionalmente garantidos.

É bem de ver que se tem no Brasil uma cultura antiga que deitou raízes profundas em solo fértil, no sentido de que a coisa pública, a res publicae, é coisa de ninguém. E nesse sentido é o comportamento da maioria dos nossos governantes que fazem do mérito administrativo (oportunidade e conveniência) uma porta larga para os mais variegados desmandos. Exemplos gritantes são a gama enorme de indústrias poluentes que matam os rios, destroem as florestas e tornam irrespirável o ar, mas que não são molestadas mercê dos impostos que carreiam para a região. Como se o pagamento de tributos operasse como espécie de salvoconduto para a destruição desenfreada.

Dentro desse quadro desolador, a ação civil pública surge como um novo alento num país que só contava à época - 1985 - com o mandado de segurança, o habeas corpus e a ação popular. Hoje, somam-se o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo.

Como bem lembra Cappelletti (apud Mazzilli, Int. Dif.): "É chegado o momento de dar voz e voto a esses interesses párias, que até agora foram esquecidos ou ignorados pela consideração

simplista de que o que pertence a todos não pertence a ninguém, e assim ninguém pode pretender a sua tutela.

#### 4. DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Entre os legitimados pela Lei nº 7.347/85 para a propositura da ação civil pública, induvidosamente o Ministério Público é aquele que terá melhores condições de bem desenvolver o mister. Não só face ao seu preparo jurídico mas também pela sua independência funcional hoje constitucionalmente garantida, art. 127, § 1°. Os entes públicos mencionados pela Lei, art. 5° - União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista, associação, podendo-se incluir o Distrito Federal e Territórios, Lei nº 7.853/89, art. 3° e Lei 8.069/90, art. 210 - exceção feita às Associações, não teriam independência política para agir. E a prática bem demonstra isso. Numa centena de ações propostas, uma (1) foi por Associação, duas (2) foram pelo Distrito Federal e o restante pelo Ministério Público.

#### 5. DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ação de contornos próprios e diferenciada da ação comum, é informada por regras que dão alento e prestigiam o mandado de segurança e a ação popular, no sentido de que não haverá a formação da coisa julgada quando a improcedência firmar residência na insuficiência probatória, art. 16, Lei nº 7.347/85.

Por outro lado, também os limites subjetivos da coisa julgada têm conotação singular, muito embora se cuidem de interesses metaindividuais sem a possibilidade de individualização; neste caso, a presença da coletividade é fato inconteste, podendo alavancar-se em maior ou menor abrangência. E, embora o dano, art. 2°, determine o local da propositura da ação e daí a competência funcional do juiz daquela base territorial para julgar a causa, não é menos verdade que o dano, regra geral, se exterioriza em círculos concêntricos indo atingir outras

localidades pelo fenômeno da difusão, v. g., derramamento de petróleo no litoral, extrapolando a própria base territorial em que teve origem o dano. Disso resulta que, a sentença proferida pelo Juiz da base territorial em que o dano teve origem lançará seus efeitos por outras localidades, nas quais os reflexos do dano se fizeram sentir também de forma danosa, numa espécie de ampliação de *jurisdictio*, indo além da competência do juiz prolator da sentença. Todavia assim não é. Em verdade, o que acontece em tais casos é o fenômeno da projeção da coisa julgada *ultra partes*. E isso se faz necessário para que outras ações civis públicas não sejam ajuizadas numa ampliação indesejada e correndo-se o risco de decisões desencontradas.

Sábia a advertência de Cappelletti (apud Mazzilli, in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo), no sentido de que nesta matéria, os tradicionais limites subjetivos e objetivos da coisa julgada caem como um castelo de cartas.

## 6. DO EMPECILHO À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Como vimos no item anterior, a ação civil pública, a exemplo da ação popular e do mandado de segurança, é informada por doutrina protetiva no sentido de que a coisa julgada não se forma sempre que a improcedência fizer suporte na ausência ou insuficiência de prova. E, nessa esteira protetiva, levando-se em conta a importância dos interesses coletivos e difusos, não se deverá permitir a formação de coisa julgada quando a parte agir dolosamente no sentido de levar o julgador a erro. Suponha-se a existência de perícia elaborada por perito peitado, cuja conclusão não prestigia a verdade e tenha passado desapercebida pelo autor e pelo juiz oficiante, desaguando na improcedência. Decorrido o prazo de dois anos, a farsa estaria referendada pelo lapso decadencial. A regra, todavia, não poderá subsistir em sede de interesses difusos ou coletivos, face à indisponibilidade de tais direitos. A realidade é prenhe de exemplos.

### 7. DAS AÇÕES CAUTELARES

## 7. 1. DA CAUTELAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dispõe o art. 4° da Lei n° 7.347/85 que: Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio-ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Incluam-se aí outros interesses difusos e coletivos, art. 129, III, CF/88.

Note-se, aqui, que o legislador nos idos de 1985 teve visão premonitória das dificuldades que avultariam no trato com a cautelar; mormente com a cautelar satisfativa, por todos condenada em razão de extrapolar ao seu leito instrumental.

Assim é que o legislador, colocando em lugar de destaque a relevância do tema que seria defendido pelo novo instrumento concebido, não teve dúvidas em dar-lhe natureza satisfativa com o escopo de evitar danos. O dano será evitado com a neutralização de ato comissivo ou com determinação que se edite um ato que a parte, poder público ou particular, recalcitra em editar.

Disso resulta que a cautelar, em sede de ação civil pública, a exemplo da ação principal, já vem prenhe de singularidades, como já vimos anteriormente, quer quanto à competência, quer quanto ao prazo e, por determinação da lei, satisfativa.

E essa singularidade não passou desapercebida por Mancuso (Ação Civil Pública, RT. 4ª ed. 1996, p. 137): Cabe ressaltar, desde logo, que o art. 4º contém uma particularidade; a cautela não é apenas preventiva, como seria curial, mas pode conter um comando, uma determinação para um non facere, ou mesmo para um facere, tudo em ordem a evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor... etc., quer dizer: a nível preventivo, já se pode obter um provimento de conteúdo executório....

Tem-se, pois, que a cautelar concebida em âmbito de ação civil pública destoa da natureza jurídica daquela concebida pelo

Código Buzaid. Enquanto aqui avulta a sua natureza instrumental e apenas de modo *usurpador* faz incursões em âmbito de direito material, a cautelar da ação civil pública já foi concebida com natureza híbrida instrumental e de antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer.

A sua natureza multifacetária melhor serviu aos objetivos da ação civil pública.

Entretanto, hoje, além da cautelar de natureza híbrida, contam os legitimados com a possibilidade de pedir a antecipação da tutela, arts. 273 e 461 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 8.952/94.

# 7.2. DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL EM 30 DIAS - ART. 806, CPC

Em se cuidando de ação civil pública em que está em jogo o direito (difuso e coletivo) da sociedade ou de parte desta, em que os direitos são indisponíveis, razão não há para a drasticidade literal da lei. A regra geral é a de que a ação cautelar deverá ser proposta no foro competente para a solução da lide. Vale dizer que o juízo competente para a ação principal também será o competente para a cautelar preparatória, já que, no que diz respeito à cautelar incidente, nenhuma dúvida poderá haver. Nesse sentido dispõe o art. 800 do CPC: As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Entendemos que o dispositivo legal, face ao princípio de utilidade da prova ou da medida requerida, cuida de regra geral, vale dizer, a cautelar preparatória há de ser proposta, sempre que possível, no juízo competente para conhecer da ação principal. Todavia, em havendo perigo da medida não atingir o seu objetivo (princípio da utilidade) por impossibilidade de propositura no juízo competente, poderá ser proposta em outro juízo, que não o da causa principal. Essa é a tendência expressa no Código Buzaid, art. 219, e que fora adotada pelo Código de 1939, art. 166, § 1°, cf. nossa obra Das Medidas Cautelares, 3ª. ed. RT., p. 43). Nesse caso, em havendo o

juiz incompetente concedido liminar, nada impede que o juiz competente a preserve ou mesmo venha a cassá-la. Em havendo mais de uma Vara Cível no local onde ocorreu o dano, aquela Vara para a qual a ação cautelar foi distribuída, estará preventa para a ação principal.

#### 7.3. DA CAUTELAR DE OFÍCIO

Exceção feita à cautelar preparatória, o julgador poderá incidentalmente tomar toda e qualquer providência para garantir a futura execução, utilizando de tais poderes de ofício, art. 798 CPC.

## 7.4. DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA EM SEDE CAUTELAR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dispõe o art. 810 do CPC que. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

A regra geral é que a decisão proferida em âmbito cautelar não produz a coisa julgada, pois sua natureza instrumental não tem qualquer influência no conteúdo da ação principal. A sua função é a de provar e prever para uma possível execução futura. A sua natureza preventiva exerce uma espécie de policiamento com o escopo de garantir que o comando abstrato de uma condenação se transforme em realidade com a entrega do bem de vida.

Todavia, em âmbito processual civil, haverá a formação da coisa julgada sempre que, através da ação cautelar, for acolhida a prescrição da ação ou a decadência do direito.

A verdade é que a inovação permitida pelo Código Buzaid de apreciar a matéria (prescrição e decadência) em âmbito cautelar investe sobre tema que só deveria ser apreciada na ação principal, segundo a totalidade dos Códigos alienígenas, sem qualquer precedente no direito pátrio. Inicialmente, contra essa inovação,

insurgiu-se Luiz Antonio Andrade (integrante da comissão revisora do Anteprojeto). E foram contra a inovação Célio Borja (na Câmara, na qualidade de relator do Projeto) e Nelson Carneiro (Senado). Para os opositores, a inovação fugia à ortodoxia posto que discute em sede cautelar matéria que pertencia à cognição da ação principal. Ponderavam que a cautelar, se preparatória, não deveria imiscuir-se em matéria que não lhe dizia respeito; se incidente, a matéria seria discutida dentro da ação principal. Em sendo preparatória, poderia o juiz negar o pedido, ou seja, poderia indeferir a providência cautelar, mas sem o efeito da coisa julgada no processo principal. E razão tinham, posto que na cautelar basta a verossimilhança (aparência do bom direito). E em tendo força de coisa julgada, a verossimilhança somente não será suficiente. Haverá, pois, uma ampla cognitio. Todavia, afinal, o Congresso optou pela inovação em homenagem ao princípio da celeridade e da economia processual. Por que se perder tempo e trabalho aguardando a propositura da ação principal, se existe a possibilidade de declarar-se a existência da prescrição ou da decadência (Francisco Antonio de Oliveira, Medidas Cautelares, p. 53).

A prescrição e a decadência não firmam residência em sede de ação civil pública, dada a indisponibilidade dos direitos (difusos e coletivos) amparados. Do que resulta que o art. 810 não tem aplicação em âmbito cautelar quando preparatória ou incidente de ação civil pública.

#### 8. DA CONCESSÃO DE LIMINAR

A concessão de liminar sem a oitiva da parte adversa constitui poder discricionário do Juiz, dentro do seu douto critério, podendo a liminar ser cassada a qualquer momento se motivos supervenientes aconselharem.

#### 8.1. DA CONCESSÃO DE LIMINAR SEM OITIVA DA PARTE EM SE TRATANDO DE PODER PÚBLICO

Em se cuidando de ação civil pública, a liminar poderá ser concedida ainda que se cuide de ato do poder público, em certos casos, mesmo sem a audiência do ente público, sendo inaplicável a Lei nº 8.437/92 de discutível constitucionalidade, art. 2°.

A defesa e responsabilidade pelos danos causados ao meioambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, que de resto envolvem interesses difusos da própria sociedade como um todo, é de valor maior, quando em confronto com a preservação de ato do poder público, que poderá ter consequências deletérias e irrecuperáveis.

#### 9. DA TUTELA ANTECIPADA

#### 9.1. DO CABIMENTO

Indiscutível, face ao que dispõe o art. 19 da Lei nº 7.347/85. Temos para nós que, ainda que não dispusesse a lei, a utilização seria inarredável tendo em conta o art. 19 da lei.

#### 9.2. DAS PECULIARIDADES

A antecipação da tutela tem por escopo antecipar o próprio mérito ainda que de forma provisória, não se confundindo com medida cautelar de natureza instrumental. Também não se confunde com o julgamento antecipado da lide, posto que este opera de forma definitiva.

#### 9.3. DOS PRESSUPOSTOS

a) verossimilhança da alegação;
b) prova inequívoca;
c) abuso de direito;
d) manifesto propósito protelatório;
e) fundado receio de dano irreparável ou de reparação difícil.

fundado receio não poderá ser meramente subjetivo, mas deverá vir escudado em suporte objetivo.

#### 9.4 DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO

Temos para nós que, em sede trabalhista e em sede de ação civil pública, face à relevância do tema, poderá o julgador, presentes os pressupostos, agir de ofício e entregar a tutela antecipada do objeto discutido, total ou parcialmente. A norma civilista deve ser adaptada à realidade trabalhista e aos interesses transindividuais, pena de não cumprir a sua finalidade.

### 9.5. DA EXECUÇÃO

Será sempre provisória.

#### 9.6. DA LEGITIMIDADE PARA A CONCESSÃO DA TUTELA

Entendemos que, em se cuidando de ação civil pública, cujos contornos refogem ao modelo da reclamatória trabalhista onde estão envolvidos empregado e empregador, razão não existe para que o colegiado se manifeste. A competência originária e funcional é do Juiz Presidente da Junta, já que não são discutidos direitos individuais entre empregado e empregador.

#### 10. DA TUTELA ESPECÍFICA

A tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, art. 461 do CPC, veio dar instrumento processual para que o Juiz pudesse agir evitando a perda de direito, com poderes para aplicar as *Astreintes* de ofício, sem prejuízo das sanções indenizatórias. Com o advento da tutela específica para as obrigações de fazer e de não fazer, não haverá mais a necessidade de utilização da

cautelar satisfativa que se traduzia numa distorção daquela medida instrumental.

#### 10.1. COMPLICADOR

A obrigação de fazer ou de não fazer não admite execução provisória, uma vez que do não cumprimento poderá resultar perdas e danos. Assim, em que pesem os poderes dados pelo legislador ao juiz da causa, através do art. 461 e §§, o sucesso estará diretamente ligado ao uso efetivo das *Astreintes*, sem qualquer gizamento a valor máximo e sem prejuízo da indenização que será devida pelos danos, porventura causados.

## 11. DA PRESCRIÇÃO OU DA DECADÊNCIA

O titular de um direito tem a faculdade de implementá-lo facultas agendi. Todavia, se alguém se opõe a esse direito, procurando impedir ou embaraçar o seu gozo, nasce actio nata para o titular o direito de ação. Em se apresentando a hipótese, surge também um interesse maior que é o social a exigir que o titular do direito use da custódia tutelar que o Estado lhe coloca à disposição. Daí a lição de Câmara Leal (in Da Prescrição e da Decadência, 4ª. ed. Ed. Forense, p. 10): É contra a inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente. Tem-se, pois, que a prescrição se volta contra a inércia do titular em mover a ação, não contra o direito em si, buscando a proteção de um bem maior que é o interesse público e social. Dentro da concepção individualista do processo, a prescrição se volta contra o indivíduo ou grupo de indivíduos determinados. Todavia, o que dizer quando se busca a proteção de interesses que pertencem a uma coletividade difusa, transindividuais, com titulares indeterminados e cujo objeto seja indivisível?

Sabe-se que os interesses difusos e coletivos estão diretamente ligados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, art. 1°, Lei n° 7.347/85, e outros interesses difusos e coletivos, art. 129, II, da CF/88, com larga abrangência por todos os seguimentos, que a defesa de tais interesses é inipostergável levando-se em conta o seu valor que vai muito além do simples interesse do indivíduo, podendo o ato de autoridade ou de particular colocar em risco objeto de inestimável valor artístico, histórico, estético, ou até mesmo provocar a destruição desenfreada, pela poluição, pela devastação de florestas, pela pesca e pela caça predatória, colocar em risco a própria sobrevivência do ser humano.

Será razoável que tais interesses que pertencem a grupos, a nações e, à vezes, à própria humanidade como um todo possa ser objeto da prescrição ou da decadência em face da inépcia daquele que estaria legitimado para defendê-los?

Não obstante a Lei nº 7.347/85, art. 5°, dê legitimação ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, inclusive ao Distrito Federal, Lei nº 8.078/90, art. 82, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou associação, a prática comprova que o ente público, na sua grande maioria, não terá interesse em ajuizar ação civil pública para a defesa de tais interesses, num país em que a res publicae sempre foi coisa de ninguém.

A União, Estados, Municípios e demais entes públicos pouco servem à causa dos interesses difusos e coletivos metaindividuais. E a prática bem demonstra esta afirmação. Num levantamento que fizemos em cem (100) ações civis públicas, duas foram ajuizadas pelo Distrito Federal, uma por associação e noventa e seis (96) pelo Ministério Público. O Poder Público, na verdade, está mais preocupado com a cobrança de impostos e menos com a poluição dos rios, devastação das florestas, depredação da caça e da pesca, fauna e flora. O pagamento de impostos pelas grandes empresas funciona ainda como espécie de salvo-conduto. E tanto isso é verdade que chegamos ao cúmulo de ter uma cidade onde crianças chegam a nascer sem o cérebro mercê da intensidade em que se permitiu a poluição do ar.

Ora, 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 que diz respeito ao povo e ao público em geral. E se assim é, premiar 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. Chegar-se-ia ao absurdo de deixar que uma região toda fosse destruída, por exemplo, sem a possibilidade de cobrar a indenização, já que o ato letal e nocivo não poderá ser desconstituído. E mais. Em não havendo interesse do Poder Público, como já vimos, o Ministério Público estará sempre muito assoberbado de trabalhos e as prescrições ocorreriam, sem que ninguém pudesse fazer nada.

A exemplo do que acontece com a coisa julgada, os interesses metaindividuais devem ter tratamento processual especial não correndo, contra tais direitos, a prescrição da ação ou a decadência do direito. Pensamento contrário será o mesmo que permitir que o escorpião, de veneno letal, pique a si mesmo.

A verdade é que o bem, objeto de proteção da ação civil pública, não tem parâmetro indenizatório em termos de patrimônio, já que não se individualiza a titularidade. E se assim é, não haverá como se aplicarem preceitos civis de proteção do patrimônio individual, pena de neutralizar-se o próprio objetivo da lei que é a proteção, preventiva ou repressiva. Preventiva em termos de não deixar que aconteça o dano e repressiva quando, causado o dano, impõe à parte ônus do restabelecimento ao *status quo* ou a indenização correspondente.

### 12. DA ESPÉCIE DE LEGITIMAÇÃO

Para Mancuso (Interesses Difusos, p. 174), observando-se mais atentamente a espécie, constata-se que, a se admitir uma tal qualificação, tornar-se-ia necessário acrescentar que se trata de legitimação anômala de tipo misto (Celso Agrícola Barbi, Comentários, v. 1 pp. 110, 111), porque as entidades nominadas no texto em questão exerceriam legitimação ordinária ( na parte

em que são portadores de um interesse próprio) e legitimação extraordinária (na parte em que agiriam como representante ou substituto dos demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos). O exemplo da ação popular não nos parece oportuno em sede de ação civil pública (José Afonso da Silva, Ação Popular Constitucional, Ed. RT. 1978, p. 182 e ss), já que a legitimação é de qualquer cidadão tendo em conta o interesse público aí aninhado.

Na esteira do raciocínio retro, em se considerando ordinária a legitimação prevista na Lei nº 7.347/85, art. 5º, inarredável também nos parece a seguinte conclusão: no caso do ajuizamento de várias ações com pedido e causa de pedir idênticos, mas por autores distintos, de conformidade com a legitimação contida no art. 5° da lei, não haveria como se objetar o prosseguimento das demais ações com suporte na litispendência nos moldes do art. 301, § 1°, do CPC. Válida aqui seria a advertência de Rodolfo de Camargo Mancuso (ob. cit. p. 176) de que é preciso ter-se trata de legitimação de interesses que se superindividuais, e, portanto, não se pode ficar adstrito a premissas e categorias jurídicas válidas para a legitimação em tema de direitos subjetivos. De tudo, o que se releva é que os interesses difusos, antes relegados ao limbo jurídico, possam encontrar no receituário processual o remédio pronto e eficaz para o seu acesso à Justiça. Entretanto, para superar-se o óbice da litispendência, haver-se-ia de criar uma figura considerando litispendência em sede de ação civil pública a coincidência apenas de pedido e causa de pedir. E isso não aberraria ao raciocínio conceitual jurídico, uma vez que a ação civil pública, para sobreviver, deve romper, em certos momentos, com o processo tradicional. Daí o incentivo de Vicenzo Vigoriti, in Interessi Collettivi e Processo, Milão, Giuffrè, 1979, p. 287, para que busquem inventiveness, e cioè coraggio e fantasia. E isso já acontece com os limites da coisa julgada quando o dano se espraia como círculos concêntricos, levando as consequências danosas para várias localidades; deverá acontecer com a prescrição e com a decadência em âmbito de ação civil pública, dada a irrenunciabilidade dos interesses difusos, com o prazo decadencial do direito de cautela previsto no art. 806 do CPC que, se admitido, poderá colocar em risco o objeto da ação principal ou mesmo tornar inócua a ação em termos preventivos.

Mas em se considerando litispendência a reprodução de ação anteriormente ajuizada e ordinária a legitimação de que fala a Lei nº 7.347/85, art. 5°, chegar-se-ia à conclusão de que tantas ações com pedido e causa de pedir idênticos poderiam ser propostas quantos fossem os legitimados. E daí a possibilidade da execução do mesmo objeto várias vezes através de ações distintas. Todavia, a lei não pode levar ao impasse.

O titular do interesse substancial é a coletividade difusa. E aquelas pessoas prestigiadas pela lei com a legitimação exercemna de forma extraordinária, na qualidade de substituto processual, art. 6°, CPC, de forma exclusiva; e exercem-na de forma concorrente em relação aos legitimados. E haverá litispendência sempre que a mesma ação for reproduzida em juízo, ainda que por legitimados distintos já que a titularidade substancial é da coletividade difusa (vide item 15).

## 13. DA LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

Na legitimação ordinária, o lesado defende o seu próprio interesse, reunindo a legitimidade processual e a substancial ad causam, na extraordinária, alguém em nome próprio defende direito de outrem, art. 6° CPC, desde que para tanto autorizado. Sua legitimação é processual. A legitimação ordinária surge quando as partes litigantes são, coincidentemente, os mesmos sujeitos da relação de direito material. Na legitimação extraordinária, não existe essa coincidência. O direito de agir é exercido por quem não é o titular do direito. Como bem dizia João Bonumá (Direito Processual Civil, 1946, p. 45, vol. 1°), o substituto é dono da ação e não do direito substancial que está em jogo, motivo pelo qual há de ser feita a distinção entre o interesse do substituído e o do substituto, que coexistam na ação. Entretanto, é importante dizer que o substituto, embora dominus da ação, não poderá praticar qualquer ato de disposição, posto que

o titular do direito material é o substituído. Não pode, pois, confessar, renunciar, transigir, etc. O direito de dispor pertence ao titular do direito substancial (substituído). A substituição poderá ser exclusiva ou concorrente no processo comum. No processo do trabalho, em primeiro grau, será sempre concorrente. Em sede coletiva, entidade sindical marca presença obrigatória pelo que se traduz em exclusiva.

#### 14. DA LITISPENDÊNCIA

Muito embora o autor na ação civil pública seja uma daquelas pessoas eleitas pela lei, art. 5°, Lei n° 7.347/85, sendo certo que a Lei n° 8.069/90, art. 210, II, incluiu o Distrito Federal e os Territórios, em verdade é que essas pessoas legitimadas legalmente não defendem interesse próprio ainda que se possa dizê-los componentes da coletividade difusa em juízo. Defendem, sim, os interesses juridicamente protegidos - direito - de uma coletividade difusa, que embora transindividual é, essa coletividade, a titular dos direitos. Disso resulta que, da propositura de duas ações com pedidos idênticos, com idênticas causas de pedir, sendo ambas titularizadas pela coletividade difusa, estar-se-á, inexoravelmente, diante da litispendência, art. 301, § 3°, CPC.

Entendimento diverso levaria ao inusitado de permitir-se, por exemplo, que ambas as ações fossem processadas e julgadas, dando-se azo à duplicidade da res judicata, com possibilidade de dúplice execução sobre o mesmo dano. E não se diga que se estaria frente à conexão, objeto e causa de pedir idênticos, e que a segunda ação deveria ser enviada ao juízo que conheceu da primeira ação em virtude da prevenção. Isso não evitaria a duplicidade de coisa julgada em favor da coletividade difusa.

O impasse que poderá advir em tais casos está a demonstrar que aquelas pessoas legitimadas pela lei, Leis n°s 7.347/85 e 8.069/90, defendem em juízo, em nome próprio, direitos de terceiros, art. 6°, CPC. E isso explica a presença da litispendência

quando mais de um legitimado propuser a mesma ação ou quando o mesmo legitimado propuser mais de uma ação idênticas.

Em sendo propostas mais de uma ação idênticas, pelo mesmo legitimado ou por legitimados distintos, a consequência será a extinção da segunda ação, sem o julgamento do mérito, art. 267, V, CPC. Mas nada impedirá que o legitimado ativo da ação extinta passe a figurar na primeira ação na qualidade de litisconsorte facultativo.

#### 15. DA LEGITIMIDADE ATIVA

Segundo o disposto no art. 5º da Lei nº 7.347/85, estão legitimados para a ação cautelar e a ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações. A Lei nº 8.069/90, art. 210, II, incluiu o Distrito Federal e os Territórios. A Lei nº 7.853/89, art. 3°, já havia incluído no rol dos legitimados também o Distrito Federal. Exigese que a associação, além de atender a regra geral imposta à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista de que seus estatutos tenham em 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, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil. No § 4º, art. 5º, dá-se ao juiz a possibilidade de dispensar o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano.

É bem de ver que quando a lei fala em *pré-constituição* di-lo em relação ao interstício mínimo exigido na Constituição, art. 5°, LXX, letra b. Não se cogita de associação sequer constituída.

Pergunta que se faz: Todos os mencionados pelo art. 5° da Lei n° 7.347/85 estariam legitimados para os interesses coletivos e difusos; e todos aqueles legitimados pelo art. 82 da Lei n° 8.078/90 estariam legitimados para a defesa dos interesses ou direitos difusos; para a defesa dos interesses ou direitos coletivos; para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos

em âmbito de Justiça do Trabalho? A resposta é não, exceção feita no que concerne à associação, como veremos na oportunidade própria.

De conformidade com o art. 83, inc. III, da Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, compete ao Ministério Público do Trabalho: promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; bem assim lhe compete a instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores, art. 84, II; e o art. 6°, inc. VII, letra d, deixou claro que compete ao Ministério Público da União, do qual é participante o Ministério Público do Trabalho, promover o inquérito civil e a ação civil pública para: outros interesses individuais indisponíveis homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Pode-se, pois, afirmar que o Ministério Público do Trabalho está legitimado para promover a abertura de inquérito civil e bem assim para ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos desde que ligados de alguma forma ao Direito do Trabalho, v.g., a defesa do meio-ambiente envolvendo empregados e empregadores; trabalhadores deficientes; depósito de fundo de garantia por tempo de serviço cuja ausência reflete diretamente na falta de moradias para os trabalhadores de baixa renda; preconceito racial na contratação de negros, amarelos, mulheres; diferenças isonômicas entre trabalhadores de sexo diversos, etc.

#### 16. DA LEGITIMAÇÃO DOS SINDICATOS

A legitimação das entidades sindicais está prevista no art. 5° da Lei n° 7.347/85, quando se refere à associação.

Dispõe o art. 8°, III, da CF/88 que ao sindicato compete a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (individuais homogêneos), inclusive em questões judiciais ou administrativas.

A defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos faz parte dos objetivos de todo e qualquer sindicato, sempre que os interesses estejam ligados à área trabalhista ou de alguma forma afete a categoria.

Assinala Mazzilli, ob. cit. pp. 95/96, que, com o advento da nova ordem constitucional, os sindicatos receberam legitimação extraordinária diretamente da própria Constituição Federal para assumir em juízo a defesa não só dos interesses individuais mas dos interesses coletivos da categoria, art. 8°, III. Desde que presente o legítimo interesse, aferível caso a caso, não se poderá afastar a possibilidade de o sindicato defender interesses metaindividuais, mesmo por meio de ação civil pública de que cuida a Lei nº 7.347/85, como nas questões relativas ao meio ambiente do trabalho, ou na defesa dos associados, enquanto consumidores, ou em outras hipóteses de interesse da categoria.

Pergunta que surge de imediato: o sindicato estaria sujeito à exigência prevista no art. 5°, inc. I, da Lei n° 7.347/85: esteja constituída (associação) há pelo menos um ano, nos termos da lei civil? A exigência para a organização sindical, entidade de classe ou associação, prevista na Constituição é de há pelo menos um ano, para a propositura de mandado de segurança coletivo.

O comando da *Lex Major* é salutar e impede que sindicatos não representativos, muitas vezes forjados com o objetivo de conseguir junto à Justiça do Trabalho a nomeação de *juízes classistas*, passem a lidar com instrumento de tal magnitude.

Temos para nós que os mesmos motivos que inspiraram o legislador constituinte ao prever a restrição servem de suporte para a aplicação do art. 5°, I, da Lei n° 7.347/85 para o ajuizamento da ação civil pública. Não se pode dar legitimidade para a defesa dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, correndo riscos de não se estar confiando na pessoa certa. Só excepcionalmente isso poderá ocorrer, § 4°, art. 5°.

Parece não ser esse o entendimento de Nelson Nery Júnior (CPC Comentado, p. 1.407, item 29) que ao falar na legitimação do sindicato não menciona a restrição: Como a CF 5°, XXI, 8° III e 114, § 1°, legitimou os sindicatos para a propositura da ação

coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais da categoria, podem eles propor qualquer tipo de ação visando à tutela daqueles direitos. Mazzilli (ob. cit. págs. 95/96, item 3) também não menciona a restrição.

Não vemos razões de ordem lógica para não aplicar em sede de ação civil pública a mesma restrição que moveu o constituinte na propositura do mandado de segurança coletivo. Ambos são remédios excepcionais.

#### 17. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

O legitimado para figurar no pólo passivo da ação civil pública, é aquele ou são aqueles que, de alguma forma, direta ou indiretamente, tenham tomado parte no ato que veio desaguar no dano. Pouco importa se teria tido ou não a intenção de causar danos, uma vez que a culpa em tais casos é objetiva.

Poderá ser pessoa física ou natural, pessoa jurídica de direito privado ou de direito público ou até mesmo entidades despersonalizadas. A União, os Estados e os Municípios são, em regra, os maiores desrespeitadores das regras ambientais, quer por omissão, quando não tomam providências contra empresas poluidoras (suspensão da atividade, cassação de autorização para funcionar, colocação de filtros) para não perderem receitas com impostos ou quando destroem diretamente o patrimônio, v.g., Sete Quedas, sob o pálio da porta larga da oportunidade e conveniência (mérito administrativo).

Também pode ser legitimado passivo aquele que tinha ou tem o dever jurídico de evitar que sobrevenha o dano (Mazzilli, ob. cit. p. 113).

Será, pois, legitimado passivo todo aquele cuja atividade se ligue ao dano advindo por algum nexo causal. Aí se junta, também, todo aquele que tenha o dever de fiscalizar e, de alguma forma, de evitar o fato danoso.

# 18. DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Dispõe o art. 83 da Lei Complementar nº 75/93 que: Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: ... III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; incumbe-lhe também instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores, art. 84, II; e o art. 6°, inc. VIII, letra d deixou claro que compete ao Ministério Público da União, do qual é parte o Ministério Público do Trabalho, promover o inquérito civil e a ação civil pública para outros interesses individuais indisponíveis e homogêneos, difusos e coletivos.

Do poder que lhe fora atribuído, pode-se afirmar que o Ministério Público do Trabalho está legitimado a instaurar inquérito civil e a promover a ação civil pública para defesa de interesses difusos, interesses coletivos e direitos individuais homogêneos sempre que a discussão envolver interesses da categoria, ligados ou não aos Direitos Trabalhistas. Essa legitimação já havia sido dada de forma genérica pelo art. 129 da Constituição de 1988, cujo inc. III deu poderes ao Ministério Público (Estadual e Federal) para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. É evidente que, em inúmeros casos, presentes os interesses de uma categoria profissional ou econômica, v.g., direito do consumidor, etc. Daí a presença inarredável do Ministério Público do Trabalho.

É bem de ver que existe uma tendência ampliativa das funções ministeriais com a inclusão pelo legislador constituinte, art. 129, III: e de outros interesses difusos e coletivos. Comando que serviu de alento para a Lei nº 8.078/90, art. 110, acrescentar o inciso VI ao art. 1º, da Lei nº 7.347/85: a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Esse comando genérico da Lei e da Constituição, em

verdade, é abrangente de todos os demais incisos do art. 1°, que permanecem apenas como explicitação expressa. Para Nelson Nery Junior (Palestra proferida perante o Ministério Público do Trabalho de São Paulo - TRT 2ª Região), cuidar-se-ia de norma genérica, abrangente dos demais itens do art. 1° da Lei n° 7.347/85, espécie de norma em branco a exemplo do que sucede com o Direito Penal. Adverte o Eminente autor que: Falar-se em taxatividade da Ação Civil Pública, hoje, é estar na contramão da História, porque o nosso sistema jurídico não se compadece dessa interpretação restritiva. Isto significa, prossegue o autor, que a atuação do Ministério Público na esfera não penal, hoje, é tão ampla que, praticamente, perdeu o sentido esse princípio da taxatividade de Ação Civil Pública.

O Ministério Público de modo geral e, em especial o Ministério Público do Trabalho, deverá estar mais do que atento todo o tempo para bem cumprir a missão institucional que lhe foi imposta, buscando nos acontecimentos diários subsídios para a instauração de inquérito civil e o ajuizamento da ação civil pública. Somente com essa vigilância, sem tréguas, levará a bom norte a sua função de verdadeiro *tutor* dos interesses difusos e coletivos.

### 19. DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL

O Ministério Público tem legitimidade para a instauração do inquérito civil onde buscará subsídios probatórios necessários ao ajuizamento da ação civil pública para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Atua como diretor do procedimento e responsável pelos seus próprios atos.

Isso não significa, entretanto, que após a instauração do inquérito esteja obrigado a promover o ajuizamento da ação civil pública. Também não significa que tenha poderes de arbítrio. O seu poder é discricionário vigiado. Vale dizer que, em se apresentando a hipótese, o ajuizamento da ação será obrigatório. Todavia, se da análise do conjunto probatório recolhido não se convencer o órgão ministerial da existência de ilicitude ou de

dano, de que o ato seja contrário à lei, etc., não haverá por que ajuizar uma ação que somente causará perda de tempo, dinheiro para os cofres públicos e aborrecimentos para o réu, podendo, em certos casos, configurar a litigância de má fé.

Mas sábia foi a lei ao não deixar a decisão nas mãos de um único componente do Ministério Público, em que pese o seu preparo intelectual jurídico e a sua independência funcional. É que a análise de convencimento em tais casos, embora calcada em fatos objetivos, terá muito de subjetividade. Daí a obrigatoriedade de remessa a um órgão colegiado. No caso de arquivamento do inquérito, deverá o órgão ministerial fundamentar de forma substanciosa os motivos que levaram ao não convencimento para o ajuizamento da ação. Os autos do inquérito ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, art. 9°, § 1°, Lei n° 7.347/85, ou Câmara de Coordenação e Revisão, Resolução n° 24, de 24-2-97, do Ministério Público do Trabalho.

#### 20. DA DESISTÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Em havendo desistência pelo Ministério Público, não mais haverá controle previsto no art. 9°, § 2° da Lei n° 7.347/85 pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho e pela Câmara de Coordenação e Revisão. É que esse Conselho ou a Câmara somente poderá opinar quando em andamento o inquérito civil, procedimento *interna corporis*, portanto. Depois da propositura da ação, o Ministério Público poderá dela desistir. O juiz da causa poderá homologar ou não a desistência. Se o juiz não concordar com o arquivamento, poderá usar da prerrogativa do art. 28 do Código de Processo Penal, por alento analógico. Esse também é o entendimento de Nelson Nery Junior, *CPC Comentado*, p. 1418, item 26: Caso o juiz não concorde com a designação da ACP pelo MP, aplica-se analogicamente o CPP 28. O magistrado então remeterá os autos ao PGJ que insistirá na desistência ou designará outro órgão do MP para assumir a

titularidade ativa da ACP. Em sede trabalhista, os autos serão remetidos ao Procurador-Geral do Trabalho.

Entretanto, é de anotar que, noutra direção, é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli (ob. cit. p. 131): Nesses raros casos de desistência, novamente por analogia do art. 9º da Lei nº 7.347/85, o órgão ministerial deverá manifestar-se fundamentadamente, requerendo a remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para a ratificação ou reforma de sua promoção ou de desistência. Nesse último caso, será designado outro órgão para prosseguir no feito. A razão da analogia é simples: se para menos (não propor a ação) deve-se obter a ratificação do Conselho em proveito da própria eficácia da promoção do órgão ministerial de execução de primeiro grau, com maior razão se deve obtê-la para o mais (desistência em ação já proposta).

Temos para nós que, embora válida a preocupação do Eminente autor, não se pode deixar de reconhecer que se cuidam de momentos diversos: o inquérito está sob a égide da *interna corporis*, enquanto a ação civil pública já se mantém em sede jurisdicional, o que retiraria a competência do Conselho Superior do Ministério Público e da Câmara de Coordenação e Revisão, por ausência de competência funcional, já que esta, por alento analógico do art. 28 do Código de Processo Penal, é do Procurador Geral da Justiça e da Procuradoria da Justiça do Trabalho. Parece-nos que essa submissão ao Conselho Superior e não ao Procurador-Geral da Justiça ou Procuradoria da Justiça do Trabalho (órgão superior na hierarquia funcional) malferiria também o princípio da independência funcional.

### 21. DO ABANDONO DA AÇÃO PELO SINDICATO

Prevê a Lei nº 7.347/85, art. 5°, § 3°, que Em caso de desistência infundada ou abandono da associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Pela simples leitura da lei, verifica-se imediatamente que existe um estrabismo cristalizado na visão do legislador. Vale dizer que ao legislar, exceção feita ao tema específico, jamais lhe ocorre que a legislação poderá servir aos fins trabalhistas.

Em se adaptando a norma à realidade trabalhista, em havendo abandono ou desistência da ação civil pública pelo sindicato, o órgão do Ministério Público do Trabalho deverá imediatamente assumir a titularidade da ação, somando aí a função de autor e de fiscal da lei

#### 22. DA INEXISTÊNCIA DE SINDICATO PARA DETERMINADA CATEGORIA

Embora difícil, a hipótese não é de toda impossível ocorrer. E em se apresentando, deverá o Ministério Público do Trabalho assumir a titularidade para o ajuizamento da ação civil pública.

## 23. DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho tem competência material para conhecer, instruir e julgar ação civil pública que persiga a defesa de interesses metaindividuais em que estejam envolvidos trabalhadores e/ou empregadores, suas respectivas categorias, estejam esses interesses ligados ou não ao Direito do Trabalho, v.g., direito do consumidor.

É interessante notar que a competência da Justiça do Trabalho em sede de ação civil pública veio por via transversa, já que o art. 114 da Constituição nada registra para a espécie, fazendo-o a Lei Complementar nº 75/93, art. 83, inc. III. É bem verdade que essa competência de alguma forma já se fazia presente no art. 129, III, CF/88, na parte in fine: de outros interesses difusos e coletivos.

#### 24. DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Inicialmente, poder-se-ia pensar em distribuir essa competência em face da própria estrutura da Justiça do Trabalho. Vale dizer que aquele ato, fato e/ou dano que estejam circunscritos à base territorial de uma Junta de Conciliação e Julgamento seria julgado por aquela Junta; se a discussão trazida pela ação civil pública extrapola a base territorial de uma Junta, a competência seria do Tribunal Regional que congrega as Juntas daquela Região; e se os acontecimentos que deram alento à ação civil pública extrapolam a base territorial de um Regional, a competência seria do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, o raciocínio assim formulado é próprio dos direitos individuais, embora o Poder Normativo da Justiça do Trabalho formule regras abstratas que serão depois transformadas em realidade através da ação de cumprimento.

Todavia, não se deve perder de vista que a ação civil pública defende interesses, difusos e coletivos, de um conglomerado de pessoas indetermináveis. Daí resulta que não se poderá falar em base territorial para a propositura da ação. Ciente dessa dificuldade, o legislador elegeu como fator determinante da competência o local onde ocorrer o dano, art. 2°, da Lei n° 7.347/85.

O procedimento previsto para a ação civil pública rompe fronteiras, desafia conceitos, insinua-se de forma irreverente e vai pouco a pouco construindo o seu *iter*.

O procedimento secular construído para a defesa dos direitos individuais nem sempre se mostra útil ou suficiente para atender aos reclamos dos direitos transindividuais. Daí a necessidade da sua adaptação, do alargamento de conceitos para a proteção dos interesses coletivos do homem socialmente engajado.

De tudo isso também resulta que o procedimento em sede trabalhista deverá ser desmistificado, embebendo e assimilando conceitos já formados e em formação em âmbito de ação civil pública. Só assim é que poderão os órgãos judicantes da Justiça do Trabalho cumprir a sua tarefa em prol dos direitos

metaindividuais, individuais homogêneos, extrapolando, assim, âmbito, egoístico, individual.

Não se pode negar, entretanto, que a Justiça do Trabalho não tem nenhuma tradição em termos de ação civil pública já que a matéria há pouco tempo vem sendo discutida.

E, tendo em realce a realidade trabalhista e a diferença estrutural que rege o procedimento trabalhista e o civil, v.g., o que sucede com o mandado de segurança, o habeas corpus, a ação anulatória de cláusula de acordo e convenção coletiva, nada impede que a competência funcional em sede de ação civil pública venha a ser dos Tribunais Regionais com possibilidade de recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho. Esse procedimento teria a vantagem de excluir uma instância e, conseqüentemente, um recurso. Esse se nos afigura o melhor direcionamento competencial funcional, levando-se em conta o efeito ultra partes e erga omnes da coisa julgada. E naquele caso em que os efeitos ou possíveis conseqüências danosos extrapolarem à base territorial do Regional, a competência seria do Tribunal Superior do Trabalho.

Poder-se-ia, ainda, dar às Juntas a competência funcional para aquelas ações civis públicas cujos efeitos não extrapolassem a sua base territorial. Entretanto, o fato danoso, v.g., derramamento de petróleo no mar, pode ter origem em Santos e projetar-se para várias outras comarcas como círculos concêntricos. Mas o óbice ora trazido como exemplo também poderá ocorrer quando o julgamento for levado a efeito pelos Regionais, já que o dano poderá ultrapassar a sua base territorial.

De qualquer forma, não se deve perder de vista que o procedimento que rege a ação civil pública tem peculiaridades próprias, entre elas a de que a coisa julgada se alavanca *ultra partes* e *erga omnes*, do que poderá resultar que a decisão de um juiz de primeiro grau ou do Regional tenha efeitos numa grande extensão, além da base territorial, até mesmo com abrangência nacional.

Sem dúvida, a competência originária pelos Regionais é mais atraente e eliminaria a instância de primeiro grau.

Não temos conhecimento de nenhum Regional que tenha cuidado do tema em seu Regimento Interno.

Todavia, se a competência funcional for direcionada aos Regionais, o julgamento, face ao princípio da horizontalidade e do paralelismo das formas, deverá ser da Seção Especializada cuja competência originária engloba mandado de segurança, habeas corpus, ação rescisória ou anulatória, acordo e convenção coletiva

Carlos Henrique Bezerra Leite, em excelente obra titulada Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista, Ed. RTM, Belo Horizonte, 1966, entende que a competência funcional originária é das Juntas de Conciliação e Julgamento: Ora, pretender fixar a competência funcional originária do Tribunal para a ação civil pública sob a equivocada premissa de ter ela feição de dissídio coletivo (onde há conflitos de interesses, e não de direitos), seria o mesmo que admitir, ad argumentandum tantum, a existência de sentença normativa de natureza condenatória, fls. 49/50.

As dificuldades avultarão em sede trabalhista, entre elas o preconceito de aceitar modificações em um processo construído para defender interesses e direitos individuais, quando a ação civil pública exige o rompimento, pelo menos em parte, com tais conceitos. E sem que se rompam conceitos não haverá como implementar a ação civil pública. Esperamos que as dificuldades do dia-a-dia sejam propícias a um direcionamento hábil e proveitoso.

O tema ainda é polêmico no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como se verifica pelo acórdão TST-ACP-154.931/94-8 (SBDI2 - 881/96), rel. Ministro Ronaldo Leal - D.J. de 29-11-96, p. 44.434, que afirmou ser a competência funcional da J.C.J. Mas ao mesmo tempo o Regimento Interno do TST premia competência funcional originária no art. 121, inc. III. Já no processo TST-RO-MS-104.4164/95 - 9ª Região - D.J.U. 17-11-95, p. 39.361 fora apreciada liminar concedida por órgão inferior.

# 25. DA COMPETÊNCIA DAS JUNTAS DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO

Ultrapassado o óbice retro, o procedimento a ser adotado em sede trabalhista, art. 769 da CLT, é o da Lei nº 7.347/85, cujo art. 2º dispõe que: As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Em assim sendo, em sede de direitos difusos ou coletivos, será competente para conhecer, instruir e julgar a ação a Junta de Conciliação e Julgamento onde foi editado o ato, onde ocorreu o fato ou o dano, pouco importando se aquele ato, aquele fato ou aquele evento danoso extrapola a base territorial daquela Junta. A sentença que vier a ser proferida fará coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*.

O efeito *ultra partes* é um fenômeno que ocorre com os julgamentos de dissídios transindividuais. A coisa julgada se projeta *erga omnes* atingindo toda uma coletividade que poderá ser maior ou menor em dependendo da intensicade dos danos causados ou do bem que se deseja proteger.

O efeito *erga omnes* e *ultra partes* evitará que o objeto da ação civil pública possa ser rediscutido individualmente para que cada um peça a sua parte no todo.

E ao prover a lei eficácia erga omnes da coisa julgada, projetou os seus efeitos, inter partes no campo individual, para toda uma coletividade. O resultado é que a coisa julgada originária de um dissídio transindividual assegurará a definitividade da coisa julgada, impedindo a repetição da mesma ação, art. 301, IV, § 3°, CPC, quer em sede individual, quer em sede coletiva. Com esse fenômeno, não só a eficácia da sentença se projeta para fora do processo mas também a própria coisa julgada. Daí resulta que o julgamento proferido por uma Junta de Conciliação e Julgamento poderá projetar-se além da sua base territorial.

#### 26. DA COMPOSIÇÃO DA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO PARA APRECIAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A competência da Junta de Conciliação e Julgamento, arts. 650/653 da CLT, foi concebida para o julgamento de conflitos individuais. Daí a sua composição paritária, com Juiz Presidente, profissional do direito, habilmente concursado, art. 654 da CLT, e representantes classistas, representando empregado e empregador, embora leigos e jejunos em direito e no trato com as coisas da Justiça.

A ação civil pública em sede trabalhista, embora restrita àqueles interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ligados ao próprio Direito do Trabalho ou que envolva a categoria econômica ou profissional, não exige que o julgamento seja levado a efeito através do Colegiado de primeiro grau. Não vemos nenhuma razão de ordem legal e muito menos de ordem jurídica para que assim se proceda.

Todavia, se o julgamento vier a ser levado a efeito pelo Colegiado, não haverá a possibilidade de se fazer valer a regra do art. 850, parágrafo único, da CLT. Vale dizer que os representantes classistas não poderão palpitar no julgamento e muito menos contrariar a decisão do Juiz Presidente.

É que os interesses difusos e coletivos extrapolam o simples âmbito egoístico da defesa de classe ou de categoria restrita para insinuar-se em interesse metaindividual, não disponível para interesses outros, que não o social.

## 27. DA CONCILIAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM SEDE TRABALHISTA

Uma das principais etapas do processo do trabalho está na fase conciliatória prévia e final. A conciliação é fator primordial de pôr fim à lide e vem sendo copiada com alguma intensidade pelo processo comum. Todavia, diz respeito ao plano dos direitos individuais.

A ação civil pública tem a sua regência pela Lei nº 7.347/85, busca subsídios em outras leis, v.g., Lei nº 7.853/89, Lei 8.069/90, Lei nº 8.078/90, Decreto nº 1.306/94; Lei nº 9.008/95, que criou o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), no Código de Processo Civil.

Também na ação civil pública, as regras processuais trabalhistas poderão ser observadas, adaptadas à realidade dos interesses difusos, desde que mais ágeis.

De resto, a estrutura processual trabalhista é diferente do processo comum e as regras laborais poderão ser utilizadas à medida em que não desvirtuem o objetivo da ação civil pública.

A conciliação nos moldes trabalhistas não tem possibilidade de aplicação em termos de interesses difusos ou coletivos, uma vez que os legitimados em âmbito trabalhista, Ministério Público e Sindicatos, têm legitimidade *ad processum*, atuando com legitimação extraordinária, na qualidade de substituto processual. Do que resulta que o legitimado, nessa qualidade, não pode transigir sobre o direito que não lhe pertence.

De resto, autoriza a lei apenas que o legitimado para a ação civil pública tome: dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Como se vê, a lei não autoriza acordo ou transação onde haveria concessões recíprocas de ambas as partes. O que a lei prevê é que a parte que cometeu o dano e que está em vias de cometê-lo firme compromisso de cumprir a lei. Submete-se ao pagamento das perdas e danos somadas às *Astreintes* que certamente constarão do compromisso o qual terá o valor de título executivo extrajudicial. É uma carta de intenção que adquire valor executório. É espécie de declaração de dívida.

Todavia, em sede trabalhista, a Resolução nº 24, de 28-2-97, art. 9°, § 2° (D.J. 11-3-97, p. 6.446), sob o alento do procedimento trabalhista, cria verdadeira transação naquilo em que a lei e a Constituição admitirem a flexibilização, elegendo para tanto a negociação coletiva, mediante pronunciamento da questão pela Assembléia Geral, através do Sindicato, com o fim de obter

autorização para firmar acordo em condições menos benéficas do que a prevista em lei, mediante remessa de cópia à Câmara de Coordenação e Revisão, § 3°, art. 12. A Resolução vai além da Lei n° 7.347/85, art. 5°, § 6°, que não permite transação, mas o ajustamento da conduta às regras legais. Mas o faz de forma inteligente e não vemos nenhum vício.

## 28. DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI

Segundo o comando da Lei nº 7.347/85 que concebeu a ação civil pública, a competência funcional para processar e julgar, a causa está ligada ao local do dano, art. 2º, dizendo a lei que: as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local do dano.

A competência que da lei exsurge é absoluta. E fácil é verificar que o objetivo do legislador foi o de facilitar o levantamento probatório no próprio local do dano, com a facilidade de o juízo, em sendo o caso, fazer inspeção no local, art. 440 CPC.

Não se pode, ademais, relegar ao oblívio, que a ação civil pública - ação civil que persegue interesses públicos - foi concebida por inspiração do processo comum e exige regras próprias e peculiares à defesa dos interesses difusos e coletivos.

Daí resulta que a aplicação das regras trabalhistas somente será possível à medida em que não atritem com as regras impostas pela Lei nº 7.347/85. Essa advertência está expressa no art. 19 da lei.

Por isso mesmo inaplicáveis as regras de competência relativa *ratione loci*, previstas no art. 651 da CLT, em se cuidando de ajuizamento de ação civil pública.

É que, assim procedendo, haveria um desvirtuamento sobre regra de competência absoluta imposta pela lei e sobre a qual não cabe à parte palpitar.

# 29. DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL PARA O JULGAMENTO NOS REGIONAIS

A sentença proferida em ação civil pública poderá ser hostilizada através de recurso ordinário para o Regional ao qual pertence a Junta de Conciliação e Julgamento que julgou a ação. E a competência para o julgamento de recurso ordinário é de uma das Turmas.

Não vemos nenhum fator de conveniência que direcione a apreciação do recurso ordinário para a Seção Especializada de Dissídios Individuais.

A competência funcional dessa Seção está diretamente ligada à competência originária e não recursal, v.g., mandado de segurança, ação rescisória, habeas corpus e ação anulatória de cláusula de acordo coletivo ou de Convenção Coletiva.

#### 30. DA AÇÃO RESCISÓRIA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Naqueles Tribunais em que existir Seção Especializada para Dissídios Individuais, esta seção será também competente para apreciar ação rescisória que tenha por objetivo desconstituir e julgar novamente ação civil pública, *juízo rescindendo* e *recissorium*. O Regimento Interno do TRT da 2ª Região prevê a competência funcional da Seção Especializada em Dissídios Individuais no art. 37, I, letra d.

## 31. DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI PARA TOMAR COMPROMISSOS

Dispõe a Lei nº 7.347/85, art. 5°, § 6° que: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Isto significa que em sede trabalhista o sindicato não tem legitimidade para tomar compromissos quando titular a ação civil pública.

Todavia, nada impede e tudo aconselha que, em sendo o caso, o Ministério Público, que já está no processo na qualidade de *custos legis*, integre também a ação na qualidade de litisconsorte, eliminado-se, assim, o obstáculo para a tomada de compromisso e término da lide.

A integração à lide pelo Ministério Público atende ao reclamo legal e torna possível a tomada do compromisso.

## 32. DA SENTENÇA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER

A obrigação de fazer ou de não fazer não admite execução provisória. Vale dizer que somente após o trânsito em julgado é que poderá ser executada.

Todavia, o Código Buzaid instituiu as *Astreintes*, arts. 287, 644, 645 e agora também no art. 461, que funcionam como espécie de incentivo ao cumprimento da obrigação pelo inadimplente recalcitrante. Deverá, pois, o julgador, em sendo a hipótese, a pedido da parte ou mesmo de ofício, aplicar as *Astreintes*, dando prazo razoável para que a parte cumpra a determinação. As *Astreintes* funcionam como uma espécie de *queda-de-braço*: a sua pressão é tamanha que o recalcitrante irá pensar duas vezes antes de descumprir a decisão.

#### 33. DO RECURSO ORDINÁRIO

Do julgamento da ação civil pública em primeiro grau, cabível é o recurso ordinário, art. 893, II, CLT. O recurso será recebido, regra geral, no efeito apenas devolutivo.

O juiz poderá conferir o 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 pode ter suporte apenas em âmbito subjetivo, mas deverá apresentar fatos concretos que dêem prestígio à alegação.

#### 34. DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Esta espécie de recurso é apenas similar no *nomen juris* do processo comum.

Enquanto no processo comum o agravo de instrumento tem função de *coringa*, no processo do trabalho vige o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias. O agravo de instrumento só tem cabimento nos termos do art. 897, letra b, CLT contra ato que criar obstáculo à subida de recurso, em qualquer das instâncias.

A parte que se sentir prejudicada por decisões interlocutórias mistas (com intensidade decisória) deverá apresentar *protesto* oral, se a decisão interlocutória foi proferida em audiência; ou através de petição, quando não proferida em audiência, mas sempre no primeiro momento em que tiver de falar, pena de incorrer na preclusão.

A matéria pré-questionada através de *protesto* poderá ser objeto de preliminar em recurso ordinário.

## 35. DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE POSSA TRAZER DANO IMEDIATO

A irrecorribilidade das interlocutórias no processo do trabalho não significa que a parte tenha de se contentar com o prejuízo.

Se a decisão interlocutória desprestigia a lei, apresenta cores de abusividade e maltrata direitos subjetivos da parte, cabível será o mandado de segurança para hostilizar aquela decisão e garantir o retorno ao *status quo*.

Isto porque o sistema jurídico tem de encontrar mecanismos idôneos para que haja efetividade do direito ou de seu exercício..., (Nery Junior, CPC Comentado, p. 1431, item 4 in fine).

#### 36. DO RECURSO DE REVISTA

Cabível o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, art. 896, CLT, com as modificações feitas pela Lei nº 7.701/88 e RITST.

O recurso de revista em âmbito trabalhista substitui o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

A substituição diz respeito à diferença estrutural que existe entre o processo comum e o processo trabalhista. E a apreciação de julgados dos Regionais se faz por meio de recurso ordinário e recurso de revista pelo Tribunal Superior do Trabalho.

### 37. DA EXECUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A execução poderá ter por escopo a obrigação de fazer ou de não fazer (fato omissivo e fato comissivo).

A execução em casos tais somente poderá ser levada a efeito de modo definitivo, não havendo a possibilidade de execução provisória. É que, se a parte não cumprir a determinação, as consequências se revertem em perdas e danos.

Em se cuidando de indenização em pecúnia contra danos causados, a execução terá trâmite normal com o levantamento pericial quase sempre necessário por envolver várias regiões. Neste caso, a execução poderá ser promovida provisoriamente, adiantando-se ao trânsito em julgado.

Da decisão que vier a ser proferida após a liquidação de sentença ou determinação de cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, a parte poderá usar dos embargos à execução. Da decisão que vier a ser proferida em embargos, caberá agravo de petição para o Regional.

Na fase executória de primeiro grau a competência funcional é apenas do Juízo Monocrático (Juiz Presidente). As *Astreintes* somente são aplicáveis nas obrigações de fazer ou de não fazer. E a ausência na sentença não impede a aplicação na execução, a pedido da parte ou de ofício pelo juiz, art. 461 do CPC.

#### 38. DO AGRAVO DE PETIÇÃO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Da decisão proferida em embargos à execução, a parte insatisfeita poderá submeter a matéria ao crivo do Tribunal Regional que sedia a Junta de Conciliação e Julgamento, através do recurso de agravo de petição, art. 897, a, CLT.

Da decisão proferida em sede de agravo de petição, nenhum recurso caberá para o Tribunal Superior do Trabalho, ressalvada a hipótese de prequestionamento de matéria constitucional, art. 896, § 4°, CLT.

### 39. DA DESISTÊNCIA DE RECURSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OU PELO SINDICATO

Em se tratando de interesses transindividuais, a desistência de um recurso deverá ser cercada de cautelar. É que a coisa se alavanca *erga omnes* e *ultra partes*. Vale dizer que não haverá a possibilidade de rediscussão do tema.

Em se tratando de desistência pelo Sindicato, deverá o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, prosseguir com o recurso. Mas se a desistência partir do Ministério Público será de boa cautela que se busque alento analógico no art. 9° da Lei n° 7.347/85.

Esse nos parece o melhor direcionamento, uma vez que o órgão ministerial exerce a dupla função de autor e de fiscal da lei. E o seu ato de desistência ficaria apenas submetido ao seu poder de decisão. Melhor que submeta a desistência do recurso, de forma fundamentada ao Conselho Superior em homenagem à relevância dos direitos defendidos.

#### 40. DA ALÇADA RECURSAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Existe no processo do trabalho regra de que não haverá alçada recursal, art. 2°, § 4°, Lei n° 5.584/70, quando o valor dado à causa não exceder a duas (2) vezes o salário-mínimo.

Essa regra não tem aplicação em se tratando de ação civil pública cuja relevância da discussão extrapola a simples filigranas processuais que dizem respeito à alçada recursal.

A ação civil pública deve merecer tratamento especial como v.g., a ação popular, o mandado de segurança, a ação rescisória, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o habeas data.

### 41. DA CONCESSÃO OU NEGATIVA DE LIMINAR NO PROCESSO DO TRABALHO

A Lei nº 7.347/85, art. 12, § 1º, concede o prazo de cinco dias para que a parte descontente formule pedido do Presidente do Tribunal para suspender a execução da liminar, de cuja decisão caberá agravo regimental ao órgão competente.

Da concessão de liminar no processo do trabalho não caberá nenhum recurso. E o recurso atípico ao Presidente do Tribunal previsto na Lei nº 7.347/85 não pode ser aplicado em âmbito trabalhista. É que no processo do trabalho vige o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Isto não impede, em sendo o caso, que a parte se socorra do mandado de segurança.

E se houver negativa de liminar?

Há entendimento no sentido de que a não concessão de liminar estaria contida no poder discricionário do juiz e da negativa nenhum recurso caberia. Há de se fazer reparo. O poder cautelar deferido ao juiz, muito embora tenha nuances de discricionaridade, não dependerá somente dos seus critérios subjetivos, o que poderia desaguar no arbítrio. Todo deferimento

ou indeferimento de liminar é antecedido de um trabalho intelectual de raciocínio subjetivo, calcado de alguma forma em dados objetivos. O simples temor subjetivo sem algum suporte objetivo não respalda liminar. Mas sempre que a hipótese se apresentar, a liminar será ou não concedida. Se os motivos apresentados respaldam a liminar, o juiz não poderá regateá-la; da mesma forma, se os motivos não marcaram presença, não haverá por que conceder liminar.

Temos para nós que, em âmbito de interesses transindividuais, a negativa de liminar não poderá ficar restrita à decisão do juiz da causa. A relevância dos direitos defendidos é de tal magnitude que não se pode e nem se deve correr qualquer risco.

Assim, no processo do trabalho, quer na concessão, quer na negativa de liminar objetivando neutralizar ato (comissivo ou omissivo) que possa causar danos irreparáveis aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é de boa cautela que se dê a oportunidade de a parte inconformada ouvir o Colegiado *ad quem* através do mandado de segurança.

#### 42. DO CONSELHO PARA GERIR RECURSOS

Previu a Lei nº 7.347/85, art. 13 a criação de Conselhos (Federal e Estaduais) para gerir recursos originários de indenização por danos causados, provenientes das ações civis públicas e dos compromissos de ajustamento de conduta, art. 5°, § 6°. Conselho esse que terá a participação necessária do Ministério Público e representantes da comunidade. Os recursos advindos serão utilizados à reconstituição dos bens lesados.

A Lei nº 9.008 de 21-3-95 criou o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) e instituiu o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), atrelado ao Ministério da Justiça. O CFDD, art. 2°, com sede em Brasília, será integrado pelos seguintes membros: I - um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá; II - um representante do Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; III - um representante do

Ministério da Cultura; IV - um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária; V - um representante do Ministério da Fazenda; VI - um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; VII - um representante do Ministério Público Federal; VII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Temos para nós que o Poder Executivo exagerou na indicação de representantes o que poderá comprometer a atuação do órgão. Melhor seria que o Conselho de que fala a lei fosse presidido pelo Ministério Público, através do seu órgão de cúpula, e com representantes da sociedade civil envolvidos na defesa de interesses difusos e coletivos.

O Poder Público quase sempre é mal administrador e despido de pudores em malversar o dinheiro público e desviar as verbas para fins nem sempre explicáveis ou mesmo confessáveis.

### 43. DA AUSÊNCIA DE COISA JULGADA

A exemplo do que sucede com a ação popular e com o mandado de segurança, na ação civil pública, ainda que se adentre ao *meritum causae*, não fará a coisa julgada se a improcedência da ação tiver suporte na deficiência de provas.

Disso resulta que, em acontecendo, qualquer dos legitimados, inclusive o próprio autor sucumbente poderá ajuizar novamente a ação, já agora se valendo de novas provas.

A regra é salutar, mormente em se cuidando de interesses difusos e coletivos em que a relevância da matéria transcende a certas filigranas.

Entretanto, uma outra hipótese se nos afigura importante para que a mesma regra seja aplicada.

Não se pode e não se deve ter a simploriedade de pensar que num levantamento pericial não possam acontecer fatos menores ou mesmo inconfessáveis. E isso por mais que se fiscalize.

Suponha-se a hipótese de ação civil pública em que fora determinado o levantamento pericial e que o *expert* tenha falseado as informações no seu laudo que já fora peitado pela parte adversa. Nada impede também tenha falseado parcialmente as suas informações e com isso reduzido de forma gritante o valor da indenização.

É evidente que não se pode deixar a discussão do tema para as vias rescisórias, permitindo-se a formação da coisa julgada.

Em casos tais, a exemplo da deficiência de prova, também aqui a prova teria sido deficiente pela atuação dolosa do perito.

Também aqui a coisa julgada não se forma.

### 44. DA AÇÃO DE CUMPRIMENTO EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Esse direito poderá ser exercido individualmente ou a título coletivo, art. 81, inc. II, da Lei nº 8.078/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ao contrário do que pode parecer *prima facie*, a ação de cumprimento não tem natureza executória, muito embora a matéria constante de norma coletiva não possa mais ser discutida em seu conteúdo abstrato. Apesar disso, a ação de cumprimento, a exemplo do dissídio individual, deverá passar pela fase de conhecimento em Junta de Conciliação e Julgamento, obter sentença de mérito e só então terá prestígio executório. Temos para nós que possível o emprego da ação monitória nestes casos.

A ação de cumprimento é dotada de peculiaridades próprias, conforme se verifica da Lei nº 4.725/65, art. 6°, § 3°, que permite a execução provisória com efeitos definitivos. Vide a nossa obra CLT Comentada, 1ª, ed., Ed. RT., pp.875/885.

Em se cuidando de direitos individuais homogêneos, pertencentes a uma categoria, a ação coletiva poderá ser ajuizada pelo sindicato ou pelo Ministério Público, art. 81, CDC, parágrafo único, inc. III.

Cuida-se de caso especial em que o Ministério Público atua em primeiro grau. E neste caso o faz como substituto processual (legitimação extraordinária). Diverso, portanto, do que sucede com a presença do órgão ministerial em primeiro grau nos termos do art. 793 da CLT, em que não substitui o menor, mas apenas o representa, já que este, embora titular da *legitimatio ad causam*, não poderá vir ao processo sem representante legal, pai, mãe, tutor, curador ou por intermédio da Procuradoria da Justiça do Trabalho. O menor participa da ação, através do Ministério Público, podendo até mesmo prestar depoimento pessoal para esclarecimento de fatos. Não é substituído pelo órgão ministerial.

# 45. DA LEI N° 9.494, DE 10-9-97 E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE

### 45.1. DO PODER/DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Comanda a Constituição Federal, art. 129, inc. III, que são funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, no meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. E dispõe a Lei nº 7.347, de 24-7-85 (Lei da ação civil pública) em seu artigo 1º que Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. E a Lei Complementar nº 75, de 20-5-93 (Estatuto do Ministério Público) dispõe sobre a competência em sede de ação civil pública, art. 6°, inc. VII: promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros

interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; VII - promover outras ações (...), quando difusos os interesses a serem protegidos. E ao Ministério Público do Trabalho foi destinado uma Seção Especial (Capítulo II, Seção I).

O Ministério Público hoje deixou de ser um apêndice do Poder Executivo e rege-se pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, art. 4° - LC 75/93. Do que resulta que está ele comprometido em sede de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos com a própria coletividade. Esse poder/dever há de ser exercido com denodo. O Poder Executivo há de aprender a governar respeitando a natureza e os direitos da coletividade. Esse é o papel historicamente reservado ao Ministério Público brasileiro e a ferramenta que o constituinte lhe proveu é a AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

### 45.2. DO ESTRABISMO QUE ORNA O COMPORTAMENTO DOS NOSSOS GOVERNANTES

Já dissemos em outra oportunidade que no Brasil, lamentavelmente, ainda persiste em termos de interesses difusos, uma cultura antiga que deitou raízes profundas em solo fértil no sentido de que a coisa pública, a res publicae, é coisa de ninguém. E nesse sentido é o comportamento da maioria dos nossos governantes que fazem do mérito administrativo (oportunidade e conveniência) uma porta larga para os mais variegados desmandos. E citamos como exemplos gritantes a gama enorme de indústrias poluentes que matam os rios, destroem as florestas e tornam irrespirável o ar, mas que não são molestadas mercê dos impostos que carreiam para a região. Como se o pagamento de tributos operasse como espécie de salvo-conduto para destruição desenfreada.

E por isso dizíamos que, dentro desse quadro desolador, surge a ação civil pública como um novo alento num país que só contava à época - 1985 - com o mandado de segurança, o habeas corpus e a ação popular. Hoje, somam-se o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo.

## 45.3. DA LEGITIMAÇÃO DESCOMPROMETIDA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 5° da LACP legitima para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista ou as associações, exigindo a lei quanto à associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua entre sua finalidades a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético histórico, turístico e paisagístico.

De imediato, verifica-se, excepcionado o caso da associação, que o Ministério Público é o único que terá condições de bem exercer o mister. Não só pelo seu preparo jurídico mas também pela sua independência funcional hoje constitucionalmente garantida, art. 127, § 1°. Os demais legitimados - União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista, associação, podendo-se incluir o Distrito Federal e Territórios, Lei n° 7.853/89, art. 3° e Lei n° 8.069/90, art. 210, excepcionada a associação - não teriam independência política para agir, já que interesses menores eleiçoeiros são colocados em primeiro plano em desprestígio da coisa pública.

E a prática bem demonstra essa realidade. Em um levantamento que fizemos, numa centena de ações públicas propostas, uma foi por Associação, duas pelo Distrito Federal e noventa e sete pelo Ministério Público.

### 45.4. DA SINGULARIDADE DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os limites subjetivos da coisa julgada têm conotação singular. Muito embora cuidem de interesses meta-individuais sem a possibilidade de individualização, neste caso, a presença da coletividade é fato inconteste, podendo alavancar-se em maior ou menor abrangência E, embora o dano, art. 2º determine o local da propositura da ação e daí a competência funcional do juiz daquela

base territorial para julgar a causa, não é menos verdade que o dano, regra geral, se exterioriza em círculos concêntricos, indo atingir outras localidades pelo fenômeno da difusão, v.g., derramamento de petróleo no litoral, extrapolando a própria base territorial em que teve origem o dano.

Disso resulta que a sentença proferida pelo Juiz da base territorial em que o dano teve origem lançará seus efeitos por outras localidades, nas quais os reflexos do dano se fizeram sentir também de forma danosa, numa espécie de ampliação de *jurisdictio*, indo além da competência do Juiz prolator da sentença. Todavia, assim não é. O que acontece em tais casos é o fenômeno da projeção da coisa julgada *ultra partes*. E isso se faz necessário para que outras ações civis públicas não sejam ajuizadas numa ampliação indesejada e correndo-se o risco de decisões contraditórias. Daí a oportuna advertência de Cappelletti (*apud* Mazzilli *in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 2ª ed. Ed. RT. 1990, p. 182): *nesta matéria, os tradicionais limites subjetivos e objetivos da coisa julgada* caem como um castelo de cartas.

# 45.5. DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85 (LACP)

O art. 16 na sua redação originária dispunha que: A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A nova redação trazida pela Lei nº 9.494, de 10-9-97, acrescentou a seguinte restrição: nos limites da competência territorial do órgão prolator, restando assim a redação atual: Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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.

A Lei nº 9.494/97 é originária da Medida Provisória nº 1.570/97 de mórbida inspiração.

A modificação trazida pelo Congresso Nacional, referendando a Medida Provisória, causou surpresa a todos aqueles que se preocupam com os desmandos assacados contra os interesses difusos e, em sua grande maioria, pelos próprios órgãos governamentais por ato direto ou por culpa in vigilando. Primeiro, porque se acreditava que o Congresso Nacional não iria referendar uma restrição que se traduz em retrocesso, uma vez que traz para o seio da ação civil pública as mesmas regras que têm vigência em âmbito de direito individual, neutralizando, praticamente, o instituto da ação civil pública que tem contornos diferentes e exige regras e procedimentos também singulares. Segundo, porque não se poderia sequer conceber que as duas Casas que compõem o Congresso Nacional, uma delas com o dever específico de representar cada cidadão, viessem editar lei que atentasse contra a cidadania, com o objetivo indisfarçável de neutralizar preceitos constitucionais, uma vez que o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário, ao usarem de instrumentos constitucionais a exemplo da ação civil pública, desconforto aos governantes que ainda pensam que a res publicae é coisa de ninguém. Vem daí a oportuna lição de Cappelletti (apud Mazzilli, Int. Dif. 2ª ed. Ed. Rt. 1990, p. 182): É chegado o momento de dar voz e voto a esses interesses párias, que até agora foram esquecidos ou ignorados pela consideração simplista de que o que pertence a todos não pertence a ninguém, e assim ninguém pode pretender sua tutela.

A modificação trazida pela já famigerada Lei nº 9.494/97 bem demonstra que não só o Poder Executivo, mas também o Poder Legislativo, ainda preferem o retrocesso, politicamente vantajoso, de considerar a coisa pública *coisa de ninguém*. Vale dizer que a política não caminha em mão única com a cidadania.

#### 45.6. DO OBJETIVO INDISFARÇADO DA LEI

objetivo da Medida Provisória nº 1.570/97. referendado legalmente pelo Congresso Nacional através da Lei nº 9.494, de 10-9-97, ao incluir a expressão nos limites da competência territorial do órgão prolator, foi restringir os efeitos da res judicata à base territorial do órgão prolator. E como, em regra, os atos predadores têm as consequências corrosivas alavancando o dano para toda uma região, v.g. derramamento de petróleo no mar, empresa poluente que espraia os seus efeitos nocivos para várias localidades, os desmandos dos planos de saúde que praticamente lançam efeitos deletérios para o país inteiro, a ação civil pública somente atingiria aquela localidade, aquela base territorial em que o Juiz exerce a sua competência. Do que resulta que, para coibirem-se os efeitos danosos ou para ressarcir-se dos mesmos, necessárias serão tantas ações quantas forem as localidades em que o dano se expande. Vale dizer que o poder público, em especial a União Federal, continua sendo a mola propulsora no aumento de ações e do assoberbamento do Poder Judiciário, já aqui com a conivência irrestrita do Poder Legislativo.

### 45.6.1. DO TERCEIRO EM RELAÇÃO AOS EFEITOS DA COISA JULGADA

Dispõe o art. 472 do CPC que: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...).

Tem-se pelo dispositivo da regra diretora que somente as partes são alcançadas pela autoridade emergente da coisa julgada. Daí a conclusão possível de que aqueles terceiros que não se envolvem na relação processual estariam a salvo da autoridade da coisa julgada. Por isso Liebman distingue a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada. Dessa distinção extraem-se dois princípios: 1°, a eficácia natural da sentença vale para todos; 2°, a autoridade da coisa julgada forma-se e existe

somente para as partes. De tal modo, o que vale para todos (erga omnes) é a eficácia natural da sentença, não a coisa julgada que vale somente entre as partes. Porque somente a eficácia natural da sentença alcança terceiros, e não a coisa julgada, estes, se prejudicados pela sentença, contra a mesma poderão opor-se, para demonstrar a sua injustiça ou ilegalidade, desde que demonstre a existência de interesse jurídico em conflito com a decisão proferida (cf. Amaral Santos, Comentários, Ed. Forense, Rio, São Paulo, 1976, p. 491).

## 45.6.2. DA COISA JULGADA E A ABRANGÊNCIA DOS DANOS REFLETIDOS EM OUTRAS LOCALIDADES

É bem de ver que a ação civil pública é proposta, art. 2°, LACP, no local da ocorrência do dano, contra quem lhe deu causa. Disso resulta que terá no pólo ativo um dos legitimados, art. 5°, LACP, que representará a coletividade atingida pelo dano.

Da colocação retro é autorizada a conclusão de que nenhuma outra ação poderá ser intentada contra o réu (ente público ou particular) com o escopo de discutir-se o mesmo tema (dano causado), posto que a tanto defeso pelo art. 471 do CPC que comanda in verbis: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide, salvo (...).

Por outro lado, não se poderá dizer que aquela coletividade difusa que extrapola a base territorial onde a sentença foi prolatada possa ser considerada *terceiros*.

Em verdade não há como separar a coletividade difusa em blocos de indivíduos, uma vez que uma das características dos interesses difusos é a impossibilidade de individualizar os seus componentes de per si. Veja nas lições de Hugo Nigri Mazzilli, ob. cit. p. 18: É o que ocorre com a situação variável de moradores de uma região, dos consumidores de um produto, dos turistas que freqüentam periodicamente um lugar de veraneio. Convencionou-se chamar estes últimos interesses difusos, porque, além de transindividuais, dizem respeito a titulares dispersas na coletividade. Por outro lado, seria buscar alento no impossível

pretender separar a poluição, os desmandos dos planos de saúde esparramados por todo o Brasil, os consumidores de determinado produto cancerígeno em blocos distintos, como se a poluição, v.g. pudesse ser separada e embalada em sacos plásticos e, posteriormente, medida ou contada para efeitos de ações indenizatórias distintas.

Por oportuno, o art. 21 da Lei nº 7.347/85 (LACP) dispõe que: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tit. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (Redação dada pelo art. 117 da Lei nº 8.078, de 11-9-90 - Código de Proteção de Defesa do Consumidor).

E o art. 102 (CDC), incrustado no Título III, dispõe: Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Daí a conclusão de que a coisa julgada poderá ser executada em qualquer comarca, já que não se poderá repetir a mesma ação, com o mesmo objeto (impedir ato danoso e/ou ressarcimentos com efeitos indenizatórios), independentemente da propositura de nova ação, art. 471, CPC. E como a competência funcional está diretamente vinculada ao local da ocorrência do dano, não mais se podendo discutir o fato através de outra ação, o título executivo judicial formado com a coisa julgada poderá ser executado em qualquer comarca por onde o dano tenha lançado seus efeitos deletérios. E, em acontecendo a hipótese, tudo aconselhará que o juízo da ação reúna no processo originário todas as execuções, art. 573, CPC.

### 45.7. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.494, DE 10-9-97

frontalmente dispositivos Referida lei atrita com constitucionais na medida em que restringe o âmbito da ação civil pública e dificulta a defesa da coisa pública que a todos pertence de forma difusa. Investe contra a instituição do Ministério Público quando, ao invés de propiciar meios para que cumpra a sua missão institucional, cria obstáculos à ampla defesa dos interesses coletivos, difusos e do patrimônio público e social, do meioambiente e de outros interesses, comprometendo a atuação do Ministério Público em prol da res publicae. Restam molestadas pela referida lei os seguintes preceitos constitucionais: Art. 23, VI (proteger o meio-ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas); VII (preservar as florestas, a fauna e a flora); art. 24, VI (florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição); VII (proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico); VIII (responsabilidade por dano ao meio ambiente, o consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico); art. 200, VIII (colaborar na proteção do meio ambiente urbano e sítios de paisagístico, artístico, arqueológico. histórico. valor paleontológico, ecológico e científico). Atenta, ainda, contra o art. 129, III: promover o inquérito e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, já que o próprio inquérito civil público estaria parcialmente comprometido. Finalmente, atenta também contra a Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, art. 6°, inciso VI (Compete ao Ministério Público da União), VII: promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos à comunidade indígena, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas, e ao consumidor:

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; VIII - promover outras ações quando difusos os interesses a serem protegidos e art. 83, inc. III (Ministério Público do Trabalho), da LC n° 75/93.

#### 45.8. DA ESPÉCIE DE AUTODEFESA ADOTADA

A edição da Lei nº 9.494/97 demonstra de forma clara que ambos os Poderes (Executivo e Legislativo) ainda não se desvencilharam da vesguice de que a coisa pública é coisa de ninguém.

Traduz de forma indisfarçada espécie de autodefesa, uma vez que é notório que o poder público é o que mais comete atos de arbítrio e é o que mais atenta contra a fauna, a flora, bens de valores históricos, estéticos, paisagísticos, turísticos, sítios arqueológicos e que, regra geral, se descura do meio-ambiente e da poluição quer por ato próprio, quer por absoluta ausência de vigilância oportuna e direta, quer pela sonegação de verbas próprias, v.g. é o que sucede com o IBAMA, abandonado ao seu próprio destino.