

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JORGE RENATO DOS REIS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jorge Renato dos Reis; Lucas Gonçalves da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-728-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito que ocorreu nos dias 14,15 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, Rio grande do Sul, cujo tema foi: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Jorge Renato Dos Reis e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RACIAL NO BRASIL
2. A EDUCOMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA INTERCULTURALIDADE E COMBATE AOS DISCURSOS DE ÓDIO NA INTERNET
3. (DES)DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE CHARLES TILLY
4. A ACESSIBILIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O PAPEL DO ESTADO E UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.
5. A ANISTIA E O TEMPO DO DIREITO
6. A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS COMO MEIO PROCESSUAL PARA EFETIVAR A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
7. A INTERFACE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS JURISDICIONADOS
8. A LIBERDADE COMO MOVIMENTO DE EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
9. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS FACE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA APLICÁVEL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO
10. A PRÁTICA ESCANCARADA DA TORTURA: AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A DITADURA CIVIL MILITAR BRASILEIRA
11. A SUPERLOTAÇÃO DO TRANSPORTE FLUVIAL NA AMAZÔNIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA
12. CIDADANIA REGULAMENTADA

13. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO DE RIR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

14. DIREITO A INFORMAÇÃO - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

15. ELEMENTOS DO DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

16. O USO DAS REDES SOCIAIS NA POLÍTICA NO CENÁRIO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU MANIPULAÇÃO?

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jorge Renato Dos Reis - UNISC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A INTERFACE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PROCESSO
CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS JURISDICIONADOS**
**THE INTERFACE OF PUBLIC CIVIL ACTION WITH THE CONSTITUTIONAL
PROCESS AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF COURTS**

Antonio Donizetti de Resende ¹

Resumo

O atual Código de Processo Civil determina que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal. Portanto, objetivando verificar se a ação civil pública atende aos princípios do processo constitucional, analisou-se o arcabouço jurídico que rege a mesma. Assim, observou-se que a citada ação não permite ao destinatário final da decisão judicial participar da construção do provimento. Utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo percebeu-se que a mesma não atende aos princípios do processo constitucional e não tutela, efetivamente, os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Palavras-chave: Palavras-chave: constituição, Processo, Civil, Direitos, Ação

Abstract/Resumen/Résumé

The current Code of Civil Procedure determines that the civil procedure is ordered, disciplined and interpreted as the fundamental norms and values of the Constitution. Therefore, in order to check whether the public civil action meets the principles of constitutional process, we analyzed the legal framework governing the same. Thus, it was observed that the action does not allow the final recipient of the judicial decision participate in the construction of the provision. Using the theoretical method-deductive bibliographic realized that the same does not meet the principles of the constitutional process and no tutelage, effectively, the fundamental rights of courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: constitution, Process, Civil, Rights, Action

¹ Mestrando em Direito - Universidade de Itaúna - Proteção dos Direitos Fundamentais - Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais - e-mail: resende36@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O direito transindividual contemporâneo possui algumas peculiaridades remanescentes do direito individual, que podem ser relativamente esclarecidas pela evolução histórica dos direitos fundamentais.

Assim, durante a vigência do Estado Liberal vigoraram os direitos fundamentais, denominados pela doutrina (concepção clássica) como de primeira dimensão, que prestigiavam os direitos civis e políticos, priorizando a proteção à vida, à liberdade e à propriedade.

Na transição do Estado Liberal para o Social, surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, tutelando os direitos e os interesses econômicos, sociais e culturais, tais como: trabalho, saúde e educação. Mas, em ambos os casos, o arcabouço normativo resguardava apenas os direitos e os interesses do indivíduo. Somente, após o reconhecimento dos direitos fundamentais, considerados de terceira dimensão, advieram os direitos coletivos *lato sensu*, salvaguardando os interesses e os direitos de natureza coletiva. *V. g.*, os direitos ambientais, dos trabalhadores de forma plural, dos consumidores etc.

Até o início do século XX, o direito privado buscava disciplinar os interesses e direitos tutelados em âmbito individual. Apesar de já existir a previsão constitucional da AP “ação popular” desde a Constituição do Império de 1824, a qual estabelecia em seu art. 157, que ocorreria AP contra os infratores de suborno, peita, peculato e concussão. A Constituição da República de 1934, no art. 113, também assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos do item nº 38. Este instituto estabelecia que qualquer cidadão poderia pleitear diretamente a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Mas, como visto a referida norma não se referiu aos direitos ambientais, pois, até então, o direito possuía um viés patrimonialista, legado atribuído aos resquícios do Estado Liberal.

Não obstante, próximo aos meados do século passado, influenciado pelos princípios do Estado Social ou do Bem-Estar Social, em 1º de maio de 1943, o Estado brasileiro promulgou a CLT “Consolidação das Leis do Trabalho”, constituindo-se em um dos marcos mais relevantes na evolução do direito coletivo brasileiro. Porém, somente com a promulgação da CRFB/88 “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, os direitos e interesses transindividuais foram amplamente amparando, inclusive os difusos.

Dentre outros, os artigos: 5º, 114, 127, 129, 196 e 225 da CRFB/88 tutelam os direitos transindividuais.

Na esfera infraconstitucional, as principais normas que constituem o atual microsistema de processo coletivo brasileiro são: Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965 – AP; Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 – ACP “Ação Civil Pública”; Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 – CDC “Código de Defesa do Consumidor”. Mas, o direito transindividual, também é regido pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 – CLT; Lei nº 10.671 de 15 de maio de 2003 – EDT “Estatuto de Defesa do Torcedor”; Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 - LAPD “Lei de Apoio às Pessoas Deficientes”; a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – CPC “Código de Processo Civil” etc.

Hodiernamente, as ações transindividuais, inclusive a ACP, são propostas sob a égide dos princípios que alicerçam o processo individual, fundando-se no sujeito e não na temática, objeto da demanda. Tais pressupostos, impactam na formação do mérito processual da ACP laboral. Servindo-se destas premissas, este estudo, utilizando-se do método teórico-bibliográfico dedutivo, averiguou se o atual modelo representativo de processo coletivo atende aos princípios do processo constitucional e efetivamente protege os interesses e direitos transindividuais como impõe a CRFB/88.

Assim, para elucidação dos questionamentos apresentados, averiguou-se sobre o objeto e a legitimidade *ad causam* para ACP; os efeitos da coisa julgada, a liquidação e a execução de sentença na ACP e ainda sobre implicações da LACP com os direitos fundamentais e o processo constitucional democrático.

2 LEI nº 7.347/85 – ACP - OBJETO E LEGITIMIDADE PROCESSUAL

A LACP “Lei da Ação Civil Pública” e o CDC têm como objeto a tutela dos direitos e interesses transindividuais, que estão definidos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 e parágrafo único do art. 81 do CDC. O qual estabelece que a defesa coletiva seja exercida quando se tratar de: I – direitos ou interesses transindividuais difusos: aqueles de natureza indivisível, onde os titulares são constituídos por um número de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato; II - direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*: aqueles de natureza indivisível, onde os titulares são formados por um grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e; III – direitos ou interesses individuais homogêneos: aqueles oriundos

de um grupo determinável, ligados por um respectivo fato (relações jurídico-contratuais) comum aos mesmos.

Neste contexto, é importante diferenciar interesse e direito, que dentre outros significados, este, nos remete a uma faculdade concedida pela lei, poder legítimo, privilégio, prerrogativa, já, aquele, refere-se àquilo que convém, que importa, vantagem, proveito etc.

Não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses. [...]. A mera existência formal dos direitos previstos em lei não assegura, portanto, que efetivamente, a priori, os direitos sejam espontaneamente reconhecidos pela sociedade. O processo de formação do direito é um processo vivo que começa com a afirmação do interessado em face de um bem, e culmina com a validação espontânea ou judicial desse interesse, através de um processo legitimador, presente em uma determinada sociedade. Estão aí, portanto, definidos, o cerne dos interesses e a gênese dos direitos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 41).

Vicente de Paula Maciel Júnior no extrato a seguir, afirma que interesse se difere de direito e questiona o pressuposto equívoco cometido por Rudolf Von Ihering em sua teoria sociojurídica, equipando simples interesses ao direito.

Para Ihering os direitos são interesses juridicamente protegidos [...]. Portanto, somente podemos dizer que há o direito quando a própria sociedade, pelo consenso, admite que o interesse da parte é válido socialmente, havendo respeito a esses direitos. E, quando não haja consenso na sociedade sobre o interesse da parte, o interessado deve manifestar sua vontade em face de um bem perante o Estado-Juiz que, adotando um modelo processual admitido na legislação vigente em um país, conduzirá um processo de validação do interesse da parte, verificando ou não a final, a confirmação da vontade da parte. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 41-42).

O direito material, apesar de previamente poder existir no contexto abstrato e objetivo, ele só se aperfeiçoará, se o sujeito receber a anuência pacífica dos demais envolvidos ou, pela via litigiosa, através de um provimento jurisdicional favorável ao seu interesse. A doutrina sugere mais atenção ao intitular os direitos transindividuais.

Ao prosseguir com a análise da legitimidade do titular da ACP, é relevante observar que o art. 5º *caput* e inciso XXXIV, alínea “a” da CRFB/88 determina que para assegurar a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, independentemente do pagamento de taxas, está garantido a todos, o direito de petição aos Poderes Públicos. Além disso, a CRFB/88, no mesmo art. 5º, inciso XXXV, assegura o direito de ação, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ambos os institutos, são princípios que têm um alcance ampliado, pois, alicerçam e norteiam todo o arcabouço jurídico. Paulo Bonavides (2011, p. 299), disserta que: “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os

princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica”.

Fundado nos princípios constitucionais, o art. 4º do CPC/15 assegura que as partes terão o direito à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em um prazo razoável. Mas, o art. 485 do CPC/15, *caput* e seus incisos estabelecem que o juiz deva extinguir o processo sem a resolução do mérito, quando verificar a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Nestes termos, em observância ao inciso VI do retromencionado art. 485 do CPC/15, o juiz não resolverá o mérito, quando o sujeito não reunir os pré-requisitos das condições da ação (legitimidade ou interesse processual), exceto se atendido as condicionantes previstas no art. 488 do CPC/15. Este artigo prevê que o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitam eventual pronunciamento nos termos do citado art. 485 do CPC.

Contudo, Mauro Schiavi invocando os fundamentos dos citados artigos: 5º, incisos: XXXIV e XXXV da CRFB/88 c/c os art. 4º e art. 488, ambos do CPC/15, afirma que:

Em razão dos princípios do acesso à justiça da inafastabilidade da jurisdição e do caráter instrumental do processo, a moderna doutrina criou a chamada teoria da asserção de avaliação das condições da ação, também chamada de aferição *in statu assertionis*. Segundo essa teoria, a avaliação das condições da ação deve ser realizada mediante a simples indicação da inicial, independentemente das razões da contestação e também de prova de processo. Se, pela indicação da inicial, estiverem presentes a legitimidade e o interesse de agir, deve o juiz proferir decisão de mérito. (SCHIAVI, 2015, p. 88).

Com entendimento diverso, dissertam Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero (2015, p. 491), observando que a avaliação das condições da ação quando realizada mediante a simples indicação da inicial, independentemente das razões da contestação ou das provas constantes do processo, trata-se de uma quebra ou exceção, na ordem tradicional de exame nas questões processuais cíveis. Afirmam que sempre que a sentença definitiva proteger igualmente a parte a que se aproveita a sentença terminativa, mesmo na ausência de algum requisito necessário à concessão da tutela constitucional, o juiz deverá decidir o mérito.

Como exposto, excepcionalmente, o juiz poderá decidir e julgar o mérito, conforme a previsão do art. 488 do CPC, mas, somente se a decisão definitiva, também favorecer a parte que se aproveita da sentença terminativa do art. 485 do mesmo diploma legal.

As regras, retrocitadas, emanam do processo individual, onde o *legitimatío ad causam* se vincula ao sujeito, trata-se da legitimidade ordinária. Todavia, os artigos: 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85, ao designar os legitimados (universais e não universais) ativos para propor a ACP (principal e cautelar) de forma anômala ou autônoma e concorrente, embasa-se nos mesmos elementos principiológicos do direito subjetivo.

Os legitimados *ad causam* para a ACP são divididos em universais e não universais. Os universais se limitam ao Ministério Público e a Defensoria Pública, que sempre poderão propor a ACP, independente da matéria que a originou. Já, os legitimados ativos não universais, que deverão observar a pertinência temática, são constituídos pela União, Estados, Distrito Federal e os Municípios; Autarquia, Empresa Pública, Fundação Pública e Sociedade de Economia Mista e ainda pelas associações que, concomitantemente, estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e, incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, os direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Os legitimados dos artigos 82 do CDC e 5º da LACP foram imbuídos de poder, inclusive, para propor aos investigados o CAC “compromisso de ajustamento de conduta” que, caso acordado, redundará no TAC “termo de ajustamento de conduta”, com eficácia de título executivo extrajudicial. Se o TAC for cumprido e não questionado por outro colegitimado, evitará a propositura da ACP.

Os artigos 127 e seguintes da Carta Política de 1988 estabelecem, respectivamente, as normas de instituição, abrangência e funções do MP “Ministério Público”. No art. 129, *caput* e incisos III e IX da CRFB/88 encontra-se positivado que são funções do MP promover a ACP e o ICP “Inquérito Civil Público” para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos e interesses transindividuais.

Por imposição constitucional, somente o MP poderá instaurar o ICP, porém, é vedado ao *Parquet* exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Desta forma, o MP poderá propor a ACP e o CAC, preferencialmente no curso do ICP, mas, se não constatar a justa causa para propor a ACP deverá arquivar o ICP.

Todavia, se o Ministério Público não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifique a hipótese em que a lei exija sua atuação, ao contrário, tem ampla liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória. [...]. Na esfera civil, não verificando a presença de justa causa para propor a ação civil pública, o órgão do Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação. Entretanto,

diversamente do que ocorre com o arquivamento do inquérito policial, o arquivamento do inquérito civil sempre estará sujeito à revisão de um colegiado do Ministério Público, ou seja, seu Conselho Superior. (MAZZILLI, p. 93-94).

Importante observar que o CAC não é uma simples transação, na realidade se trata de um negócio jurídico de interesse da coletividade. É vedado ao MP ou outro legitimado dispor ou renunciar quaisquer direitos fundados no interesse público.

Isto porque a disposição de direitos materiais coletivos só poderia ocorrer em decorrência de autorização legislativa, já que a legislação somente permite o transacionamento em direitos patrimoniais de caráter privado, categoria esta que, certamente não se enquadram os interesses metaindividuais de natureza pública inquestionavelmente. Em verdade, num compromisso de ajustamento de condutas haverá uma verdadeira submissão do causador do dano, o que lhe é vantajoso por evitar uma ação judicial e lhe possibilitar discutir os prazos e as condições para a implementação da obrigação, os únicos elementos do acordo que podem ser negociados (e não transacionados) pelo Ministério Público ou por outro órgão público colegitimado. (MACÊDO, 2013, p. 355-356).

Esta imposição, prevista no art. 841 do CC/02, determina que só será permitido efetuar a transação quando os direitos patrimoniais forem de caráter privado. Assim, os legitimados para a ACP só terão autonomia para deliberar quanto ao período e a modalidade de ressarcimento dos prejuízos causados.

Estas imposições Constitucionais foram regulamentadas pela LC “Lei Complementar” nº 75/93 - LOMPU “Lei Orgânica do Ministério Público da União” e pela Lei nº 8.625/93 – LONMP “Lei Orgânica Nacional do Ministério Público”, que dispõe sobre normas gerais para a organização do MPE “Ministério Público dos Estados”, autorizando, inclusive, em seu art. 80, aplicar subsidiariamente as normas da LOMPU ao MPE.

O art. 90 do CDC estabelece que a positivação do referido art. 81 do mesmo diploma legal é aplicada todo ordenamento jurídico pátrio. Por força do art. 128, inciso I, alínea “b” da CRFB/88, o Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: b) o Ministério Público do Trabalho. Já, os artigos 1º, 6º e art. 83 da LOMPU também estabelecem sobre a tutela dos direitos transindividuais laborais. Assim, a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, previstos no art. 81 do CDC, poderá ser efetuada pelos legitimados do art. 82 do CDC e art. 5º da Lei nº 7.347/85, inclusive na Justiça Laboral.

Entre os legitimados dos artigos 82 do CDC e 5º da LACP encontra-se o representante da classe, desde que atenda aos demais requisitos previstos no ordenamento jurídico (art. 5º, inciso XXI, art. 8º, inciso III e art. 114, §1º, todos da CRFB/88 c/c os artigos 570 e 571 da CLT).

Assim, os sindicatos das categorias profissionais dos empregados ou patronais também são legitimados para a propositura da ACP na esfera trabalhista. Desta forma, desde que se trate de direito transindividual indisponível e de natureza indivisível, quaisquer dos legitimados do art. 82 do CDC ou do art. 5º da LACP poderão propor ACP e o CAC, exceto o ICP que é restrito ao Ministério Público.

EMENTA: RECURSO DE REVISTA - 316001/1996. Acórdão redigido por – IGMF. DJ - 28/04/2000. 1. Ação Civil Pública - Legitimidade. A defesa dos interesses coletivos em juízo, através da ação civil pública, pode ser feita tanto pelo Ministério Público do Trabalho como pelos sindicatos, de vez que o ordenamento processual assegura a legitimidade concorrente de ambos (CF, art. 129, III, e parágrafo 1º. Lei 7.347/85, art. 5º., I e II). 2. Competência hierárquica para apreciação de Ação Civil Pública. O art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei 9.494/97, ao dispor que a sentença prolatada em ação civil pública terá seus efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator, admite exegese no sentido da limitação da sentença ao âmbito jurisdicional da Junta ou, o que condiz melhor com a natureza indivisível do provimento jurisdicional nessa modalidade de ação, a conclusão de que a competência originária deve ser de Tribunal, se a abrangência da lesão for regional ou nacional. Revista calcada exclusivamente em violação de lei não merece conhecimento, nesse particular, diante da natureza interpretativa da controvérsia. (TST-RR nº 316001/96.4: Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. 22.2.2000).

A legitimidade do MPT e dos sindicatos são amplas, ambos podem atuar na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* na justiça do trabalho. Entretanto, como adverte Raimundo Simão de Melo (2014, 170), a ACP não poderá ser utilizada, por determinação do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85, para veicular as pretensões que envolvam interesses relativos a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço” ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser determinados. Vale observar que está positivado no art. 6º da LACP que qualquer pessoa poderá e, o servidor público, deverá provocar a iniciativa do MP quando conhecer de fatos ensejadores da ACP.

Assim, a legitimidade para agir processualmente, quando não vier definida de forma diversa no ordenamento jurídico, esta será ordinária. Mas, como expõe Luiz Manoel Gomes Jr. (2014, p. 1.272), o sistema de legitimidade diferenciado afasta a regra processual prevista no art. 6º do CPC/73 (revogado), substituído pelo art. 18 do CPC/15, onde somente o titular do direito pode defendê-lo em juízo. O regime especial da coisa julgada permite a ampliação dos efeitos da mesma, para além das partes (art. 472 do CPC/73 - revogado), substituído pelo art. 506 do CPC/15, que estabelece que a sentença faça coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Como exposto, o ordenamento jurídico servindo-se dos mesmos requisitos utilizados para a postulação judicial do direito subjetivo definiu o legitimado *ad causam* para a ACP de forma autônoma ou “extraordinária”, excluindo o destinatário da decisão judicial do respectivo processo coletivo. Portanto, em desigualdade com os comandos do art. 17 do CPC/15, pois este artigo estabelece que é imprescindível constituir-se do interesse e da legitimidade para postular em juízo.

Segundo o *caput* e p. único do art. 18 do CPC/15, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Porém, se houver substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial. Luiz Manoel Gomes Junior, a seguir, assevera que nas ações transindividuais este fato é inconcebível, pois os elementos que caracterizam a substituição processual não são compatíveis com o atual regramento legal que disciplina as supracitadas ações.

Deste modo, pensamos que no caso das ações coletivas não há fundamento fático para justificar a afirmativa que haveria substituição processual na atuação dos entes legitimados, já que os elementos e características da substituição processual *são incompatíveis* com o atual regramento legal que disciplina as ações coletivas. Elemento essencial para que esteja caracterizada a presença da substituição processual decorrente do efeito do substituído, positiva ou negativamente, ser atingido pelos efeitos da coisa julgada, o que não se mostra adequado com o atual regime do Sistema Único Coletivo. (GOMES JUNIOR, 2014, p. 1.277).

Conforme relatado, a ACP não ocorre por substituição, mas por representação processual através do legitimado autônomo ou “extraordinário”. Nestes termos, aquele, que sofrerá os efeitos do dispositivo não poderá nem mesmo atuar como assistente litisconsorcial.

2.1 O Cidadão e a legitimidade *ad causam* para a Ação Civil Pública

Em conformidade com o art. 5º, inciso LXXIII da CRFB/88, qualquer cidadão em situação eleitoral regular, poderá propor a AP. Já na ACP, os cidadãos não poderão atuar diretamente como autores da mesma, pois, a Lei nº 7.347/85 e o CDC determinam que os legitimados ativos serão terceiros, constituídos de forma anômala. Ambas as ações têm o fito de proteger os direitos e interesses transindividuais, mas, a ACP possui um objeto mais amplo que a AP. Esta tem o escopo de resguardar a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, já aquela (ACP) tem o objeto mais amplo, visa garantir a moralidade administrativa; o patrimônio histórico, turístico, artístico e paisagístico; direitos do consumidor; educacionais; meio ambiente; direitos trabalhistas e minerários etc. Com isto,

vários direitos transindividuais não poderão ser pleiteados de forma direta e coletiva pelos interessados (cidadãos), pois não são legitimados ativos para a ACP.

O devido processo legal consiste no principal instituto que deve permear o processo constitucional, pois engloba a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB/88). Estes institutos normativos determinam que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, certificando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, assegurando também os meios e recursos inerentes as referidas garantias.

Atendendo a esses comandos que alicerçam o direito processual constitucional, o art. 9º, *caput* do CPC/15 determina que não será permitido ao juiz proferir decisão contra qualquer das partes sem ouvi-la previamente, exceto as prerrogativas do parágrafo único deste próprio artigo, onde o disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701 do CPC/15). No art. 10 do mesmo diploma legal, o magistrado, em qualquer grau de jurisdição, mesmo nas matérias que tiver que decidir de ofício, não poderá fazê-lo sem que tenha oportunizado às partes o direito à manifestação.

Com estas imposições do CPC/15 restou consagrado no sistema processual civil brasileiro o princípio do contraditório, da não surpresa e do poder de influência. Desta forma, ficou assegurado aos jurisdicionados o direito à informação necessária e a possibilidade de reação pelo direito da ampla defesa com o poder de influência pela força dos argumentos racionalizados.

Por determinação do art. 489 do CPC/15, não se consideram fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Resguardando assim, não só o contraditório, mas também à ampla defesa, a isonomia processual e o devido processo legal. Nestes termos, disserta Rosemiro Pereira Leal, explanando que a existência e acolhimento do princípio do devido processo legal é condição para existência do Processo Constitucional Democrático.

Vimos que o instituto do devido processo legal define-se pela coexistência dos princípios da ampla defesa (necessariamente aqui incluído o direito ao advogado) o contraditório, acrescentando-se o da isonomia à configuração constitucional da instituição do processo. Por isso é que falamos em principiologia do processo quando reunimos na lei constitucional esses princípios, integrados por uma conexão una e indissociável ou quando tal principiologia é capítulo da disciplina do direito processual como objeto de estudo particularizado. (LEAL, 2014, p. 52).

Como salientado, para que haja processo devem-se respeitar os fundamentos do CPC/15 e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

3 COISA JULGADA, LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA ACP

Nas ações coletivas *lato sensu* (art. 81 do CDC) a sentença fará coisa julgada segundo as determinações do Nos litígios individuais, autor e réu são determinados, os efeitos da coisa julgada vinculam os litigantes e impedirá que outra ação que envolva as mesmas partes, o mesmo objeto e, a mesma causa de pedir, seja novamente proposta. Nas ações coletivas *lato sensu*, inclusive na ACP, por força do art. 16 da Lei nº 7.347/85 e art. 103 do CDC, a sentença fará coisa julgada nos direitos difusos: *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, onde qualquer legitimado poderá intentar nova ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, quando se tratar de direito difuso; nos direitos coletivos *stricto sensu: ultra partes*, mas se limitando ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos previstos pelo inciso anterior, quando se tratar direito coletivo *stricto sensu*; nos direitos individuais homogêneos: *erga omnes*, somente no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e sucessores detentores de direito individual homogêneo.

Conforme instrui Antonio de Oliveira, nestas ações, a coisa julgada não se consuma se houver insuficiência de provas, onde, a parte lesada ou qualquer outro legitimado, valendo-se de novas provas, poderá propor nova ação.

A exemplo do que sucede com a ação popular e com o mandado de segurança, na ação civil pública, ainda que se adentre no *meritum causae*, não haverá coisa julgada se a improcedência da ação tiver suporte na deficiência de provas. Disso resulta que, em acontecendo, qualquer dos legitimados, inclusive o próprio autor sucumbente, poderá ajuizar novamente a ação já agora valendo-se de novas provas. (OLIVEIRA, 2003, p. 254-255).

Note-se que, nas ações coletivas *lato sensu* de natureza difusa, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*; nas ações transindividuais de natureza coletiva *stricto sensu*, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*. Nestas hipóteses, a coisa julgada, não prejudicará os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, pois não induzem litispendência para as ações individuais.

Já, nas ações transindividuais de natureza individual homogênea, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*. Mas, somente se o pedido for procedente. No caso de

improcedência do pedido, os interessados que não fizeram parte do litisconsórcio, poderão propor nova ação coletiva ou mesmo ação individual para a indenização dos danos sofridos.

Para tanto, conforme o art. 104, *in fine* do CDC, os efeitos da coisa julgada *ultra partes* ou *erga omnes* em virtude das ações transindividuais de natureza coletiva *stricto sensu* ou individuais homogêneas respectivamente, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação transindividual respectiva.

Como visto a eficácia da sentença nas ações transindividuais e a própria coisa julgada se estendem para fora do processo. Francisco Antonio de Oliveira (2003, p. 221-222) ressalta que em detrimento da previsão legal da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, os efeitos *inter partes* foram projetados do campo individual para toda uma coletividade. A consequência é que a coisa julgada originária de um dissídio transindividual, exceto na insuficiência de provas, assegurará o desfecho definitivo da coisa julgada, impedindo que a mesma ação seja novamente proposta em qualquer esfera, seja individual ou coletiva - art. 301, VI e § 3º, do CPC/73 (revogado), substituído pelo art. 337, *caput*, inciso VII e §§ 3º e 4º do CPC/15. Assim, o juiz de ofício ou a requerimento do interessado determinará o cumprimento da obrigação, caso não ocorra, ensejará a possibilidade da multa ou astreintes.

Nas obrigações 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 (artigos: 11 da LACP, e 84, § 4º, do CDC). O que mais interessa como proteção dos interesses difusos e coletivos no âmbito trabalhista é o cumprimento da atividade devida ou a imediata cessação da atividade nociva, diante da irreparabilidade dos danos causados pelo infrator da norma legal. Por isso, cabe ao juiz, a requerimento do interessado, ou de ofício, cominar multa diária (astreinte) em valor suficiente a desencorajar o infrator a continuar descumprindo o preceito legal. [...]. Sua natureza é sancionatória/coativa, desvinculada do prejuízo aos interesses metaindividuais. (MELO, 2014, 308).

O art. 15 da LACP estabelece que decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória da ACP, sem que o autor da ação promova a execução, qualquer outro legitimado poderá e, o MP deverá promover a respectiva execução. Visto que a legislação é omissa sobre a liquidação de sentença da ACP, a doutrina entende que os comandos do supradito art. 15 da LACP são também aplicáveis à liquidação de sentença.

Embora o artigo transcrito trate de execução a doutrina tem entendido ser aplicável também a liquidação, podendo ser aplicado independente de ser associação ou outro legitimado o autor da ação coletiva condenatória. Desta forma terá legitimidade para

a propositura da ação de liquidação coletiva qualquer dos legitimados que trata o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, para Ministério Público a propositura da ação de liquidação e de execução coletiva, na missão do autor da ação condenatória, representa um dever em virtude da imposição legal. Para os demais legitimados é apenas uma faculdade. (SILVA, 2017).

O art. 509 do CPC/15 prevê a possibilidade do procedimento de liquidação de sentença por arbitramento e por meio do procedimento comum, podendo ser proposta tanto pelo credor, quanto pelo devedor. A liquidação sempre se dará de forma definitiva, fixa o *quantum deabeatur*. Mas, a execução poderá ocorrer de forma provisória – por quantia certa (art. 523 a 527 do CPC/15); obrigação de fazer ou não fazer (art. 77, IV e §§ e art. 497 do CPC/15).

Nos litígios coletivos de direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) a sentença favorável ao autor sempre será genérica. Assim, após o trânsito em julgado da decisão, a execução individual (art. 97 do CDC) caberá à vítima (indivíduo), seus sucessores ou qualquer dos legitimados dos artigos 82 do CDC e 5º da LACP. Estes também poderão promover a referida liquidação e a execução da respectiva sentença. Já, no art. 98 do CDC encontra-se positivado que a execução poderá ser coletiva. Neste caso, deverá ser promovida por um dos legitimados extraordinários aptos à proposição das ações transindividuais.

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter genérico, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado. Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da sentença condenatória. Nesta fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica. (GRINOVER *et al.*, 2014, p. 221).

No entanto, deverá atender as determinações do art. 99 do CDC, que estabelece sobre a preferência da indenização da condenação na ACP sobre os demais créditos concorrentes. Para tanto, o parágrafo único do supracitado artigo estabelece que, somente após a decisão em segundo grau, a citada indenização, poderá ser revertida ao fundo criado pela Lei nº 7.347/85. Já, o art. 100 do CDC estabelece que decorrido o prazo de um ano, sem que ocorra a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados para ACP poderão promover a liquidação e a execução da indenização devida, onde o valor

da indenização reverterá para um fundo criado pela LACP, denominado como fundo fluido. Segundo Thais Helena Pinna da Silva (2017), similar ao *fluid recovery* das *class actions*.

Visto que o juízo competente para receber e julgar a ACP, também o será para a liquidação e a execução, que se dará nos mesmos autos, a Justiça do Trabalho terá competência para conhecer e julgar a ACP laboral em todas as fazes processuais.

4 A LACP E SUAS IMPLICAÇÕES COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Como exposto, a legitimação para a ACP - no modelo representativo - adotada no Brasil impede que o jurisdicionado participe do processo e promova diretamente o patrocínio de seus direitos transindividuais. Vicente de Paula Maciel Junior observa que essa problemática se evidencia nas questões relativas à tutela dos direitos difusos.

Enquanto no direito coletivo *stricto sensu* temos um bem comum e sobre ele haverá a manifestação de uma série de interessados para que, segundo os estatutos e a lei seja extraída a vontade comum, esse processo não existe no direito difuso. O direito difuso não é organizado, não tem assembleia, nem deliberação para estabelecer a vontade da maioria. [...] Não existe “vontade difusa”, porque o direito difuso se resolve no plano de interessados difusos que possuem, cada um o interesse individual perante o bem. Ao requerer a tutela desse interesse em face do bem, invocando o direito vigente, naturalmente os efeitos do julgado serão extensivos a todos os que possuem um interesse em face do bem. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 155).

Valendo-se da impossibilidade da definição de todos os sujeitos difusos e do pressuposto que alguns destes poderão ter interesses divergentes, o legitimado “extraordinário” ou anômalo, dificilmente alcançará a almejada unanimidade na defesa dos direitos e interesses difusos. Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 188) defende a tese das ações temáticas, onde a definição do legitimado não transcorre pelo sujeito, mas pela vinculação com tema ensejador das demandas dos interesses difusos.

Para possibilitar a formação dos temas, é de suma importância que o juízo, previamente, promova uma ampla publicidade para viabilizar a participação de qualquer interessado, visto que, somente assim, o mérito processual será formado democraticamente, proporcionando a construção de um dispositivo derivado das reais pretensões da coletividade. Para isso, Fabrício Veiga Costa defende a prévia realização de Audiência Pública.

O mérito processual nas ações temáticas não fica adstrito àquilo que foi alegado na exordial, até porque, o conteúdo da petição inicial é apenas o ponto de partida

utilizado como critério por todos os interessados para orientar a definição da matéria de mérito que permeará todo o discurso democrático. [...]. Ampliar o objeto da ação temática através da utilização de meios legítimos que venham a garantir a publicização de seu objeto é o mesmo que assegurar a celeridade e a economia processual, uma vez que assim estaria evitando o demandismo individualizado que visa buscar a proteção jurídica de direitos de natureza coletiva difusa. [...]. A realização de Audiência Pública é uma estratégia extremamente relevante para assegurar a legitimidade democrática do provimento e a participação ampla dos interessados no processo coletivo. (COSTA, 2012, p. 230-234).

Como citado, no Brasil, o direito transindividual ainda se ancora nas premissas do direito singular. Porém, Raimundo Simão de Melo (2014, p. 44) pondera que o processo coletivo e o individual se complementam não se anulam e também não são antagônicos. Pois, na medida em que as ações individuais não atende as demandas para as soluções de massa, as ações coletivas também não alcançam todos os casos e muitas vezes não são utilizadas pelos legitimados que se omitem ou não as conhecem.

Todavia, o modelo de processo coletivo representativo, adotado pelo Brasil não condiz com os princípios preconizados pelo modelo de processo coletivo participativo ou constitucional democrático. Pois, neste modelo, qualquer sujeito apto a sofrer os efeitos jurídicos do provimento, deve ser salvaguardado com o direito de figurar, facultativamente, no polo ativo da demanda transindividual. Com o mesmo entendimento, na sequência, Fabrício Veiga Costa observa que o sistema representativo de processo coletivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro embasa-se no modelo processo autocrático.

As ações coletivas brasileiras e o modelo de processo coletivo adotado pelo Brasil atualmente reproduzem o conceito dogmático, hermenêutico, restritivo e autocrático de mérito processual, haja vista que não são todos os sujeitos legitimamente interessados (todos os interessados difusos e coletivos) que estão autorizados a participar da decisão, da análise e do amplo debate das questões de mérito. Toda discussão referente às questões de mérito das ações coletivas no Brasil encontra-se concentrada nas mãos do magistrado e dos demais sujeitos considerados legitimados previamente pelo legislador a propor as respectivas ações coletivas. Isso evidencia a opção do direito brasileiro pela adoção do sistema representativo como referencial a gerir o entendimento do processo e das ações coletivas [...]. Legitimar o sistema representativo é deixar claro que ainda no Brasil não fizemos a opção pela implementação efetiva do modelo constitucional e democrático de processo coletivo. (COSTA, 2012, p. 267).

Nos Estados Unidos da América o ordenamento jurídico que regulamenta as ações coletivas, denominadas como *class action*, define que, quando o número de integrantes da categoria for excessivo e inviabilizar o litisconsórcio, o legitimado a que poderá propor *class action* será, em regra, qualquer um dos membros pertencente à mesma, desde que as questões de fato e de direito sejam comuns à classe e o respectivo representante. Fabrício Veiga Costa, ao descrever sobre o referido tema, relata:

O texto formulado para a Regra 23 no ano de 1966 sofreu alterações nos anos de 1987, 1998, 2003 e 2007. O pré-requisito inicial para a propositura da *class action* é que a parte legítima à propositura da ação deverá integrar a própria classe e que o número excessivo de integrantes da classe tornará inviável a constituição do litisconsórcio. A adequada representação do autor da ação, a existência de questões de fato e de direito comuns aos integrantes da classe, assim como a identidade de pretensões ou de defesas entre o representante e a classe também integram os requisitos indispensáveis à propositura da ação de classe. (COSTA, 2012, p. 109).

As desigualdades entre o ordenamento jurídico brasileiro e norte-americano com referência às ações coletivas *lato sensu* são notórias. Porém, a definição do legitimado ativo é a que mais distanciam os dois modelos de processos coletivos. Destarte, nas *class action*, qualquer pessoa que seja integrante do grupo e que atenda aos requisitos processuais previstos na *Rule 23* poderá propô-la. Já, no Estado brasileiro, as ações transindividuais - exceto a AP -, devem ser propostas pelos legitimados autônomos ou “extraordinários” definidos, como mencionado, pela lei.

Como visto o direito coletivo *lato sensu* foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro – excluindo o signatário da decisão judicial - na concepção representativa e em desconformidade com os princípios do processo constitucional. Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 582) alerta sobre os riscos da banalização dos direitos coletivos e de outros direitos e garantias constitucionais.

O direito coletivo, juntamente com os outros direitos e garantias constitucionais fundamentais, exerce um papel nuclear no plano da realização dos compromissos fixados que giram em torno da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88). A frustração dessas promessas, com a banalização do próprio direito coletivo e de outros direitos fundamentais, é um risco à própria estabilidade social, política e jurídica do país.

Por isso é tão importante o aprimoramento do modelo de direito coletivo adotado pelo Brasil. Apesar da nova *summa divisio* constitucionalizada; direito individual e direito coletivo (Título I da CRFB/88), o ordenamento jurídico pátrio, ainda não dispõe de um Código específico para os direitos transindividuais, adotando o modelo representativo, autocrático, fundado nos princípios do direito individual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 1º do CPC/15 ao estabelecer sobre a obrigatoriedade da obediência ao referido código, determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com os valores e as normas fundamentais da CRFB/88.

Desta maneira, para que o processo seja válido, sempre deverá ser observado o contraditório, a ampla defesa e, conseqüentemente, o devido processo legal. Assim, a previsão do art. 488 do CPC que autoriza o juiz decidir e julgar o mérito sem que a parte preencha os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo trata-se de uma situação excepcional. Ou seja, o juiz somente poderá decidir o mérito, caso a parte que se aproveita da decisão seja exclusivamente a parte que seria beneficiada pela sentença terminativa, prevista no art. 485 do aludido Código. Regramento aplicável a qualquer postulação judicial.

Portanto, as afirmações registradas alhures, sobre a denominada teoria da asserção de avaliação das condições da ação no direito processual individual, também chamada de aferição *in statu assertionis*, não é regra geral, trata-se, simplesmente, de uma mera exceção.

Como explanado, está regulamentado nos artigos: 5º da LACP e 82 do CDC os respectivos legitimados autônomos para propor as ações transindividuais. Porém, em um modelo de processo autocrático, como o adotado para ACP, dificilmente, alcançar-se-á todos os reais interesses difundidos na coletividade. Pois, apesar da previsão normativa que objetiva a proteção dos direitos transindividuais, o modelo representativo, ora em vigência, não assegura a atuação direta do jurisdicionado nas ações coletivas *lato sensu*.

Assim sendo, a ACP não obterá um provimento que efetivamente atenda aos reais interesses da coletividade. Haja vista, que o direito tutelado é coletivo *lato sensu*, mas, os interesses sempre serão individuais, postulados de forma coletivizada. Desse modo, em desconformidade com os princípios democráticos, o modelo representativo adotado para a ACP, principalmente nos casos dos direitos difusos, impossibilita àqueles que sofrerão os efeitos da sentença, a possibilidade litigar diretamente os seus interesses coletivos em juízo. Problema, este, passível de superação, conforme salientado neste estudo, com a adoção das audiências públicas no modelo das ações temáticas.

Por fim, constatou-se que o modelo representativo adotado na ACP além de inibir à apreciação de muitas questões controvertidas também enseja o cerceamento do juízo ao pleno conhecimento das reais pretensões dos representados. Dessarte, comprometendo o dispositivo final, pois, prejudica a formação participativa do mérito processual.

Apesar dos avanços advindos com a ACP, tutelando os direitos e interesses transindividuais, o modelo representativo, adotado pelo Brasil, ainda carece de aprimoramentos, pois, não atende aos princípios do processo participativo ou constitucional, capitaneados pela CRFB/88 e pelo CPC/15.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 316001/96.4. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada-antiga->>. Acesso em 13 fev. 2017.
- COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participativa nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas Ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (org.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como a ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.
- MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: *Teoria geral do Ministério Público*. (Coord.) Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação Civil Pública: enfoques trabalhistas – doutrina – jurisprudência – legislação*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SCHIAVI, Mauro. Os pressupostos processuais e as condições da ação no novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no Processo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, Thais Helena Pinna da. *Liquidação de sentença nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4600>. Acesso em: 12 fev. 2017.