PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP

PATRÍCIA MOTTA MAIA DE OLIVEIRA

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: DECLARAÇÃO
INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO
POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO TRABALHO
DIREITO DO TRABALHO**

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP

PATRÍCIA MOTTA MAIA DE OLIVEIRA

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: DECLARAÇÃO INCIDENTAL
DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO POR MEIO DE
AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **ESPECIALISTA em DIREITO DO TRABALHO** sob a orientação da Profa. Dra. **CÁTIA GUIMARÃES RAPOSO NOVO ZANGARI**.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

À Professora, Dra. Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari, que me acompanhou, orientou, transmitiu tranquilidade, conhecimento e experiência para a conclusão desta humilde dissertação, estando sempre disposta a ajudar.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, minha escolha desde a graduação, que não decepciona na qualidade de ensino, dos profissionais e das oportunidades. Me abriu portas para o inimaginável e me apresentou a pessoas inigualáveis.

Aos meus grandes amigos, ao meu grande amor e aos colegas de profissão, as minhas mais sinceras e eternas admiração e gratidão pela força, paciência, pelo encorajamento, apoio, companheirismo e pelas críticas quando sempre precisei.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo fazer uma breve exposição sobre a atuação do Ministério Público do Trabalho enquanto ramo do Ministério Público da União na defesa dos direitos difusos, coletivos, transindividuais e individuais homogêneos oriundos da relação de trabalho protegidos pela Constituição Federal do Brasil, analisar os principais aspectos da ação civil pública movida por referido órgão e, principalmente, explorar um dos aspectos mais controvertidos relacionados ao tema, qual seja, a possibilidade de efetivar o controle difuso/incidental de constitucionalidade de leis e atos normativos em sede de dita peça processual, tendo em vista suas características específicas. Cabe aqui, ainda, explicar a eficácia e a abrangência de referido controle quando utilizada a ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. Fato é que pela extensão do seu objeto, há intensos debates sobre a possibilidade ou não da utilização da ação civil pública como instrumento do controle de constitucionalidade, e o que se pretende defender neste trabalho é justamente a sua possibilidade, considerando, justamente, os interesses almejados e defendidos pelo Ministério Público do Trabalho.

Palavras-Chaves: Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública. Controle Difuso/Incidental de Constitucionalidade. Interesses Difusos e Coletivos.

ABSTRACT

The proposal of this paper is to give a brief statement about the work carried out by the Public Labor Prosecution as a member of the Federal Public Prosecution in the defense of general, diffuse, collective, transindividual and homogeneous individual rights arising from the employment relationship protected by the Brazilian Federal Constitution, to analyze the main aspects of public civil actions and, mainly, to explore one of the most controversial aspects related to the subject, which is, the possibility of effecting the diffuse/incidental control of constitutionality of laws and normative acts through the said action, considering its specific characteristics. It is also important to explain the effectiveness and the comprehensiveness of this control when the public civil action is used as an instrument of constitutionality control. The fact is that by the extension of its object, there are intense debates about the possibility or not of using the public civil action as an instrument of constitutionality control, and the proposal of this work is precisely its possibility, considering the interests sought and defended by the Public Labor Prosecution.

Key-Words: Public Labor Prosecution. Civil Public Action. Diffuse/Incidental Control of Constitutionality. Diffuse and Collective Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O MINISTÉRIO PÚBLICO.....	11
1.1. Princípios Institucionais.....	13
1.2. Funções Institucionais.....	14
1.3. O Ministério Público do Trabalho.....	15
1.4. O Ministério Público do Trabalho e a Ação Civil Pública na Atualidade.....	19
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	21
2.1. Histórico.....	21
2.2. Interesses Tutelados: Interesses Metaindividuais.....	23
2.2.1. Interesses Difusos.....	25
2.2.2. Interesses Coletivos.....	27
2.2.3. Interesses Individuais Homogêneos.....	28
2.3. Principais Aspectos e Cabimento.....	30
2.3.1. Objetivo, Objeto e Pedido.....	32
2.3.2. Natureza Jurídica.....	37
2.3.3. Legitimidade Ativa como Condição da Ação.....	38
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	42
3.1. Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil.....	43

3.2. Tipos de Ação para Exercício do Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	46
3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn.....	46
3.2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO.....	49
3.2.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC.....	51
3.2.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.....	53
3.3. Controle Difuso de Constitucionalidade, seus Efeitos e a Ação Civil Pública.....	55
3.4. Argumentos contra a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública.....	58
3.5. Argumentos a favor do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública.....	61
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a melhor forma de solução dos conflitos trabalhistas é o diálogo entre as partes, o consenso entre empregado e empregador. Porém, numa sociedade como a nossa, com tantas disparidades econômicas e ideológicas, sem falar na carência de atuação das entidades sindicais, se faz necessária a atuação estatal.

Porém, muitas vezes, as formas de solução individuais dos conflitos trabalhistas ainda não se fazem suficientes para a garantia dos direitos e deveres das partes, da ordem jurídica e da Constituição Federal, para atender às necessidades de efetivação das normas protetoras dos direitos fundamentais básicos garantidos aos trabalhadores.

Assim, as ações coletivas tomaram maior importância no judiciário trabalhista, aperfeiçoando seu sistema jurídico, eis que permitem a mais célere e eficaz a busca da efetividade dos princípios e regras constitucionais, sobretudo aqueles atinentes às relações de trabalho.

No manejo dessas ações, temos o Ministério Público do Trabalho. Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei Complementar nº 75/1993, a atuação do Ministério Público do Trabalho era estritamente processual e consistia basicamente na elaboração de pareceres em todos os casos apreciados pelo Judiciário Trabalhista, independentemente da natureza das partes e da relevância da matéria.

Ao longo do tempo, sofreu o *Parquet* laboral diversas modificações com a ampliação de sua atuação, agora não apenas atuante como órgão interveniente, mas também como agente.

Nesse diapasão, dentre outras de suas atribuições, inclui-se a propositura de um importante e moderno instrumento coletivo, a ação civil pública, na defesa dos direitos metaindividuais, quais sejam, difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrentes das relações de trabalho, quando envolvido o interesse público.

A implementação da ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro simbolizou abrupta evolução no processo coletivo trabalhista. Tanto é assim que o número de ação em trâmite na Justiça do Trabalho propostas pelo Ministério Público do Trabalho é maior

a cada dia, ainda que timidamente. Porém, ainda se trata de instituto constitucional ainda recente, sobretudo no que diz respeito ao seu amplo objeto, o que acarreta diversas controvérsias, dúvidas e dificuldades com relação à sua aplicação.

Um dos temas que ainda gera polêmica na jurisprudência e na doutrina atual é a possibilidade de se discutir a constitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação civil pública, sobretudo pelo objeto de defesa de dita demanda, como já mencionado.

Diante desse quadro, o presente trabalho visa analisar, brevemente, o papel do Ministério Público do Trabalho na defesa dos direitos metaindividuais, a utilização da ação civil pública pelo órgão, seus principais aspectos, discorrer sobre o controle concentrado e difuso de constitucionalidade no Brasil e, principalmente, apresentar os argumentos favoráveis e desfavoráveis da utilização da ação civil pública quando se trata de dito controle de constitucionalidade.

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Título IV (“Da Organização dos Poderes”), da Constituição Federal de 1988, versa sobre as funções essenciais à Justiça. Na Seção I, mais especificamente, consta o Ministério Público; na Seção II, a Advocacia Pública, no que tange aos Procuradores dos Estados e à Advocacia da União.

Não obstante conste de referido Título, o Ministério Público não é considerado como um Poder em si na Carta Magna. Segundo Ricardo José Macedo de Britto Pereira:

Trata-se de instituição constitucional permanente, fundamental para a configuração do Estado brasileiro nos moldes previstos na Constituição e defesa dos direitos nela contidos, sendo protagonista das transformações decorrentes da reação dos valores constitucionais.¹

De fato, em que pese não seja enquadrado como cláusula pétrea, dispõe o art. 127, da Carta Magna, que “*o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator em importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 21.230, DJ 23/04/1993, discorreu sobre a importância do Ministério Público como instrumento de proteção da Constituição, senão vejamos:

O que se tem, pois, efetivamente, no ordenamento fundamental em vigor, é um tratamento constitucional do Ministério Público de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia e independência da instituição em relação aos Poderes do Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições e de seus órgãos de atuação.

¹ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. São Paulo: JusPodium, 2014, p. 58.

O Ministério Público da União, em particular, desvinculado do seu compromisso original da defesa judicial do erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica ou democrática, dos direitos coletivos e dos direitos de cidadania.

(...) a questão da colocação constitucional do MP entre os Poderes é uma questão de somenos, pois o verdadeiro problema é a sua independência.

(...) Garantida efetivamente a sua independência, a colocação constitucional do MP é secundária de interesse quase meramente teórico.

A essa visão do problema, buscou atender, e atendeu em grande parte, a Constituição vigente: deixou à especulação doutrinária a ponderação sobre a natureza material das suas funções institucionais, mas se esforçou de dotar a instituição de garantias inéditas de autonomia administrativa e de independência funcional, seja a do organismo, globalmente considerado, seja a dos seus membros, individualmente.²

O Ministério Público da União engloba: Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos Estaduais. A Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) dispõe sobre normas gerais dos Ministérios Públicos dos Estados. A Lei Complementar nº 75/1993 é denominada Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Os Procuradores ou Promotores são os membros do Ministério Público, detentores de prerrogativas constantes da Constituição Federal com o fim de cumprir com funções relevantes para a sociedade brasileira, quais sejam: vitaliciedade após 02 (dois) anos de exercício, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, observadas as ressalvas legais. Por outro lado, há vedação ao acúmulo de funções públicas, exercício da advocacia, participação de atividade político-partidária e em sociedade comercial, também observadas as exceções legais.

O Conselho Nacional do Ministério Público foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e tem por finalidade o controle administrativo e financeiro das atividades do Ministério Público, proteger a autonomia administrativa e funcional e, por óbvio, fiscalizar as atividades de seus membros.

² MS 21.230, DJ 23/04/1993.

1.1. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

Os princípios institucionais do Ministério Público, como visto, derivam diretamente da própria Constituição Federal de 1988.

Conforme previsto no parágrafo 1º, do art. 127, da CF/1988, “*são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*”, orientadores da atividade do Ministério Público.

Entende-se como indivisibilidade a evidência de que a substituição de um membro (Procurador ou Promotor) por outro no caso concreto não acarreta mutação subjetiva na condução do processo judicial ou administrativo, isto é, por referido princípio, não há que se falar na vinculação de um membro a determinado procedimento. Tanto é assim que cada membro pode possuir o seu próprio entendimento sobre determinada causa, e isso não o obriga/vincula à linha de raciocínio do membro que substituir ou suceder. Os agentes do Ministério Público são, portanto, independentes entre si.

Ato contínuo, o princípio da unidade significa que o Ministério Público é órgão único, ou seja, os agentes de dita Instituição não são identificados separadamente, mas como integrantes do mesmo organismo; em atuação, agem em nome do próprio Ministério Público, como um todo.

Nesse sentido, por fim, é que se trata a independência funcional do membro do Ministério Público, ou seja, não há que se falar na hierarquia funcional no órgão, justamente com o fim de resguardar a atuação independente do membro respaldada pelas suas próprias convicções e modo de condução do procedimento. Em outras palavras:

Num sentido mais amplo, a independência funcional é a garantia dos órgãos do Ministério Público para adotar, com isenção, os juízos a respeito das estratégias para enfrentar as questões que lhe são submetidas.

A independência funcional deve-se conciliar com a unidade, que representa a soma resultante do diálogo, muitas vezes, alcançada pela via da flexibilização de posições, considerando o objetivo de reforçar a atuação do Ministério Público. Como essa concessão não resulta de imposição, não há choque entre independência e unidade.

Apesar de não se tratar de princípio institucionais, é importante fazer menção à autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público. Trata-se de garantias dirigidas à instituição como um todo que reforçam sua independência em relação aos poderes da União e dos Estados. São de extrema relevância para o Ministério Público desincumbir-se satisfatoriamente de seu mister.³

1.2. FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

O artigo 129, da Constituição Federal de 1988, dispõe, *ipsis litteris*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Focando mais precisamente nas funções institucionais que se aplicam ao Ministério Público do Trabalho, temos que o inciso II é de extrema importância visto que

³ *Ibidem.*, p. 63.

evidencia o comprometimento do Ministério Público com a garantia dos direitos previstos constitucionalmente, sobretudo no que se refere a sua efetividade.

Destacam-se, ainda os incisos III e VI. Mais do que isso, o inciso V, que, no âmbito trabalhista, incumbe ao Ministério Público do Trabalho a defesa desses interesses e direitos, e o IX, que deixa claro a amplitude das funções do Ministério Público, que não se esgotam com as funções elencadas no artigo em referência. Logo, a atuação do Ministério Público não é residual, ou seja, independentemente de uma ação poder ser proposta por outro legitimado não exclui a atuação ou providências por parte do Ministério Público na medida em que entender cabível.

1.3. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho, como já explanado anteriormente, é o ramo do Ministério Público da União cuja função é atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrentes da relação de trabalho (direitos esses que serão abordados em tópico específico), fiscalizando o cumprimento da legislação trabalhista quando da incidência do interesse público.

O nascimento do Ministério Público do Trabalho se deu simultaneamente ao surgimento da própria Justiça do Trabalho. Abaixo, um breve histórico.

Em que pese em 1923 ter sido publicado o Decreto nº 16.027, criando o Conselho Nacional do Trabalho (CNT), foi apenas com o advento da Constituição de 1934 que se previu existência da Justiça do Trabalho de fato (art. 122), ainda que com caráter administrativo. Com efeito, adaptou-se às novas funções assumidas, passando o CNT a ser responsável pela solução dos conflitos individuais e coletivos trabalhistas.

Com a outorga da Constituição de 1937, deu-se o início do Estado Novo, mantendo-se a Justiça do Trabalho, ainda, na condição de órgão administrativo (art. 139).

O Decreto-Lei nº 1.237 foi publicado em 1939 com vistas a organizar a Justiça do Trabalho no âmbito do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Ao Conselho Nacional do Trabalho cabia apenas a uniformização da jurisprudência no sistema e a composição dos conflitos no âmbito nacional.

Logo em seguida, o Decreto-Lei nº 1.346, também de 1939, que tratava do Conselho Nacional do Trabalho, dedicou seu Capítulo V à Procuradoria do Trabalho, definindo-a como órgão de coordenação entre a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, o que, a princípio, já adotava contornos de Ministério Público. Isso porque seu objetivo não era apenas elaborar pareceres em matéria laboral para o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, mas também consistia na defesa do interesse público.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelecia, para o Ministério Público do Trabalho, atribuições mais voltadas para a coordenação entre Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tais como elaboração de pareceres em processos em que litigavam menores de idade sem representantes legais (*custus legis*). Tratava-se, pois, de uma atuação eminentemente processual, independentemente da relevância da matéria, em casos apreciados pelo judiciário trabalhista.

A partir de 1942, a importância da Procuradoria do Trabalho ficou evidente, sobretudo porque o presidente Getúlio Vargas nomeou cinco de seus membros para compor uma comissão destinada a elaborar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada em 1943, por meio do Decreto Lei nº 5.452.

De acordo com o diploma consolidado, o Ministério Público do Trabalho (como passou a chamar a Procuradoria da Justiça do Trabalho) tinha como função zelar pela exata observância da Constituição Federal, das leis e demais atos emanados dos poderes públicos, na esfera de suas atribuições (art. 736, CLT). Não obstante a denominação de Ministério Público, não tinha a independência que goza hoje, pois seus membros eram considerados meros agentes diretos do Poder Executivo. Sua atuação, portanto, era regida por referida norma, aplicando-se de forma supletiva as regras dirigidas ao Ministério Público Federal.

Advindo a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário. Após, em 1951, foi promulgada a Lei nº 1.341, a chamada, à época, de Lei Orgânica do Ministério Público da União (a primeira). Referido diploma legal enquadrava o Ministério Público do Trabalho como ramo do Ministério Público da União - embora ainda vinculado ao

Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, gozando de independência em face dos demais ramos que compunham o MPU.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público ganhou nova configuração, passando a gozar de independência institucional, sendo inserido no Título IV (“Da Organização dos Poderes”), Capítulo IV, art. 127 e seguintes. Com isso, tornou-se órgão constitucional extra poderes, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, gozando de plena autonomia funcional, administrativa e financeira.

O Ministério Público do Trabalho é hoje, portanto, o órgão especializado do Ministério Público da União que atua perante a Justiça do Trabalho com as incumbências retro mencionadas.

Em 1993 foi promulgada a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75), que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em vigor até então.

Atualmente, pois, dentre as atribuições do Ministério Público do Trabalho, destaca-se a promoção de ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

Segundo o art. 83, da Lei Complementar nº 75/1993, também compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; (...) IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; V - propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho; VI - recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho; VII - funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se

verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes; VIII - instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir; IX - promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal; X - promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho; XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho; XII - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas; XIII - intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Nos moldes do art. 129 mencionado anteriormente, compete, ainda, ao MPT, propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e indígenas, decorrentes, por óbvio, de relações de trabalho.

Assim como os demais ramos do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho exerce importante papel na resolução administrativa/extrajudicial de conflitos, que atua a partir do recebimento de denúncias ou por iniciativa própria.

O próprio sítio eletrônico do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Geral atribui como missão, visão, valores e objetivos estratégicos da Instituição:

Missão: Defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis no âmbito das relações de trabalho, contribuindo para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e para a concretização dos ideais democráticos e da cidadania.

Visão: Instituição indispensável para a garantia dos interesses sociais, da cidadania e do regime democrático.

Valores: Legalidade, Probidade, Imparcialidade, Transparência, Comprometimento, Eficiência, Eficácia e Efetividade, Visão Prospectiva, Coragem, Perseverança, Unidade, Indivisibilidade e Independência Funcional.

Objetivos Estratégicos: Promover a igualdade de oportunidades e combater a discriminação nas relações de trabalho; Erradicar a exploração do trabalho da criança e proteger o trabalhador adolescente; Erradicar o trabalho escravo e degradante; Garantir o meio ambiente do trabalho adequado; Eliminar as fraudes trabalhistas; Combater as irregularidades trabalhistas na administração pública; Proteger o trabalho portuário e aquaviário; Garantir a liberdade sindical e buscar a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho; Fortalecimento institucional; Fortalecer as alianças estratégicas; e Excelência na gestão institucional.⁴

1.4. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ATUALIDADE

Como visto alhures, a atuação do Ministério Público do Trabalho, inicialmente, era meramente processual, cujos pareceres eram proferidos em todos os casos em que tramitavam no judiciário trabalhista, independentemente da relevância da matéria ou da natureza das partes.

Nos dias de hoje, tornou-se guardião da lei e percussor dos direitos e valores que possuem repercussão social ou que possuem interesse público nas relações de trabalho. Entretanto, o desempenho do Ministério Público do Trabalho converteu-se a uma atividade mais seletiva, uma vez que passou de um órgão quase que totalmente interveniente para um órgão agente. Nesse sentido, para Ricardo José Macedo de Britto Pereira:

Atualmente, a ação é seletiva, o que traz maiores dificuldades e intensas discussões para o estabelecimento de linhas comuns de atuação. As novas atribuições não eliminam a tradicional fiscalização da lei do estado, mas a modificam profundamente. Essa passagem de órgão predominantemente interveniente para órgão agente alterou de maneira significativa o perfil do Ministério Público do Trabalho.

A manifestação em todos os processos que alçavam os tribunais trabalhistas, considerando o volume de trabalho, acabava por tornar-se rotina. Após a Constituição de 1988 e a LC 75/1993, passou a ser necessário avaliar e ponderar as atuações, diante dos conflitos do mundo do trabalho. A simples decisão de não agir em determinada

⁴ Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/ompt/pge/. Acessado em 18/09/2018.

situação também envolve enorme responsabilidade. Como o Ministério Público do Trabalho deve fazer-se presente em todas as questões relevantes, que digam respeito ao trabalho humano, e as graves violações vêm ocorrendo em quantitativo bastante considerável, a eleição de prioridades passou a fazer parte do dia a dia dos Procuradores. (...) ⁵

No âmbito judicial, pois, busca o Ministério Público do Trabalho a responsabilização dos autores pelas lesões ou pelas ameaças ao interesse público e ao ordenamento jurídico, quando o embate não é resolvido administrativamente, derivados das relações de trabalho.

Nesse sentido, importante destacar o papel do Ministério Público do Trabalho nas ações civis públicas na seara trabalhista, seja como órgão agente ou interveniente (parágrafo 1º, do art. 5º, da Lei nº 7.347/1985), uma vez que é obrigatória a sua manifestação em face de todos os atos praticados no processo em ações coletivas, ou seja, o MPT está em constante acompanhamento no que diz respeito à defesa do interesse público, sobretudo aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos oriundos da relação de trabalho.

Mas não é somente pelo aspecto processual e legal que se aquilata a importância do papel de atuação do procurador do trabalho na solução dos conflitos sociais, na esfera do Direito do Trabalho. A sua atuação ganha indiscutível importância política e social, sobretudo em momentos de crise, especialmente com relação aos direitos trabalhistas, que vêm sendo bastante flexibilizados e até mesmo estirpados da lei em alguns casos. (...)

O membro do Ministério Público, para bem cumprir o seu papel, deve ser destemido e arrojado. Não pode ser um medroso, pois na sua atuação quase sempre tem que enfrentar os poderes políticos e econômicos, que são os que mais desrespeitam os direitos sociais legítimos. Igualmente não pode ser um acomodado, pois ao seu papel ministerial são inerentes o arrojo e a criatividade. Não uma criatividade irresponsável, mas, de forma fundamentada buscando a proteção do interesse público primário da sociedade, embasando-se não só na lei positivada, mas também nos princípios constitucionais e legais existentes, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a função social da propriedade, entre outros. O membro do Ministério, é, pois, no bom sentido, um ‘criador de casos’ para fazer valer os direitos da sociedade. ⁶

⁵ *Ibidem.*, p. 70/71.

⁶ MELO, Raimundo Simão de Melo. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 53/54.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ricardo José Macedo de Britto Pereira conceitua ação civil pública como sendo:

(...) instituto jurídico voltado para a defesa, em juízo dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio de legitimados expressamente previstos, cuja ênfase recai na efetividade desses interesses e direitos, na medida em que é possível lançar mão de variadas fórmulas para se alcançar tal resultado.⁷

2.1. HISTÓRICO

Ao final do século XIX, já no início do século XX, levando-se em consideração a intervenção do Estado na economia, sobretudo no que diz respeito à época da revolução industrial, deixou-se de considerar a sociedade individualmente, mas coletivamente, eis que quaisquer condutas poderiam atingir, positiva ou negativamente, dezenas de milhares de pessoas e seus interesses. Consequentemente, houve o nivelamento dos conflitos sociais.

Assim, com a priorização da sociedade de massa, o litígio individual, até então o único de conhecimento notório da população, tornou-se obsoleto face às novas demandas e aos novos direitos da coletividade.

Nesse diapasão, elevaram-se as ações coletivas, ou as *class actions*, baseadas na metodologia dos Estados Unidos da América, tutelando não apenas o interesse individual, mas de toda uma categoria de indivíduos.

Os primeiros relatos atinentes à ação civil pública propriamente dita surgiram na França, no início do século XIX, em que a lei francesa determinava que o Ministério Público do Trabalho poderia propor ação civil pública quando envolvido o interesse público coletivo, seja na qualidade de agente ou na qualidade de interveniente⁸.

⁷ *Op. cit.*, p. 28.

⁸ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

Mais precisamente no Brasil, foi editada somente no ano de 1985, a Lei nº 7.347, de 24 de junho, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, como marco da implementação do processo coletivo, eis que referida norma ampliou o rol de possibilidades de defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 1º) e, dentre os legitimados, encontra-se o Ministério Público, dentre eles, o do Trabalho (art. 5º, I¹⁰), por meio da propositura de civil pública em defesa de ditas prerrogativas, demonstrando, portanto, que, ainda que tardiamente, havia a necessidade de adaptação do contencioso para as demandas da vida em sociedade, e não apenas nas esferas individuais.

Muito além do Ministério Público, trata-se pois de um outro ponto evolutivo englobado pela norma em referência: a ampliação dos legitimados ativos para a propositura de dito remédio processual, cuja legitimidade, antigamente, era atribuída apenas àqueles diretamente lesados, por meio da ação popular, e ao Ministério Público, restrito somente a ação de reparação de danos (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)¹¹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação civil pública foi elevada à categoria de instrumento constitucional fundamental para garantia de direitos, ampliando-se ainda mais o seu objeto (art. 129, 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*). Assim, a ação civil pública já poderia ser proposta na Justiça do Trabalho, uma vez que a Constituição Federal não faz distinção quanto aos ramos do Ministério Público.

Todavia, apenas com a edição da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) é que se passou a admitir a utilização (mais expressiva) da ação civil pública, eis que o art. 83, III, determina que compete ao Ministério Público do

⁹ “Art. 1º. 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;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII - ao patrimônio público e social.”

¹⁰ Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (...)

¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

Trabalho “*promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos*”.

Portanto, a ação civil pública “*veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais (...)*”¹².

Leciona Nelson Nery Júnior:

A Ação Civil Pública, expressão que, diante do direito positivo vigente, é sinônima de ação coletiva, pode ser ajuizada na Justiça do Trabalho, com base no sistema constitucional e legal brasileiro. O sistema da CLT mostra-se, hoje, insuficiente para atender à demanda dos direitos transindividuais de natureza trabalhista, razão pela qual cada vez mais estão sendo ajuizadas ações coletivas, de variada ordem, na Justiça do Trabalho.¹³

2.2. INTERESSES TUTELADOS: INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Os interesses metaindividuais são originários do direito romano. As *actiones populares* (Digesto 47, 23, 1), embora pudessem ser propostas por qualquer cidadão romano, por meio delas almejava-se o direito correspondente a um indivíduo como membro da sociedade, ou seja, destinavam-se à proteção dos interesses de toda a população.

A palavra “interesse”, para Ives Gandra da Silva Martins Filho:

(...) é a relação existente entre uma pessoa e um bem, na qual este se mostra capaz de satisfazer uma necessidade daquela. A etimologia latina da palavra é a chave para apreender o seu significado: ‘inter’ (entre) + ‘esse’ (ser) = ‘interesse’. Ou seja, o interesse é a ponte entre o

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela dos Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos – um estudo sobre a Ação Civil Pública trabalhista*. In: *Revista LTr*, São Paulo, ano 64, nº 2, p. 151/160, fevereiro/2002.

sujeito e o bem, que os relaciona entre si, onde o sujeito busca aquilo que reputa ser um bem capaz de satisfazê-lo.¹⁴

O Estado Democrático de Direito obrigou ao Estado a inserir no ordenamento jurídico a proteção desses interesses, denominados, então, interesses de massa, e não apenas a proteção somente dos direitos, com a conseqüente criação de novos instrumentos jurídicos capaz de garanti-los.

Nesse sentido, pode-se dizer que direito (o que é juridicamente protegido), são usados como sinônimos, uma vez que ambos encontram proteção no ordenamento jurídico. Logo, para fins de ação civil pública, direitos e interesses não tem qualquer diferenciação.

Inclusive, é o que se discutiu no anteprojeto da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor:

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

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um temo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados com o meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangendo também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional.¹⁵

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Grande da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*. Volume 66. Porto Alegre: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2000, *passim*.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 800/801.

Com a vigência do CDC, portanto, a observância desses direitos tornou-se nítida, sobretudo o que dispõe o art. 81, o qual será abordado mais adiante.

Conclui-se, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite:

Pode-se dizer, assim, que os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécie do gênero ‘interesses metaindividuais’, também chamados de ‘coletivos lato sensu’, transindividuais ou ‘supraindividuais’, ou, ainda, numa perspectiva mais ampla, preconizada pela teoria dos direitos fundamentais, ‘novos direitos’, ‘direitos globais’, ‘direitos de fraternidade’ ou ‘direitos humanos de terceira geração ou dimensão’.¹⁶

Nesse diapasão, cumpre aqui destacar, brevemente, o que são propriamente esses interesses.

2.2.1. INTERESSES DIFUSOS

Os direitos ou interesses difusos, definidos pelo legislador brasileiro, são aqueles de natureza indivisível, de titularidade de “*pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”, nos termos do art. 81, parágrafo único, I, do CDC¹⁷. Assim, para sua identificação, no que diz respeito aos sujeitos indeterminados, utiliza-se um critério subjetivo, enquanto que no que pertine à indivisibilidade do bem jurídico tutelado, utiliza-se um critério objetivo.

Nos ditames de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸, os direitos ou interesses difusos apresentam as seguintes características:

¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública na Perspectiva dos Direitos Humanos*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 51/52.

¹⁷ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (...)”

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

- litigiosidade interna: muito embora os interesses difusos estejam disseminados na sociedade, é certo dizer que, dependendo do caso concreto, poderá haver conflito de um interesse em razão de outro;
- objeto indivisível: trata-se de *“espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade”*¹⁹;
- duração efêmera: decorre pelo fato de não haver entre os titulares de dito direito uma situação imutável, ou seja, a sociedade está em contínua mutação, o que também resulta numa possível alteração ou sobreposição de interesses que anteriormente à alteração dos fatos eram prioritários (ou não). Nesse sentido, *“podem fenecer e desaparecer, acompanhando o declínio e a extinção dessas situações. Pela mesma razão, ‘reaparecerão’, mais adiante, quando ainda uma vez ressurgirem as mesmas causas fáticas anteriores”*²⁰;
- sujeitos indeterminados: *“eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou na natureza, etc.”*²¹

Relativamente ao direito material do trabalho, cumpre salientar que, em não havendo uma norma legal que abranja e conceitue especificamente os direitos ou interesses difusos, aplica-se, por analogia, o art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, como base da conceituação dos direitos/interesses metaindividuais e, conseqüentemente, aplicáveis às relações de trabalho.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A legitimação para a defesa dos direitos difusos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista Forense.

²⁰ *Op. cit.*, p. 89

²¹ *Ibidem*, p. 81.

2.2.2. INTERESSES COLETIVOS

Previsto no item II, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor²², os direitos ou interesses coletivos podem ser concebidos em sentido estrito (na forma descrita no artigo de lei em referência) e em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direitos metaindividuais.

Para Celso Riberto Bastos:

Os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamento. Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afectos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.²³

Percebe-se, pois, que o interesse/direito coletivo se trata de uma síntese dos interesses metaindividuais, interligados pela proximidade dos detentores de dito interesse/direito, ou seja, há a determinação dos sujeitos titulares, seja pela relação jurídica ou pelo vínculo jurídico.

Sustenta Kazuo Watanabe que a “*relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão*”²⁴.

²² “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 251.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 626.

Foi na seara do direito material do trabalho, juridicamente falando, que surgiram as primeiras comunidades com sujeitos identificáveis, quais sejam, os sindicatos.

Nos ditames de Carlos Henrique Bezerra Leite:

A rigor, é o direito coletivo, como segmento do Direito do Trabalho, que nos brinda com a noção de categoria, atualmente considerada, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC, uma das espécies de organização política, social, cultura e econômica entre pessoas juridicamente vinculadas entre si e guiadas por um objetivo comum.

A expressão ‘categoria’ encontra-se positivada no nosso ordenamento jurídico, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional. Mas foi o art. 511 da CLT que inaugurou o reconhecimento das associações para fins de estudo, defesa e coordenação dos interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas, o que ensejou o conceito de categoria²⁵.

2.2.3. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

De acordo com o art. 81, parágrafo único, III, do CDC²⁶, os interesses/direitos individuais homogêneos são entendidos simplesmente como aqueles decorrentes do interesse comum.

A vaga definição do que seriam esses interesses individuais homogêneos gerou diversidade na doutrina, sobretudo na defesa de dita prerrogativa. Entretanto, pode-se dizer que os interesses individuais homogêneos são sempre divisíveis, uma vez que a compensação oriunda do ato lesivo que gerou consequências aos seus respectivos titulares é mensurada de forma individual, diferentemente do que ocorre no caso dos direitos coletivos, como visto supra.

²⁵ *Op. cit.*, p. 61.

²⁶ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Leciona Rodolfo de Camargo Mancuso que os direitos individuais homogêneos:

(...) não são coletivos na sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão, aglutinação suficiente para destaca-los da massa de interesses isoladamente considerados.²⁷

(...) difusos e os coletivos apresentam certas características que não se encontram nos individuais homogêneos, a começar pela circunstância elementar de que aqueles dois primeiros representam segmentos do universo coletivo, propriamente dito, ao passo que estes últimos, muito ao contrário (não se percam pelo nome...) são individuais.

(...) não fosse a recente inovação legislativa, sinalizando a conveniência da limitação ao número de litisconsortes facultativos, quando muito numerosos (litisconsórcio multitudinário ou *monstrum*: CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei nº 8.952/94) e a essa modalidade poderiam ser reconduzidas as hipóteses enquadráveis no inciso III do art. 81 do CDC²⁸.

Portanto, os interesses/direitos individuais homogêneos são originalmente individuais, todavia, de origem comum a qual afeta um número identificável de pessoas, ainda que cada indivíduo responda diferentemente em cada situação, no seu próprio contexto, ou seja, atinge diversas pessoas homogeneamente, diversas situações particulares originadas por uma mesma causa.

Mancuso ainda assinalada que os direitos “*difusos e coletivos são metaindividuais na sua essência e na forma judicial em que são exercidos; ao passo que os individuais homogêneos apenas são metaindividuais na forma judicial em que podem ser exercidos*”.²⁹

Imperioso mencionar que a “origem comum” não necessariamente se refere ao um fato isolado, isto é, a lesão aos interesses individuais homogêneos pode ocorrer diversas

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 a 100)*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991, p. 278/279.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sobre a Legitimação do Ministério Público em Matéria de Interesses Individuais Homogêneos*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 438/440.

²⁹ *Ibidem*, p. 439.

vezes num determinado lapso de tempo, em diferentes locais sem que haja a descaracterização da homogeneidade do interesse individual.

2.3. PRINCIPAIS ASPECTOS E CABIMENTO

Na Justiça do Trabalho, a ação civil pública vem sendo utilizada como forte instrumento em defesa da cidadania.

Como já observado alhures, foi com o advento da Constituição da República de 1988, que alterou a competência do Ministério Público do Trabalho, mais precisamente após a promulgação da Lei Complementar nº 75/1993, que regulamentou suas funções, que começaram a ser ajuizadas ações coletivas em defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos na seara trabalhista.

Preconiza o art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/1993, *in verbis*:

Art. 83. 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; (...)

Referido artigo de lei deve ser examinado em conjunto do art. 129, III, da Magna Carta³⁰, que é assertivo na possibilidade de utilização da ação civil pública não apenas na defesa do patrimônio social, público e do meio ambiente (englobando também o meio ambiente de trabalho), mas também para a defesa de outros interesses difusos e coletivos.

No mesmo sentido, vaticina o art. 6º, VII, da Lei Orgânica do Ministério Público da União:

³⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...) 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;”

Art. 6º 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 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.

Para Raimundo Simão de Melo:

Assim, devido à proliferação dos conflitos na complexa relação entre capital e trabalho, bem como a criação de novos direitos sociais para os trabalhadores (CF, arts. 7º *usque* 11), avulta a necessidade da instituição de novos e eficazes mecanismos de tutela desses direitos. O Inquérito Civil, em âmbito administrativo, e a Ação Civil Pública, no âmbito da Justiça do Trabalho, surgem, nos dias atuais, como instrumentos efetivos de defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 e seguintes do CDC)³¹.

Portanto, a ação civil pública é o meio/instrumento expressamente previsto na Constituição Federal Brasileira (art. 129, III) assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos expressamente autorizados por lei para promover a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos metaindividuais, aqui entendidos como difusos, coletivos e individuais homogêneos, aos quais não se limita, eis que a Magna Carta também possibilita a defesa de outros interesses difusos e coletivos, decorrentes, por óbvio, da relação de trabalho, em se tratando de tutela exercida pelo Ministério Público do Trabalho.

³¹ *Op. cit.*, p. 152.

2.3.1. OBJETIVO, OBJETO E PEDIDO

A ação civil pública na seara trabalhista, como espécie do gênero das ações coletivas, tem por objetivo a defesa dos interesses metaindividuais, quais sejam, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como interesses de toda a sociedade, que na maioria das vezes não podem ser tutelados por mera demanda individual, seja pela hipossuficiência do trabalhador, seja pela sua inaptidão técnica ou até mesmo pelo preconceito para com aqueles que ingressam no Judiciário para a defesa e resguarda de seus direitos trabalhistas. Simão de Melo defende que:

Por essas e outras razões verificadas em cada caso concreto, a Ação Civil Pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação, que, individualmente, vem, em muitos casos, tornando simples retórica o comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Por isso, é considerada essa ação como um instrumento ideológico de satisfação dos direitos e interesses fundamentais da sociedade moderna³².

A ação civil pública, no Direito do Trabalho, pode englobar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que tenham relação com as matérias inseridas na competência da Justiça do Trabalho.

Como objeto da ação civil pública, temos que a Lei nº 7.374/1985, em seu art. 3º determina que poderá ser “*condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*”, bem como que “*na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor*” (art. 11).

Nesse sentido é que determina o art. 83, do CDC: “*para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de*

³² *Op. cit.*, p. 153.

propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Ou seja, a ação civil pública trabalhista pode englobar qualquer interesse ou direito coletivo que tenha relação com as matérias competentes de apreciação pela Justiça do Trabalho, conforme previsto na Carta Magna.

Sobre o tema, é o pensamento de Nelson Nery Júnior:

LACP, em sua edição original, em 1985, previa apenas a possibilidade de serem ajuizadas ação de responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ou incidente. Com o advento do CDC, o âmbito da abrangência da LACP foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos protegidos pela LACP (CDC 83, 90; LACP 21). Assim, hoje é possível, *v.g.*, a propositura de ação de anulação de contrato administrativo lesivo ao meio ambiente. São admissíveis as ações constitucionais, como por exemplo o mandado de segurança e o mandado de injunção. Não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP 5º e CDC 82 estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos³³.

Por essa razão é que nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho busca-se também a tutela inibitória, de caráter preventivo e voltado para o futuro, consistente em obrigação de fazer ou não fazer, podendo ser dirigida, dependendo da situação concreta, contra a prática, a continuação ou a repetição de ato contrário ao direito.

O que busca o Ministério Público do Trabalho, mediante a fixação de multa cominatória, é que seja cessada a prática ilícita perpetrada pelo infrator, ou, então, seja cessada a potencialidade de repetição do ato lesivo ao direito praticado. A tutela inibitória, veiculada como tutela preventiva, portanto, visa a evitar o ilícito, razão pela qual se busca a antecipação à sua prática, ao contrário da tutela tradicional, meramente reparadora. Sua materialização se dá por meio de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Este fazer ou não fazer deve ser imposto sob pena de multa, o que permite identificar como seu fundamento normativo-processual os artigos 461, do Código de Processo Civil, e 84, do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo do seu fundamento maior, a base de uma tutela preventiva geral, encontrado na própria Constituição da República, precisamente no art. 5º, inc. XXXV, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Importa dizer que para o deferimento da tutela inibitória, com o objetivo de impedir a prática de um ilícito, bastaria uma ameaça de lesão a direitos, não sendo necessária sequer a prova de ocorrência de ilícitos passados. Está expresso no Novo CPC: “*Art. 497, parágrafo único: Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

Objetiva, então, o Ministério Público do Trabalho evitar que os ilícitos se repitam ou continuem a existir, com indiscutíveis prejuízos aos trabalhadores e à própria autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho admite a cumulação de tutela inibitória com reparatória, senão vejamos:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – LEGITIMIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA PREVENTIVA – CUNHO INIBITÓRIO E COMPENSATÓRIO – POSSIBILIDADE. A questão principal debatida nos presentes autos diz respeito à ação civil pública de cunho inibitório, uma vez que detectada a prática de ato atentatório contra interesses coletivos e difusos – preservação da ordem trabalhista cogente com a inibição de prática lesiva mediante expediente judicial simulado -, como também da utilização de modo fraudulento, pela reclamada, da organização judiciária trabalhista para promover homologações em lides aparentes dos ex-empregados, com o objetivo de exonerar-se do pagamento de verbas rescisórias, mediante a celebração de acordos sem a configuração do real e necessário conflito de interesses. Nos termos da Constituição Federal, consiste em atribuição do Ministério Público do Trabalho a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Legítimo para promover o Inquérito Civil Público e a Ação Civil Pública, instrumentos hábeis para a defesa dos interesses sociais dos trabalhadores e a proteção dos direitos assegurados pela Constituição e aqueles decorrentes de interesses individuais indisponíveis homogêneos, difusos e coletivos. Destarte, legítimo o

Ministério Público para promover ações que visem interesses sociais relevantes como no presente caso, objetivando inibir a prática de ações que objetivem acionar a máquina judiciária para se obter vantagem ilícita detrimento da específica normatividade cogente de natureza trabalhista. Recurso de revista não conhecido.³⁴

No mesmo sentido é que se pleiteia, quando da propositura da ação civil pública, indenização por danos morais coletivos.

Dispõe o primeiro artigo, do Título IX, do Código Civil, que trata da responsabilidade civil, inteiramente aplicável à espécie, por força do art. 8º, parágrafo primeiro, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017: “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Isso porque a lesão perpetrada pela parte não só causa lesão aos interesses coletivos dos trabalhadores diretamente prejudicados, como também aos difusos de toda uma massa de trabalhadores, uma vez que as lesões constatadas transcendem as relações individuais ou coletivas *stricto sensu*, atingindo, em vários aspectos, a dignidade devida não só ao empregado diretamente aviltado, como também ao trabalhador *in potentia*, isto é, aquela pessoa que procura, através do trabalho, o sustento para si e para sua família.

Há muito o ordenamento pátrio adota um sistema de responsabilidade civil, com fundamento em concepções solidárias e humanistas e visando o equilíbrio social. Tanto que prevê, expressamente, a figura do dano moral coletivo nos arts. 2º, parágrafo único, 6º, incisos VI e VII, 90, 110, 117, do Código de Defesa do Consumidor, a fim de dar efetividade ao princípio constitucional da reparação integral (art. 5º, V e X), reafirmando a primazia da tutela jurídica em toda a sua extensão e alcance da personalidade, e, de outro, valorizando, destacadamente, os interesses transindividuais (arts. 6º, 7º, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227, da CF/1988) e os instrumentos aptos à sua proteção (art. 5º, LXX e LXXIII, e art. 129, III, da Carta Maior).

É desnecessário dizer que ambos os diplomas podem e devem ser aplicados ao caso, uma vez que devidamente alinhados com os princípios constitucionais da justiça social, primado do trabalho, valor social do trabalho e busca do pleno emprego, além de inteiramente

³⁴ ARE – 0011700-06.2006.5.23.0031, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 10/11/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 19/11/2010.

consentâneos com o permissivo do referido artigo 8º, bem assim com o artigo 7º, *caput*, da Constituição da República, que estabelece uma diretriz interpretativa constitucional forjada sobre o princípio da norma mais favorável.

Assim como existe indenização de dano moral a favor de pessoa jurídica, também existe dano moral a favor de uma coletividade. Este último é o dano coletivo, que se quer ver compensado financeiramente em sede de ação civil pública, pelo arbitramento de condenação genérica, que deve atender às finalidades punitivo-educativo e de compensação à coletividade. O fundamento jurídico para a reparação do dano moral coletivo no direito brasileiro reside tanto na Lei nº 7.347/1985 (LACP), art. 1º, *caput*, e inciso IV, como também na Lei nº 8.078/1990, artigo 6º, incisos VI e VII.

Com relação à reparação, a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela tríplice função da indenização, isto é, preventiva, compensatória e punitiva. Com efeito, a reparação deve representar uma função pedagógica, a fim de desestimular a prática de uma determinada conduta lesiva à sociedade; uma função punitiva para o infrator, para que sinta a reação do ordenamento jurídico e das instituições responsáveis pela sua defesa; e, por fim, ressarcitório ou compensatório, no intuito de que a coletividade ofendida perceba a resposta institucional às lesões perpetradas.

Por meio da ACP, o Ministério Público do Trabalho visa não só fazer cumprir o ordenamento jurídico lesado, mas, também, restaurá-lo, vez que já foi violado. Tem por escopo, ainda, coibir a repercussão negativa na sociedade gerada por essa violação.

Ressalta-se que, para a caracterização do dano moral coletivo, não há necessidade de comprovação de dano ou sofrimento moral, em razão da natureza transindividual da violação e da reparação (nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 598281-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.05.2006).

Destaque-se, ainda, que esse dano, desferido potencialmente a um universo de pessoas que é impossível de se determinar, tanto *a priori*, como *a posteriori*, deve ser reparado imediatamente, não se confundindo, em absoluto, com as eventuais reparações individuais que venham a ser ingressadas pelos trabalhadores.

Ressalva-se, por oportuno, que somente com a condenação no pagamento de indenização pelos danos de natureza coletiva e difusa causados é que os maus empregadores

passarão a respeitar a ordem jurídica vigente e os direitos dos trabalhadores. Do contrário, continuará sendo manifestamente vantajoso descumprir a lei e somente após ser acionado judicialmente, por alguns deles, pagar os direitos trabalhistas, ainda assim após a longa tramitação do processo ou senão por meio de acordo, em valores infinitamente inferiores aos devidos.

Por fim, admite-se, também, como objeto da ação civil pública, a declaração incidental inconstitucionalidade, como instrumento do controle difuso de constitucionalidade, de ato normativo, desde que não seja o objeto principal da ação, segundo entendimento do Superior Tribunal Federal (RE 4711946/SP, julgamento 25/06/2013, DJe divulgado 09/09/2013, publicado 10/09/2013), como ver-se-á mais a frente, objeto principal desta dissertação.

Desse modo, confirma-se que a ação civil pública pode ter por objeto uma determinação condenatória, constitutiva, mandamental, declaratória, cautelar ou qualquer outra espécie que vise a tutela dos direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos.

2.2.2. NATUREZA JURÍDICA

A ação civil pública se trata de ação constitucional para efetivar os direitos e garantias constitucionais e legais, com o seu caráter inovador, eis que a ACP considera o litígio como um todo, ou seja, não preserva a individualidade das partes, não se trata de uma ação individual plúrima ou litisconsórcio.

Segundo Kazuo Watanabe:

A estratégia tradicional do tratamento das disputas tem sido fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre se sua fragmentação e conferirá peso político

mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.³⁵

2.3.3. LEGITIMIDADE ATIVA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO

A legitimidade ativa corresponde à viabilidade de um sujeito figurar no polo ativo de uma demanda em busca de um provimento jurisdicional do Estado para reparação de uma lesão, resguarda de um direito ou prevenção de lesão ao mesmo, próprio ou de terceiro, no caso de uma legitimação ordinária, extraordinária ou autônoma, como ocorre em se tratando de tutela de direitos/interesses metaindividuais.

A legitimidade para a causa é uma condição da ação, na medida em que a parte se encontra em condição de conduzir o processo até o seu término, aferida de acordo com o objeto litigioso. Deve haver, pois, um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica deduzida em juízo.

Diferentemente do que ocorre com a tutela individual, em que apenas poderá haver eventual substituição processual nos casos expressamente previstos em lei, a tutela judicial dos direitos coletivos, na qual está presente o interesse público, a legitimidade não pertence aos titulares direitos individualmente considerados do direito almejado.

No caso da ação civil pública, trata-se de tema de extrema importância, eis que rompe com a ideologia individualista de que somente o titular do direito pode buscar a sua defesa em juízo.

A lei confere essa legitimidade a particulares (ação popular), a pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, partidos políticos etc.) e a órgãos públicos. Portanto, a legitimidade ativa para defesa dos direitos metaindividuais é *ope legis* no sistema processual coletivo brasileiro, descabendo, em regra, o *se i* controle judicial. Assim, também em regra, basta que o ente ativo conste do rol legal de legitimadas para que possa pleitear em juízo na defesa dos interesses ou direitos da coletividade (...)³⁶

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Código de Defesa do Consumidor. Op. cit.*, p. 787.

³⁶ MELO, Raimundo Simão de. *Op. cit.*, p. 202.

Nesse sentido, determina o art. 5º e parágrafo 1º, da Lei nº 7.347/1985, *in verbis*:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
 I - o Ministério Público;
 II - a Defensoria Pública;
 III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
 IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
 V - a associação que, concomitantemente:
 a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
 §1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Somados aos legitimados supra, ainda temos os constantes do art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, *“as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”*.

A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública é inerente as suas funções institucionais para defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis e da ordem democrática, conforme previsto no art. 127, da Carta Magna.

Há divergência na doutrina atual quanto a legitimação para a propositura da ação civil pública, se é ordinária, autônoma ou extraordinária, esta restando prevalecente.

Isso porque, conforme Britto Pereira:

Ao refletir sobre as diversas posições, percebe-se que a substituição é da coletividade como um todo e não dos integrantes do grupo. Trata-se de uma abstração que permite oferecer respostas ao conjunto da situação na sua integralidade, próxima das ações objetivas. Daí que a substituição processual se aplique às três modalidades de interesses e direitos coletivos previstas na Lei 8.078/1990. A coletividade abstrata

não comparece, nem fala por si, mas sempre pelo legitimado previsto na lei.³⁷

Por outro lado, também pode-se dizer que a legitimação para a propositura da ação civil pública, além de extraordinária, é também autônoma (a presença do titular do direito é completamente dispensável), disjuntiva e concorrente. Sobre estes últimos, a propositura de ação civil pública por quaisquer dos co-legitimados não impede ou prejudica o direito dos demais de praticar o mesmo ato, que podem ingressar no litígio como litisconsortes. Todos os legitimados, portanto, possuem o mesmo direito de ingressar em juízo por meio de propositura de ACP.

Mais especificamente em relação ao Ministério Público do Trabalho, pela expressão do art. 129, III, da Constituição Federal, muito se discutiu sobre a possibilidade de defesa dos direitos individuais homogêneos pelo MPT.

Todavia, prevalece na doutrina atual que o *Parquet* laboral é sim legitimado ativo para defender ditos direitos em sede de ação civil pública, desde que existam direitos de grande relevância social e indisponíveis.

A própria CF, em seu art. 129, IX, assegura essa legitimação, quando determina que é função institucional do Ministério Público “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”. O Conselho Superior do Ministério Público, inclusive, editou as Súmulas nos. 44 e 45, segundo as quais o MP é parte legítima para propor ação civil pública na defesa dos interesses individuais homogêneos quando refletivos nos interesses da coletividade.

Nesse mesmo sentido, determina expressamente o art. 6º, VII, “d”, e XII, da Lei Complementar nº 75/1993, em total consonância com o art. 127, da CF, na defesa dos interesses sociais e de origem comum (art. 81, III, CDC), *ipsis litteris*:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:
(...) VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

³⁷ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Op. cit.*, p. 203.

(...) d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; (...)
XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; (...)

Assim, na ACP promovida para a tutela de direitos/interesses metaindividuais, o autor da demanda poderá agir tanto como legitimado autônomo, na defesa dos direitos difusos e coletivos, como substituto processual, na defesa dos interesses individuais homogêneos.

Já entende o Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. A situação da sociedade cooperativa, em que se configura a fraude no propósito de intermediação de mão-de-obra, com a não-formação do vínculo empregatício, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante. Revista conhecida e provida.³⁸

A ação civil pública representa, portanto, questão de grande interesse social, posto que permite o livre acesso da sociedade ao Poder Judiciário, desentope a Justiça do Trabalho com a proliferação de diversas demandas trabalhistas individuais em prol da economia e celeridade processuais e efetividade e proteção dos direitos comuns.

³⁸ TST – RR 612525-15.1999.5.03.5555, Relator: Wagner Pimenta, Data de Julgamento: 15/05/2002, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/06/2002.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quando se fala em controle de constitucionalidade, principal tese de discussão nesta humilde dissertação, pode-se conceituar como sendo uma constatação de conformidade de leis e a Constituição Federal. “*A ideia de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de higidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais*”³⁹.

Na concepção de Constituição por Hans Kelsen, houve uma estruturação exclusivamente jurídica, isto é, toda norma obtém a sua validade de outra imediatamente superior. “*A ordem jurídica (...) não é um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas*”⁴⁰. No caso, é a Constituição Federal que determina os parâmetros para a validade da norma infraconstitucional, como sendo o ato normativo mais elevado da ordem judicial.

Assim sendo, todas as normas devem estrita observância e irrestrita obediência aos seus preceitos, de modo que qualquer discordância detectada deve ser solucionada em favor da Carta Magna, como por exemplo, o reconhecimento de sua inexistência, nulidade ou anulabilidade.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado da seguinte forma:

- a) quanto à norma constitucional violada: formal, que decorre de algum tipo de violação ao processo legislativo ou de incompetência do órgão na sua edição, ou material, quando o conteúdo da norma é contrário ao conteúdo constitucional;
- b) quanto ao tipo de conduta lesiva: por ação/realização, por parte do Estado, de uma conduta positiva que não condiz com os preceitos constitucionais, ou por omissão, quando da estagnação do Poder Público para efetivação de uma

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 699.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

- norma constitucional, ou não são adotadas as medidas necessárias ou estas são tomadas de forma insuficiente;
- c) quanto ao momento: originário, quando o ato foi editado já na existência da Constituição, ou superveniente, quando a norma constitucional é posterior ao ato;
 - d) quanto à extensão do vício: total, em que o diploma analisado é inconstitucional em sua totalidade, ou parcial, na medida em que a inconstitucionalidade atinge apenas trechos específicos do diploma analisado; e
 - e) quanto ao prisma de apuração: direto/mediato/antecedente, quando entre a norma constitucional e o diploma avaliado não há que se interpor nenhuma outra norma, ou indireto, em que há uma relação de dependência entre duas normas ou o ato lesivo à Constituição atinge norma infraconstitucional.

Ainda, o controle de constitucionalidade também pode ser caracterizado como preventivo ou repressivo. Por preventivo, entende-se pelo impedimento da inserção de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico, por meio do Poder Legislativo. Por repressivo, quando se busca a retirada de uma norma editada em desconformidade com a Constituição Federal, por meio do Poder Judiciário, difusa ou concentradamente.

Considerando a importância e a diferença no exercício do controle repressivo de constitucionalidade, mister se faz a abordagem separada de cada um deles para se chegar ao cerne dessa dissertação, qual seja, a declaração incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública.

3.1. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle concentrado de constitucionalidade foi idealizado por Hans Kelsen e foi primeiramente previsto na Constituição da Áustria de 1920, realizado em abstrato e pela via principal, ou seja, a constitucionalidade era discutida como pedido principal da ação.

No ordenamento pátrio de jurisdição constitucional, surgiu por uma forte influência dos Estados Unidos da América. Já na primeira Constituição de 1891 foi instituído controle difuso-incidental de constitucionalidade das normas sob responsabilidade do Poder Judiciário.

A Constituição de 1934 atribuiu ao Senado a função de suspender, parcial ou totalmente, lei ou ato normativo considerado como constitucional pelo Poder Judiciário. Já a Carta Magna de 1937, que instituiu o Estado Novo, em grande retrocesso, extinguiu a representação interventiva.

A Constituição de 1946 manteve o controle difuso e devolveu ao ordenamento a possibilidade controle concentrado de constitucionalidade. Mais precisamente com a Emenda Constitucional nº 16/1965, criou-se a representação de inconstitucionalidade, concebendo-se o controle concentrado abstrato, de titularidade do Procurador-Geral da República.

Porém, somente com a Carta Maior de 1988 o controle concentrado foi aperfeiçoado, nos moldes que hoje presenciamos, em que foram incluídas como ações para competentes para discussão da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, além da ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A ação declaratória de constitucionalidade foi implementada com a edição da Emenda Constitucional nº 03/1993.

Além disso, incrementou-se o rol de legitimados para a propositura das ações supra, senão vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Pois bem. Nessa espécie de controle, a constitucionalidade ou não da norma representa o pedido principal da ação. Para Alexandre de Moraes:

Por meio desse controle procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente de caso concreto, visando-se à obtenção da invalidade da lei, afim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁴¹

Atualmente, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, realizado por meio de ação própria que buscará discutir, *in abstracto*, a inconstitucionalidade ou não de uma norma, independentemente da existência de um interesse jurídico específico ligado a uma situação concreta. Trata-se, portanto, de um processo puramente objetivo, em sentido processual, em que não há partes, com o fim de adequar a legislação infraconstitucional à Carta Maior, assegurando-se, por consequência, a supremacia do texto constitucional.

No modo *abstracto*, de controle de constitucionalidade temos o processo objetivo, assim chamado por oposição ao processo subjetivo, a tutelar este uma situação subjetiva, individual ou coletiva. O objeto do primeiro é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada, e não a solução de controvérsias individuais e (ou) coletivas. Quando se afirma tratar-se de processo objetivo se quer dizer aquele em que não há interesses individuais ou coletivos específicos.⁴²

Como ver-se-á mais adiante, a ação civil pública não é o meio adequado para se exercer esse tipo de controle, eis que só pode fazer de forma difusa (*incidenter tantum*). Caso questione objetivamente a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito, devendo ser utilizada a via adequada direcionada exclusivamente ao STF, para não subverter o sistema de controle *abstracto* de constitucionalidade brasileiro.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 730.

⁴² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

Os instrumentos específicos para questionamento *in abstracto* da constitucionalidade de norma serão a seguir analisados individualmente.

3.2. TIPOS DE AÇÃO PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.2.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN

Esta é a ação que possui como característica ser a ação principal utilizada quando tratamos acerca do controle concentrado de constitucionalidade.

A criação de tal ação se deu por conta da Emenda Constitucional nº 16/1965, enquanto ainda era vigente a Constituição Federal de 1946, sendo que tal emenda alterou o artigo 101 da referida Constituição, para garantir a competência ao Supremo Tribunal Federal para representar contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo sido somente na Carta Magna de 1988 que a referida ação teve uma maior visibilidade e maior garantia.

De maneira mais direta e sucinta, terão a referida competência para julgar uma ADIn os Tribunais de Justiça dos Estados, em se tratando de leis ou atos normativos estaduais ou municipais oriundos da Constituição Estadual⁴³ e o Supremo Tribunal Federal no que tange à inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais.⁴⁴

As normas constitucionais de referência para o exercício do controle de constitucionalidade são todas aquelas constantes da Constituição Federal, expressa ou implicitamente, independentemente de seu conteúdo e desde que não revogadas ou, no caso das normas constitucionais previstas no ADCT, desde que ainda em plena eficácia.

⁴³ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) §2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

⁴⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) – Constituição Federal de 1988; (...)

Com relação ao objeto, determina o art. 102, I, “a”, da Carta Magna que somente as leis e, claro, os demais atos normativos, federais ou estaduais poderão ser discutidos no Supremo Tribunal federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Logo, por óbvio, exclui-se dessa análise leis e atos normativos municipais. Nesse mesmo sentido, leis ou atos normativos anteriores à norma constitucional eleita como referência não poderão ser objeto de ADIn.

Assim, de forma breve, os atos que podem ser objeto de controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade são: emendas constitucionais quando não observado o regramento do art. 60, da Constituição Federal; leis complementares e leis ordinárias; leis delegadas quando legislam sobre tema não autorizado pela Constituição Federal ou quando extrapolam os limites da Resolução do Congresso Nacional; medidas provisórias; decretos legislativos; decretos autônomos, constantes do art. 84, VI, CF/88; tratados e convenções internacionais, independentemente do processo ao qual se submeteram para aprovação, que versem sobre direitos humanos que tenham sido incorporados pelo procedimento ordinário, pelo procedimento especial e mesmo aqueles que versem sobre direitos humanos não incorporados pelo procedimento originário; decretos legislativos que ratificam e decretos presidenciais que promulgam ditos tratados e convenções internacionais; regimentos internos dos Tribunais e Casas Legislativas quando em violação direta à Carta Magna; atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público; e outros atos dotados de força normativa genérica e abstrata, como resoluções e pareceres aprovados pelo Poder Executivo.

Em sentido oposto, não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADIn: propostas de emendas constitucionais e projetos de lei; normas constitucionais originárias; leis e atos normativos anteriores à CF parâmetro; leis e atos normativos editados pelo Distrito Federal no âmbito de sua competência; leis já declaradas como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva; súmulas e súmulas vinculantes; respostas à consultas no Tribunal Superior Eleitoral; atos normativos secundários; sentenças normativas e convenções coletivas; e leis e outros atos normativos já revogados.

Relativamente à legitimidade, na Carta Magna, mais especificamente no artigo 103, os legisladores buscaram apresentar um rol de legitimados, totalizando nove: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado

ou do Distrito Federal; (vi) Procurador-Geral da República; (vii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) Partido Político com Representação no Congresso Nacional; (ix) Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal buscou ampliar a legitimidade para ajuizar uma ADIn, visto que a Constituição Federal de 1967 limitava tal legitimidade somente ao Procurador-Geral da República, como já mencionado anteriormente, fazendo, assim, com que a interpretação da Constituição Federal chegue a ser um processo mais democrático, admitindo-se uma interpretação mais ampla dos legitimados.

De acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior, podemos classificar os legitimados em dois grupos distintos, os legitimados universais e os legitimados interessados, sendo que os legitimados universais “*são aqueles que podem ajuizar ADI sobre qualquer assunto. São legitimados universais: Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e Partido Político com representação no Congresso Nacional*”⁴⁵.

Tal divisão ocorre ante o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem a existência de dispositivo legal específico, sendo que o que se exige é pertinência temática.

A referida pertinência, para o Supremo Tribunal Federal, trata-se de uma das condições para o ajuizamento, ou seja, um interesse específico em razão do objeto da ação, devendo o legitimado autor da ADIn ser responsável por demonstrar o seu interesse.

Foi somente com o julgamento da ADIn nº 4.084/DF, relatada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que o Supremo Tribunal Federal passou a exercer função de fiscalizador de constitucionalidade das leis e atos normativos:

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico,

⁴⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 624.

concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.⁴⁶

A decisão definitiva prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes*, isto é, alcançará a todos, em decorrência da ADIn ser um processo objetivo, sem identificação das partes em sentido material, uma vez que se trata de defesa da ordem constitucional e não de um interesse específico.

Ainda, possui efeito *ex tunc* ou retroativos, de modo que a norma é considerada nula, como se nunca tivesse existido no mundo jurídico, sem produção de quaisquer efeitos, retornando a normativa ao status quo ante. Trata-se, pois, de uma decisão declaratória de uma circunstância que já existia e somente após o decisum é que foi confirmada. Assim sendo, os atos praticados na vigência da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional devem ser desfeitos, não havendo que se falar, pois, em direito adquirido, tampouco ao ato jurídico perfeito.

Por fim, ainda cabe destacar o efeito vinculante do decisum aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ademais, referido efeito alcança somente a parte dispositiva da decisão, excluindo-se, pois, as fundamentações utilizadas para se alcançar a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (teoria restritiva do efeito vinculante).

3.2.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADO

Da mesma forma como a violação à Constituição Federal pode decorrer de uma atuação estatal, essa desobediência também pode ocorrer da inércia face ao dever de cumprir com determinações constitucionais, ocasionando, pois, violação negativa à Carta Magna.

⁴⁶ ADIn nº 4.048/DF, Relator Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002714&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18/09/2018.

Referida omissão pode ser total, quando não há qualquer fragmento de regulamentação da norma constitucional, ou parcial, resultante de execução insuficiente ou imperfeita do dever constitucional de garantir a efetividade da própria Constituição Federal.

Em sede da Medida Cautelar em Mandando de Injunção nº 542-SP, o Ministro Celso de Mello apontou:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torna-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustado à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.⁴⁷

Nesse sentido, previu a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103, parágrafo 2º, atualmente regulamentada pela Lei nº 12.063/2009, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com a finalidade de tutelar a ordem constitucional objetiva abalada pela conduta omissiva governamental, julgada exclusivamente pelo Superior Tribunal Federal.

Constitui objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão as normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentada, isto é, normas que dependem de lei infraconstitucional que a regule para a sua plena satisfação. Em se tratando de conduta omissiva, a ausência de regulamentação pode ser por: omissão total ou parcial; derivada de omissão legislativa; em casos de iniciativa reservada; insuficiência na apresentação de projeto de lei; omissão administrativa (quando não são adotadas as providências necessárias para a execução fiel da Constituição).

A ADO, como já mencionado, pode ser proposta pelos legitimados ativos elencados no já transcrito art. 103, da Carta Maior. Cumpre aqui destacar que o responsável por uma omissão constitucional pode ser o próprio legitimado a propor a ação direta de

⁴⁷ MI 542-SP, Relator Ministro: Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/10/1996, Data de Publicação: DJ 05/11/1996.

inconstitucionalidade por omissão e, nesse caso, não há que se falar no seu direito de ação face à omissão que o próprio órgão provocou. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, em sede da ADI nº 3.682-MT:

Assim, salvo nos casos de iniciativa privativa de órgãos de outros poderes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal em relação ao Estatuto da Magistratura (art. 93, *caput*, CF/88), esses órgãos constitucionais não poderiam propor ação de inconstitucionalidade porque, como responsáveis ou corresponsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação.⁴⁸

Nos ditames do Supremo Tribunal Federal, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão apenas confere à Corte o poder de cientificar o órgão omissivo para que o responsável adote as medidas necessárias à concretização da Constituição Federal, limitando a sua atuação pelo princípio da separação dos Poderes, visto que a legitimidade passiva pode recair a qualquer agente que incorra em mora (exceto particulares).

3.2.3. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC

A ação declaratória de constitucionalidade passou a fazer parte da Constituição Federal com a edição da Emenda Constitucional nº 3/1993. Trata-se, pois, de ação objetiva integrante do controle concentrado de constitucionalidade, atualmente regulamentada pela Lei nº 9.868/1999.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, promulgando a reforma do Poder Judiciário, ampliou-se significativamente a legitimidade *ad causum* da ADC, equiparando-se à legitimidade ativa para a propositura da ação ADIn. Desse modo, prevê o art. 103, da Carta Magna, *in verbis*:

⁴⁸ STF – ADI: 3.682-MT, Relator Ministro: Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 06/09/2007.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os legitimados podem ser universais (para quem o interesse de agir é presumido) ou especiais (a propositura da ação condiciona-se à argumentação da pertinência temática). Vale ressaltar também que partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional devem ser representados por advogado visto que não possuem capacidade postulatória.

Em que pese ser regida pela Lei nº 9.868/1999, o seu artigo 13, que também tratada da legitimidade ativa, não foi recepcionado pela EC nº 45/2004.

São normas de referência para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade: constitucionais decorrentes de revisão constitucional; constitucionais transitórias enquanto eficazes e vigentes; princípios constitucionais implícitos; emendas constitucionais; constitucionais originárias desde que ainda em vigor; e tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (parágrafo 3º, art. 5º, CF/1988).

Conforme determina o art. 102, I, “a”, da Carta Magna, o objeto da ADC constitui leis e demais atos normativos federais e, ainda, somente normas editadas após a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. Ademais, segundo o art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, para que seja proposta a ADC, deve necessariamente comprovar a existência de uma relevante controvérsia judicial comprometedor da presunção de constitucionalidade das leis, isto é, por tal princípio, presumindo-se que todas as normas que entram em vigor no

ordenamento jurídico pátrio são constitucionais, não se vale a ADC para mera consulta acerca da constitucionalidade ou não do diploma.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade, nos moldes do já citado art. 102, da CF.

3.2.4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental possui respaldo no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal⁴⁹, regulamentada pela Lei nº 9.882/1999.

De acordo com o artigo 1º, caput, da lei em referência⁵⁰, a ADC possui o escopo de reparar qualquer tipo de lesão a preceito fundamental que resultar de ato do Poder Público.

Ocorre que, apesar dos dispositivos legais regulamentarem a ação em comento, o ordenamento brasileiro não apresenta o que poderá ser considerado com preceito fundamental ou não, cabendo, portanto, aos doutrinadores e às jurisprudências a sua definição.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentou, na ADPF nº 33-MC, uma importante definição do que seriam esses preceitos fundamentais:

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

⁴⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) §1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

⁵⁰ Art. 1º. A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.⁵¹

Sendo assim, poderá ser uma arguição utilizada para atacar atos de poder público ou atos da administração pública. Isto porque, conforme preceitua o artigo 4º, da Lei nº 9.882/1999⁵², a arguição somente será necessária no momento em que não for constatado nenhum outro meio eficaz para evitar a violação, não cabendo a ADPF em casos que couber outras ações, como ação popular, mandado de segurança, ADIn ou ADC.

Neste sentido, será cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra: (i) lei municipal que fere a Constituição Federal; (ii) lei anterior à Constituição Federal que não foi recepcionada; (iii) decretos e atos infralegais desde que não sejam autônomos; (iv) decisão judicial que não admita recurso ou meio capaz de evitar a lesividade; (v) ato ou omissão do poder público desde que não seja admitido outro meio capaz de evitar lesão; e (vi) lei revogada.

⁵¹ADPF nº 33-MC, Relator Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>. Acesso em: 19/09/2018.

⁵² Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. §1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade; §2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Na mesma toada, não caberá a arguição contra: (i) atos legislativos em formação; (ii) atos políticos; (iii) súmulas ou súmulas vinculantes; (iv) decisão judicial transitada em julgado; (v) ato ou omissão do poder público que admite outro meio capaz de evitar lesão; e (vi) atos praticados por particulares.

A Carta Magna não apresenta em nenhum de seus dispositivos quais seriam as pessoas legitimadas, fazendo com que tal preceito somente fosse apresentado após a promulgação da Lei nº 9.882 de 1999, mais precisamente em seu artigo 2º⁵³, ou seja, os mesmos legitimados para a propositura da ADIn, como visto supra.

De acordo com o ordenamento pátrio, o artigo 102, da Constituição Federal, determina como competente para julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, insta salientar que é possível que em uma Constituição Estadual também exista a previsão para a referida arguição, sendo assim, nestes casos, serão considerados competentes os Tribunais de Justiça dos referidos Estados.

Por fim, no que tange à prolação da sentença definitiva pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, devem estar presentes na sessão os Ministros preenchido o quórum especial disposto no art. 8º, da Lei nº 9.882/1999, ou seja, maioria absoluta dos membros da Corte, qual seja, 06 (seis) Ministros. Referida decisão possuirá eficácia *erga omnes* cujos efeitos serão *ex tunc* (retroativos) e vinculantes, de modo que será irrecorrível e não poderá ser objeto de ação rescisória.

3.3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, SEUS EFEITOS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O controle difuso de constitucionalidade é originário dos Estados Unidos da América, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, em que reconheceu-se a prevalência da Constituição norte-americana enquanto norma fundamental do país, de modo

⁵³ Art. 2º. Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; (...)

que todos os órgãos integrando do poder judiciário deveriam julgar as demandas com base nela; nos casos em que houvesse discordância entre qualquer lei e a Constituição, o Judiciário deveria julgar de modo a fazê-la prevalecer. No ordenamento jurídico brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade foi adotado desde a Constituição Federal de 1891.

Referido controle pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, em tese, por meio de qualquer tipo de ação judicial, incluindo-se, pois, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, uma vez que não é previamente definida, face a qualquer ato normativo ou lei, ainda que revogado, em discordância com a Constituição Federal, isto é, depende do caso concreto. Basta para a discussão da constitucionalidade da norma que a mesma estivesse em vigor quando da criação do ato.

Ainda, não é de competência exclusiva de um determinado tribunal, posto que referida questão é invocada de forma incidental (*incidenter tantum*), isto é, como pano de fundo para o direito diretamente lesado, apenas como causa de pedir, prejudicial de mérito, não integrando o pedido e, portanto, pode ser apreciado por qualquer órgão do Poder Judiciário.

De fato, segundo o Supremo Tribunal Federal, “*todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade*”⁵⁴.

Por conseguinte, apenas consta da fundamentação de decisão, não gerando coisa julgada uma vez que não faz parte do dispositivo do *decisum*, ou seja, o julgador aprecia constitucionalidade ou a inconstitucionalidade na fundamentação da sentença, mas apenas como fundamento para análise do pedido.

Segundo Guilherme Peña de Moraes:

A declaração incidental de inconstitucionalidade não é revestida pela autoridade da coisa julgada material, pois a imutabilidade do conteúdo do pronunciamento jurisdicional contra o qual não é cabível nenhum recurso é objetivamente limitado à questão principal, não sendo alcançada a questão prejudicial consistente na constitucionalidade da norma sujeita ao controle de constitucionalidade concreto, podendo a questão constitucional ser rediscutida em outro processo.⁵⁵

⁵⁴ AI (AGR) 145.589-RJ, Ministro Relator: Sepúlveda Pertence.

⁵⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 172.

Em regra, em decisão prolatada em sede de processo em que se exerce o controle difuso de constitucionalidade, os efeitos possuem eficácia *inter partes* (somente entre os litigantes) e *ex tunc* (efeito retroativo). Senão vejamos.

Primeiramente, como já explanado acima, considerando que a controvérsia constitucional é realizada *incidenter tantum* na própria ação civil pública, isto é, não se trata de pedido principal da demanda (questão prejudicial), não há que se falar de um comando judicial no dispositivo da sentença, mas sim de um afastamento da lei ou do ato normativo com a consequente inaplicabilidade da norma no caso concreto, atingindo, pois, somente as partes que litigaram em juízo. Dessa forma, pode-se concluir que no controle difuso de constitucionalidade tem como objetivo principal a tutela dos direitos subjetivos diretamente prejudicados pela normativa que se discute que pertencem às partes litigantes.

No que se refere ao aspecto temporal, a norma declarada inconstitucional é nula, isto é, o comando judicial possui efeito declaratório e retroage à data de edição da norma (efeito *ex tunc*). Consequentemente, todos os atos praticados durante a sua vigência e os seus respectivos efeitos não possuem qualquer validade e deverão ser desconstituídos. Nesse sentido, lecionada Alfredo Buzaid:

Sempre se entendeu, entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade.⁵⁶

Como dito, a decisão prolatada no controle difuso gera efeitos *inter partes*, ou seja, não atinge terceiros que não participaram da demanda específica. Desse modo, a lei ou ato normativo declarado como inconstitucional continua em vigor no ordenamento jurídico produzindo normalmente seus efeitos para as pessoas. Pode-se dizer então, que uma norma ou um ato normativo podem ser constitucionais para uns e inconstitucionais para outros.

⁵⁶ BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128/130, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. Salvador: Juspodium, 2012, p. 331.

Aí respalda-se a importância do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que colocado à disposição de qualquer cidadão ou órgão interessado em se discutir a constitucionalidade de lei ou ato normativo em determinado caso concreto com efeitos entre as partes. Nesse sentido, dita Oswaldo Luiz Palu:

O modelo difuso, aliás, tem sido subestimado em suas reais potencialidades, com as características que sempre o distinguiram, o de ser um sistema acessível (tão acessível quanto é o Poder Judiciário) e democrático, a permitir que qualquer cidadão, por iniciativa sua contestar atos do poder público à guisa de inconstitucionalidade, e permitindo que qualquer Juiz declare a inconstitucionalidade. Sistema que valoriza a iniciativa individual e não a oficial, não atribuindo aos interesses do Estado, ou dos que titularizam temporariamente cargos públicos, primazia em relação aos interesses do cidadão.⁵⁷

Para tentar esclarecer o assunto, enfrentaremos os principais argumentos para a impossibilidade e possibilidade de utilização da ação civil pública como meio para exercício do controle difuso de constitucionalidade.

3.4. ARGUMENTOS CONTRA A POSSIBILIDADE DE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Aqueles que entendem que a ação civil pública não é meio adequado para se discutir incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo defendem a ideia que esse tipo de demanda possui caráter objetivo, isto é, resta ausente a relação jurídica de direito material, eis que não se trata do pedido principal da ação, mas sim de questão prejudicial.

Segundo Arruda Alvim, o objetivo da ação civil pública se resume na inaplicabilidade de determinado artigo de lei ou ato normativo em determinada região,

⁵⁷ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle Coletivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Uma Evolução Democrática e Simplificadora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 765, p. 34/47, julho de 1999, p. 40/41.

disfarçadamente de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, não seria possível se identificar um processo litigioso, em que nem há relação entre as partes, não havendo que se falar, pois, na discussão de constitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação civil pública, usurpando-se a competência do Supremo Tribunal Federal⁵⁸.

Outro argumento bastante utilizado pelos defensores do afastamento da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade é o fato de que, no controle difuso, o efeito produzido pela sentença prolatada é meramente *inter partes*, isto é, reflete apenas às partes que participaram do litígio, ao passo que o art. 16, da LACP, expressamente determina que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o pedido principal está necessariamente ligado ao pedido *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, produzindo, portanto, efeitos *erga omnes*:

Diversamente, contudo, se passa no caso em que o juiz, na apreciação incidental, conclui no sentido de que a lei é inconstitucional. Se tal ocorrer, a solução do pedido principal estará indissolúvelmente atrelada ao resultado da apreciação incidental e, em consequência, não só a decisão que acolher ou rejeitar o pedido, como a que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, acabarão por produzir efeitos *erga omnes*. Segue-se, em última análise, que se a ação for julgada improcedente, não só o réu como terceiros ficam isentos de obrigação prevista na lei; e, como os interesses sob tutela são transindividuais, se a ação é julgada procedente, tanto o réu como terceiros estarão sujeitos a ser condenados a uma obrigação de fazer ou de não fazer ou a uma indenização, embora os últimos não tivessem participado do processo. O mesmo se passa se a sentença é constitutiva: a decisão poderá considerar válido ato a que a lei imponha a cominação de invalidade, ou considerar inválido ato que a lei tem como perfeitamente legítimo.⁵⁹

Corroborando com o entendimento acima, esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

⁵⁸ ALVIM, Arruda. *A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista de Processo, ano 21, nº 81, p. 127/134, janeiro-março de 1996, p. 130/131.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Doutrina ADCOAS, volume 1, nº 8, 1998, p. 314/316.

A ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com processos cognominados de ‘processos subjetivos’. A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas na defesa de interesse público devidamente caracterizado. Afigura-se difícil, se não impossível, sustentar que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.⁶⁰

Ademais, há que se falar também no posicionamento do jurista Humberto Teodoro Martins, para o qual o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, além de tudo o que já foi abarcado, acarretaria numa extensão de atribuições a pessoa ou órgão que não consta no rol de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), conforme previsto no art. 103, da Constituição Federal, eis que estaria a demanda disfarçada de controle concentrado de constitucionalidade, quando na realidade é difuso⁶¹.

Conclui-se que, observando os breves argumentos supra, não haveria que se falar na possibilidade de utilizar-se de ação civil pública em controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo sobretudo porque o instrumento jurídico em apreço produziria efeitos *erga omnes*. Ainda, estar-se-ia ampliando o rol de legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, que não se confunde com a legitimidade *ad causam* para propositura de ação civil pública. Sem falar, também, na ausência de relação jurídica.

Por fim, o último argumento que podemos citar é de que a lei, em decorrência de sua generalidade, possui validade em todo o território nacional e, caso seja admitido o limite da inconstitucionalidade à competência territorial de onde foi proferida a decisão, ter-se-iam normas constitucionais vigendo em determinados Estados e as mesmas consideradas inconstitucionais em outros Estados, violando, pois a unidade do direito.

Leciona Hely Lopes Meirelles:

Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas consequências alternativas: a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão somente na área de competência do juiz, e, aplicando-se *erga omnes*

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira et all. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1.142.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Algumas Observação sobre a Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

cria um Direito Substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, havendo a possibilidade de ser criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná; b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação pelo juiz de função do STF.⁶²

Data maxima vênia ao raciocínio dos doutos juristas acima destacados, não merece prevalecer, como será defendido adiante.

3.5. ARGUMENTOS A FAVOR DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ao contrário do que postulam os doutrinadores supra, a ação civil pública se trata de um processo subjetivo, isto é, há sim identificação das partes envolvidas, a pretensão postulada em juízo e o próprio pedido certo e determinado.

É o que sustenta Ricardo de Barros Leonel:

As demandas coletivas não são espécie de processo objetivo, sem partes, em que não há relação jurídica material ou subjacente deduzida pelo autor em juízo. A relação existe, mas tem contornos metaindividuais. Quando os legitimados propõem a ação, estão promovendo a defesa de interesses que não são deles, mas da coletividade, grupo ou classe. (...)

Mesmo que a relação material metaindividual não tenha contornos nítidos aos olhos habituados a relações intersubjetivas (de cunho individual), ela existe, pois o ajuizamento da ação coletiva sem que haja causa de pedir e pedido fundados numa situação concreta coletiva implicaria a inépcia da petição inicial, ensejando o seu indeferimento.⁶³

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 199/200.

⁶³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. *Op. cit.*, p. 399/400.

Assim sendo, considerando-se a ação civil pública como um processo subjetivo, reconhece-se como preenchido o requisito da questão prejudicial ao objeto da demanda para a discussão da constitucionalidade de ato normativo ou lei em sede de dito instrumento.

Dando continuidade, na ação civil pública, bem como em qualquer outra demanda, seja de cunho coletivo ou individual, quando há a discussão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, referido pedido deve se dar de forma incidental (*incidenter tantum*), de forma prejudicial, como causa de pedir, e não como objeto principal da propositura da ação.

Desse modo, assegura-se que o objetivo da ação civil pública, como já vimos, é a garantia dos direitos e interesses garantidos constitucionalmente, mais precisamente aqueles derivados da relação de trabalho, quando falamos na legitimidade do Ministério Público do Trabalho, sobretudo os metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferentemente do que ocorre quando da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, cujo objetivo é a retirada do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que afronta a norma constitucional maior.

Assim sendo, não há que se falar aqui no instituto da coisa julgada na prolação da sentença e, uma vez que não se faz coisa julgada sobre a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, não há a incidência do efeito *erga omnes*, o que já rebate outro argumento trazido pela doutrina anterior, tampouco em limites da competência territorial do órgão prolator.

De fato, quando reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, referida normativa é extinta do ordenamento jurídico permanentemente, como se nunca tivesse produzido efeitos (*ex tunc*). Já no caso da ação civil pública, a declaração incidental de inconstitucionalidade atinge apenas alguns atos; em outras palavras, a normativa continua em vigor no ordenamento jurídico, apenas afetando aos sujeitos que participam da demanda dentro do caso concreto.

A grosso modo, a ação civil pública com pedido incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em nada se difere de um processo ordinário, eis que se trata de mera questão prejudicial, não fazendo coisa julgada.

É o que explana a Ilma. Procuradora do Trabalho, Dra. Ana Elisa Alves Brito Segatti:

A ação civil pública, ao tutelar a proteção de um determinado interesse metaindividual, no caso concreto, pode ter como questão prejudicial a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fundamento esse que não sofrerá os efeitos da coisa julgada material. O limite objetivo da coisa julgada é restrito à parte dispositiva do *decisum*, e não a eventuais questões prejudiciais ou outras questões apreciadas na motivação da sentença.⁶⁴

Nesse mesmo sentido, dita Guilherme Peña de Moraes:

A declaração incidental de inconstitucionalidade, considerando que na ação civil pública a decisão definitiva produz efeitos *erga omnes*, *ultra partes* ou *erga victimae*, consoante a pretensão seja deduzida para a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não prova efeitos *erga omnes*, pois a eficácia subjetivamente ilimitada do provimento de procedência pressupõe que a sentença ou acórdão tenha sido alcançada pela autoridade da coisa julgada material, o que, a toda evidência, não ocorre na hipótese, já que a inconstitucionalidade é suscitada como questão prejudicial, e não como questão principal, sendo declarada na fundamentação, e não no dispositivo, de acordo como art. 469, inc. III, do CPC.⁶⁵

Nesse diapasão, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA ERGA OMNES. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, desde que não constitua hipótese de ludíbrio ao sistema de controle constitucional, fato não verificado quando a decisão acerca da in/constitucionalidade seja destituída de efeito erga omnes, vindo a obrigar apenas as pessoas que concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva.

2. Recurso especial não-provido.

(REsp nº 457.090/DF, Relator Ministro: João Otávio de Noronha, Data da Publicação: DJ 25/04/2006)

⁶⁴ SEGATTI, Ana Elisa Alves Brito. *O Controle de Constitucionalidade e a Ação Civil Pública*. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, nº 30, p. 37.

⁶⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Op. cit.*, p. 154.

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

4. Embargos de divergência providos.

(REsp nº 305.150/DF, Primeira Seção, Relatora Ministra: Eliana Calmon, Data da Publicação: DJ 30/05/2005)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO CALÇADO EM PREMISSA AFASTADA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA.

1. A adoção explícita, pela instância judicante de origem, de tese afastada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia o debate da matéria constitucional deduzida no extraordinário.

2. É pacífico nesta Casa de Justiça a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade como pedido incidental em ação civil pública. Precedentes: AI 557.291-AgR, da minha relatoria; e RE 645.508-AgR, da relatoria da ministra Cármen Lúcia.

3. Agravo regimental desprovido.

(RE nº 372.571/GO-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro: Ayres Britto, Data de Publicação: DJe 26/04/12)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTALER TANTUM NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE nº 645.508/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora Ministra: Cármen Lúcia, Data de Publicação: DJe 13/12/11)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.

(RE nº 424.993/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro: Joaquim Barbosa, Data de Publicação: DJe 19/10/07)

Também nesse sentido vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LOCAL DO DANO. VARA DO TRABALHO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL DE FILIADOS E NÃO FILIADOS AO SINDICATO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. ADEQUAÇÃO.

I - A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e será proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa (nº 7.347/1985, arts. 2º e 3º; CDC, art. 93). Na Justiça do Trabalho, a delimitação da competência territorial da Vara do Trabalho é disciplinada pela Orientação

Jurisprudencial nº 130 da SBDI-2 deste Tribunal, cuja *ratio decidendi* deixou de ser aplicada, na espécie.

II – É firme a jurisprudência no sentido de que a ilegalidade de determinada lei (formal ou material, caso da norma coletiva autônoma peculiar ao Direito Coletivo do Trabalho) pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir e, nesta hipótese, o controle de legalidade terá caráter incidental, sem efeito erga omnes (art. 16 da Lei nº 7.347/1985).

III – Na ação anulatória de cláusula coletiva não é possível cumulação do pedido de condenação em dinheiro e o de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (tutela inibitória), dada a sua natureza jurídica declaratória. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR – 800385-67.2005.5.12.0037, Primeira Turma, Ministro Relator: Walmir Oliveira da Costa)

Dando continuidade, descabe o argumento da usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para declaração de inconstitucionalidade de lei federal se caso um juízo de primeiro grau pronunciasse a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com efeito *erga omnes* em sede de ação civil pública, por força de possível exercício de controle abstrato do controle de constitucionalidade e talvez uma possível subversão dos legitimados para o controle concentrado (art. 103, CF) com os legitimados para a propositura da ação civil pública.

Isso porque, como insistentemente já se defendeu, não se trata de pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei como o pedido principal da ação, mas sim como causa de pedir, buscando-se reparação de um bem lesado justamente pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e, considerando que o que transita em julgado é apenas o dispositivo do *decisum*, e não sua fundamentação, é que não há que se falar na extrapolação dos limites da competência ou legitimidade.

Por fim, *data vênia*, também não merece proceder o argumento da violação da unidade do direito substantivo previsto constitucionalmente, isto é, caso a declaração de inconstitucionalidade se restrinja à competência territorial de onde prolatada a sentença, uma vez que a eficácia *erga omnes* da decisão em sede de ação civil pública não afasta a possibilidade do controle ser exercido em instâncias superiores, não impedindo, inclusive, a propositura de ADIn. Assim é que no controle difuso de inconstitucionalidade apenas se afasta a aplicabilidade da norma discutida no caso concreto, de modo que ainda permanece no ordenamento jurídico.

“Nada obsta o uso da ação civil pública com vistas à obtenção de bem jurídico concreto, transindividual e perfeitamente definido, sob o fundamento de ser inconstitucional a norma que estaria impedindo os eu gozo”⁶⁶.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

CONCLUSÃO

Como visto, a ação civil pública na seara trabalhista, como espécie do gênero das ações coletivas, tem por objetivo a defesa dos interesses metaindividuais, quais sejam, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como interesses de toda a sociedade, que na maioria das vezes não podem ser tutelados por mera demanda individual, seja pela hipossuficiência do trabalhador, seja pela sua inaptidão técnica ou até mesmo pelo preconceito para com aqueles que ingressam no Judiciário para a defesa e resguarda de seus direitos trabalhistas.

A ação civil pública representa, portanto, questão de grande interesse social, posto que permite o livre acesso da sociedade ao Poder Judiciário, desentope a Justiça do Trabalho com a proliferação de diversas demandas trabalhistas individuais em prol da economia e celeridade processuais e efetividade e proteção dos direitos comuns.

Logo, a ação civil pública é um importante e moderno instrumento coletivo para defesa dos direitos metaindividuais nas relações de trabalho, quando proposta pelo Ministério Público do Trabalho. Não se pode desconsiderar que a implementação da ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro simbolizou considerável evolução no processo coletivo trabalhista.

Assim, qualquer fundamento utilizado para barrar a sua utilização, à exceção das limitações impostas em lei, sobretudo com base nas diretrizes do processo meramente individual, acarretará em evidente retrocessão na evolução do processo coletivo no ordenamento pátrio.

Entretanto, não pode ser utilizada indiscriminadamente. A jurisprudência e a doutrina atual vêm estabelecendo alguns procedimentos para que não haja um manejo desenfreado da ação civil pública em discordância com a ordem jurídica, evitando-se sua utilização de forma muito além para o motivo pelo qual foi inserida na própria Constituição Federal.

Em que pese haja argumentos para a desconsideração da ACP no exercício do controle incidental de constitucionalidade de lei e ato normativo, o objetivo desta humilde

dissertação foi rebater referidas premissas para a confirmação de seu cabimento para a discussão de constitucionalidade ou não de normativa contrária à Carta Magna.

Todavia, para tanto, deve ser observado o caso concreto. Concretiza-se o entendimento de que, à exceção dos casos em que realmente é utilizada para usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, é completamente possível a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo de tutelar interesses metaindividuais em juízo, desde que incitado de como prejudicial de mérito da questão principal (*incidenter tantum*) em que a causa de pedir serve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide.

Tendo por objetivo a ação civil pública a reparação de lesões, proteção aos direitos metaindividuais ou a prevenção de ameaças de lesões a estes, ela surge como veículo idôneo para o exercício do controle difuso de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* delimitados pela natureza do interesse transindividual deduzido em juízo e pelos fundamentos da decisão (art. 16, da Lei nº 7.347/1985 e arts. 103 e 104, da Lei nº 8.078/1990).

Dessa forma, pode-se concluir que no controle difuso de constitucionalidade tem como objetivo principal a tutela dos direitos subjetivos diretamente prejudicados pela normativa que se discute que pertencem às partes litigantes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista de Processo, ano 21, nº 81, p. 127/134, janeiro-março de 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128/130, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. Salvador: Juspodium, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Doutrina ADCOAS, volume 1, nº 8, 1998.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

GRINOVER. Ada Pellegrini *et all*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública na Perspectiva dos Direitos Humanos*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 a 100)*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Sobre a Legitimação do Ministério Público em Matéria de Interesses Individuais Homogêneos*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS FILHO, Ives Grande da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*. Volume 66. Porto Alegre: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Raimundo Simão de Melo. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira *et all*. *Curso de Direito Constitucional*.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A legitimação para a defesa dos direitos difusos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista Forense.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos – um estudo sobre a Ação Civil Pública trabalhista*. In: Revista LTr, São Paulo, ano 64, nº 2, fevereiro/2002.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle Coletivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Uma Evolução Democrática e Simplificadora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 765, julho de 1999.

_____. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. São Paulo: JusPodium, 2014.

SEGATTI, Ana Elisa Alves Brito. *O Controle de Constitucionalidade e a Ação Civil Pública*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 30.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Algumas Observação sobre a Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela dos Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/ompt/pge/. Acessado em 18/09/2018.