

ANÁLISE SOBRE O RE 643.978: INCIDÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 7.347/85 ANTE O ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ANALYSIS OF RE 643.978: IMPACT OF THE SINGLE PARAGRAPH OF ARTICLE 1 OF LAW 7.347 / 85 BEFORE ARTICLE 129 OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Fradique Magalhães de Paula Júnior¹

Zaiden Geraige Neto²

RESUMO

Tem-se surgido uma crescente evolução quanto a tutela jurisdicional, o processo, que até então era eminentemente individualista, começou a compreender repercussões sociais e transindividuais decorrentes de seus resultados. Tais repercussões foram necessárias para a absorção da nova realidade emergente: a tutela da coletividade. O que, incontestavelmente, beneficia o judiciário, seja pela garantia ao acesso à justiça, seja pela economia e celeridade processual. Entretanto, apesar da evolução gradativa, a tutela coletiva ainda encontra certos óbices à sua efetividade, dentre eles, o parágrafo único do artigo primeiro da Lei n. 7.347/85, que retira do manejo do Ministério Público, a propositura de ação civil pública que

¹Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (2015). Especialista em Direito Tributário - FDRP-USP. Especialista em Direito Processual Civil - FDRP-USP. Mestrando em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB - 7ª Subseção. Assessor Chefe de Gabinete da Câmara Municipal de Barretos. Membro do Observatório Brasileiro de IRDR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. E-mail fradiquemp@hotmail.com

²Doutor em Direito pela PUC/SP (2007), Mestre em Direito também pela PUC/SP (2001) e graduado em Direito também pela mesma instituição (PUC/SP - 1994). Completou os seguintes créditos na Harvard Extension School (Cambridge/Massachusetts/EUA): Law and Philosophy, em International Human Rights, com os Professores Christopher Taggart e Diana Buttu, respectivamente; A Constitutional Convention e The Human Rights of Children and Youth as Citizens, Migrants, and Refugees, com o Professores Jacqueline Bhabha e Stacy Hannell (teaching assistant). Também na cidade de Cambridge/Massachusetts/EUA, fez o curso de Legal Studies na New England School of English (NESE), abordando todo o sistema jurídico dos Estados Unidos da América do Norte. Em 2018, concluiu o Cours de Civilisation Française de la Sorbonne, pela Fondation Robert de Sorbon, na França. MBA executivo em Gestão Hospitalar pela FGV - Fundação Getúlio Vargas (2007). Foi Secretário Municipal de Negócios Jurídicos de Barretos/SP (2005-2008). Professor Universitário e dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Email: zaidenneto@gmail.com

verse sobre FGTS, encontrando confronto na Constituição Federal, notadamente no artigo 129, inciso III.

Palavras-chave: Ação civil pública;FGTS;Ministério Público;Constituição Federal.

ABSTRACT

There has been a growing evolution of judicial protection, the process, which until then was eminently individualistic, began to understand social and transindividuals repercussions resulting from its results. Such repercussions were necessary for the absorption of the new emerging reality: the protection of the collectivity. This undoubtedly benefits the judiciary, either by guaranteeing access to justice or by the economy and procedural speed. However, despite the gradual evolution, the collective protection still finds certain obstacles to its effectiveness, among them, the sole paragraph of the first article of Law no. verse about FGTS, finding confrontation in the Federal Constitution, notably in article 129, item III.

Keywords: Public civil action; FGTS; Public Ministry; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Dentre os instrumentos de efetivação da Tutela coletiva, a ação civil pública, apresenta-se atualmente como instrumento de tutela de interesses coletivos e difusos mais utilizados em Juízo, passando a ser a efetiva garantia de acesso à justiça. Isso se deve a evolução da tutela jurisdicional, que passou de um cenário eminentemente individualista, para uma maior compreensão das repercussões sociais e transindividuais, garantindo aos indivíduos, maior celeridade e acesso aos efeitos do benefício que a decisão coletiva abrange.

Dessa forma, a ação civil pública ganhou notoriedade como instrumento eficiente na tutela jurisdicional de direitos e interesses metaindividuais, entretanto ainda existem resistências, quanto à abrangente utilização deste instrumento. Isso porque, em 2001 houve a edição da Medida Provisória n. 2.180-35, acrescentando o parágrafo único ao artigo primeiro da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, o qual retira da apreciação do judiciário e da atribuição do Ministério Público, ação civil pública que verse sobre tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional.

Referida limitação não encontra respaldo no entendimento Constitucional, o qual atribui ao Ministério Público a função de promover a ação civil pública como meio de defesa

de qualquer interesse difuso e coletivo.³ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, decidiu por admitir a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que discorra sobre FGTS, através do Recurso Especial n. 643.978.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Desde os tempos primórdios, a busca pela proteção do Estado perante um litígio sempre se baseou na proteção do interesse e/ou direito individual. Entretanto, a medida que a sociedade liberal, pautada por valores individualistas, evoluiu para uma sociedade de massa, o paradigma de tutela jurisdicional individual teve que ser revisto, uma vez que o advento do novo modelo trouxe consigo lesões em massa, atingindo diversas coletividades. Assim, diante de uma sociedade de massa, necessita-se de um processo igualmente de massa.⁴

Além disso, o processo, que até então era eminentemente individualista, começou a conceber repercussões sociais e transindividuais decorrentes de seus resultados. Tais repercussões foram necessárias para a absorção da nova realidade emergente, a tutela da coletividade.

Cuida-se de reflexo dos conflitos sociais que se instauraram no último século. Cada vez mais, preza-se pela tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança e meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão. Percebe-se, pois, que o acesso à justiça e a tutela coletiva são ideias intimamente ligadas, estando uma a serviço da outra. A propósito, vale salientar que “acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo”,⁵ sendo necessário mais que isso para se obter uma tutela jurisdicional efetiva.

A despeito disso, segundo as lições de Hugo Nigro Mazzilli, interesses individuais homogêneos tratam-se “Daqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”.⁶

³ Artigo 129, III da Constituição Federal.

⁴ MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 03.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.

Contudo, ao tratar da Ação Civil Pública de iniciativa do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, referiu-se tão somente à defesa de interesses difusos e coletivos, sem qualquer menção aos interesses individuais homogêneos. Entretanto, plausível tal exclusão, tendo em vista que a conceituação de direitos individuais homogêneos só teve sua aparição dois anos mais tarde, com o Código de Defesa do Consumidor, notadamente no inciso III do parágrafo único, do artigo 81, o qual disciplina:

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.

Houve, entretanto, uma discussão acerca da Tutela dos interesses individuais homogêneos ser apenas em se tratando de estrita relação de consumo, no entanto esse entendimento se mostra inconstitucional, tendo em vista impedir o acesso coletivo à justiça, e corroborando com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser o Ministério Público legitimado a promover a defesa de qualquer interesse coletivo, lato sensu, inclusive individuais homogêneos.⁷

O instrumento para tutelar tais direitos, não é outro senão a Ação Civil Pública. Isso porque, o artigo 21 da Lei 7.347 de 1985, estendeu expressamente o alcance da Ação civil pública à defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, colocando na posição de legitimado extraordinário, o Ministério Público, bem como substituto processual, a fim de exercitá-lo.

No âmbito mundial, a Ação Civil Pública teve seu surgimento na Roma Antiga, quando ainda nem se poderia delimitar o Estado, e os cidadãos já se utilizavam do que chamavam de *actiones populares*⁸ com a finalidade de tutelar interesses pertencentes à coletividade, pois o sentimento que se tinha era de que a *res publica* pertencia a todos os cidadãos e que por esse motivo seriam suscetíveis de proteção.

Atualmente, apresenta-se como direito conferido ao *Parquet* e demais órgãos e entes especiais, para exercício de ação ou provocação de atividade jurisdicional, de interesses

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n.º 163.231-3. Julgamento em 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 15/08/2019.

⁸NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230-231

de ordem material, moral ou institucional comuns aos cidadãos. Além disso, apresenta-se ainda e sobretudo como instrumento de acesso à justiça.

2 LEGITIMADOS DA AÇÃO COLETIVA

A legitimação para tutela coletiva, debruça-se no prisma de sua natureza jurídica, a partir daí que se entende o modelo de processo coletivo brasileiro. Nesse sentido, três correntes foram desenvolvidas, da (i) legitimação ordinária, (ii) legitimação extraordinária e (iii) legitimação autônoma para a condução do processo.⁹

A primeira corrente, é defendida por Kazuo Watanabe,¹⁰ o qual entende que a legitimidade ordinária é de entidades civis na defesa de direitos superindividuais, ligados aos fins associativos, chamadas no direito italiano de “formações sociais”, em interpretação ampliada ao artigo 17 do Código de Processo Civil. Agindo, portanto, em defesa de seus objetivos institucionais como titulares do próprio direito alegado. Tal corrente não prosperou, pois que a sua adoção resultaria em sempre se perquirir sobre as finalidades estatutárias, em constante análise de pertinência temática, o que reduziria a participação e aplicação das ações coletivas.

Quanto a segunda corrente, da legitimidade extraordinária, defendida por Arruda Alvim,¹¹ Nelson Nery Junior, Didier e Zanetti Jr.¹² entre outros, entende tratar-se de legitimidade extraordinária, visto que o autor coletivo vai a juízo em nome próprio defender direito alheio, em outras palavras, o interesse discutido em juízo não pertence diretamente aos entes legitimados, mas sim aos seus titulares, que podem ser indeterminados, determinados ou determináveis, a depender da espécie de direito tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo).

Por fim, a terceira corrente, da legitimação autônoma de origem alemã e tendo, no Brasil, como principal representante Nelson Nery Jr.,¹³ pugna pela atuação de entes

⁹ZANETTI Jr.,Hermes; DIDIER Jr.,Fredie. **Curso de direito processual civil**.v. 4, 11.ed. Salvador: Jusdodivm, 2018. p. 209.

¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83

¹² ZANETTI Jr.,Hermes; DIDIER Jr.,Fredie. *op cit.*, p. 211.

¹³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, p. 238.

exclusivamente legitimados na condução do processo, diversos daqueles titulares do direito posto em juízo, os quais não podem fazer valer diretamente seus direitos subjetivos coletivos, tampouco intervir no processo. É o que se extrai da leitura dos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, onde os entes ali legitimados para conduzir o processo não são os titulares dos direitos coletivos lato sensu, e só eles possuem tal legitimidade.

A legitimação na ação coletiva, mostra-se como uma questão de política legislativa, tendo em vista que se põe intimamente ligada à extensão subjetiva da coisa julgada. Já que ao decidir o legislador em relação a primeira, reflete -se automaticamente na estrutura e resultado do processo, no sentido de quais pessoas serão atingidas pela decisão.¹⁴

O legislativo brasileiro, optou por indicar, de forma expressa, o rol dos legitimados a propor a ação coletiva, além de impor para tanto, critérios objetivos, como exemplo no caso dos partidos políticos e seu requisito de ter representação no Congresso Nacional.

Do mesmo modo, o Brasil se utiliza, predominantemente, de três técnicas de legitimação; de particular, onde qualquer cidadão pode figurar como legitimado, o que ocorre na ação popular; de pessoa jurídica de direito privado, que são os sindicatos, associações e partidos políticos, como por exemplo em mandado de segurança coletivo; ou ainda a legitimação de órgãos do Poder Público, compreendendo Ministério Público e Defensoria Pública, com exemplo da ação civil pública. Possuindo, assim, uma legitimação plural, por serem múltiplos os legitimados e mista, por figurar como legitimados, tanto os entes da sociedade civil, como do Estado.

Diante da crescente ideia de tutela coletiva, preocuparam-se os juristas, na não atenuação dos direitos individuais, quando cientes das dificuldades acarretadas de formular uma autorização legal, genérica.¹⁵ Além disso, a atenção principal, era a de amenizar a avalanche de processos versando sobre o mesmo tema, sujeitados a decisões contraditórias e superlotando o sistema judiciário.

O rol de legitimados para a propositura de ações coletivas conta no microsistema processual coletivo, previsto no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública n. 7.347 de 1985 e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de rol taxativo. No que concerne a ação

¹⁴ZANETI Jr.,Hermes; DIDIER Jr.,Fredie. *op. cit.*, p. 214.

¹⁵CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Traduzido por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo**. ano II, n. 5, jan./mar. 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 158.

civil pública, os legitimados são: 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; e v) a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que 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.

Para Código de Defesa do Consumidor, os legitimados a tutela coletiva são: i) o Ministério Público; ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; iii) 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; iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Assim, tendo em vista ser o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o do *ope legis*, ou seja, cabe ao legislador definir os requisitos necessários que devem ser preenchidos pelo polo ativo da ação coletiva, cabendo ao juiz, em regra, apenas analisar a observância ou não desses requisitos. Entretanto, mostra-se possível a ponderação *deopejudicis*, já que a presunção da representação adequada é relativa, admitindo, portanto, produção de prova em contrário.

2.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

A Constituição Federal e a Lei n. 7.347 de 1985¹⁶ não fazem qualquer restrição específica aos direitos transindividuais passíveis de serem tutelados pelo Ministério Público, não se exigindo, a princípio, pertinência temática.

Não obstante ao artigo 129 da Constituição Federal possibilitar ao Ministério Público promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, deixando de dispor sobre os direitos individuais homogêneos, isso ocorre porque, os mesmos só foram consagrados no

¹⁶ Lei da Ação Civil Pública.

ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor de 1990, dois anos após a promulgação da Magna Carta, portanto.

Deste modo, incontroverso que o Ministério Público possui legitimidade para pleitear a tutela de direitos individuais homogêneos, sucedendo divergência somente quanto aos limites desta atuação. Isto é, discute-se se a legitimidade do *parquet* para propositura das ações coletivas estaria limitada às suas funções institucionais, sobretudo com relação à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Dado que, parte da doutrina entende pela legitimidade ampla e irrestrita do *parquet*, qualquer que seja a natureza do direito individual homogêneo. Contudo, aparte majoritária da doutrina e jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, restringe a legitimidade do Ministério Público aos direitos individuais homogêneos seja indisponível ou disponível, desde que, nesta última hipótese, se apresente com relevância social, ou seja, intensa presença do interesse público primário ou amplitude significativa, quer dizer, grande número de indivíduos lesados.¹⁷

3 IMPEDIMENTO LEGAL NA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PRETENSÕES DE FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS

Estabelece-se como objeto da ação civil pública ou coletiva a defesa dos bens e interesses que concerne sobre: a) meio ambiente; b) consumidor; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); d) ordem econômica e economia popular; e) ordem urbanística; f) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.¹⁸ Acrescentando-se a esse rol ainda, a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência,¹⁹ dos investidores do mercado de valores mobiliários²⁰, das crianças e adolescentes,²¹ dos idosos,²² entre outros.

Contudo, por meio da medida provisória n. 2.180-35, de 2001, que não foi apreciada pelo Congresso Nacional, pretendeu o Governo Federal restringir o objeto das ações

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 160.

¹⁸ Artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública n. 7.347 de 1985.

¹⁹ Lei nº 7.853/89

²⁰ Lei nº 7.913/89

²¹ Art. 210, V, do Estatuto da Criança e Adolescente.

²² Lei nº 10.741/03

civis públicas, acrescentando à Lei n. 7.347 de 1985, diversos dispositivos e alterações, entre estes, o parágrafo único do artigo primeiro da lei, prevendo que

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Excluiu-se, assim, da apreciação do Poder Judiciário, toda Ação Civil Pública que versasse de tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional.

O raciocínio adotado pela medida provisória é o de que se os beneficiários podem ser individualmente determinados, não cabe a Ação Civil Pública, já que esta presta-se a defender os direitos coletivos, somente.

Ocorre que, os direitos coletivos *lato sensu* ou transindividuais subdividem-se em: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e, por fim, direitos individuais homogêneos, tratando-se este último, justamente de indivíduos divisíveis e determináveis.²³

Além disso, a Constituição Federal ao se referir a “outros interesses difusos e coletivos” em seu artigo 129, inciso III, ela os contemplou de forma ampla e irrestrita, de modo que nenhum outro diploma legal poderia restringir seus alcances. Manifestando nítidos lastros de inconstitucionalidade da medida provisória.

Com efeito, se há na Constituição, previsão irrestrita da tutela coletiva, não se contempla admissível que uma Medida Provisória limite o alcance desta garantia fundamental.

Por outro lado, a Medida Provisória editada pelo Governo Federal desafia o próprio princípio do “devido processo legal”, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição. Além do mais, a referida Medida Provisória violou igualmente o artigo 62 da Constituição da Federal, por não observar o pressuposto da urgência e relevância da matéria que justificou sua edição.

Por certo que, na questão em comento inexistia situação de urgência suscetível de admitir a edição da medida. Isso porque, alterou-se norma processual editada há mais de quinze anos, sem a incidência de qualquer fato novo, inexistindo qualquer situação que

²³MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 182.

justificasse o critério de relevância exigido para a incidência do processo da Medida Provisória.

Ademais, o parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/01, viola potencialmente a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não se refere aí tão somente do direito individual, mas também o coletivo. Assim, Constituição instituiu o acesso coletivo à jurisdição, do contrário, inúmeras lesões transindividuais restariam sem proteção judicial.²⁴

3.1 O FGTS COMO DIREITO SOCIAL

O FGTS - Fundo de Garantia por tempo de Serviço é assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais, por força do art. 7º, III, da Constituição Federal. Ao integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais constante no Título II da Carta Magna, é incontestável sua posição de destaque para a elevação da condição social dos trabalhadores.

Com a colocação do FGTS, ao lado de outros direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, surge a questão do regime jurídico aplicável ao direito. A princípio, é possível reconhecer nos direitos fundamentais força normativa em dois sentidos; uma suficiente a tornar o direito efetivo, o que diz respeito às garantias constitucionais que o cercam, e outra contra a existência de margem de disposição do direito. Corresponderia à proteção máxima prevista na Constituição, que consiste na aplicabilidade imediata²⁵ e na proteção contra possível supressão desses direitos.²⁶

É possível defender que todos os dispositivos incluídos no Título dos Direitos e Garantias fundamentais são dotados de proteção máxima. A aplicação acarreta a maximização das garantias para o efetivo exercício desses direitos. A proibição de supressão os dota de conteúdo mínimo imune às possíveis deliberações das instâncias decisórias com competência reconhecida pela Constituição para inovar o ordenamento jurídico.

Nesse caso, inexistiria dúvida de que a disposição da medida provisória contraria a Constituição, na parte alusiva ao FGTS, pois afeta importante garantia à efetivação de um direito social.

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 122.

²⁵ Artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

²⁶ Artigo 60, parágrafo quarto da Constituição Federal.

A Constituição, em face do que contém no art. 5º, § 2º, em relação aos direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados e de tratados internacionais; confere espaço para duas categorias de direitos fundamentais: os direitos formal e materialmente constitucionais e os direitos apenas materialmente fundamentais.²⁷ Seria, ainda, possível incluir uma terceira categoria que é a dos direitos apenas formalmente fundamentais. A temática é extremamente complexa, pois relaciona-se com o conceito e a possibilidade de fundamentação dos direitos fundamentais. De fato, determinar o que é fundamental ou constitui elemento indispensável para a existência do ser humano em sociedade não é tarefa simples. As dificuldades desafiam as tentativas de delimitar com precisão os direitos fundamentais, e, principalmente, de estabelecer um regime jurídico uniforme para todos os direitos previstos nos textos constitucionais.

3.2 ANÁLISE DO RE 643.978 E A EXCEÇÃO AO ARTIGO 1º, § PRIMEIRO DA LEI 7.347/85

Diante da exceção trazida pela medida provisória ao artigo primeiro da lei n. 7.347/85, houve inconformismo social, jurisprudencial e doutrinário. Isso porque, como já abordado, o FGTS tem posição constitucional, de direito social e fundamental, o que não foi observado pelo Governo Federal, quando da edição da medida provisória, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário, toda Ação Civil Pública que verse sobre tributos, contribuições previdenciárias e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Múltiplas demandas foram ingressadas no sentido de declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo, resultando no tema 850, configurando sua repercussão geral. Notadamente, o Recurso Extraordinário 643.978,²⁸ que ainda está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o intuito de obrigar a Caixa Econômica Federal a adotar o regime de cota única relativo as contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, uma vez ser mais benéfico aos trabalhadores.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre, 2005. p. 93.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário 643.978. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 16/07/2019.

Perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a Caixa Econômica Federal, conseguiu a extinção da ação sem resolução de mérito, ante a inadequação da via eleita para o pleito. Diante da oposição de Embargos Infringentes pelo Ministério Público, foi declarada a viabilidade da ação pelo *Parquet*, possibilitando a retomada da análise do mérito.

Dessa forma, foi confirmada a legitimidade do Ministério Público, tendo em vista sua obrigação de agir na defesa dos direitos individuais homogêneos, indisponíveis ou disponíveis, desde que detenham um viés social, além de afastar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo primeiro, da Lei nº 7.347/1985.

A Caixa Econômica Federal, alega no mérito do Recurso Extraordinário, que a interpretação da norma de acordo com a Constituição resultana verificação de inconstitucionalidade da própria norma. Logo, não existiria incompatibilidade entre o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, que veda o cabimento de ação civil pública cujo objeto seja o FGTS, e o artigo 129 da Constituição. Isto posto, requereu o reconhecimento da constitucionalidade do artigo supramencionado, bem como a extinção do processo ante a ausência do interesse de agir, em virtude da via processual inadequada para promoção do direito.

Optou-se pela interposição simultânea de Recurso Extraordinário e Recurso Especial, não sendo conhecido o último, diante da natureza constitucional da matéria. Até o momento somente a Repercussão Geral foi reconhecida, e no caso, por unanimidade.

Assim, a atuação do Ministério Público é em prol dos bens sociais, além do mais o FGTS é de importância e estima ímpar para os trabalhadores brasileiros, possibilitando ao indivíduo, utilizá-lo, por exemplo, para o financiamento da casa própria, o que torna ele quase imprescindível para a maioria de seus titulares. Em consonância com o entendimento do TRF-5, vê-se que o intuito do órgão ministerial ao intentar a ação pública não era individualmente discutir o FGTS, mas sim a reorganização da sistemática deste, a fim de garantir um direito de incontáveis titulares.

Por fim, corroborando com todo o exposto, em seu pronunciamento ao dar parcial procedência aos embargos infringentes, a fim de reconhecer a constitucionalidade do art. 1º, da Lei n. 7.347/85 e declarar a viabilidade do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público, o Ministro Marco Aurélio discorreu que ao vedar o ajuizamento de ação civil pública, no tocante a pretensões relacionadas com o FGTS, o dispositivo buscou apenas “evitar a vulgarização da ação coletiva”, notadamente pela sua utilização inadequada, a fim de

uma simples movimentação ou discussão de possibilidades de efetuar saque nas contas fundiárias, ao sabor de interesses individualizados. No caso em tela, o que se discute é a própria sistemática de um fundo público, de grandiosas dimensões humanas e financeiras, caracterizando um direito fundamental, viabilizando-se, assim, a propositura da ação civil pública.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela jurisdicional coletiva vem tendo amplo avanço no ordenamento jurídico pátrio, o que possibilita que uma crescente demanda de indivíduos que têm tido seus direitos reconhecidos. Caminhando simultaneamente ao acesso à justiça, a notoriedade que o processo coletivo tem ganhado, especialmente após a Constituição Federal.

Na ausência da Tutela coletiva, grande parte dos cidadãos não seriam atingidos pelos efeitos das decisões que os beneficiariam, tendo em vista não provocar o Poder Judiciário, seja pelos custos onerosos da demanda, desconhecimento de seus direitos, e até mesmo pela desmotivação causada pela afamada morosidade processual.

Sem as ações coletivas, a grande maioria dos beneficiados não seria alcançada pelas decisões do Poder Judiciário, já que integrariam aquela legião de pessoas que não busca o Poder Judiciário. Por outro lado, a coletivização das demandas, além de garantir isonomia a todas as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, implicou em enorme economia para o Estado, isto porque substitui uma profusão gigantesca de ações individuais.

Não obstante, no ano de 2001, houve declínio acerca da tutela coletiva, quando da edição da Medida Provisória que acrescentou o parágrafo único ao artigo primeiro da Lei nº 7.347, de 27 de julho de 1.985, limitando a legitimidade do Ministério Público na propositura da Ação Civil Pública. Isso porque, retirou da apreciação do Judiciário, qualquer Ação Civil Pública que verse sobre matéria tributária, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Tal previsão, contraria manifestamente o disposto no artigo 129 da Constituição Federal, o qual prevê ser função do *Parquet*, a promoção de

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário 643.978. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 16/07/2019.

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.

Nesse sentido, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 643.978, o Supremo Tribunal Federal, admitiu a utilização da ação civil pública, manejada pelo Ministério Público, para discutir matéria relativa a FGTS, sob o fundamento que diante da posição adotada pelo STF, o Ministério Público Federal detém legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública contra a CEF, através da qual, discutindo a própria sistemática de organização do fundo, objetiva-se tratamento unificado ou unificação das contas vinculadas de FGTS dos trabalhadores, estando caracterizado direito individual homogêneo com forte conotação social, “a) seja em vista do regime legal a que submetido fundo público de poupança compulsória, cujos recursos de titularidade dos empregados, se destinam, outrossim, a programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, b) seja pela dimensão do FGTS (são, segundo registros de final de 2006, mais de 500 milhões de contas, com arrecadação de mais de R\$ 36.500.000 mil), c) seja, sobretudo, porque o FGTS é direito social, inscrito no inciso III, do art. 7º, a CF/88, constituindo-se, segundo entendimento pacífico, direito fundamental”.³⁰

Além disso, no reconhecimento da repercussão geral, dispôs que o parágrafo único, do artigo primeiro da Lei n. 7.347/85, deve ser interpretado de conformidade com a Constituição. Além de que, ao incluir a vedação ao Ministério Público de ajuizar ação civil pública, no que concerne a pretensões sobre FGTS, buscou-se não somente evitar a “vulgarização da ação coletiva”, notadamente pelo seu manejo incorreto com o fim de simples movimentação ou discussão de hipóteses de saque de contas fundiárias, cujo interesses são individualizados. Podendo se admitir, entretanto, a propositura da ação civil pública que tenha como discussão a própria sistemática de um “fundo público (não pretensões diluídas), de dimensões humanas e financeiras grandiosas, que concretiza um direito fundamental”.³¹

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário 643.978. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 16/07/2019.

³¹Id.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 163.231-3. Julgamento em 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28/07/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 643.978. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16/07/2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Formação sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Traduzido por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo**. ano II, n. 5, jan./mar. 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI Jr.,Hermes; DIDIER Jr.,Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 4, 11. ed. Salvador: Jurdodivm, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Classaction e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Submetido em 30.09.2019

Aceito em 07.10.2019