

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA EM JUÍZO

LEONARDO BAS GALUPE LAGOS¹
ALEXANDRE FERNANDES GASTAL²

¹Universidade Federal de Pelotas – UFPel – leonardo_lagos@hotmail.com

²Universidade Federal de Pelotas- UFPel – alexandrefgastal@gmail.com (orientador)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o projeto de pesquisa de dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas desenvolvido pelo autor.

A pesquisa possui como premissa a discussão acerca do papel central a ser desempenhado pelo Poder Judiciário para efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, especialmente a partir do movimento neoconstitucional. Pretende-se demonstrar que o processo coletivo, por meio da Ação Civil Pública, é o instrumento jurídico adequado para que o Poder Judiciário efetue o controle das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais. Por meio de pesquisa bibliográfica, sobretudo a partir do estudo do direito comparado com a *class action* norte-americana, verificar-se-á se o sistema de representação adotado pela Lei nº 7.347/85, no que tange aos legitimados ativos para proporem Ação Civil Pública, foi o mais adequado para a tutela dos direitos fundamentais sociais.

De início, será analisada a contribuição do neoconstitucionalismo para efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente através do Poder Judiciário. Considerando que as normas de direitos sociais não dependem da lei para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos seus titulares (GRAU, 1985), não resta dúvida acerca de sua exigibilidade pela via judicial em caso de violação. Se existe um direito, ele é justicável (ALEXY, 2012).

Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana (...) a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica (MITIDIERO, 2016), razão pela qual o direito processual também está em constante evolução, adaptando seus instrumentos jurídicos na medida em que novos direitos vão surgindo. Nesse passo, o trabalho demonstrará o motivo pelo qual a tutela coletiva, através da Ação Civil Pública, é a ferramenta por excelência para o debate judicial acerca dos direitos sociais.

O processo coletivo elimina diversos obstáculos que se opõem ao acesso à justiça, como os de ordem econômica, relativos à desigualdade das partes e os de natureza processual (MARQUES, 2007, p. 66). Para Antônio Gidi, ela pode proporcionar a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que nem mesmo sabem que seus direitos foram violados ou não possuem a iniciativa, independência ou organização necessária para fazê-los valer em juízo (GIDI, 2007). Além disso, a abordagem dos direitos sociais de forma atomizada, por meio de ações individuais, não permite uma análise completa e planejada, o que acaba por atingir o administrador também de forma dispersa (COSTA; FERNANDES, 2017).

Por fim, serão averiguadas as características diferenciadoras dos sistemas de representação adequada referentes aos legitimados a ajuizarem a Ação Civil Pública no Brasil e as *class actions* nos Estados Unidos. Os processos relativos aos direitos coletivos tiveram que inovar em relação à regra clássica de

legitimidade, para permitir que um terceiro (representante adequado) pudesse agir em juízo em nome do grupo (FORNACIARI, 2010).

Nos Estados Unidos, para definir se o autor da ação coletiva é adequado, o juiz deve considerar se o representante e o advogado possuem a necessária expertise, capacidade e interesse em jogo para representar a classe (ARAÚJO, 2013). Ou seja, a verificação da representação adequada nas *class actions* é efetuada casuisticamente pelo juiz, naquilo que se convencionou chamar de “sistema *ope iudicis*”. No Brasil, entretanto, a Lei nº 7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública adotou o chamado “sistema *ope legis*”, segundo a qual os representantes adequados a ajuizarem a aludida ação estão previamente definidos na lei, sem que haja referência expressa ao controle judicial da representatividade adequada (ROQUE, 2013). Coube ao legislador fazer uma opção política para definir quem poderá ajuizar uma Ação Civil Pública. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve se conformar o juiz no caso concreto (NEVES, 2016).

O objetivo geral do trabalho, portanto, é discutir se o sistema adotado pela Lei da Ação Civil Pública em relação aos legitimados ativos representa adequadamente os interesses dos titulares dos direitos sociais violados.

2. METODOLOGIA

Para responder a tais questionamentos, o trabalho se valeu de pesquisa bibliográfica na literatura relacionada aos direitos sociais como GRAU (1985), ALEXY (2012) e SARLET (2011), à tutela coletiva, como MARQUES (2007), GIDI (2007) e COSTA; FERNANDES (2017), bem como à representação adequada, como ARAÚJO (2013), ROQUE (2013) e NEVES (2016).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O resultado parcial da pesquisa permite concluir, de início, que a tutela coletiva é o meio jurídico correto para se debater no âmbito do Poder Judiciário a ausência de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Ainda que não se possa excluir a possibilidade de se tutelar individualmente os direitos sociais, é possível projetar uma preferência da tutela coletiva nesse particular.

Ademais, é certo que nos Estados Unidos a representação adequada ocupa posição central no manejo das *class actions*, cuja análise deve ser efetuada casuisticamente pelo juiz. No Brasil, por outro lado, ficou a cargo do legislador tratar antecipadamente acerca desse debate na seara política, de forma que os legitimados ao ajuizamento da Ação Civil Pública podem, ainda que legalmente amparados, não representar adequadamente os titulares dos direitos envolvidos no caso concreto, sobretudo quando se trata de direitos sociais.

4. CONCLUSÕES

Considerando que a Ação Civil Pública tutela, além de outros, os direitos sociais, os resultados até então encontrados indicam que o modelo de representação adequada adotado pelo nosso ordenamento jurídico não foi o mais correto, devendo ter sido acolhido, ao menos em parte, o sistema norte-americano,

no qual os titulares dos bens jurídicos envolvidos realmente enxergam o autor da ação coletiva como seu porta-voz. Ademais, o estudo se mostra relevante na medida em que está tratando sobre os legitimados ativos ao manejo do instrumento jurídico por excelência para efetivação dos direitos fundamentais sociais, cujo interesse pertence a toda sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 359-381.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **A representatividade adequada nos processos coletivos**. Acessado em 25 ago 2017. Online. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/pt-br.php>.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A constituição brasileira e as normas programáticas**. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro, IBDC/Forense, n. 4, 1985.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). **Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade social**. Em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 251-272.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions – Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.