

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO
DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE

O controle da representatividade/representação do Ministério Público nas ações coletivas *lato sensu*: possível parâmetro em sua atuação extrajudicial para oitiva de pessoas e comunidades representadas

Juiz de Fora

2020

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE

O controle da representatividade/representação do Ministério Público nas ações coletivas *lato sensu*: possível parâmetro em sua atuação extrajudicial para oitiva de pessoas e comunidades representadas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de concentração Direito, Argumentação e Inovação, sob a orientação da Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora
2020

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE

O controle da representatividade/representação do Ministério Público nas ações coletivas *lato sensu*: possível parâmetro em sua atuação extrajudicial para oitiva de pessoas e comunidades representadas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de concentração Direito, Argumentação e Inovação, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes

Professor Doutor Robson Renault Godinho

Professora Doutora Marcela Alves Marcarenhas Nardelli

PARECER DA BANCA
 APROVADO
 REPROVADO

Juiz de Fora, 16 de março de 2020.

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE

AGRADECIMENTO

Minha gratidão à Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes por ter me provocado por seus pensamentos e sua obra, cuja lição de que “a solução para conferir operosidade à legitimação pluralista e democrática pretendida pelo legislador consiste na união de forças por todos os colegitimados” (GUEDES, 2012, p. 181) foi o ponto de partida para a minha inspiração e coragem de exercer a presente crítica rigorosamente técnica para o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público.

Meus agradecimentos, também, à Universidade Federal de Juiz de Fora, minha casa de formação e ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais e seu Conselho Superior, na pessoa de Antônio Sérgio Tonet, Procurador-Geral de Justiça e Presidente do Conselho, pela disponibilidade do acesso aos dados do sistema de registro de procedimentos e pelo incentivo ao aperfeiçoamento funcional dos seus membros.

Meu amor a minha família que me apoia em todos os desafios.

RESUMO

Partindo do marco do acesso à justiça de Cappelletti (1977), o presente estudo avalia a solução de colegitimação de instituições públicas e privadas para a defesa de direitos metaindividuais. Recorre à ciência política de Pitkin (1967) para conciliar a representação e a correlata necessidade democrática de participação dos representados nas decisões adotadas pelo representante, para apontar a solução pela exigência de atuação responsiva deste, passando-se de um "garantismo individual" a um "garantismo social ou coletivo" (CAPPELLETTI, 1977). Por isso, assume importância a questão da adequação da representatividade dos colegitimados coletivos como interesse de agir ou pressuposto processual cuja consequência, em caso de inadequação, não se dá necessariamente pela extinção da ação sem julgamento de mérito, mas sim pela abertura do processo a uma via dialógica. E, admitindo o controle da adequação da representatividade do Ministério Público, adota-se a nova tipologia de conceitos de direitos transindividuais de Vitorelli (2016 a; 2016 b), em que o perfil da difusão da lesão deva condicionar a forma de controle da adequação da atuação do legitimado coletivo e sua abertura para a participação mais ou menos direta dos representados, como solução para casos de eventual inadequação da representatividade por medidas de democratização do processo. Por fim, propõe o presente trabalho que a atuação prévia e extrajudicial seja tomada como possível parâmetro da adequação da representatividade do Ministério Público, especialmente as diligências empreendidas no inquérito civil público. Acredita-se que tais diligências possam se voltar à participação mais ou menos direta da população atingida, dependendo do nível de difusão da lesão. Com base em tal premissa, foi realizada pesquisa empírica de dados sobre a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em ações civis públicas e ações coletivas, tendo por objeto obrigações de fazer, para avaliar demandas por ações estruturais, que mais comumente referem-se a políticas públicas ou atuações de instituições privadas que interfiram de forma massificada na sociedade. E que o desafio da promoção da participação da sociedade, direta ou representativamente em conselhos criado por lei para construção e fiscalização de políticas públicas, pode e deve ser abraçado como missão do Ministério Público.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Representação e participação. Controle da adequação da representação/representatividade dos colegitimados coletivos. Inquérito civil público. Atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

ABSTRACT

Starting from the standard of access to justice by Cappelletti (1977), this study evaluates the solution of collegiation of public and private institutions for the defense of metaindividual rights. It calls on the political science of Pitkin (1967) to reconcile the representation and correlated democratic necessity of participation of those represented in the decisions adopted by the representative, to show the solution by the demand of its responsive action, moving from an "individual guarantee" to a "social or collective guarantee," which is why it is important in regard to the question of the adequacy of the representativity of collective collegiality, as interest in acting or as a procedural requirement whose consequence, in the case of inadequacy, is not a result the extinction of the action without adjudication of merit, but rather by the opening of the process in a dialogical way. And, accepting control of the adequacy of the representativeness of the Prosecution, the new typology of transindividual rights concepts by Vitorelli (2016 a; 2016 b) is used, in which the profile of the diffusion of the harmful element must condition the form of control of adequacy of the role of collective legitimation and its demands to the mostly direct participation of the represented, as a solution for cases of eventual inadequacy of representativity by measures of democratization of the process. Finally, the present work proposes that pre and extrajudicial action be taken as a possible parameter of the adequacy of the representativeness of the Public Prosecutor, especially the diligence undertaken in the public civil inquiry that addresses the nearly direct participation of the population affected, depending on the level of diffusion of the harmful agent, which motivated the empirical research of data on the performance of the Prosecution of the state of Minas Gerais in public civil and collective actions, having the objective of fulfilling obligations, assessing demands for structural actions, which most commonly refer to as public policies or actuations of private institutions that interfere in a massified form in society. And that the challenge of promoting the participation of the society, directly or representatively in councils created by law for the construction and supervision of public policies, can and should be embraced as a mission of the Prosecution.

Keywords: Access to justice. Representation and participation. Control of the adequacy of the representativity of collective collegiates. Public civil inquiry. Performance of the Prosecution of the State of Minas Gerais.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|-----|
| Figura 1 – Procedimentos Prévios..... | 169 |
|--|-----|

LISTA DE ABREVIATURAS

Aditivo ao TAP - Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar
ACP - Ação Civil Pública
AgRg - Agravo Regimental
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CGMP - Corregedoria-Geral do Ministério Público
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIF - Comitê Interfederativo
CONSEC - Conselho Estadual de Política Cultural
CPC - Código de Processo Civil
FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
HC - *Habeas Corpus*
IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Público
IC - Inquérito Civil
IP - Inquérito Policial
IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP - Lei da Ação Civil Pública
LOEMP - Lei Orgânica Estadual do Ministério Público
LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MS - Mandado de Segurança
MP - Ministério Público
MPMG - Ministério Público do Estado de Minas Gerais
MPF - Ministério Público Federal
NEAJUR - Secretaria de Suporte ao Planejamento e à Gestão de 1ª Instância Núcleo de Estatística Aplicada à Justiça de 1ª Instância
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
OIT - Organização Internacional do Trabalho
ONG - Organizações Não Governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
PA - Procedimento Administrativo
PGJ - Procuradoria-Geral de Justiça
PJe - Processo Judicial Eletrônico 1ª instância
PoEMAS - Grupo de pesquisa e extensão Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade
PROCON - Proteção aos Direitos do Consumidor
RCA - Rede de Cooperação Amazônica
RE - Recurso Extraordinário
REsp - Recurso Especial
SRU/MPMG - Sistema de Registros Único do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
SISCOM - Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
STI - Superintendência de Tecnologia da Informação (STI) da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais
SUS - Sistema Único de Saúde
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STF - Supremo Tribunal Federal
TAC Governança - Termo de Ajustamento de Conduta Governança
TAP - Termo de Ajustamento Preliminar
TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TTAC - Termo de Transação e Ajustamento de Conduta
UERJ - Universidade do estado do Rio de Janeiro
UNESA Universidade Estácio de Sá
v.g. - *verbi gratia*

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 ACESSO À JUSTIÇA E FUNDAMENTAÇÃO DA LEGITIMIDADE PARA A DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i> | 14 |
| 1.1 Iniciativa coletiva: considerações iniciais | 19 |
| 1.2 Iniciativa dos entes públicos, em especial, do Ministério Público..... | 25 |
| 1.3 Sobre a legitimação ministerial para direitos individuais homogêneos..... | 34 |
| 1.4 <i>Summa divisio</i> e a solução mista da colegitimação (entes públicos e formações sociais)..... | 38 |
| 2 PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO – CONTRIBUIÇÃO DA CIÊNCIA POLÍTICA | 47 |
| 2.1 Conflitos (inclusive internos) são inerentes aos grupos sociais..... | 54 |
| 3 DEVIDO PROCESSO LEGAL – REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO – DO "GARANTISMO INDIVIDUAL" AO "GARANTISMO SOCIAL OU COLETIVO" | 61 |
| 4 O CONTROLE DA ADEQUAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE/ REPRESENTAÇÃO DO LEGITIMADO ATIVO COLETIVO | 69 |
| 4.1 Controle da adequação do Ministério Público..... | 78 |
| 4.2 Mas de que controle se está falando?..... | 89 |
| 4.3 Problemas do controle da adequação..... | 96 |
| 4.4 A inadequação da representatividade como condição da ação (ausência de interesse de agir) ou como pressuposto processual (interesse processual)..... | 99 |
| 4.5 A adequação da representatividade do legitimado coletivo de acordo com a difusão dos efeitos da lesão (aos direitos metaindividuais) sobre pessoas e comunidades..... | 110 |
| 5 DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL COMO SOLUÇÃO PARA A INADEQUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO/REPRESENTATIVIDADE DO | |

| | |
|--|------------|
| LEGITIMADO COLETIVO E ATUAÇÃO NO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO COMO POSSÍVEL PARÂMETRO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO..... | 119 |
| 5.1 Avaliação antecipatória e/ou retrospectiva da atuação do legitimado coletivo – processo dialógico e abertura da participação aos demais colegitimados..... | 118 |
| 5.2 Atuação prévia e extrajudicial como parâmetro da adequação da representatividade/ representação do Ministério Público..... | 129 |
| 5.3 Atendimento ao público..... | 136 |
| 5.4 Consultas Públicas..... | 137 |
| 5.5 Audiências Públicas..... | 143 |
| 5.6 Instrumentos de fomento à participação popular e ao controle social de políticas públicas..... | 148 |
| 6 PESQUISA EMPÍRICA..... | 162 |
| 6.1 Anteriores pesquisas empíricas no Direito sobre a atuação do Ministério Público que provocaram a iniciativa do presente estudo..... | 162 |
| 6.2 Metodologia da presente pesquisa..... | 165 |
| 6.3 Dos dados coletados e suas análises..... | 168 |
| 7 CONCLUSÃO..... | 175 |
| REFERÊNCIAS..... | 180 |

LISTA DE ANEXOS

| | |
|--|-----|
| ANEXO A - Autorização para acesso aos dados do Sistema de Registro Único do Ministério Público do Estado de Minas Gerais | 200 |
|--|-----|

INTRODUÇÃO

Os problemas centrais do presente estudo são a iniciativa para ações coletivas *lato sensu* – restritas àquelas que se referem a políticas públicas¹ e, portanto, trazem demandas estruturais², bem como a representatividade dos coletivos – entendida como vínculo responsivo aos interesses de pessoas e/ou comunidades que tiveram direitos atingidos e que demandam ser ouvidas sobre a melhor tutela judicial ou extrajudicialmente, a possibilidade e os parâmetros de seu controle. Porque a jurisdição tem efeitos que se irradiam sobre os substituídos, inclusive quanto à atuação do Ministério Público, que tem à sua disposição instrumentos legais no inquérito civil público e outros procedimentos administrativos, para cumprir sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O referencial teórico parte da democratização do acesso à justiça, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), e da concepção de representação de Hannah Fenichel Pitkin (1967) que dão suporte à defesa dos direitos coletivos por meio da representação, permitindo que os autores das demandas coletivas litiguem em condições de igualdade com seus adversários que são, no mais das vezes, muito poderosos para serem enfrentados individualmente.

A metodologia consiste em revisão teórico-bibliográfica e pesquisa empírica de coleta de dados, que foram buscados junto ao Sistema de Registros Único – SRU do Ministério

¹ Tomadas as políticas públicas, no presente estudo, como planejamento e a organização das ações governamentais que, usando os recursos estatais e/ou regulamentando atividades privadas que impactam na vida da coletividade, visem atingir os objetivos sociais instituídos pela “Constituição dirigente econômica e socialmente, por definir fins e objetivos para o Estado e a sociedade” (CANOTILHO, 2008, p. 247) e que, por isso, devem englobar a previsão de recursos físico-estruturais, humanos e financeiros, o *modus* da prestação e o controle interno e externo sobre a execução da própria política. Registre-se que, no Brasil, as políticas públicas foram constitucionalizadas e, em relação à saúde, educação e assistência social, foram regulamentadas em sede de lei formal, como nas Leis Federais 8.080 (BRASIL, 1990), 8.742 (BRASIL, 1993c), e houve consolidação do entendimento jurisprudencial da possibilidade jurídica da imposição judicial da obrigação de fazer pelo Supremo Tribunal Federal. Vide: ADPF 45 MC/DF (BRASIL, 2004c) e Repercussão geral - Tema 220 – RE 592.581-RS (BRASIL, 2016d).

² As ações estruturais encontram sua defesa em Fiss, que parte da premissa de que a Constituição traz os valores da sociedade e que podem entrar em conflito, havendo necessidade de dar-lhes significado específico e estabelecer prioridades, para desenvolver o conceito: “*one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. [...] (The judge) undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted*” (FISS, 1979, p. 2). Em tradução livre: um tipo de jurisdição, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos, e ainda mais importante, pelo fato de que envolve um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais. [...] (O juiz) compromete-se a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a esses valores colocada pelos atuais arranjos institucionais. A injunção é o meio pelo qual essas diretivas reconstrutivas são transmitidas.

Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). Trata-se da seleção e coleta de dados sobre todas as ações propostas desde a implantação do processo eletrônico em 06 de março de 2015 até 1º de novembro de 2018, data em que se iniciaram as coletas. As ações selecionadas foram restritas às classes de ação civil coletiva e ação civil pública e tendo apenas por assunto obrigação de fazer/não fazer, consistentes em demandas coletivas estruturais.

Os dados coletados consistiram em: 1. quantitativos de ações propostas; 2. quantitativos delas precedidos de cada um dos instrumentos administrativos de apuração previstos em lei ou resoluções do MPMG e quantitativo das não precedidas de nenhuma instauração; 3. natureza das diligências efetivamente cumpridas nos procedimentos de apuração; 4. quantitativos de audiências públicas ou reuniões públicas realizadas nos procedimentos que precederam as ações; 5. quantitativos de ações propostas em litisconsórcio com colegitimados ativos.

O trabalho foi dividido em seis capítulos, abordando o primeiro deles o marco teórico do acesso à justiça de Cappelletti e Garth (1988) e a superação da impotência dos indivíduos isoladamente considerados, analisando a crítica que se faz à iniciativa dos entes públicos, dentre os quais o Ministério Público. E aborda a superação da *summa divisio* entre direito público e direito privado que traz ao palco os novos interesses coletivos *lato sensu*, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos, e a legitimação coletiva de entes públicos, entes despersonalizados e formações sociais.

O segundo capítulo aborda a compreensão do significado, dos contornos jurídicos e das consequências do instituto da representação, a partir da contribuição da teoria política de Pitkin (1967). A partir daí, traça-se a correlação com o processo coletivo, em que a participação direta é substituída pela representação, tratando também do conflito no interior dos grupos como fato natural na sociedade plural.

O terceiro capítulo trata do devido processo legal e do necessário novo enfoque da instrumentalidade, a fim de que tenha total aderência à realidade social e jurídica a que se destina: a efetiva realização dos direitos. Nesse contexto insere-se a preocupação com o contraste entre as garantias do devido processo legal inquestionavelmente forjadas para acudir a um processo de caráter individualista, e com o instrumental idôneo para a solução dos novos conflitos a serem resolvidos em um enfoque social, procurando-se realçar o garantismo social ou coletivo.

O quarto capítulo traz os posicionamentos doutrinários sobre a possibilidade de exigência de adequação da representatividade do autor coletivo, em especial do Ministério

Público. São analisados tanto os posicionamentos que, sob inspiração das *class actions* norte-americanas, admitem o controle judicial da representatividade nos casos concretos, como aqueles que, diversamente, defendem sua inadmissibilidade em razão da presunção *ope legis* da adequação da representatividade sociológica. Ainda, examina-se a tese que restringe o controle da representação à atuação concreta do representante no curso do processo. E, também aborda a natureza jurídica da adequação da representatividade e seu eventual enquadramento como condição da ação – ora como atributo inerente à legitimidade *ad causam*, ora ao interesse de agir – ou como pressuposto processual relacionado à capacidade.

O quinto capítulo apresenta uma análise das soluções para a inadequação da representatividade em um processo que deve ser dialógico e introduz a ideia da atuação prévia e extraprocessual do Ministério Público como um dos possíveis critérios de avaliação da sua representatividade, premissa fundamental e diretamente ligada à pesquisa empírica empreendida no sexto capítulo.

O sexto capítulo parte da inspiração fornecida pelas pesquisas empíricas já realizadas sobre a atuação judicial coletiva do Ministério Público, dentre outros colegitimados e – justificada a importância da presente pesquisa como complementar, por se voltar para o elemento da atuação extrajudicial – registra a coleta empírica de dados junto ao sistema do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, seguido da conclusão, no capítulo sétimo.

1 ACESSO À JUSTIÇA E FUNDAMENTAÇÃO DA LEGITIMIDADE PARA A DEFESA DE INTERESSES³ E DIREITOS COLETIVOS⁴ *LATO SENSU*

O enfoque do clássico processo civil para a iniciativa das demandas de interesses individuais fica restrito, na maior parte dos casos, a quem se autoproclame titular do direito material – inclusive no Brasil, em que a lei processual civil explicitamente adota critério restritivo⁵. A iniciativa para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* está intrinsecamente relacionada com a democratização do acesso à justiça.

Como já assinalado na introdução deste trabalho, a presente pesquisa voltou-se para a análise da atuação de um dos legitimados coletivos, o Ministério Público, para a propositura

³ Watanabe registra a superação da diferenciação entre interesses e direitos a partir do uso de ambos na própria Constituição da República e na lei consumerista: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional. Agora é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução da doutrina e da jurisprudência, usa dos termos ‘interesses’ (art. 5º, LXX, b), ‘direitos e interesses coletivos’ (art. 129, nº III), como categorias amparadas pelo Direito” (WATANABE, 1999, p. 718-719).

Mancuso expõe que a admissibilidade pelo ordenamento da defesa jurisdicional de interesses difusos somente pode levar a duas conclusões: ou se alarga o conceito de direito subjetivo que, até então, consistiria apenas naquele cuja ameaça seja secundada por uma sanção e se refira a um titular determinado, ou se admite que outros bens e valores que não só o direito subjetivo mereçam proteção jurisdicional (MANCUSO, 1997, p. 136-137). Registre-se, ainda, a superação da distinção tanto pela doutrina italiana quanto pelo sistema da *common law* (VITORELLI, 2016b, p. 58).

⁴ Barbosa Moreira entende a expressão interesses coletivos como imprecisa, preferindo direitos superindividuais, de Proto Pisani, porque pertencem a pessoas indeterminadas ou indetermináveis e a satisfação de um implica na do outro (BARBOSA MOREIRA, 1984b, p. 174).

⁵ Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a): “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

Pelo menos em face do anterior CPC de 1973 e a redação de seu art. 6º, segundo o qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, houve avanço em duas questões: primeiramente, dada a possibilidade da autorização da legitimação extraordinária vir de todo o ordenamento em interpretação sistemática, como sustentado por Didier Júnior que acertadamente expõe que “a atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se a retire do sistema jurídico” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 101) e, ainda, dada a assistência litisconsorcial do substituído. Porém, muito antes da elaboração da própria proposta do que se tornou o vigente CPC (BRASIL, 2015a), Barbosa Moreira já sustentava, em 1981 quando o artigo foi escrito, que o art. 6º do então vigente CPC, enquanto quase cópia do art. 81 do *Codice di Procedura Civile* italiano, trazia a diferença de não exigir exceções de legitimação extraordinária expressas, podendo ser inferidas do sistema legal (BARBOSA MOREIRA, 1984a, p. 190).

de ações civis públicas de natureza estrutural⁶, que contêm pedidos de obrigação de fazer e que interferem diretamente nas condições de vida das pessoas e populações atingidas, motivo pelo qual o ato de ouvir os substituídos ganha importância⁷. Em especial, analisa-se a possibilidade de controle da adequação da representatividade do Ministério Público e estudam-se mecanismos que efetivamente possibilitem a escuta das pessoas e coletividades atingidas.

Por isso, impensável não se socorrer da teoria do acesso à justiça, de Cappelletti e Garth (1988), especialmente no Brasil em que, para Guedes, as ações coletivas surgiram não apenas de contingências práticas, mas de uma formulação teórica predominantemente importada dos Estados Unidos a partir dos estudos deste processualista (GUEDES, 2012, p. 49), sendo a teoria do acesso à justiça a mais abrangente para justificar a legitimidade para a defesa dos direitos coletivos, complementada pelas teorias do interesse ou do consentimento⁸,

⁶ As ações estruturais são, há muito tempo, objeto de intensas discussões doutrinárias também no direito norte-americano, encontrando em Fiss seu conceito, exposto na nota 1 deste trabalho, e nelas são necessárias inovações procedimentais, sendo insuficiente o modelo *dispute-resolution* em que o papel do juiz é apenas declarar qual parte está certa e qual errada (FISS, 1979, p. 24), exigindo a “*remedial fase*” que consiste em prevenção ou correção de um evento, que se torna mais delongada pois o processo estrutural envolve a reorganização de uma “*ongoing institution*”, como estabelecimentos prisionais, de saúde etc., o que demanda uma série de intervenções para formatar o próprio “*remedy*” (FISS, 1979, p. 27), levando à duração da própria jurisdição enquanto durar a ameaça aos valores constitucionais, pelo que Fiss defende a judicialização, pois “*judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent*” (FISS, 1979, p. 02). Em tradução livre: juízes não têm o monopólio da tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas também não há razão para que eles se silenciem.

Ademais, não é demais mencionar que tramita o Projeto de Lei nº 8.058 (BRASIL, 2014c) que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, que consiste exatamente no processo estrutural, do que se registra a tentativa de mencionar em lei formal a reserva do mínimo existencial e parâmetros para o controle jurisdicional das políticas públicas, e traz previsão de inovações procedimentais, mas que não contém alterações relevantes em relação à adequação da representatividade do autor coletivo que interessa a este trabalho: [...] Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais. [...] Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor.

⁷ Nessa mesma linha de raciocínio, foram excluídas as de natureza indenizatória e sancionatória aos causadores de danos à coletividade, para as quais a lei, expressão máxima do regime de democracia participativa, já delimita as condutas ilícitas e as respectivas sanções que devem ser buscadas na persecução jurisdicional.

⁸ “A Teoria do Consentimento funda-se na suposta existência do consenso entre todos os titulares do direito material acerca do *status* do representante do legitimado ativo, enquanto a Teoria do Interesse baseia-se no argumento de que a similaridade de situações jurídicas e a homogeneidade de interesses dispensa o consentimento de todos, bastando que uma pessoa estivesse autorizada para representar os interesses de todos os membros do grupo, sem que haja sequer a necessidade de pertencer a este grupo” (GUEDES, 2012, p. 175). Por fim, sobre a Teoria Institucional ou Objetivista, Leal explica como “concepção da ação coletiva como um processo objetivo, em que se exonera do ônus de justificar o título de representação do autor, dado que a representação do grupo ou comunidade serve apenas para satisfazer uma necessidade do sistema tradicional da dogmática processual civil, preocupada em atribuir direito material a um sujeito de direito específico com personalidade jurídica” (LEAL, 1998, p. 74). Guedes rechaça esta última teoria, exatamente por desprezar a representação dos interesses da classe (GUEDES, 2012, p. 175).

por focar aspectos jurídicos sem desprezar elementos sociais e políticos (GUEDES, 2012, p. 49).

Essa teoria enfatiza, ainda, a necessidade de se desenvolverem mecanismos processuais viabilizadores da representação legítima dos direitos coletivos em juízo, permitindo que os autores das demandas coletivas litiguem em condições de igualdade com seus adversários e, principalmente, para dar efetividade da tutela dos direitos coletivos (GUEDES, 2012, p. 175-176).

Assim, antes de ingressar no estudo da adequação da representatividade do autor coletivo, é mister recorrer à fonte da inspiração do acesso à justiça, formada pelo que denominaram “três ondas de busca por acesso” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31),⁹ sendo a segunda a onda renovatória responsável por romper os obstáculos à defesa dos direitos difusos e coletivos, dentre os quais destaca-se a inadequação das regras de legitimação ordinária. Isso levou à discussão sobre a necessidade de adequação do representante dos direitos coletivos em sentido amplo, pois uma vez que nem todos os titulares do direito podem comparecer em juízo, o fato é que a decisão vincula a todos ou, caso contrário, não será efetiva (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Parte-se desse referencial da teoria do acesso à justiça, na perspectiva da segunda onda renovatória como a mais apropriada para justificar a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, permitindo que os autores das demandas litiguem em condições de igualdade com seus adversários e evitando a propositura de várias ações individuais em defesa de direitos comuns, que poderiam resultar em decisões contraditórias sobre o mesmo tema (GUEDES, 2012, p. 176). Assim, o estudo da legitimidade coletiva, como observou Mazzilli, deslocou o foco da titularidade do direito material para a titularidade da iniciativa para provocar a coercibilidade da norma que protege as coletividades (MAZZILLI, 1998, p. 5).

⁹ Trata-se de volume introdutório a outros trabalhos dedicados ao “Projeto Florença” consoante informam os próprios autores. A primeira onda, relativa à assistência judiciária aos pobres, mereceu instituição de remuneração a advogados pelo poder público, pela maioria dos sistemas jurídicos complexos, porém, deixando aos assistidos o encargo de reconhecer as causas e procurar auxílio, o que somente era recorrente em problemas clássicos como direito de família e criminal, e não para os novos direitos, como os de consumo, e desconsiderava as desvantagens que existiam no comparativo com litigantes organizacionais, assim como ignorava problemas jurídicos dos assistidos também como grupo ou classe, para os quais estes mesmos sistemas não reconheciam assistência (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 38). Já a terceira onda envolve mudanças de procedimentos, na medida em que “novos direitos exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69) e, especialmente, adaptar o processo civil ao tipo de litígio, atentando-se para a diferença de tratamento que exigem as repercussões coletivas de uma demanda, sendo necessários mecanismos mais adequados aos direitos difusos: os casos-testes para assegurar precedentes favoráveis, estruturação de transações, controle de cumprimento da lei, pressão a favor de mudança de lei, dentre outros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 73)

Em estudos sobre a legitimidade *ad causam*, antecedentes à promulgação da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), Barbosa Moreira já definia a modernidade com a expressão de John Donne¹⁰ – “*No man is an island*” – a significar que os “passageiros do mesmo barco, os habitantes desse irrequieto planeta [...] se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar” (BARBOSA MOREIRA, 1984b, p. 173), motivo pelo qual já entendia que a legitimação – que, pelo critério tradicionalista, exige repercussão direta na esfera de direitos do particular – não trazia parâmetro suficiente para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.¹¹

O que resta clara é a crítica de Barbosa Moreira ao individualismo que vinha inspirando a lógica da legitimação *ad causam*:

A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na proteção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores (BARBOSA MOREIRA, 1984b, p. 181).

Voltando para o marco do acesso à justiça de Cappelletti e Garth, não se podem perder de vista os obstáculos ao acesso que, para além da falta de recursos financeiros, também se dão quanto à falta de aptidão para reconhecer um direito e propor ação ou defesa, o que os autores chamam de “capacidade jurídica pessoal” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22), e exemplificam que mesmo pessoas que procurariam advogado para divórcio, dificilmente o fariam para processar empresa poluidora, dada a dificuldade de mobilizar pessoas fora da órbita dos direitos liberais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24-25). E, dentre o que explicitam como “problemas especiais dos interesses difusos”, reconhecem a realidade de que ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo ou o prêmio para quem o faça é pequeno demais para induzi-lo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

¹⁰ Poeta e pregador inglês (1573-1631).

¹¹ E, sobre a legitimação aberta ao cidadão na ação popular, expressava-se: “A franquia é útil, mas ainda insuficiente. Em numerosos casos, a luta do cidadão isolado contra os responsáveis pelo ato lesivo e os beneficiários dele corre o risco de assemelhar-se à que travaria contra o gigante um Davi desarmado de funda. Tudo concorre para desencorajá-lo: o vulto das despesas, a complexidade das questões, a carência de conhecimento técnico, a força política e econômica dos adversários.” (BARBOSA MOREIRA, 1984b, p. 177).

Também preocupa sobremaneira a “litigiosidade contida”, em razão da dificuldade de acesso, morosidade e custos da justiça (MAZZILLI, 1998, p. 60), assim como Watanabe recorda:

[...] porque o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos. (WATANABE, 1999, p. 709).

Assim, saúda-se com Mancuso que o Brasil tenha instituído o instrumento da ação civil pública:

A ação civil pública coloca-se, antes de mais nada, como um exercício de cidadania, no quadro jurídico-político de uma democracia participativa, ensejando ao Judiciário inserir-se no esforço comum desempenhado pelos entes exponenciais da sociedade (associações, Ministério Público, órgãos públicos, entes políticos), podendo assim dar sua decisiva contribuição para a composição justa de controvérsias sociais de largo espectro, que, de outra forma, acabariam atomizadas em multifárias demandas fragmentárias, na expressiva e sempre lembrada percepção de Kazuo Watanabe (MANCUSO, 2002, p. 61).

Especialmente num país em que a carência da população por políticas públicas eficientes e a desigualdade social demandam medidas estruturantes para a implementação de direitos humanos e sociais básicos, justifica Almeida o seu tratamento coletivo:

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, é o ponto central para o neoconstitucionalismo. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos que superem as amarras construídas em um passado de repressão e até mesmo de indiferença do Estado em relação aos reais problemas sociais (ALMEIDA, 2013, p. 53).

E, também por razões pragmáticas, com as quais Mazzilli percebe que a exigência de que milhares comparecessem em juízo levaria à situação em que os poucos, que efetivamente o fizessem, recebessem decisões contraditórias. (MAZZILLI, 2013, p. 65) e rememora o acerto do posicionamento jurisprudencial exposto no julgamento do REsp 235.422 (BRASIL, 2000):

É preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas legando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz (MAZZILLI, 2013, p. 69).

A teoria do acesso à justiça realça a importância da defesa de direitos coletivos *lato sensu*, por meio de processo e de legitimados coletivos, para vencer os obstáculos e garantir a sua efetividade.

1.1 Iniciativa coletiva: considerações iniciais

As novas ondas de acesso à justiça reforçaram, portanto, a discussão sobre a iniciativa para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, em razão da insuficiência, para o processo coletivo, das regras de legitimação ordinária que vinculam a titularidade de direito processual à titularidade do direito material.

Para a clássica linha privatística do direito processual, o direito, como toda criação humana, está jungido ao homem, principalmente o direito subjetivo, que tem como requisito fundamental a existência de um sujeito. Assim, apenas as pessoas¹² que estão inseridas na esfera subjetiva da situação ensejadora do surgimento de um direito subjetivo podem desfrutar das potencialidades desse direito (ARMELIN, 1979, p. 01) e, nessa linha, a legitimidade resultaria indispensavelmente da correlação entre sujeito do ato e seu objeto, motivo pelo qual refuta Armelin o termo legitimação, que acentua o caráter de situação jurídica do que emerge o ato de legitimar e não a qualidade de estar legitimado, preferindo a expressão legitimidade, porque marca a pertinência daquela situação legitimante ao sujeito, centro e destinatário do sistema, como qualidade para a prática dos atos que emerge da situação jurídica ou fática na qual se insere o sujeito do ato (ARMELIN, 1979, p. 12). Daí a conclusão do clássico direito processual de que a *legitimatío ad causam petendi* ou *ad agendum* é qualidade jurídica que se agrega à parte, e emerge de uma situação jurídica legitimante (ARMELIN, 1979, p. 80).

¹² Para uma outra perspectiva, em que o meio ambiente é considerado sujeito (e não meramente objeto) de direitos, sugere-se acesso à petição inicial da ação judicial que tramita sob o número 1009247-73.2017.4.01.3800, tendo sido distribuída junto à 6ª Vara Federal de Belo Horizonte, proposta pela Bacia do Rio Doce enquanto sujeito de direitos, embora tenha-se adotado a cautela de se fazer representar pela Associação Pachamama (MINAS GERAIS, 2017b).

Sobre a legitimidade extraordinária, Armelin vislumbra um título de outorga dado “excepcionalmente” pelo sistema “ao agente que se encontra em uma situação de fato semelhante ou análoga à situação fática contemplada em normas comuns e, por isso mesmo, geradora de aparência de subsunção a estas normas” (ARMELIN, 1979 p. 25). E, identifica os motivos que levam o legislador a ampliar ou restringir o círculo de legitimados:

[...] o sistema jurídico, consoante o grau de interesse atribuído à prática de determinados atos, amplia ou restringe o círculo de legitimados para tanto. Os motivos potenciadores desse grau de interesse são díspares, mas podem ser enfeixados, basicamente, em três categorias: a) o alto apreço atribuído pelo sistema jurídico ao bem tutelado ou objetivado através do ato; b) o interesse público a ser tutelado através do ato; e, finalmente, c) a partilha entre vários sujeitos de direitos de interesses coletivos ou particulares a serem tutelados ou colimados pelo ato (ARMELIN, 1979, p. 22).

Na matriz privatística de Armelin, a legitimidade *ad causam* caracteriza-se, portanto, pela relação de pertinência, coincidência ou mesmo identidade entre o titular do direito material e o da relação processual, o que se torna problemático em sede de conflitos coletivos *lato sensu*, motivo pelo qual Mancuso sugere necessidade de alteração de conceitos como justa parte, pertencimento do bem, existência de título idôneo a justificar o pertencimento:

A “justa parte”, quando se trate de interesses metaindividuais, não pode ser encontrada a partir da titularidade do direito e, sim, da capacidade ou idoneidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente. [...] seja porque os sujeitos concernentes são indeterminados, seja em virtude da própria fluidez do objeto (MANCUSO, 1997, p. 152).

Certo é que Mancuso utiliza-se do conceito de Armelin de situação legitimante como plano material do caso concreto, ao qual se deve reportar o instituto processual do direito de ação, porquanto a relação jurídica processual não pode “bastar-se a si mesma, como se fosse um meio e um fim em si mesma”, “desconectada do plano substantivo e descompromissada com a realidade do entorno”. Por isso, considera que “a necessária aderência do processo ao plano material-fenomenológico implementa-se através da legitimação para agir” sendo a situação legitimante fornecida por dados da realidade fática, subjacentes à norma de regência. (MANCUSO, 2012, p. 453)

Mas Mancuso registra que, no processo coletivo, o legitimado não invoca como própria a situação legitimante, pois não trata de direitos suscetíveis de apropriação exclusiva¹³. Para o autor, em tais situações, é suficiente reconhecer que os legitimados

¹³ “Assim se passa, por maioria de razão, quando tal legitimação é exercida no plano da jurisdição coletiva, porque aí, de um lado, a situação legitimante não é reportada a um direito material de tipo clássico, suscetível de afetação subjetiva exclusiva, mas a valores ou interesses que se diriam dessubstantivados, expandidos ao interior de grupos, quando já não o seja pela inteira coletividade” (MANCUSO, 2012, p. 457).

possuem uma “especial autorização para a condução do processo coletivo (*Prozeßführungrecht*, da doutrina alemã), tornando desnecessário o recurso à legitimação extraordinária para explicar o poder de agir no processo coletivo” (MANCUSO, 2012, p. 457).¹⁴

Também para Dinamarco, a legitimação *ad causam* “depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la” (DINAMARCO, 2003, p. 306). E registra, ainda, que a legitimidade extraordinária exige relação entre o sujeito e o conflito, porém explicitamente posicionando-se pela competência do legislador, e não do juiz, para a determinação dos casos em que se concede a substituição processual (DINAMARCO, 2003, p. 311) e explicitando a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, “porque é por definição um ente destinado à defesa do interesse público” (DINAMARCO, 2003, p. 312).

Já Mazzilli elenca os requisitos para a legitimação extraordinária, a qual depende de expressa autorização legal e pode ocorrer quando: a) em nome próprio se defende direito alheio (substituição processual); ou b) numa relação jurídica que envolva vários sujeitos, a lei permite que um só integrante do grupo de lesados defenda direito de todos, que se dá em proveito da efetividade da defesa do interesse violado, quando é impraticável se valer da ordinária e deixar a cargo de cada lesado a iniciativa, em razão de ônus relativos aos custos e ao probatório (MAZZILLI, 2013, p. 64). E entende que o autor das ações coletivas é legitimado extraordinário, pois é “substituição processual o fenômeno pelo qual a lei concede a alguns legitimados o poder de, em nome próprio, defender pessoas que não fazem parte da relação processual” (MAZZILLI, 2013, p. 65).

Especificamente quanto ao Ministério Público, Mazzilli defende que o papel procuratório, de representante da parte, deve-lhe ser afastado, “para que possa ele defender os interesses coletivos ou individuais indisponíveis, ou interesses de larga abrangência ou expressão social, sempre por atribuições próprias, não por representação processual” (MAZZILLI, 1998, p. 63).

Mancuso, por seu turno, sustenta a natureza ordinária da legitimação, na ação coletiva exercida individualmente, caso da ação popular, “sendo cada indivíduo titular de uma quota

¹⁴ De acordo com a explicação do autor: “ou bem é a indeterminação dos sujeitos que não permite identificar quais sejam os substituídos (caso dos interesses difusos e, em menor grau, dos coletivos em sentido estrito), ou bem, no caso dos individuais homogêneos, ainda que possível fosse tal identificação, ela não teria maior utilidade, porque até o final do processo de conhecimento o objeto litigioso é tomado em bloco, na sua dimensão coletiva, com abstração, pois, dos sujeitos concernentes” (MANCUSO, 2012, p. 457).

ou fração do direito público subjetivo à participação na gestão da coisa pública” (MANCUSO, 1997, p. 167) e, mesmo quanto às exercidas coletivamente, em que pessoas jurídicas são legitimadas por escolha política (MANCUSO, 1998, p. 169) em diversos Países¹⁵, também considera tratar-se de legitimação ordinária, pois “basta, portanto, que se interprete com a devida abertura e atualidade o art. 6º do CPC, e se poderá concluir que é ordinária a legitimação das entidades referidas no art. 5º da citada Lei sobre os interesses difusos” (MANCUSO, 1997, p. 204), sem deixar de reverberar sua crítica no sentido de que “não se pode ficar adstrito à premissa se categorias válidas para a legitimação em temas de direitos subjetivos” (MANCUSO, 1997, p. 205).

A réplica que Mazzilli faz a Mancuso é a de que, mesmo em interesses difusos, o legitimado age não em seu interesse, mas para defender interesses compartilhados por cada um dos integrantes do grupo, ainda que dispersos (MAZZILLI, 2013, p. 67) e que, também na ação popular há legitimidade extraordinária, pois se “busca a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence *ut singuli*, mas à coletividade”, o que possibilita a litispendência entre ações que contenham mesmo pedido e causa de pedir, mas propostas por colegitimados ativos diferentes (MAZZILLI, 2013, p. 68). Do mesmo modo, há quem sustente ser tecnicamente incorreta classificação como ordinária a legitimação coletiva, pois “o interesse institucional não é o objeto do processo; ele é apenas a causa das atribuições da legitimação coletiva a determinado ente” (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2014, p. 178).

Não defendendo propriamente legitimação ordinária, mas sim, a identificação orgânica entre os legitimados coletivos e a comunidade, Caponi:

L'attribuzione agli enti esponenziali della legittimazione ad agire in giudizio a tutela degli interessi superindividuali non comporta necessariamente di attribuire la titolarità del diritto soggettivo collettivo direttamente in capo ad essi.

[...] allora non vi è altra strada che costruire la collettività dei consumatori e degli utenti come soggetto giuridico e realizzare che tra le associazioni e la collettività corre non già un rapporto di legittimazione straordinaria, bensì di immedesimazione organica (CAPONI, 2008, p. 1217)¹⁶.

¹⁵ As *associations agréées* francesas ou *associazioni riconosciute* italianas ou corpos intermediários (MANCUSO, 1998, p. 17-173).

¹⁶ Tradução livre: A atribuição aos entes exponenciais da legitimação para agir em juízo a tutela dos interesses superindividuais não significa necessariamente atribuir a titularidade do direito subjetivo coletivo a estes. [...] Então não há outro caminho senão construir a coletividade de consumidores e usuários como sujeito de direitos e perceber que entre as associações e a comunidade não há relação de legitimidade extraordinária, mas de identificação orgânica.

Por seu turno, Nery Júnior e Nery defendem tratar-se de “legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*), ordinária”¹⁷ (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p. 1136), o que foi objeto de contundente crítica no sentido de que “há legitimação *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso”, pelo que é inútil a distinção, sendo a legitimação autônoma espécie da extraordinária (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2014, p. 179).

Mais preciso, contudo, é o entendimento de Gidi, no sentido de que “há inconsistência pragmática de operar, em tela de ações coletivas, com a clássica dicotomia do direito processual ortodoxo que classifica a legitimidade processual em ordinária e extraordinária” , pois:

[...] não há como negar haver manifesta dissociação entre o titular do direito superindividual (uma comunidade ou coletividade, de acordo com a definição legal do art. 81, parágrafo único, do CDC) e o legitimado processual a defendê-lo em juízo através da ação coletiva (as entidades elencadas no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC). Entretanto, também há que se vislumbrar uma espécie de ‘direito próprio’ dessas entidades a defender os direitos superindividuais em juízo, já que ninguém mais poderia fazê-lo.

[...] Com efeito, não vemos qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos. Em ambos os casos, há um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, conforme se trate de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) e um outro legitimado (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82) (GIDI, 1995, p. 42-43).

O acerto do posicionamento é ressaltado por Almeida, para quem a legitimação para interesses individuais homogêneos é forma de legitimação autônoma para a condução do processo, fundado na tradição alemã da distinção entre legitimidade *ad causam* – um conceito insuficiente para solucionar questões coletivas – e o direito de conduzir o processo, que pode ser atribuído legalmente a terceiro (ALMEIDA, 2003, p. 500).

Também Guedes entende que não se pode afirmar que a iniciativa para a ação civil pública se revista de natureza ordinária ou extraordinária, já que “tais categorias não se aplicam ao processo coletivo, sendo preferível, utilizar, simplesmente, a locução ‘legitimação coletiva’, liberta da concepção meramente individualista do processo” (GUEDES, 2012, p. 179).

¹⁷ Autônoma para a defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* e, para os individuais homogêneos, extraordinária.

E, apresentando clara modificação de seu entendimento, também Mancuso passa a rejeitar a dicotomia, e adianta seu posicionamento sobre a exigência da adequação da representação:

[...] a dicotomia legitimação ordinária e extraordinária faz sentido no plano jurisdicional singular, onde opera o sistema de correspondência ou de coincidência entre titularidade do direito e poder de agir (partes em sentido material e processual), mas já não assim no plano coletivo, onde a situação legitimante deriva do binômio relevância social do interesse-representação adequada do portador judicial (MANCUSO, 2012, p. 459).

Ordinária, extraordinária ou autônoma - permanece a discussão sobre a natureza jurídica da legitimação coletiva – embora seja pacífica na doutrina brasileira a sua classificação como concorrente, em que qualquer titular é habilitado a agir conjunta ou separadamente dos demais; disjuntiva, na medida em que independe de anuência ou conhecimento dos demais; e exclusiva, porque somente os legitimados legais podem propor as ações, na forma do que colaciona Almeida (2003, p. 501), o que importa no estudo que se passa a fazer sobre a atuação de legitimados coletivos admitidos no sistema brasileiro.

1.2 Iniciativa dos entes públicos, em especial, do Ministério Público

Realizando a análise das soluções adotadas pelos ordenamentos de diversos países para a questão da legitimação coletiva, Cappelletti e Garth iniciaram o estudo pela atuação das instituições governamentais que já tinham por função institucional a proteção do interesse público. Em tal contexto, fizeram críticas porque perceberam-nas como ineficientes, sendo vinculados seus membros a papéis tradicionais, restritos e também sujeitos à pressão política. A principal ressalva à legitimação de entes públicos refere-se, contudo, ao fato de os direitos coletivos *lato sensu* serem postulados frequentemente em face dos próprios Poderes Públicos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51):

A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. Embora haja sinais de que os procuradores gerais nos países de *common law*, ou pelo menos nos Estados Unidos, estejam assumindo papel mais importante na proteção dos interesses difusos, também eles têm sido incapazes de desempenhar a tarefa sozinhos; isso porque, mais ainda que o Ministério Público dos países do sistema continental, o *attorney general* (procurador-geral) é um funcionário político. Essa condição, se, de um lado, pode inspirá-lo, pode, também, inibi-lo de adotar a posição independente de um ‘advogado do povo’ contra componentes poderosos do *establishment* ou contra o próprio Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52).

Em outra obra, Cappelletti foi ainda mais incisivo no entendimento quanto à insuficiência da solução por via da legitimação de órgãos públicos, citando expressamente o Ministério Público, cuja passividade¹⁸ na defesa dos interesses considerou “assombrosa” para matéria estranha às preocupações da justiça tradicional, e cuja história excluiria a possibilidade de adaptar-se a essa evolução por ser muito semelhante ao juiz e estar “multissecularmente” ligado ao Executivo e, portanto, inadaptado à *partisan advocacy* (CAPPELLETTI, 1977, p. 05). Para além de sustentar que o Ministério Público é uma “instituição hierárquica e de carreira”, a significar “em palavras pobres, que, em tal instituição, se chega aos postos de comando quando se é velho, depois de uma experiência de muitos anos em um mundo de certo modo isolado, uma ‘categoria social’ por si” e, por fim, denunciou falta de especialização e mal aparelhamento na persecução em juízo penal dos crimes menos tradicionais, de caráter essencialmente coletivo e bem mais difíceis de denunciar e de culpar, e para uma adequada defesa e representação de interesses civis que são coligados àqueles mesmos complexos fenômenos econômicos, industriais, edilícios, porque tal representação e defesa implicariam conhecimento altamente especializado em matéria contábil, urbanística, ecológica, química e assim por diante (CAPPELLETTI, 1977, p. 06):

Tanto é verdade que, quando, neste século, o Estado de Direito quis introduzir um sistema de controle judiciário dos atos da administração pública — um acontecimento de enorme importância para a civilidade jurídica, na qual a França foi a grande pioneira — a iniciativa por tal controle foi confiada aos sujeitos privados, não ao Ministério Público. Se bem que na justiça administrativa esteja inegavelmente em jogo, antes de tudo, o interesse público, o motor do controle jurisdicional da administração pública torna-se o interesse do sujeito privado lesado do ato administrativo ilegítimo; é, em suma, a parte privada que, até certos limites, opera como uma espécie de *private attorney general*, de ‘Ministério Público privado’, para usar uma fórmula sobre a qual retornaremos (CAPPELLETTI, 1977, p. 05).

A crítica contra a legitimação de entes públicos encontrou reverberação no Brasil.

Considerando que a legitimação coletiva se dá, em grande medida, em atuações que pretendem o controle de políticas públicas, Guedes atenta para o risco à democracia da outorga da legitimação aos entes públicos, já adiantando seu posicionamento sobre a necessidade de que se apresente como adequado representante:

¹⁸ Rememora que, já em 1881 na Bélgica, em 1913 na França e em 1942 na Itália, foi reconhecido ao Ministério Público o *droit d'action civile*, quando reconhecesse ameaça a um importante elemento de ordem pública ou de interesse público. Assim como nos países do *common law*, muito antiga é a ideia de que o *attorney general* estivesse legitimado a instaurar processos civis ou a intervir como representante de um vagamente definido *public interest*, mas que são excepcionais e insuficientes os casos nos quais o Ministério Público — ou o *attorney general* — atuou, daí a necessidade, na França, da *Loi Royer* de 27.12.1973, e da Lei de 1.7.1972, contra as ofensas raciais em que se abriram as portas da Justiça às associações privadas, para tutela dos consumidores e minorias raciais (CAPPELLETTI, 1977, p. 06).

Outro ponto em que o princípio democrático se vê ameaçado em razão da iniciativa publicista diz respeito às políticas públicas como objeto de ação coletiva. Assentada a ideia de que legitimidade adequada consiste em aferir até que ponto o autor ideológico defende interesses que pertençam efetivamente à sociedade, é de se concluir que nem todos os entes estatais possuem condições de decidir sobre interesses meramente políticos. Em se tratando de direitos polêmicos, sobre os quais se questiona o interesse público, a propositura da ação civil pública pode ser obstada sempre que o legitimado não ostente atribuições para solucionar a questão e, bem assim, não esteja dotado de aparato suficiente para detectar os anseios da coletividade (GUEDES, 2012, p. 151-152).

Gidi posiciona-se pela legitimidade dos órgãos do Poder Público como meramente subsidiária, pois “se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro, é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação” (GIDI, 1995, p. 36).

Em contexto também anterior à promulgação da LACP no Brasil, Armelin tratava da legitimidade extraordinária, outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis, mencionando os exemplos legais da atuação do Ministério Público para ação de nulidade de casamento perante autoridade incompetente (ARMELIN, 1979, p. 123), ao que Barbosa Moreira teceu crítica pela falta de dispositivos¹⁹ que lhe conferissem legitimação para defesa de interesses coletivos *lato sensu*, que era restrita a questões pouco difusas, como a anulação de casamento e interdição de alienados, à exceção da previsão no Decreto-lei 41²⁰ (BRASIL, 1966), mas também já se referia à preocupação com a falta de independência dos seus chefes, nomeados e demissíveis *ad nutum* na então realidade brasileira pré-Constituição de 1988 (BARBOSA MOREIRA, 1984a, p. 191).

¹⁹ Em outro artigo colacionado no mesmo livro, festejava a Lei Federal 6.938 (BRASIL, 1981b) que Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (BARBOSA MOREIRA, 1984a, p. 205): Art. 14 (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

²⁰ Legitimação para requerer a dissolução de sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, nos casos de: I - Deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina; II - Aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais; III - Ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores. Art 3º Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade. Parágrafo único. O processo da dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil.

Também a Mancuso não passou despercebida a preocupação com a vocação do Ministério Público para a persecução de delitos tradicionais, e com a conexão ou subjacência ao poder estatal, de modo que chega a declarar que “não se pode esperar autonomia e combatividade” (MANCUSO, 1997, p. 194).

Contudo, Mazzilli refuta as críticas de Mancuso quanto à dependência do Ministério Público ao Poder Executivo, a partir das importantes garantias de investidura por concurso público e inamovibilidade, além de instrumentos de atuação que têm conferido independência, como o princípio do promotor natural e da organização legal da instituição (MAZZILLI, 2013, p. 366), refutando a pecha de um “utópico quarto poder” (MAZZILLI, 2013, p. 363), pois sequer detém legitimação exclusiva, sendo controlável sua atuação em razão da concorrente legitimação por outras entidades. Conclui, diante disso, que a experiência nos Tribunais demonstra que o Ministério Público venceu a falta de especialização, e que a omissão com que ainda se depara é a falta de juízos especializados (MAZZILLI, 2013, p. 365).

Em outra obra, desta feita dedicada à atuação do Ministério Público, Mazzilli não deixa esquecer que a instituição foi fruto de uma construção histórica, desde seu nascimento na república, com o Ministro da Justiça Campos Salles a preparar a edição do Decreto 848 (BRASIL, 1890): “O MP é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier” (MAZZILLI, 1998, p. 32) e que, recentemente, constatada a necessidade de defesa da legalidade democrática, resultou na inserção expressa constitucionalmente, a partir das propostas da Comissão Arinos e de Sepúlveda Pertence, da missão de defesa do regime democrático (MAZZILLI, 1998, p. 38).

Sustenta, ainda, que a definição²¹ legal da instituição – em redações idênticas no art. 127 da Constituição da República (BRASIL, 1988) e nas Leis Federais nº 8.625 (BRASIL, 1993b) e Complementar nº 75 (BRASIL, 1993a) – diz menos do que deveria, pois olvida da atuação ministerial independente da jurisdição, consistente na condição dos inquéritos civis públicos e em acordos extrajudiciais, porém também diz mais, pois não é legitimado para todos os feitos submetidos à jurisdição, mas apenas aqueles em que haja relevância social (MAZZILLI, 1998, p. 11). E realça a importância das garantias institucionais, inclusive a

²¹ “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

separação das funções jurisdicionais²² para que, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, “longe, porém, de um papel apenas destinado a colaborar com a prestação jurisdicional do Estado”, atue também na esfera extrajudicial (MAZZILLI, 1998, p. 07), para concluir que “somente a um Estado plenamente democrático poderá interessar um MP forte e independente, capaz de desfechar contra quem quer que seja, toda a força e poderes que a Constituição e a Lei depositaram em mãos da Justiça Pública” (MAZZILLI, 1998, p. 08).

Para tanto, Mazzilli expõe os deveres do Ministério Público de zelar para que existam mecanismos pelos quais a maioria do povo possa tomar decisões concretas, não apenas escolher governante, e controlar o exercício do mandato e “sejam prioritariamente defendidos os excluídos, empobrecidos e oprimidos que estão à margem dos benefícios produzidos pela sociedade” (MAZZILLI, 1998, p. 50-51), mas não deixa de ressaltar, como instrumento poderoso, a ação coletiva como atuação política pela “interferência no modo de conduzir os assuntos de interesse do Estado e dos cidadãos”, mas não partidária, consistindo em “atuação política do Ministério Público (que) faz-se por meio do uso do processo como instrumento político de participação” (MAZZILLI, 1998, p. 52).

Importa registrar que a resistência de Cappelletti e Garth à legitimação de entes públicos para a defesa de direitos coletivos *lato sensu* funda-se nas experiências europeia e norte-americana de que tinham profundo conhecimento e que, quando o primeiro destes autores esteve no Brasil, ressaltou que estava a fazer a crítica a “um Ministério Público sem o caráter de independência e de separação da magistratura peculiar ao Ministério Público brasileiro” (CAPPELLETTI, 1984, p. 18), aditando:

Além disso, o Ministério Público, a parte pública — não vou falar deste país, porque verdadeiramente uma das coisas mais surpreendentes constatadas nesta minha visita é a característica única do Ministério Público brasileiro — normalmente, em todos os demais países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público tende a ser um organismo burocratizado, e portanto muito lento, sem motivação bastante para assumir outra e grave atribuição, sobretudo no campo penal, como é essa dos novos conflitos mencionados, no campo econômico e social. Sobretudo, porém, a falta de especialização torna insuficiente a solução publicística. Observem bem: não digo que seria mau se a lei legitimasse, autorizasse, também, o Ministério

²² Para o que cita o *Guidelines On The Role Of Prosecutors*, documento resultante do VIII Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do crime e tratamento dos delinquentes, em Havana (ONU, 1999), que recomenda: “10. *The office of prosecutors shall be strictly separated from judicial functions*” e a Declaração de Princípios sobre o Ministério Público, emitida pela MEDEL-Magistrados Europeus para a Democracia e as Liberdades, que entende ser a autonomia do Ministério Público instrumento indispensável para garantir não só a independência do Judiciário, mas também a igualdade de todos perante a lei, devendo haver direitos e garantias equivalentes aos dos juízes (MAZZILLI, 1998, p. 13).

Público, para agir em Juízo na tutela dos interesses difusos. Acredito que seria bom se, também, ele pudesse agir nesse campo. Mas não creio boa, acho uma péssima solução, a atribuição ao Ministério Público do monopólio da titularidade para agir em Juízo, em defesa dos interesses difusos, como ocorre em alguns países (CAPPELLETTI, 1984, p. 20).

Na época em que proferiu tal conferência, nosso País, que não outorgara monopólio de legitimação ao Ministério Público ou a qualquer ente público — o que se manteve contemporaneamente — contava com a regulamentação legal da ação popular, também já consolidada na jurisprudência como instrumento de defesa de interesses coletivos e que o próprio Cappelletti entende como instituto que abole a ideia de legitimação para agir, na medida em que todos são legitimados (CAPPELLETTI, 1984, p. 23). Porém, não deixava de apontar riscos de abusos e que entendia que “seria preferível um número limitado de pessoas, motivadas e idôneas — pessoas e associações — ao invés de um exército de pessoas cuja motivação não se possa controlar” (CAPPELLETTI, 1984, p. 24).

Compreendem-se os motivos da desconfiança para com a atuação de entes públicos — tida como desincentivadora da cidadania²³ — a quem foi, muito recentemente, conferida a atribuição para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, muitas vezes exigindo atuações em face do próprio Poder Público. A história do Ministério Público, mesmo a mais recente, ademais, contribui para a desconfiança dado que, na Constituição de 1891, tinha-se o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República para “promover o bem dos direitos e interesses da União” e iniciativa não exclusiva da ação penal; seguindo-se na revolução de 1930 de um breve afastamento do Ministério Público do Poder Executivo, tornando-se instituição de Estado; na Constituição de 1937 voltando seu chefe a ser demissível *ad nutum*; sobrevindo o Estado Novo, com seus códigos penal e de processo penal, houve uniformização da atuação dos Ministérios Públicos; e, por fim, o autoritarismo dos atos institucionais a partir de 1964²⁴.

Não é essa a realidade atual no Brasil.

²³ Especialmente no Brasil cuja história analisada por Carvalho, que dedica obra à construção da cidadania no Brasil, relata que imperou, no período da Independência até a Primeira República (1822-1930), o coronelismo que impedia qualquer tipo de participação política popular, com a conivência do Governo que dependia destes coronéis para manter seu poder e em que a Justiça era privada, porque exercida por agentes privados —, ao que o autor considera ser “a negação da justiça” pelo menos até que foi iniciada a cidadania operária não governamental que passou a lutar primeiramente por direitos trabalhistas (CARVALHO, 2008, p. 59), mas registrando que “a tradição de maior persistência acabou sendo a que buscava melhorias por meio de alianças com o Estado, por meio de contato direto com os poderes públicos” em “atitude seria mais bem caracterizada como ‘estadania’” (CARVALHO, 2008, p. 61).

²⁴ Traz interessante reconstrução histórica, especialmente da relação de dependência do Procurador-Geral da República e dos Magistrados do STF ao Poder Executivo no período da Ditadura Militar, Recondo (2018).

Já sob a égide da atual Constituição da República, Vianna *et al.* (1999), em pesquisa realizada no ano de 1998 sobre o Poder Judiciário e suas relações com a política e a sociedade, também abordaram a atuação do Ministério Público e seu papel de garantir o cumprimento de direitos, mas sem descuidar que a instituição assume, por vezes, papel de mobilizador da participação de grupos sociais num país de vida associativa ainda incipiente²⁵.

Referida pesquisa, após apresentar dados relativos à atuação do Ministério Público que são mencionados no sexto capítulo, volta-se para análise do seu papel:

Foi elaborado a partir da compreensão de que o autoritarismo político não residiria apenas na ação excludente dos interesses da maioria da população, originam-se também da natureza fragmentária do tecido social, pouco dotado da capacidade de estimular a associação e a participação em favor do bem comum. Em face desse diagnóstico, o novo Ministério Público foi concebido como um personagem cujo ativismo institucional deve dedicar-se à defesa das leis e da sociedade, como nos casos dos interesses sociais e individuais indisponíveis, imprimindo à sua ação um caráter ético-pedagógico e induzindo a sociedade, com a liderança conferida pelo seu papel, a um maior envolvimento com a coisa pública (VIANNA *et al.*, 1999, p. 83).

As atribuições de defesa de direitos coletivos *lato sensu* conferidas pela Constituição pós-redemocratização e a independência na atuação do Ministério Público têm levado pesquisadores a considerá-lo como “órgão da sociedade civil” (GOULART, 2013, p 82)²⁶. Argumenta-se, também, que o Ministério Público assume especial relevância entre os órgãos estatais independentes, capazes de integrar a “categoria dos entes intermediários habilitados à participação pública semidireta” (MIRRA, 2010, p. 119) porque, “embora formalmente seja considerado órgão do Estado, substancialmente, pela sua atuação prática ao longo dos anos, o

²⁵ “[...] De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado benefactor por uma justiça providencial e de moldes assistencialista, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos [...] não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstrução do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.[...] As ‘duas’ democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que essa última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente.” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 41-44).

²⁶ Registre-se também o entendimento de Satta, processualista italiano, para quem se deve prescindir da evolução histórica em que “o ministério público haja sido considerado e organizado como uma emanção do poder executivo [...]. E ora pois, evidente, que só pela análise de suas funções é que se deduz a natureza jurídica de um órgão [...]” pois “a verdade é que a função (e o interesse) do ministério público não tem correspondência senão com respeito à função (e ao interesse) do juiz, que atenta pela observância da lei e aplica-a continuamente no exercício da jurisdição, daí concluir-se que o ministério público é, como o juiz, um órgão puramente jurisdicional”, ainda que sem poder decisório, porque “assim como o Estado institui seus juizes para ser realizada a vontade da lei, do mesmo modo haja instituído os órgãos para estimular a realização de tal vontade e que daí possa configurar-se uma jurisdição que se exerce por via de ação” (SATTA, 2003, p. 125).

MP tem se notabilizado como órgão da sociedade” (MIRRA, 2010, p. 119), o que também é encampado por Almeida:

Entende-se que das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a social, que se originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade. Observa-se que esse deslocamento do Ministério Público da sociedade política para a sociedade civil é muito mais funcional que administrativo, pois administrativamente o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condição de exercer o seu papel constitucional em pé de igualdade com os poderes estatais por ele fiscalizados (ALMEIDA, 2003, p. 509-510).

E, mesmo autores que não ousam a classificá-lo como parte da sociedade civil expõem que, em relação ao Ministério Público, a distinção doutrinária entre sua intervenção como fiscal da lei e como parte é “acientífica e choca-se com conceitos elementares em processo civil”, pois “ser fiscal da lei não significa não ser parte” porque “a condição de parte não fica desfigurada pelo fato de o sujeito estar no processo com o dever de imparcialidade²⁷ perante os litigantes e postando-se, como se diz, *super partes*” (DINAMARCO, 2002, p. 426). E, ainda sustenta que os fatores legitimantes para o Ministério Público vêm definidos pela Constituição da República:

Sendo variadas as funções institucionais do Ministério Público definidas pela Constituição Federal (art. 129), o legislador infraconstitucional cuida de tipificar os fatores que o legitimam a participar no processo civil e estabelecer as diferentes condições em que atuará. Pelo aspecto institucional, são duas as finalidades com que a Instituição se legitima a essa participação: a) velar pela estrita observância dos valores residentes na Constituição e na lei e (b) defender direitos e interesses de determinadas pessoas ou grupos. Embora o ingresso no processo se dê sempre a título de parte, da diversidade de situações legitimantes decorre, agora pelo aspecto técnico-processual, uma pluralidade de posições a assumir na relação jurídico - processual (DINAMARCO, 2002, p. 427).

²⁷ Mirra explicitamente contrapõe-se a Dinamarco ao sustentar que o Ministério Público nunca é parte imparcial, mas sim comprometido com a defesa intransigente do meio ambiente, para sustentar que atua mal o membro que, invocando a velha concepção de mero fiscal da lei, limita-se aos pareceres, em atuação como mero e desnecessário assessor jurídico do juiz (MIRRA, 2010, p. 293).

Importa que o ordenamento pátrio não outorgou legitimação exclusiva ao Ministério Público, afastando-se o risco de arrefecer a espontaneidade do processo de reivindicação desses interesses pela população interessada (MANCUSO, 1997, p. 199). Porém, ressalte-se que a exclusão da sua legitimação não seria possível dada a missão constitucional de defesa do ordenamento jurídico, e que a solução passa por suprir tais carências (MANCUSO, 1997, p. 198), motivo pelo qual se deve registrar o entendimento de que a legitimação concorrente brasileira constitucional, em seu art. 129, § 1º, é a melhor técnica para a tutela jurisdicional coletiva (MANCUSO, 1997, p. 201). Esta, afinal, é a conclusão de Cappelletti e Garth pela defesa do que chamam de “solução pluralística ou mista”, partindo da premissa de que defensores particulares são melhores, porém, não deixando de reconhecer que a solução funciona “onde já existam grupos particulares representativos”. Ademais, registram que não são adequados para a defesa de interesses excessivamente difusos e quando não houver grupo realmente representativo, a solução virá da advocacia pública (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 66).

Também Gidi conclui que “a única forma de conciliar os aspectos positivos e diluir os problemas e os riscos emergentes é a técnica de combinação de algumas dessas propostas, atribuindo legitimidade tanto a entes públicos como a entes privados ou a particulares” (GIDI, 1995, p. 35).

Ademais, não se pode fechar os olhos para o movimento de ampliação do acesso à justiça no Brasil:

Salienta-se, ainda, que o texto constitucional, em mais de uma oportunidade, deixa claro que não está no seu espírito a restrição à legitimidade ativa no direito processual coletivo. É o que se obtempera do seu art. 129, parágrafo 1º, que estabelece: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. O art. 125, parágrafo 2º, da CF também prevê regra semelhante de aplicabilidade no que tange ao direito processual coletivo especial: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão (ALMEIDA, 2003, p. 505).

O presente estudo, portanto, concorda com Cappelletti, no sentido de que o Estado somos todos nós e que devemos nos organizar em formas intermediárias, em defesa da solução pluralística para a legitimação coletiva, o que levará à “desprivatização do direito”, tornando-o direito social e, ao mesmo tempo, à “despublicização”, no sentido de desburocratização e extinção do monopólio da ação coletiva (CAPPELLETTI, 1984, p. 24). Por isso mesmo, o presente estudo parte em defesa de fortalecimento da participação de

colegitimados, incluindo “corpos intermediários” ou novas "formações sociais", que deve ser fomentado pelo Ministério Público, que se verá ainda no presente estudo.

1.3 Sobre a legitimação ministerial para direitos individuais²⁸ homogêneos

O Brasil fez opção legislativa pela legitimação ministerial para a defesa de direitos metaindividuais e, como se verá nos dados empíricos, essa função foi abraçada pela instituição, sendo recorrentemente impugnada judicialmente em relação aos direitos individuais homogêneos, especialmente por posicionamentos que os entendem como apenas “acidentalmente coletivos, em que é inviável ou inconveniente o acionamento individual” (BARBOSA MOREIRA, 1984 c, p. 196), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo, por regime de substituição processual, como individual, por regime de representação (ZAVASCKI, s./d., p. 03-04).

Assim, em sua tese de doutorado, Zavascki explicitamente defende que direitos individuais não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público, só podendo sê-lo nas hipóteses expressamente previstas em lei (ZAVASCKI, 2005, p. 122), realçando um limitador implícito – o relevante interesse social na legitimação constitucional decorrente dos artigos 127 e 129:

A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu, v.g., nas Leis nº 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação (ZAVASCKI, 2005, p. 162).

Porém, o autor entende ser o Ministério Público legitimado coletivamente porque é a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente, officiar em todas as causas em que haja interesse público ou social, já previsto no art. 82, III, hoje substituído pelo art. 178 do ordenamento processual civil brasileiro, e também a defender “interesses sociais” na forma da previsão constitucional do art. 127, sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição (ZAVASCKI, 2005, p. 215-216). E, defendendo a autoaplicabilidade do constitucional art. 127 como norma de legitimação processual

²⁸ Mesmo explicitamente previstos constitucionalmente como atribuição ministerial no art. 127, houve percalços para o reconhecimento jurisprudencial da legitimação para defesa dos direitos individuais indisponíveis, como historicia a evolução do entendimento junto ao Superior Tribunal de Justiça, especialmente a partir de 2006 (GODINHO, 2009, p. 271-272).

(ZAVASCKI, 2005, p. 223) dá exemplos da legitimação do Ministério Público em razão de subjacente interesse social:

Todavia, há casos em que a tutela dos interesses sociais supõe, necessariamente, a tutela também de interesses de entes públicos, embora sejam com esses evidentemente inconfundíveis. Assim, por exemplo, quando, em defesa do interesse social, é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público ou a restituição de valores indevidamente apropriados por administrador ímprobo, o que se estará tutelando não são apenas interesses sociais, mas também os direitos subjetivos das pessoas de direito público lesadas, para as quais, aliás, será canalizado o produto da condenação.

Fenômeno semelhante ocorre em relação a direitos subjetivos de particulares. Com efeito, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode, em determinados casos, assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses maiores da comunidade, ou seja, interesses sociais. [...] exemplo, com o conjunto de direitos individuais eventualmente atingidos por dano ambiental. A condenação dos responsáveis pelos atos lesivos, seja no que diz respeito à reparação dos danos difusos, seja também no que diz com os danos causados diretamente a pessoas individualizadas e aos seus bens, quando e na medida em que isso constitui interesse de toda a comunidade, por representar a defesa de um bem maior, que a todos diz respeito: o de preservar o direito à boa qualidade de vida e de sobrevivência da espécie. Nessas circunstâncias, a defesa desse bem maior, que é de interesse social, acaba englobando, direta ou indiretamente, total ou parcialmente, a defesa de direitos subjetivos individuais (ZAVASCKI, 2005, p. 225-226)²⁹.

E, complementa:

[...] considerando que a tutela dos direitos individuais é pressuposto para a tutela do interesse social subjacente, a legitimação do Ministério Público para defendê-los é inegável, independentemente de previsão normativa ordinária, pois que albergada no art. 127 do texto constitucional.

Portanto, o próprio Ministério Público, independentemente de lei específica, pode, no exercício de suas funções institucionais, analisar e identificar situações em que a ofensa a direitos homogêneos compromete também interesses sociais. É seu dever, nesses casos, assumir a legitimação ativa e promover as medidas cabíveis para a devida tutela jurisdicional. É evidente que a decisão do *parquet* a respeito está sujeita ao crivo da parte contrária, que poderá contestar a existência, no caso concreto, do interesse social referido no art. 127 da Constituição. A palavra final sobre a adequada legitimação caberá, sempre, ao Judiciário, que a confirmará ou a afastará. Tratando-se de matéria de ordem pública, ela pode até mesmo ser conhecida de ofício pelo juiz da causa (CPC, art. 267, VI, § 3º e art. 301, VIII, § 4º) (ZAVASCKI, 2005, p. 227).

²⁹ Ressalva, contudo, seu entendimento de que fogem dos limites da legitimação do Ministério Público as providências jurisdicionais de interesse exclusivo dos particulares lesados, como é o caso das medidas tendentes a individualizar, liquidar e executar, em benefício de cada um deles, a sentença condenatória genérica eventualmente proferida (ZAVASCKI, 2005, p. 228). No que foi seguido por Dinamarco: “Mas os interesses individuais assim reunidos em feixe só comportam a tutela jurisdicional por provocação do Ministério Público se e enquanto se tratar de dar-lhes tutela coletiva. [...] Os arts. 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor, que afirmam essa legitimidade também para promover liquidações e execuções individuais, colidem com o preceito do art. 129, inc. III da Constituição Federal” (DINAMARCO, 2002, p. 437).

Na linha da restrição à atuação ministerial para defesa de interesses individuais homogêneos, Guedes registra que os tribunais pátrios consideram que dimensão social dos direitos revela-se pela importância do bem jurídico tutelado para a coletividade, indisponibilidade do objeto e a relevância social da tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses, e entende que estes requisitos de prevalência das questões comuns sobre as individuais e de superioridade da tutela coletiva consistem em importação dos pressupostos de prevalência e superioridade advindos das *class actions for damages* dos EUA, que admite que qualquer legitimado, não só Ministério Público, possa defender direitos individuais homogêneos. Mas diferencia a dimensão coletiva exigida para o cabimento da ação coletiva de outra “completamente diversa (é) a relevância exigida para a legitimação do *Parquet*. Para a configuração desta última, faz-se imprescindível, ainda, a compatibilidade entre as atribuições ministeriais e a tutela dos direitos individuais homogêneos versados em cada caso específico”, exemplificando com acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 177965³⁰ (BRASIL, 1999 c), sobre reajuste de prestações de planos de saúde (GUEDES, 2012, p. 150-151) sobre o que se deve aditar que o Ministério Público tem, em suas regulamentações legais, previsão de atuação em tutela de diversos direitos sociais, como o caso da saúde, especificada na Lei Complementar Mineira nº 34 (MINAS GERAIS, 1994), em seu art. 61, inciso I.

Admitem também o requisito restritivo da relevância social Marinoni e Arenhart, que registram a dificuldade na sua determinação, o que “constitui um dos grandes obstáculos hoje verificados para o ajuizamento de ações coletivas, especialmente pelo Ministério Público” (MARINONI; ARENHART, 2013 b, p. 312).

Mazzilli resolve a questão condicionando a iniciativa ministerial “desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo” (MAZZILLI, 1998, p. 16), mas admite restrição a “desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse” e, desse requisito discorda Almeida, para quem “não há que se questionar se os direitos individuais homogêneos são disponíveis ou indisponíveis. Trata-se de interesse social a tutela coletiva desses direitos; para tanto está legitimado o Ministério Público” (ALMEIDA, 2003, p. 590), que não está só:

³⁰ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de Saúde. Reajuste da mensalidade. UNIMED. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.”

O CDC 1º fala que suas normas são de ordem pública e de interesse social. Não há palavras inúteis na lei. Os defensores da primeira corrente argumentam apenas com a expressão ‘individuais indisponíveis’, constante da CF 127 “caput”, olvidando-se, outrossim, daqueloutra expressão ‘interesses sociais’, que o mesmo texto constitucional comete ao MP. Com efeito, o CDC 82, I, que confere ao MP legitimidade para defender aqueles direitos em juízo, é norma de interesse social. Como cabe ao MP a defesa do interesse social, a norma do CDC, autorizadora dessa legitimação, encontra-se em perfeita consonância com o texto constitucional. De outra parte, não é demais mencionar que o ajuizamento de ação coletiva já configura questão de interesse social, pois com ele evita-se a proliferação de demandas, prestigiando-se a atividade jurisdicional e evitando-se decisões conflitantes. Portanto, independentemente da natureza do direito envolvido na ação coletiva (se difusa, coletiva ou individual homogênea), ela mesma é circunstância caracterizadora do “interesse social”, que cabe ao MP defender. O interesse social, que a CF 127 “caput” manda o MP defender, no caso da ação ser coletiva, está “in re ipsa” (NERY, 2002, p 616-617).

Também para Mancuso não cabe alegar disponibilidade do direito contra a legitimidade do MP, pois quando há elevado número de sujeitos concernentes, há interesse social no trato processual molecularizado do megaconflito, em detrimento de uma abordagem atomizada, mencionando a súmula nº 7 do Conselho Superior Ministério Público do Estado de São Paulo³¹ (SÃO PAULO, s./d.) que define o dano de massa como caracterizador da expressão para a coletividade. (MANCUSO, 2008, p. 40)

Arremata-se com a lição de Gidi que não nos deixa esquecer o caráter coletivo dos direitos disponíveis quando coletivamente considerados:

[...] não é de ser excluída, a *priori*, a possibilidade de o MP propor uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos com o argumento

³¹ Súmula nº 7: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (LACP), que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.” E, por fundamentos: “O Ministério Público tem legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, assim entendidos aqueles de natureza divisível pertencentes a titulares determináveis e que tenham entre si um vínculo fático decorrente de sua origem comum (art. 81, parágrafo único, III, CDC). Nesses casos, considerada sua relevância social (decorrente, por exemplo, da natureza do interesse, da considerável dispersão ou condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais) são aplicáveis os instrumentos legais de tutela coletiva (e.g. inquérito civil, ação civil pública) – art. 81, parágrafo único, III e art. 83, CDC; art. 21, Lei nº 7.347/85. É o caso da tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores (contratos bancários, consórcios, seguros, planos de saúde, TV por assinatura, serviços telefônicos, compra e venda de imóveis, mensalidades escolares, serviços de internet, etc.) e de quaisquer outros que reúnam as características acima apontadas.”

Também importa a Súmula 601 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018 c) que ressalta a legitimidade ativa ministerial para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público. E a Súmula 643 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003 c) que reconhece que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares. Em ambos os casos, não lhes exigindo caráter indisponível do direito.

falacioso de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social. Isso porque, como vimos, os direitos individuais homogêneos globalmente considerados são indisponíveis pela comunidade de vítimas. Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolado e individualmente considerados, por parte do seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo (coletivamente considerados) (GIDI, 1995, p. 50-51).

Enfim, a relevância social pode, portanto, consistir na necessidade de se evitar multiplicação de demandas ou decisões contraditórias, quando haverá interesse de agir do Ministério Público. E não se esqueça da defesa de direitos meramente individuais, inclusive disponíveis, expressamente prevista em leis específicas, de que é exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente³².

1.4 *Summa divisio* e a solução mista da colegitimação (entes públicos e formações sociais)

Conforme já exposto, o presente estudo adota o marco teórico do acesso à justiça de Cappelletti e Garth, especialmente por considerar que a crítica que fazem quanto à legitimação do Ministério Público não se dá para considerá-lo ilegítimo defensor de direitos metaindividuais, mas sim, para impedir que haja movimento no sentido de conferir legitimação exclusiva aos entes públicos, e que as preocupações quanto à falta de conhecimento, inércia e mesmo ausência de independência frente ao Poder Executivo adviriam da observação de uma realidade europeia, muito diversa da brasileira, motivo do acerto da solução mista, de ampliação da legitimação para instituições públicas e privadas.

Para tanto, exemplificam com a experiência francesa que, diante da tibieza da atuação ministerial, já em 1973, outorgou legitimidade a associações de consumidores, porém com

³² A Lei 8.069 (BRASIL, 1990 a) explicita que direitos individuais, ainda que não homogêneos, e mesmo os disponíveis, são de atribuição do Ministério Público: Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] III — promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; IV - promover, de officio ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98; V — promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal; Contudo, ressalve-se que a aplicação sistemática dos dispositivos desta legislação impõe que a atribuição para a defesa de direitos das crianças e adolescentes que sejam individuais e disponíveis somente competirá ao Ministério Público quando o titular do direito se encontrar em quaisquer das situações descritas no art. 98, vale dizer, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou III - em razão de sua conduta. A própria legislação expressa a lógica de que a criança e adolescente não precisam da tutela ministerial quando estão bem resguardados por seu representante legal e em não se tratando de lesão provocada pelo Poder Público ou pela sociedade.

instituição de controles, confiados ao próprio Ministério Público, para assegurar representatividade adequada a esses grupos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 57). Assim como, no caso de advogados privados, tomam, por exemplo, a *relator action* ou ação delegada da *common law* britânica e australiana, que é proposta por parte que não é representante de grupo, mas a quem é delegada permissão ou *fiat* do Procurador-Geral público, que tem a incumbência também de supervisão do trabalho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 58)³³.

Dentre diversas outras³⁴ soluções de direito comparado apresentadas, de legitimação a entes públicos e privados, Cappelletti se detém sobre entes públicos que seriam, “num certo sentido análogos ao *Parquet, mas altamente especializados*”, como a instituição, em 1970, na Suécia, de um “*ombudsman* dos consumidores” (CAPPELLETTI, 1977, p. 07), porém, sem poderes de imposição, e as agências públicas reguladoras que, “na prática, atendem a interesses das organizações que deveriam controlar” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 54).

Cretella Júnior, em obra que estuda o direito administrativo estrangeiro ocidental, ressalta o *ombudsman*, enquanto expressão sueca que significa intermediário, dentre as formas representativas de democracia, na defesa da legalidade, da moralidade administrativa e das liberdades do cidadão³⁵, em que pese a ausência de autoridade para anular o ato ilegal³⁶.

³³ Também Grinover, em artigo escrito antes da brasileira Lei da Ação Civil Pública e que tem a clara inspiração em Cappelletti, relatava a experiência das *relator actions*, ressaltando sua aplicação apenas na inércia do *attorney general*, e sob o seu controle, e das *class action*, que passavam ao largo de controle pelo Ministério Público, mas não do exercício essencialmente pelo juiz quanto à adequação da representação pelo autor que, necessariamente, é membro da classe de pessoas cujo interesse é levado a Juízo (GRINOVER, 1984, p. 293).

³⁴ Em 1973, na Inglaterra, a instituição do *Director-General of Fair Trading Race Relations Board*, o qual, com base no *Race Relations Act*, de 1968, tem o dever de instruir procedimentos civis contra discriminações raciais; na Índia, o *Registrar for Restrictive Trade Agreements*, com base no *Indian Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, de 1969; em Ghana, em 1974, de um *Environmental Protection Council*, que tem, entre outros, o poder de instaurar procedimentos civis para a proteção do ambiente; nos Estados Unidos da América as *administrative agencies*, como a *Food and Drug Administration*, a *Securities and Exchange Commission*, a *Federal Trade Commission*, a *Environmental Protection Agency* e a em criação, à época do estudo, da *Consumer Protection Agency* (CAPPELLETTI, 1977, p. 07). Contudo, ressaltam-se os problemas destes departamentos especializados que tendem à burocracia, lentidão, rigidez, centralização e ausência de agressividade “para repressão destes novos, sofisticados e complexos tipos de abusos, muitas vezes provenientes de grandes centros de poderes políticos ou econômicos”, cunhando o autor a expressão: “*Les derniers qui voient clair les intérêts de la société sont pour l'ordinaire ceux qui sont payés pour les voir*” (CAPPELLETTI, 1977, p. 08). Em tradução livre: Os últimos a verem claramente os interesses da sociedade são geralmente aqueles os que são pagos para vê-los.

Na mesma linha de análise, quanto à experiência norte-americana, observa-se a “sociedade de advogados de interesse público” que, apesar de evitar os custos de criar uma organização permanente, lembram-se que *class actions* exigem experiência e somente grupos permanentes a têm, pelo que Cappelletti e Garth entendem que “as *class actions* são meio imperfeito de vindicação de interesses difusos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 61), e que tais sociedades têm sido criticadas por não serem responsabilizáveis pelos interesses que representam (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 63).

³⁵ “Todos os anos o *Ombudsman* apresenta ao Parlamento minucioso relatório de suas intervenções, na salvaguarda da legalidade, mas as autoridades administrativas têm o direito de defesa, mediante recursos especiais interpostos perante o tribunal competente ou comissões parlamentares. A importância do instituto do

Em Portugal, por seu turno, o Provedor da Justiça foi consagrado constitucionalmente e possui o poder de recomendar comportamentos aos poderes públicos, e não se cinge aos aspectos de legalidade, já que a sua intervenção fiscalizadora compreende também o mérito dos atos. Porém seu acatamento não é vinculativo para os destinatários, que possuem apenas o dever de comunicar a posição assumida no prazo de 60 dias e o de fundamentar, no caso de recusa³⁷.

Tal experiência comparada mostra que os órgãos supracitados constituem-se em um aprimoramento da democracia representativa, porém dotados de atribuições consultivas, que não vinculam a Administração Pública e o governante eleito para mandato temporário, o que demanda análise cuidadosa de qualquer tentativa de transplantar para o Brasil tais modelos, tendo Mazzilli, ressentindo-se da ausência do poder de punir ou reparar qualquer injustiça,

Ombudsman é muito grande na proteção das liberdades públicas do cidadão, contribuindo para criar clima de confiança na Administração, prevenindo abusos e arbitrariedades das autoridades administrativas. A grande publicidade dada às atividades do *Ombudsman*, aliada à força da opinião pública e ao prestígio que lhes empresta o Parlamento, fazem do instituto um dos meios mais eficazes para o controle da legalidade e da moralidade administrativa.” (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 202).

³⁶ A importância de órgãos consultivos como indutores da cogestão no serviço público e que possibilitam maior participação popular é relevada na França: “*Il arrive que la consultation aboutisse dans la pratique à la cogestion; c’est le cas dans la Fonction Publique, où les propositions des Commissions Administratives Paritaires sont très généralement suivies par l’autorité investie du pouvoir de décision. C’était aussi le cas dans l’Enseignement Supérieur: on ne voyait jamais le Ministre de l’Éducation Nationale refuser de nommer un doyen présenté par une Faculté et le cas où il ne nomma pas le Professeur de Droit choisi per le Conseil de la Faculté est reste célèbre et unique; encore dut-il revenir sur sa décision et entériner la proposition – on pourrait dire la décision – de l’organe «consultatif». En règle générale, la nécessité d’un avis conforme ou la tradition de suivre les propositions des organes à rôle consultatif conduisent à une cogestion de fait* (FERRIER, 1974, p. 684-685). Tradução livre: Ocorre que a consulta conduz na prática à cogestão; este é o caso da Função Pública, onde as propostas das Comissões Administrativas Paritárias são geralmente seguidas pela autoridade investida de poder decisório. Este foi também o caso no Ensino Superior: nunca se viu o Ministro da Educação Nacional se recusar a nomear um reitor apresentado por uma Faculdade e o caso em que ele não nomeou o Professor de Direito escolhido pelo Conselho da Faculdade permanece famoso e único; ele teve que reverter sua decisão e endossar a proposta — pode-se dizer a decisão — do corpo "consultivo". Como regra geral, a necessidade de um parecer em conformidade ou a tradição de seguir as propostas dos órgãos consultivos levam à cogestão de fato.

³⁷ “Designado pela Assembleia da República – com maioria qualificada dos seus deputados –, o Provedor de Justiça é mandatado para, no período de quatro anos, com possibilidade de ser reeleito uma vez por igual período, receber as queixas de todas as pessoas, singulares ou coletivas, que se sintam prejudicadas por atos injustos ou ilegais da administração pública ou que vejam os seus direitos fundamentais infundadamente violados. A função principal do Provedor de Justiça é defender e promover os direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos, sem nunca efetuar, contudo, qualquer tipo de controlo à atividade político-partidária e judicial. A intervenção desta instituição pode manifestar-se também na relação entre privados desde que, entre eles, exista uma relação de domínio e em causa se aprecia a tutela de direitos, liberdades e garantias. [...] não tem, porém, poderes de decisão vinculativos. O seu poder reside na boa fundamentação das posições que assume e na sua capacidade de mediação, podendo dirigir aos órgãos competentes as chamadas de atenção, as sugestões ou as recomendações que considere necessárias para prevenir e reparar injustiças. Pode ainda pedir a fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade de normas junto do Tribunal Constitucional (PORTUGAL, s./d.). Registre-se, ainda, sua legitimidade junto do contencioso constitucional, assim como o Defensor espanhol, para pedir a fiscalização abstrata da constitucionalidade ou legalidade de normas e de verificação da inconstitucionalidade por omissão, na forma do art. 281.º, n.º 1, e art. 283.º da Constituição Portuguesa (PORTUGAL, s./d.).

sustentado que um Ministério Público forte e independente dispensaria necessidade de *ombudsman* ou a sua correlata brasileira, denominada ouvidoria (MAZZILLI, 1998, p. 101).

Mas o presente estudo também concorda com o marco teórico de fortalecimento dos “corpos intermediários” ou “formações sociais”, especialmente diante do chamado à justiça contra “violações de massa” (CAPPELLETTI, 1977, p. 02), devendo ser superada a tradicional *summa divisio* entre direito público e direito privado (CAPPELLETTI, 1977, p. 04) que trazia como “justa parte” apenas o Estado ou o indivíduo diretamente prejudicado por um ato lesivo de um interesse coletivo, solução esta também insuficiente porque o indivíduo não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela, sob pena de ser “subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento” e para lembrar que os heróis de hoje serão aqueles que “sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa” (CAPPELLETTI, 1977, p. 05).

A nova *summa divisio* entre direito individual e direito coletivo é trazida constitucionalmente, tendo no seu topo o direito constitucional, composto tanto de normas individuais quanto coletivas (ALMEIDA; MELLO NETO, 2011, p. 81), em que não há regra de preferência, permitindo “abertura de novos horizontes para a tutela jurídica” e abertura para a ponderação de interesses, e mesmo a “revisitação de muitos princípios da administração pública de índole e espírito autoritários” (ALMEIDA, 2008, p. 442). E, portanto, não se trata de superação meramente conceitual, mas de efeitos práticos imediatos em face da insuficiência da solução que atribui a legitimação apenas à parte direta e pessoalmente prejudicada, e diante dos riscos de uma exclusiva legitimação a órgãos públicos.

Em contexto anterior à regulamentação legislativa da ação civil pública, Barbosa Moreira já propunha que, *de lege lata*, reconhecendo a existência de um interesse geral da coletividade, pudesse “uma associação fazer-se titular, *ela mesma*, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles”, mas sim em “caráter *ordinário*, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral.” (BARBOSA MOREIRA, 1984 c, p. 203). E, *de lege ferenda*, propunha como recomendável o regramento de critério de idoneidade das associações, para decidir sobre exigências de deliberação prévia de participantes, cientificação do grupo, direitos dos discordantes, dentre outros (BARBOSA MOREIRA, 1984 c, p. 204).

No ano seguinte, em 1985, o ordenamento brasileiro incluiu a legitimação das associações, e a preocupação desloca-se, assim como em outros ordenamentos, para critérios de adequação da sua representação:

O problema jurídico atual, dos corpos intermediários, de fato, não é mais aquele do tempo positivamente resolvido, de sua "personalidade" ou "subjetividade", e, portanto, da própria capacidade jurídica com a conseqüente possibilidade de ser titular de seus *próprios direitos* e de poder agir na tutela desses – ,mas é o problema de saber se os corpos intermediários podem ainda ser portadores (e operar juridicamente na tutela) dos interesses coletivos, do grupo, da categoria, ou seja, daqueles interesses que constituem a verdadeira razão de ser das formações sociais (CAPPELLETTI, 1977, p. 15-16).

Historicamente, parte Cappelletti da premissa de que era inevitável que, diante da nova realidade de direitos coletivos, os reagrupamentos espontâneos emergissem – em superação da aversão contra cada forma de *corps intermédiaires*³⁸, erigida na Revolução Francesa³⁹, da sociedade liberal e burguesa – iniciando-se pelo movimento sindical operário para "romper a cadeia" da debilidade dos trabalhadores diante do poder industrial, na França a partir de 1884 que passou a claramente reconhecer a legitimidade dos sindicatos (CAPPELLETTI, 1977, p. 11).

Assim, saúda-se a extensão da legitimação de agir a sujeitos privados, sejam indivíduos ou associações, não necessariamente prejudicados em sua própria esfera de direitos, em verdadeira “revolução do conceito de legitimação de agir”⁴⁰ (CAPPELLETTI, 1977, p. 07), inaugurada pela decisão do Conselho de Estado Italiano, de 1973, que reconheceu a legitimação de uma associação privada, *Italia Nostra*, tendo como fim estatutário a salvaguarda do patrimônio histórico, artístico e natural italiano, para agir contra provimento administrativo que havia autorizado a construção de uma estrada em um parque de Trentino, com o que renegou, sem admitir explicitamente, uma jurisprudência de há muito

³⁸ Aversão justificada pelo fato de que, sob o *ancien régime*, as formações sociais intermediárias tinham constituído a estrutura portadora do feudalismo (CAPPELLETTI, 1977, p. 10)

³⁹ A aversão da sociedade liberal aos movimentos coletivos é nítida em Constant, em célebre discurso: “Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. [...] Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exige, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.” (CONSTANT, 1819, p. 03).

⁴⁰ Entende o presente estudo que se trata, na realidade, de revolução ainda porvir em diversos ordenamentos estrangeiros, dado que mesmo as *class actions* americanas exigem um autor pessoalmente prejudicado, que pode não ser o melhor defensor de direito metaindividual, como já antevisto, até mesmo pela disparidade de forças com o violador do direito.

tempo consolidada, segundo a qual a legitimação de agir dizia respeito somente ao sujeito que faz valer em juízo em seu próprio interesse pessoal (CAPPELLETTI, 1977, p. 12):

“Justa parte” não é mais somente o titular do direito ou interesse legítimo feito valer em Juízo, ou o sujeito direta e pessoalmente prejudicado, mas, ainda, o sujeito privado — indivíduo ou grupo espontâneo — que age *para o bem coletivo*. Surge, aqui, em suma, aquilo que Louis Jaffe, em um breve artigo, por demais notável, definiu, em 1968, o autor ideológico, mas que se poderia, também, definir como uma fórmula usada em 1943 pelo grande juiz americano Jerome Frank, o Ministério Público privado, *private attorney general*. O sujeito privado, indivíduo ou grupo, é quem de fato é impelido a agir não só por seu interesse egoístico, como, também, por um interesse comunitário; e, seja como for, a sua ação é destinada a ter um significado que transcende as partes em Juízo, e se expande, potencialmente, a todos os membros de u'a mais ou menos determinada coletividade. O *Kampf um's Recht* não é mais a luta solitária por um direito subjetivo de Ticio contra a violação perpetrada por Caio, mas é, sobretudo, a luta de classes e de categorias, das quais a parte em Juízo não é o ocasional - se bem que qualificado - defensor ou porta-voz mas, exatamente, o representante ideológico (CAPPELLETTI, 1977, p. 12).

Porém, registra Cappelletti que - se novos corpos intermediários surgem para se protegerem contra os novos despotismos de nossa época, tais como “tirania da maioria” e a “opressão da moderna *corporate society*” ou “relaxamento ou a corrupção dos burocratas” e, ainda, “o cego egoísmo dos poluidores” -, novas tiranias podem surgir dentro destas formações que “podem transformar-se, por sua vez, em temível centro de poderes e de opressão, pelos sócios e por terceiros” (CAPPELLETTI, 1977, p. 11):

É por isso que o grande movimento, inclinado a reconhecer às sociedades intermediárias sua própria capacidade de ação jurídica — tanto no campo do Direito substancial como no do Direito Processual —deveria acompanhar-se por um contextual movimento de freio, de limite, de controle: nos *relator actions*, por exemplo, o controle é operado, como se viu, pelo *attorney general*, nas *class actions*, pelo juiz; nas ações das associações de consumidores na França, pelo mesmo Ministério Público [...]. Eis, em suma, mais uma vez, emergindo aquela necessidade de uma articulada, flexível e pluralística combinação de força — de peso e de contrapeso, de poderes e de controles — que, em nossa análise, é a verdadeira lição emergente do Direito Comparado (CAPPELLETTI, 1977, p. 11).

No mesmo sentido, Guedes, para quem as associações são alternativa para superar o paternalismo da iniciativa publicística, porque são veículo de participação democrática, ressentindo-se de que a legislação brasileira estabeleceu requisitos rígidos e sanções

exclusivas⁴¹ para elas, intimidando a sua atuação (GUEDES, 2012, p. 180), mas ressaltando também o receio da subversão para atender a interesses econômicos e políticos sectários (GUEDES, 2012, p.182).

Por isto Cappelletti reforça que a solução se daria no que denomina “combinação de iniciativas privadas e de controles públicos”, que exemplifica com a *Loi Royer* Francesa de 1973 que não se limitou a abrir as portas da justiça às associações de consumidores, também instaurou uma série de controles para prevenir os possíveis abusos de tal direito coletivo de ação, confiados, em parte, ao próprio Ministério Público e sustenta que é solução para “combinar e reciprocamente integrar o ‘zelo partidário dos grupos privados interessados’ com o equilíbrio, o destaque, e a neutralidade de um cargo público que está na metade da estrada entre o juiz e a administração pública” (CAPPELLETTI, 1977, p. 09).

Na doutrina pátria, também Gidi aponta para a solução mista:

Atento para os riscos de transformar os chamados ‘corpos intermediários’ em verdadeiros centros de poder e de opressão, o legislador pátrio cercou-se de cautelas ao legitimar concorrentemente várias entidades, públicas e privadas. Isso sem prejuízo de outras formas de prevenção à fraude, como a intervenção obrigatória do Ministério Público como *custos legis*, a possibilidade de outro legitimado assumir a condução do processo ou do recurso em caso de desistência ou abandono, a não-formação da coisa julgada coletiva em caso de improcedência por insuficiência de provas, a não extensão da coisa julgada na esfera individual dos interessados no caso de improcedência etc (GIDI, 1995, p. 36).

Ademais, Barbosa Moreira, em 1980 quando o artigo foi escrito, já defendia a legitimação a pessoas jurídicas cujos fins institucionais fosse a defesa de tais interesses e a grupos não dotados de personalidade jurídica, mas constituídos especificamente para esses fins (BARBOSA MOREIRA, 1984 b, p. 178), o que ganhou força após a regulamentação legal da ação civil pública, estando a doutrina pátria a defender a legitimação *ad causam* a grupos sociais de fato ou não personificados, na medida em que os direitos difusos não comportam aglutinação necessária ou legal junto a certas entidades chanceladas pelo poder público, não se resolvendo com a outorga de um título legal de legitimação, como um reconhecimento de utilidade pública, pois a difusão do direito pode ser efêmera e, por isso, deve ser admitido acesso a grupos ocasionais (MANCUSO, 1997, p. 151), citando o autor exemplo de temperança na exigência de personificação do grupo na Alemanha para defesa do consumidor e, na França, que em 1954 admitiu, no silêncio da lei, a outorga pretoriana de

⁴¹ LACP (BRASIL, 1985): Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

personalidade (MANCUSO, 1997, p. 178), o que fez com que defendesse, de *lege ferenda*, soluções que levem em conta não a personalidade jurídica, mas sim dados objetivos como relevância social do interesse e adequada representatividade do grupo portador (MANCUSO, 1997, p. 181). E, também para os interesses individuais homogêneos, em que não descarta legitimação a grupos constituídos ocasionalmente, mencionando os exemplos *ad hoc gruppen* na Alemanha e *comitati de quartieri* na Itália, porque a necessidade de atuação pode se dar de forma urgente (MANCUSO, 2012, p. 468).

Mas Mancuso também lembra que, quanto aos *enti esponenziali*, na França, as câmaras reunidas da Corte de Cassação exigem que “seja feita a prova de que o interesse coletivo em questão se contém dentro dos limites da atuação da associação, de sorte a não se confundir com o interesse geral, cuja tutela incumbe ao Ministério Público” (MANCUSO, 1997, p. 150).

Entende o presente estudo, porém, que não há que se confinar o ente público, inclusive o Ministério Público, ao mero controle da atuação das formações sociais, mas, sim, manter a solução brasileira da colegitimação, até porque, para além dos entendimentos já esposados quanto ao Ministério Público constituir órgão da sociedade, a legitimação aos entes intermediários abrange instituições estatais independentes cuja finalidade institucional seja a defesa de interesses da coletividade, como o Ministério Público (MIRRA, 2015, p. 64), em que a relação do ente intermediário com a coletividade é de representação funcional, de natureza política, “cuja atuação é capaz de propiciar o aumento da influência da sociedade no processo político e de submeter, com maior efetividade, a representação político-eleitoral, ao postulado da soberania popular” (MIRRA, 2015, p. 65).

Portanto, a conjugação de colegitimação de entes públicos que detêm recursos especializados e as vantagens da habitualidade da litigância, com os entes privados e sua aproximação com os grupos representados, porém ainda pouco estimulados a assumir o protagonismo⁴², em conjugação de esforços pela tutela dos direitos metaindividuais, afigura-se como a solução mais adequada.

⁴² Neste sentido, a pesquisa denominada *Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado*, realizada pelo Ministério da Justiça e sua Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento identificou que, diferentemente de outros países, onde a advocacia de interesse público é exercida primordialmente por atores da sociedade civil, no Brasil, órgãos de litígio do Estado, como o Ministério Público e as Defensorias Públicas, estaduais e federais, ocupam o espaço da mobilização jurídica e de uma atuação judicial temática (RODRIGUEZ *et al.*, 2013, p. 18-19) e, a partir de entrevistas semiestruturadas com uma amostra nacional de entidades, identificou uma série de padrões de interação entre estes entes privados e públicos, sendo preponderante o encaminhamento de casos pelas entidades de defesa de direitos estas instituições públicas, tendo as entidades citadas como motivos, entre outros,

2 PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO – CONTRIBUIÇÃO DA CIÊNCIA POLÍTICA

(i) o fato de somente fazerem o trabalho de orientação jurídica e não entrarem com ações judiciais; e/ou (ii) o fato de que não têm estrutura (técnica, financeira, física) para atender o caso em questão; e/ou (iii) porque o caso foge da temática com a qual a entidade trabalha; e/ou (iv) porque só levavam para o Poder Judiciário casos paradigmáticos e não realizam atendimento individual; e/ou (v) porque acreditam que o peso institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública pode colaborar para um desfecho positivo do caso. Além disto, para algumas entidades, esse encaminhamento de casos para o Ministério Público e para a Defensoria Pública também é justificável na medida em que elas acreditam ser um dever do Estado e função das instituições fazer o atendimento individual ou coletivo aos cidadãos, promovendo, assim, o acesso à justiça. Por fim, as entidades de defesa de direito apontaram que também realizam parcerias e articulações com o Ministério Público e com a Defensoria Pública, sob forma de reuniões ou seminários promovidos pelo MP e DP para discussão de casos, que em alguns conta também com a presença de grupos com os quais as entidades trabalham, como pela transferência de informações da sociedade civil para embasar ações do MP e da DP. Outro importante padrão de interação entre as entidades da sociedade civil e o Ministério Público e Defensoria Pública são as diversas formas de atuação judicial conjunta e a divisão de trabalho para a proposição de uma ação ou durante o seu processamento, pois em geral, as entidades entrevistadas coletam informações e documentos com a comunidade ou grupo com quem trabalham para embasar as ações do MP e DP. A participação em audiências públicas ou eventos organizados pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública é outra forma importante de interação entre tais instituições e as entidades da sociedade civil. Em alguns casos, ocorre o contrário, quando as entidades é que organizam eventos e contam com a participação de promotores, procuradores e defensores. O mesmo intercâmbio pode acontecer com cursos de formação organizados pelo MP e pela DP para as entidades e vice-versa. Ambas as instituições também realizam convênios de diversos tipos com as entidades de defesa de direitos. As entidades também buscam influenciar a agenda temática do MP e da DP, por meio de encaminhamento de casos ou por meio de participação em grupos temáticos, debates e articulações com a sociedade civil e com outros órgãos do Estado e a tentativa de sensibilização dos membros do MP e da DP. Finalmente, uma importante forma de interação é a mediação feita pelas entidades de defesa de direitos entre movimentos sociais, comunidades e grupos com os quais elas trabalham e o Ministério Público e a Defensoria Pública. Tais entidades, por sua capilaridade na sociedade, conseguem identificar questões, problemas e violações de direitos que não são visíveis para o MP e a DP. Assim, tais entidades fazem a conexão entre esses movimentos sociais, grupos e comunidades com os quais elas trabalham, levando suas questões para tais instituições. As entidades de defesa de direito também articulam a mobilização social em torno de demandas, atuando de forma mais ampla e politizada. Os pontos da relação entre as entidades e o MP e a DP que não coincidem são no que diz respeito ao MP, o seu antagonismo em relação a algumas das entidades entrevistadas, principalmente aquelas que atuam com a temática da terra e de questões criminais e, no caso da DP, toda a luta pela criação e fortalecimento das Defensorias Públicas, realizada pela sociedade civil. De maneira geral, os entrevistados acreditam que a Defensoria está mais próxima das entidades da sociedade civil, e é também mais acessível do que o Ministério Público. No que diz respeito ao desenho institucional das entidades, a pesquisa constatou por meio das entrevistas que a existência de núcleos ou câmaras especializadas no Ministério Público e Defensoria Pública facilita a interação das entidades da sociedade civil com estas instituições. Contudo, a relação entre a pessoa do promotor, procurador e defensor e a entidade é determinante para que a interação ocorra. Assim, afinidades políticas e ideológicas podem favorecer a interação, assim como oposições podem inviabilizá-la completamente. Os entrevistados também apontaram que um importante elemento no desenho institucional tanto da Defensoria Pública como do Ministério Público é a existência de ouvidorias externas independentes. As entidades criticaram também uma falta de formação em direitos humanos mais aprofundada dos promotores, procuradores e defensores. Além disso, as audiências públicas e demais eventos realizados pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública para o diálogo com a sociedade civil, assim como a apresentação do planejamento anual das instituições nestas datas, foram indicados nas entrevistas como um importante canal de diálogo com as entidades de defesa de direitos. Outro ponto bastante assinalado foi o de que a Defensoria Pública, em muitos estados, tem uma grande deficiência de pessoal e uma infraestrutura limitada. Este fator foi apontado pelos entrevistados como um importante limitador da relação entre a Defensoria e as entidades da sociedade civil. Dado o exposto, pode-se dizer que foram identificadas diversas e importantes formas de interação entre o Ministério Público, a Defensoria Pública e as entidades de defesa de direitos entrevistadas. A pesquisa também captou percepções e avaliações das entidades a respeito das instituições. E, finalmente, foram apontados elementos do desenho institucional do MP e da DP que facilitam ou bloqueiam a interação das entidades de defesa de direitos com eles. Tais informações poderão ser usadas para promover e aperfeiçoar as formas de interação aqui expostas (RODRIGUEZ *et al.*, 2013, p. 101-102).

O acesso à justiça é um direito de cidadania⁴³, em especial, para a defesa de direitos metaindividuais que, em certos casos, envolvem inteiras comunidades, e a República Federativa Brasileira está organizada sob a forma de Estado Democrático-Participativo, em que se garante o acesso à Justiça para a reivindicação e proteção integral de todos os direitos no constitucional art. 5º XXXV, inclusive os coletivos *lato sensu* (MIRRA, 2015, p. 62), pelo que sustenta que se deve garantir o “acesso participativo à justiça”, que só se concretizou por meio do microssistema de direito processual civil coletivo, cujas normas “fizeram do processo civil um autêntico instrumento de participação política” (MIRRA, 2015, p. 63), seja direta ou indireta, o que leva à importância do estudo da representação.

Importância maior ainda se considerada a estreita correlação que Armelin faz entre a legitimidade no plano sociológico, e a dominação, entendida também no sentido sociológico como a justificação da obediência dentro de um grupo. Assim, a legitimação tem sua origem no poder, e é conceituada como “qualidade que se agrega ao poder, emergindo da situação de quem o exerce e da origem daquele (do poder)”, pois a “legitimidade da dominação legitima o próprio poder dela emanado, estando os dominados legitimamente adstritos às consequências do exercício do poder pelo dominador; senão, há arbítrio” (ARMELIN, 1979, p. 05). E, no plano jurídico, a legitimidade tem a mesma estrutura e tem forma racional porque decorre da crença na legalidade do sistema legal e dos poderes escolhidos pelo sistema para exercer a autoridade (ARMELIN, 1979, p. 06).

Sendo inafastável a técnica da representação para a defesa de direitos metaindividuais, como antevisto, lembra Mirra que “não há como admitir escolhas que não contemplem esquemas de legitimação para agir suscetíveis de assegurar a participação da sociedade na defesa desse bem de uso comum do povo”, referindo-se à tutela do meio ambiente, e que a participação dos entes intermediários é expressão derivada do poder, dependente da sua instituição pela vontade dos cidadãos aos quais o poder pertence em caráter originário, motivo da exigência da representação adequada como elemento da legitimidade destes (MIRRA, 2015, p. 67-68).

Assim, no caso do processo coletivo, impregnado da participação representativa e em que se vinculam os representados à eficácia da sentença⁴⁴, ainda que *secundum eventum*

⁴³ Para o histórico brasileiro, de Carvalho, sobre os direitos de cidadania e a ausência de acesso, em verdadeira negação da justiça, ver nota 24.

⁴⁴ A defesa da extensão da eficácia da decisão, mesmo às *absent parties*, em efeito denominado “precisamente *erga omnes*”, é dada como inafastável da ação ideológica e como revolução dos conceitos tradicionais de coisa julgada e do princípio do contraditório (CAPPELLETTI, 1977, p. 07), porque a parte não age sobretudo somente por si, mas para a coletividade e por isso os efeitos das decisões devem se estender também aos sujeitos não

*litis*⁴⁵, não se pode fugir do aprofundamento do estudo do conceito de representação e sua correlação com a participação dos representados.

A compreensão do significado e dos contornos jurídicos e consequências do instituto da representação é crucial para o presente trabalho, na medida em que, quando se estuda a adequação da representatividade no processo coletivo, está-se a avaliar se os interesses dos membros do grupo foram ouvidos e sopesados, em um processo em que a participação direta é substituída pela representação. E a contribuição da ciência política é inafastável.

Para tanto, o marco teórico de Pitkin afigura-se como um estudo muito abrangente do histórico e da evolução do seu significado, até a época contemporânea, partindo-se dos gregos antigos que conheciam instituições e práticas de representação, mas não tinham um conceito correspondente, passando ao termo de origem latina *repraesentare* que significava “tornar presente ou manifesto; ou apresentar novamente”, e era reservado para a apresentação à corte em resposta a uma convocação (PITKIN, 2006, p. 17) e, ainda, passando pela acepção na Cristandade de encarnação mística do Cristo no Papa e pelos juristas medievais que anteciparam o conceito para a “personificação da vida coletiva” como *persona non vera sed repraesentate* (PITKIN, 2006, p. 18), até chegar ao século XIII em que o jurista Albert de

presentes na causa, afastando-se “o último refúgio do individualismo” representado pela estrita vinculação apenas das partes formais (CAPPELLETTI, 1977, p. 12).

⁴⁵ Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990 c): “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”. Registre-se a defesa de Grinover da escolha legislativa dos efeitos *secundum eventum litis*, em comparação com a opção da eficácia *erga omnes*, dado que esta última “prejudicaria irremediavelmente o contraditório”, enquanto a primeira “poderia ser facilmente reconduzida às técnicas que, com frequência, induzem o legislador a tomar medidas que aparentemente beneficiam uma das partes, em homenagem mesmo ao princípio da igualdade real, pelo que na verdade mais se restabelece, do que se infringe, a paridade” (GRINOVER, 1999, p. 808-809). Porém, há a discordância de Gidi, para quem é falso o argumento – muito utilizado para afastar o controle da adequação da atuação do representante – de que a coisa julgada só se dá para beneficiar os membros do grupo, em extensão *secundum eventum litis e in utilibus* da coisa julgada, dado que não se prejudica a atuação individual, mas se impede a repositura de ação coletiva julgada improcedente (GIDI, 2002/2012, p. 63).

Gaudino sustentava que a coletividade – *universitas* – deveria ser vista como uma pessoa por meio de uma ficção – *unius personae repraesentat vicem* – e se representa pelo advogado – *qui repraesentat vicem universitatis* – momento em que o termo representar ainda não designava as atividades usuais de um advogado no tribunal, sendo o modo pelo qual um magistrado ou advogado substitui a comunidade e atua por ela (PITKIN, 2006, p. 18-19, nota 4).

Na história de nações de língua inglesa, Pitkin ressalva que a convocação de cavaleiros e burgueses para reunirem-se no Parlamento com o Rei e os Lordes iniciou-se – não porque houvesse intenção de representação de interesses da sociedade – para a conveniência do soberano que via facilitada a cobrança de tributos das comunidades (PITKIN, 2006, p. 20) e, somente tempos depois, tais reuniões começaram a ser usadas pelas comunidades como um meio de apresentar queixas ao Rei antes de dar consentimento a impostos, tendo início o reconhecimento gradual de que o membro poderia promover o interesse de sua comunidade, além de comprometê-la com o pagamento dos tributos, passando os cavaleiros e os burgueses que iam ao parlamento a serem vistos como agentes de suas comunidades, sendo por elas pagos e, quando retornavam, podiam ser solicitados a prestar contas do que haviam feito (PITKIN, 2006, p. 22).

Esse desenvolvimento culminou na República da *Commonwealth*, quando não havia Rei ao qual se opor ou com o qual consentir, mas tão somente o Parlamento para governar a Nação e para escolher o líder do governo e, no século XV, à medida que os Comuns passaram a atuar como um corpo unificado, começaram a se ver, e a serem vistos, como aqueles que “vinham pela comunidade do lugar”. E, só mais tarde, surgiu a ideia de que cada membro do Parlamento atua para a Nação como um todo, no século XVII, quando Sir Edward Coke escreveu nos *Institutes of the Law of England*: “ele serve ao País como um todo” (PITKIN, 2006, p. 23).

Em 1583 o livro *De republica Anglorum*, de Sir Thomas Smith, trouxe uma das primeiras aplicações conhecidas da palavra inglesa *represent* ao Parlamento, a significar que “todo inglês está presente ali, seja em pessoa, seja por procuração ou por meio de delegados [...] e o consentimento do Parlamento é considerado como o consentimento de todos os homens” (PITKIN, 2006, p. 26).

Nesse mesmo estudo, atesta que os significados estão obviamente em transição, do antigo “pôr-se em lugar de outros” para o “atuar para outros” (PITKIN, 2006, p. 27), para o

que a autora menciona a mais antiga aplicação a um membro do Parlamento, em 1651 por Isaac Pennington, mesmo ano em que Hobbes publicou o *Leviatã*⁴⁶, o primeiro exame da ideia de representação na teoria política, derivando a soberania e a obrigação política de um contrato social celebrado num estado de natureza anterior, e que define a representação em termos dos aspectos formais da agência legal, especialmente em termos de autorização: um representante é alguém que recebe autoridade para agir por outro, que fica então vinculado pela ação do representante como se tivesse sido a sua própria; e se a representação for ilimitada, tem-se a soberania (PITKIN, 2006, p. 28). Mas, segundo a autora, nesta definição formalista de Hobbes, ao ser autorizado, o representante adquire novos direitos e poderes enquanto o representado adquire apenas novas obrigações e, a despeito da expectativa de que soberano fará o que se espera que os representantes façam, essa expectativa pode ser invocada para criticar o soberano ou resistir a ele (PITKIN, 2006, p. 29).

Tal histórico é importante para a compreensão da questão, que interessa particularmente ao presente estudo, do que Pitkin chama de “polêmica sobre o mandato e a independência”, vale dizer, sobre o dever do representante de fazer o que seus eleitores querem ou o que ele próprio entende ser o melhor para os representados (PITKIN, 2006, p. 30).

A tese da independência era defendida por Edmund Burke⁴⁷ que, contudo, defendia o que chamava de “aristocracia natural” e diferenciava representação efetiva de outra virtual, a significar uma comunhão de interesses e uma simpatia de sentimentos e desejos entre aqueles que agem em nome de uma imagem qualquer do povo e o povo em cujo nome eles atuam,

⁴⁶ Na obra “*Leviatã*” (da edição inglesa de A. R. Waller, Cambridge University Press, 1904): “Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos, numa única e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com cada homem, de maneira que seria como se cada homem dissesse a todo homem: *autorizo e cedo meu direito de governar-me a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de cederes teu direito a ele, autorizando todas as suas ações da mesma maneira.* Isso feito, a multidão assim unida numa pessoa é chamada de Estado, em latim *civitas*.” (HOBBS, *apud*. MORRIS, 2002, p. 115).

⁴⁷ Em discurso aos eleitores de Bristol, ao ser declarado pelos juizes devidamente eleito como um dos representantes no Parlamento: “*Certainly, Gentlemen, it ought to be the happiness and glory of a representative to live in the strictest union, the closest correspondence, and the most unreserved communication with his constituents. [...] But his unbiased opinion, his mature judgment, his enlightened conscience, he ought not to sacrifice to you, to any man, or to any set of men living. These he does not derive from your pleasure,—no, nor from the law and the Constitution. They are a trust from Providence, for the abuse of which he is deeply answerable. Your representative owes you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion.*” (BURKE, 1887. p. 81). Tradução livre: Certamente, cavalheiros, deveria ser a felicidade e a glória de um representante viver na mais estreita união, na mais próxima correspondência e na menos reservada comunicação com seus representados. [...] Mas sua opinião desenhada, seu julgamento maduro, sua consciência esclarecida, ele não deveria sacrificar por vocês, por qualquer homem, ou por qualquer conjunto de homens viventes. Esses atos que ele pratica não derivam do prazer de vocês - não, nem da lei ou da Constituição. Eles são uma confiança na Providência, por cujo abuso ele é profundamente responsável. Seu representante deve-lhes não somente sua diligência, mas seu julgamento; ele trai-os, em vez de servi-los, caso ele sacrifique seu julgamento em favor da opinião de vocês.”.

mas lhe negava direito natural ao sufrágio (PITKIN, 2006, p 31). Assim, interpreta a autora que Burke não pensa em interesses como escolha individual, mas sim no bem-estar do todo, o que justificava sua defesa de que, quanto a uma causa real, os interessados nunca devem ser consultados (PITKIN, 2006, p. 33-34)

Tendo os teóricos do liberalismo triunfado sobre Burke, na América do Norte, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison apresentam, nos Artigos Federalistas, o governo representativo como superior e substituto da democracia direta precisamente porque pode assegurar o bem público sem a distração de vários interesses particulares conflitantes ou “facções” (PITKIN, 2006, p. 35), funcionando a representação como espécie de filtro para refinar e ampliar as perspectivas do público, ao passá-las por um corpo eleito de cidadãos, cuja sabedoria pode discernir melhor os verdadeiros interesses de seu país, tornando a representação – que seja possível – uma república grande, com maior variedade de partidos e interesses, para se tornar menos provável que a maioria tenha um motivo comum para invadir os direitos dos outros cidadãos (PITKIN, 2006, p. 36.). Mas, a autora não deixa esquecer que, para os federalistas, a representação é também um meio de trazer conflitos sociais perigosos para um fórum central único, no qual podem ser controlados e tornados inofensivos pelo equilíbrio (PITKIN, 2006, p. 37).

Para a autora, o utilitarismo de Jeremy Bentham traz conceito de interesse ainda mais pessoal, no sentido de que ninguém sabe o que é do seu interesse tão bem quanto o próprio interessado (PITKIN, 2006, p. 37), porém, intervém o legislador cuja função é recompensar ações socialmente desejáveis, mas não atrativas do ponto de vista individual, e punir as ações socialmente indesejáveis e atrativas do ponto de vista individual, de forma que o interesse próprio se alinhe com o bem público⁴⁸, registrando que o altruísmo do legislador é substituído por mecanismos institucionais, em particular pela representação (PITKIN, 2006, p. 38.). E também em John Stuart Mill, para quem as pessoas buscam seus interesses egoístas primeiramente, motivo pelo qual defende o governo representativo, o sufrágio universal e a representação proporcional⁴⁹ (PITKIN, 2006, p. 39).

⁴⁸ Na obra “Os limites do direito definidos” (editado por Charles Warren Everett e reimpresso com permissão da Columbia University Press): “Quanto ao fim geral e derradeiro, baseado no princípio da utilidade, este não pode ser outro senão o bem maior de toda a comunidade. Mas o bem da comunidade é a soma dos vários *bens* particulares (se é que o termo pode ser empregado) dos vários indivíduos dos quais ela é composta; de tal modo que aumentar o bem de qualquer um desses indivíduos é *pro tanto* aumentar o bem de toda a comunidade. Uma lei, portanto, da qual o fim imediato não é outro a não ser o bem ou benefício da pessoa de quem é lei, não deixa, por conta disso, de ser lei capaz de ser garantida pelo princípio da utilidade; muito menos deixa de ter o direito de receber o nome de lei.” (BENTHAM *apud*. MORRIS, 2002, p. 278).

⁴⁹ Na obra “Utilitarismo” (do número 482^a, Everyman’s Library e reimpresso com permissão de E. P. Dutton & Co., Inc.): “Cada passo no progresso político promove isso cada vez mais, ao afastar as causas do conflito de

Ao contrário, Jean-Jacques Rousseau iniciou crítica à representação legislativa⁵⁰ (PITKIN, 2006, p. 41), e, segundo Pitkin, os pensadores pouco desenvolveram tal crítica a não ser recentemente, em que se passou a pensar que a participação no poder público e a responsabilidade podem ter um valor intrínseco e não apenas instrumental, e que a representatividade tem servido para desencorajar a cidadania ativa (PITKIN, 2006, p. 42).

Tendo em vista tais contribuições históricas, em outra obra dedicada ao conceito de representação, Pitkin trata da controvérsia mandato-independência e descreve que os teóricos do mandato costumam ver a representação como instrumento mecânico, um metafórico espelho ou megafone, enquanto os teóricos da independência entendem questões políticas como complexas demais para o homem comum e veem o representante como *trustee or expert* que age melhor sozinho, e alegam que, se cada representante estiver comprometido com seus representados, a atividade política restará impossibilitada (PITKIN, 1967, p. 147), passando a autora a se posicionar:

*What the representative does must be in his principal's interest, but the way He does it must be responsive to the principal's wishes. He need not actually and literally act in response to the principal's wishes, but the principal's wishes must be potentially there and potentially relevant. Responsiveness seems to have a kind of negative criterion: conflict must be possible and yet nevertheless not occur*⁵¹ (PITKIN, 1967, p. 155).

Para além do enfrentamento da questão dos conflitos entre representante e representado que podem existir, é necessário lembrar que a realidade é ainda mais complexa, pois não se pode esquecer a própria conflituosidade interna entre os próprios membros do grupo representado.

2.1 Conflitos (inclusive internos) são inerentes aos grupos sociais

Prevedo a possibilidade de conflituosidade interna dos direitos coletivos *lato sensu*, em que se podem contrapor várias modalidades de interesses individuais, coletivos e difusos,

interesse e nivelar desigualdades de privilégio legal entre indivíduos ou classes, devido às quais existem grandes parcelas da humanidade cuja felicidade ainda é possível, na prática, desconsiderar.” (MILL *apud*. MORRIS, 2002, p. 371).

⁵⁰ “Quem redige as leis não tem, portanto, ou não deve ter nenhum direito legislativo, e o próprio povo não pode, mesmo se o quisesse, despojar-se desse incommunicável direito, porque, de acordo com o pacto fundamental, a vontade geral é a única que obriga os particulares, e nunca se pode afirmar que uma vontade particular está conforme a vontade geral, senão depois de havê-la submetido aos livres sufrágios do povo. (...) Assim, acham-se simultaneamente na obra da legislação duas coisas na aparência incompatíveis: um empreendimento acima da força humana, e, para executá-lo, uma autoridade que nada representa.” (ROUSSEAU, 2006, p. 51).

⁵¹ Tradução livre: O que o representante faz deve ser no interesse do representado, mas a maneira que ele faz deve ser responsiva aos desejos deste. Ele não precisa literalmente agir em resposta aos desejos do representado, mas os desejos do representado devem estar lá potencialmente e serem também potencialmente relevantes. A responsividade aparenta ter um tipo de critério negativo: o conflito deve ser possível e, ainda assim, não ocorrer.

“obrigando o legitimado a proceder à ponderação de valores para, então, eleger os direitos merecedores de invocação da tutela jurisdicional da tutela coletiva” (GUEDES, 2012, p. 73), há a preocupação quanto a aspectos antidemocráticos no processo coletivo, especialmente devido à desnecessidade de aprovação dos atos do representante e à ausência de previsão de sua responsabilização, bem como ao “receio de se utilizar a tutela coletiva para suprimir liberdades individuais” e, ainda, a preocupação quanto “à ausência de mecanismos para a constatação, de alguma forma, do consentimento dos integrantes do grupo quanto à defesa de seu direito material pelo ente coletivo” (GUEDES, 2012, p. 148), pelo que adere ao entendimento da restrição da atuação do Ministério Público à defesa do interesse comum a todos os cidadãos, vedada onde houver pluralidade de interesses, norteados pelos critérios de perenidade dos valores na consciência social e indiscutibilidade (GUEDES, 2012, p. 152). E sustenta que o estudo da legitimação coletiva nas *class actions* concentra-se na possibilidade de conciliar as teorias do interesse e do consentimento, variando esses elementos de intensidade de acordo com as peculiaridades de cada caso (GUEDES, 2012, p. 46).

Fiss apresenta-se como crítico da teoria do consentimento, rechaçando a necessidade de identidade entre legitimação das decisões das cortes e o consenso, ao fundamento de que, se o consenso é necessário ao sistema democrático, não o é para cada uma de suas instituições, pois a legitimação das decisões das cortes vincula-se à competência e à capacidade de realizar sua função e da vontade de respeitar os limites dessa função (FISS, 1979, p. 38). Na comparação de instituições, sustenta que o Legislativo e as escolas devem ter maior conexão com o consentimento, ao contrário do Judiciário, cuja independência poderia ser minada na busca pelo consenso. Ainda, no que interessa ao presente estudo, especialmente quanto à participação dos envolvidos e às garantias do devido processo, analisa outro modo de valorar os modelos de jurisdição – *dispute-resolution* e estrutural⁵² – pois a participação individual somente consiste em necessário atributo no primeiro modelo, mas estaria ausente no segundo, para reforçar sua crítica à exaltação das duas atividades da teoria do consenso – *voting and bargaining*⁵³ – por serem voltadas para uma lógica individualista (FISS, 1979, p. 39).

O presente estudo toma o consenso como mais problemática medida de julgamento da representatividade dado que todo grupo, em razão da multiplicidade de relações que

⁵² Adota o conceito de demandas coletivas estruturais, enquanto tipo de jurisdição na qual o juiz tem a incumbência de remover as ameaças aos valores públicos por meio da reestruturação de organizações de larga escala que impactam nas condições da vida social, desde as burocracias públicas até as organizações privadas, demandando decisões estruturantes que envolvem a reorganização destas instituições (FISS, 1979, p. 27).

⁵³ Tradução livre: votar e negociar.

protagoniza, tem em si uma "certa quantidade de discordância interna e controvérsia externa", sem que isso o faça menos digno de representação (VITORELLI, 2016 a, p. 255).

O conflito é elemento da própria sociedade, pelo que se deve socorrer do seu caráter sociologicamente positivo⁵⁴. E a verdadeira função do conflito na sociedade vem reconhecida por Coser, para quem o conflito dentro e entre os grupos de uma sociedade pode prevenir que as acomodações e as relações habituais empobrecem progressivamente a criatividade. Na visão desse autor, o conflito pode até ser aparentemente disfuncional para sistemas altamente racionalizados, mas traz consigo importantes consequências funcionais latentes, na medida em que supera a resistência à inovação e à mudança. (COSER, 1957, p. 197-198 e 200-201).

A importância de tal discussão para a nominada disputa mandato-independência, relativa à natureza da representação, vem registrada em Pitkin, que rechaça a ideia utilitarista de que cada pessoa é a única medida confiável de seus próprios interesses (PITKIN, 1967, p. 159), porque não descarta do fato de que os conflitos existem na sociedade e, nesses casos, a atuação do representante pode ser contrária à manifestação de interesses dos representados⁵⁵. Por isso, para a autora a solução passa pela atuação responsiva aos interesses dos representados pois, o representante, a despeito de sua independência, tem o dever de evitar o conflito ou, em ocorrendo, justificar sua postura contrária, agindo no interesse dos representados e de forma responsiva a estes⁵⁶.

⁵⁴ “O indivíduo não atinge a unidade de sua personalidade exclusivamente por uma harmonização exaustiva, de acordo com as normas da lógica, objetivas, religiosas ou éticas, do conteúdo de sua personalidade. Ao contrário, contradição e o conflito não apenas precedem esta unidade, mas são nele operativos a cada momento de sua existência. Da mesma forma, não existe provavelmente nenhuma unidade social onde as correntes convergentes e divergentes entre os seus membros não estejam inseparavelmente entrelaçadas. Um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma pura ‘unificação’ (*Vereinigung*), não só se apresenta como empiricamente irreal, como não representa nenhum processo concreto da vida. A sociedade de santos que Dante descreve no *Rose des Paradises* pode ser vista como semelhante a esse grupo, sem qualquer mudança e desenvolvimento; enquanto que, na Disputa de *Rafael*, a santa assembleia dos padres da Igreja mostra, se não o conflito efetivo, pelo menos, uma diferenciação considerável de humores e direções do pensamento, de onde flui toda a vitalidade e a real estrutura orgânica desse grupo. Assim como o universo precisa de ‘amor e ódio’, isto é, de forças atrativas e repulsivas, a fim de dispor de qualquer forma, do mesmo modo, a sociedade, também, para atingir uma forma determinada, precisa de alguma razão quantitativa de harmonia e desarmonia, de associação e de concorrência, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas estas discórdias não são meros instrumentos sociológicos passivos ou instâncias negativas. Definitivamente, a sociedade não resulta apenas de forças sociais que lhes são positivas, e apenas na medida em que fatores negativos não as impeçam. Esta concepção comum é bastante superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que assim se manifestam como inteiramente positivas” (SIMMEL, 1964, p. 570-571).

⁵⁵ *Acting contrary to their wishes is not necessarily wrong, not necessarily bad representation or a violation of a representative's duty. It may, indeed, be required of him in certain situations. But it is abnormal in the sense that it calls for explanation or justification.* (PITKIN, 1967, p.164) Tradução livre: “Agir de forma contrária a seus desejos não é necessariamente errado, nem necessariamente má representação ou uma violação do dever do representante. Pode, de fato, ser exigido dele em certas situações. Mas é excepcional no sentido de exigir explicação ou justificativa.”

⁵⁶ “[...] acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them. The representative must act independently; his actions must involve discretion and judgment; he must be the one who acts. The represented

Assim, governo representativo é aquele que demonstra que os administrados têm controle sobre o que o governo faz, pois mantém *constant condition of responsiveness*⁵⁷ às pessoas, em uma visão de representação enquanto atuação substantiva, em que o governo deve ser capaz de preencher a vontade do povo, a menos que haja boas razões – em termos do interesse do próprio povo – para não fazê-lo (PITKIN, 1967, p. 232). Portanto, não há, na perspectiva de Pitkin, necessidade de constante atividade de atendimento aos desejos manifestados, mas, sim, uma condição de potencial prontidão para responder a eles.

O que o presente estudo entende como a grande contribuição do pensamento de Pitkin é perceber que a controversia mandato-independência está colocada de forma errônea, pois não há apenas a escolha dentre dois únicos elementos da representação: ou a imposição do juízo pessoal do representante ou a adoção acrítica dos desejos do representado. A resposta sobre o que prevalecerá depende do caso concreto, depende de sobre o quê e porque eles estão em desacordo (PITKIN, 1967, p.165), dando ênfase ao ônus do representante de apresentar ao representado as explicações de sua conduta, esclarecendo os motivos pelos quais seus interesses serão mais bem servidos pela desconsideração de sua vontade imediata (PITKIN, 1967, p. 163).

Ressalte-se que sua obra aborda a representação sob o aspecto político-eleitoral, porém a própria autora ressalta que há vários tipos de representação, para além da eletiva, como as de juízes, embaixadores, agentes do Estado⁵⁸ e mesmo lobistas (PITKIN, 1967, p. 227) para as quais a sua teoria de independência responsiva tem aplicação.

must also be (conceived as) capable of independent action and judgment, not merely being taken care of. And despite the resulting potential for conflict between representative and represented about what is to be done, that conflict must not normally take place. The representative must act in such a way that there is no conflict, or if it occurs an explanation is called for. He must not be found persistently at odds with the wishes of the represented without good reasons in terms of their interest, without a good explanation of why their wishes are not in accord with their interest". (PITKIN, 1967, p. 210). Tradução livre: “agir no interesse dos representados, de uma maneira responsiva a eles. O representante deve agir de forma independente; suas ações devem envolver discricção e julgamento; ele deve ser aquele que age. O representado também deve ser (concebido como) capaz de ação e julgamento independentes, não meramente ser cuidado. E, apesar do potencial resultante de conflito entre representantes e representados sobre o que deve ser feito, esse conflito não deve ocorrer normalmente. O representante deve agir de tal forma que não haja conflito, ou se ocorrer lhe é demandada uma explicação. Ele não deve estar persistentemente em desacordo com os desejos dos representados sem boas razões quanto aos interesses destes, sem uma boa explicação do porquê seus desejos não estão de acordo com seu interesse”.

⁵⁷ Tradução livre: constante capacidade de resposta.

⁵⁸ Registre-se que, neste sentido, Almeida sustenta a legitimação social da representatividade do Ministério Público, pois “O fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo, não impede que a Instituição tenha legitimação social. Primeiro porque o acesso à Instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois, porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF/88). Não é, contudo, qualquer tipo de atuação que irá constituir-se em fator de ampliação

E, nessa linha, Vitorelli sustenta que os elementos sociológicos da representação podem perfeitamente ser transpostos para a conduta no representante processual.

Representar significa agir no interesse dos representados, de maneira responsiva a eles. O representante tem independência para discernir e julgar a conduta a ser adotada. Ele não é apenas um veículo para a expressão mediada da vontade dos representados. Esses também são capazes de discernimento e julgamento, implicando que a relação carrega em si potencial de conflito, o qual, entretanto, não deve acontecer regularmente. Cabe ao representante atuar para que não haja conflito e, se houver, cabe a ele explicar as razões pelas quais os desejos dos representados não estão de acordo com seus interesses (VITORELLI, 2016 a, p. 248).

Vitorelli apresenta, então, uma proposta para a representação no processo, em que a única solução é fugir à oposição e focar na complementaridade entre participação e representação, em que seja reelaborada a ideia de representação como vínculo, e não como identidade de características entre representantes e representados, em que tanto o representante quanto os representados adotem atitudes, ao longo do tempo, para que as opiniões do grupo se façam conhecer e a atuação do representante possa ser avaliada (VITORELLI, 2016 a, p. 246).

E, retomando e respondendo às críticas à participação representativa⁵⁹, há de se ter em mente que o instituto da representação é inafastável na contemporânea sociedade agigantada e

da legitimação social do Ministério Público; daí a importância em se compreender o verdadeiro perfil constitucional da Instituição e suas dimensões no novo constitucionalismo.” (ALMEIDA, 2013, p. 70).

⁵⁹ Ademais, a crítica à representação e a postulação por um retorno à democracia direta têm, hodiernamente, encontrado nos autores certo otimismo em relação ou uso de recursos tecnológicos que aumentariam a possibilidade de que a democracia direta, antes inalcançável, seja efetivamente implementada. (VITORELLI, 2016 a, p. 237), o que fez BONAVIDES a declarar que “A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema [...]”. (BONAVIDES, 2001, p. 525-526). De forma diversa, para uma crítica ao que denomina “democracia digital”, ver a contraposição feita por Gomes entre a liberdade postulada pelos liberais, e a participação postulada pelos democratas participacionistas, em que os primeiros entendem a internet como um universo onde se pode, enfim, realizar, de maneira paradigmática, o ideal da democracia como regime de autonomia e liberdade, devido ao anonimato; e os segundos que abordam “a internet como promessa” e “a internet como tarefa” (GOMES, 2010, p. 5). Por fim, merece registro o trabalho crítico às correntes representativas da democracia de Miguel, em que reconhece que “a representação política é inelutável nas sociedades contemporâneas”, e aduz que “a ideia de democracia direta serve, quando muito, como um contraponto, mas não pode guiar projetos de transformação dos sistemas políticos atuais.” (MIGUEL, 2004, p. 06. O interessa diretamente ao presente estudo, é a sua conclusão, de que as diversas teorias representativas discutem o valor atribuído ao consenso, pois se algum grau de unidade (harmonia social) é imprescindível para a manutenção da sociedade, entretanto, a democracia se funda, no reconhecimento da legitimidade do conflito. Para o liberal e para o multiculturalismo, o consenso relevante é procedimental (forma de disputa aceita por todos e que exclua o uso da violência física), mas para o primeiro os interesses em disputa são individuais, e para o segundo são os do grupo. Já para deliberacionistas e republicanistas, o consenso é substantivo, sobre políticas. Para o deliberativo é a meta da interação política. Para a republicana é o bem “comum”. Por fim, para os participacionistas, não importa consenso ou o dissenso, mas a possibilidade de construção da autonomia coletiva, pois o acordo torna-se mais factível à medida que aumenta a igualdade de condições entre os participantes (MIGUEL, 2004, p. 32). Todos discutem também a igualdade, pois para os liberais é a igualdade perante a lei.

complexa, inclusive quanto aos conflitos de massa, sociedade em que, conforme observa Vitorelli, todos vivem sós, porém são codependentes, dado os modos de produção e de divisão do trabalho, em que há liberdade apenas para contratar com os mesmos fornecedores (VITORELLI, 2016 a, P. 220).

Ressalte-se que, diante deste quadro de inafastabilidade da representação, Pitkin não olvida da importância da *institucionalização*, pois as pessoas têm propósitos que podem demandar muito tempo e mesmo gerações para serem atingidos e, por isso, estabelecem as instituições – fazem leis e instituem corpos administrativos. E, se tais instituições podem não funcionar da forma adequada e as pessoas podem se achar divididas entre o compromisso com os propósitos originais e o compromisso com o consenso e os meios estabelecidos para atingi-lo, importa que haja a possibilidade da revisão das instituições (PITKIN, 1967, p. 236), para que efetivamente promovam o ideal da representação de busca do bem comum, porque este é o papel delas (instituições)⁶⁰:

The concept of representation thus is a continuing tension between ideal and achievement. This tension should lead us neither to abandon the ideal, retreating to an operational definition that accepts whatever those usually designated as representatives do; nor to abandon its institutionalization and withdraw from political reality. Rather, it should present a continuing but not hopeless challenge: to construct institutions and train individuals in such a way that they engage in the pursuit of the public interest, the genuine representation of the public; and, at the same time, to remain critical of those

Demais concordam, mas acrescentam: deliberacionista exige a abertura do debate público a múltiplas vozes. Republicanismo cívico postula igualdade identitária, fonte dos valores comuns que possibilitam a ação política. Participativa se preocupa com a igualdade substantiva, nas condições materiais, sob pena de farsa democrática. Multiculturalista trabalha permanentemente a tensão entre igualdade e diferença (MIGUEL, 2004, p. 33). Assim, conclui Miguel que a democracia é projeto inacabado cuja realização plena sempre nos escapará. A representação política é inevitável nas sociedades contemporâneas, mas que impõe grandes desafios – Com o garantir a vinculação de representantes e representados? Como impedir a autonomização dos interesses dos governantes? Como manter a igualdade? – e exige ser reconhecida como uma realidade complexa, multifacetada, que não se esgota no processo eleitoral (MIGUEL, 2004, p. 33).

⁶⁰ “No institutional system can guarantee the essence, the substance of representation. [...] Without institutionalization, as Martin Drath has pointed out, the ideal of representation would remain an empty dream, or at most would occasionally recur as a fitful, inexplicable blessing, which we have no power to produce or to prolong. The historically developed institutional forms, the culturally ingrained standards of conduct are what flash out the abstract ideal, give it practical import an effective meaning. [...] The requisite institutions have been different at different times in history. But men have always striven for institutions that will really produce what the ideal requires (...) its essential nature it is a system of trusteeship” (PITKIN, 1967, p. 239-240). Tradução livre: “Nenhum sistema institucional pode garantir a essência, a substância da representação. [...] Sem a institucionalização, como assinalou Martin Drath, o ideal de representação permaneceria como um sonho vazio, ou no máximo ocasionalmente se repetiria como uma bênção inexplicável e intermitente, que não temos poder de produzir ou de prolongar. As formas institucionais historicamente desenvolvidas, os padrões de conduta culturalmente arraigados, são o que elimina o ideal abstrato, dando-lhe significado prático um significado efetivo. [...] As instituições necessárias são diferentes em diferentes momentos da história. Mas os homens sempre se esforçaram por instituições que produzam realmente aquilo que o ideal requer (...) sua natureza essencial é um sistema de tutela.”

institutions and that training, so that they are always open to further interpretation and reform⁶¹ (PITKIN, 1967, p. 240).

E as críticas às instituições do processo coletivo, em especial à adequação da representatividade, dão-se no sentido de fortalecer esta relação representativa entre coletivizado coletivo e pessoas e comunidades substituídas.

E Young registra a importância da representação política não apenas pelos poderes estatais, mas especialmente de atividades autônomas e plurais da sociedade civil, ao afirmar que as legislaturas não são os únicos organismos públicos aos quais os argumentos sobre a representação de grupos podem ser aplicados, citando como exemplos de instrumento para exercício de representação inclusiva: instâncias judiciais, audiências públicas, comitês e comissões e processos consultivos, bem como quaisquer outros organismos de discussão e tomada de decisões⁶². Diz, ainda, que o processo de autorização e responsabilização que constitui a prática representativa não deve ser confinado aos organismos públicos oficiais, pois “a livre associação da sociedade civil contribui para a formação e a expressão de interesses e opiniões” e constitui “importante instância de consolidação e expressão de perspectivas sociais” (YOUNG, 2006, p. 186-187).

E conclui, por fim, que:

A organização e a mobilização nas esferas públicas da sociedade civil estão entre os meios mais efetivos de se manter as conexões entre representantes e eleitores, e de se efetivar a prestação de contas dos representantes. Aprofundamos a democracia quando encorajamos o florescimento das associações que as pessoas formam de acordo com os interesses, opiniões e perspectivas que consideram importantes. As atividades autônomas e plurais das associações civis propiciam aos indivíduos e aos grupos sociais, em sua própria diversidade, uma inestimável oportunidade de serem representados na vida pública (YOUNG, 2006, p. 186-187).

Nessa linha, a representação, enquanto independência responsiva do representante aos interesses dos representados, merece análise quanto à perspectiva da participação no processo coletivo, o que se passa a fazer.

⁶¹ Tradução livre: “O conceito de representação é, assim, uma tensão contínua entre ideal e realização. Essa tensão não deve nos levar a abandonar o ideal, recuando para uma definição operacional que aceita qualquer coisa que os usualmente designados como representantes fazem; nem abandonar sua institucionalização e se retirar da realidade política. Em vez disso, deve apresentar um desafio contínuo, mas não impossível: construir instituições e formar indivíduos de tal forma que eles se engajem na busca pelo interesse público, a representação genuína do público; e, ao mesmo tempo, manter-se crítico a essas instituições e àquela formação, para que estejam sempre abertas a futuras interpretações e reformas”.

⁶² Cujo fomento, também pelo Ministério Público, vem sugerido no sexto capítulo.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL – REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO – DO "GARANTISMO INDIVIDUAL" AO "GARANTISMO SOCIAL OU COLETIVO"⁶³

A análise precedente, contributo da Ciência Política ao Direito sobre a representatividade política de grupos, importa ao presente estudo na medida em que o sistema processual coletivo brasileiro abarca tanto os legitimados coletivos que se formam no seio da sociedade titular do direito – as associações – quanto os entes públicos sobre cujas atuações já foram expostas as críticas, especialmente relativas à burocracia e ligações com o Poder Público que dificultam o acesso a eles pela população.

E, há de se considerar que a lei brasileira acaba por desestimular a participação direta no processo coletivo pelo titular individual, na forma do art. 103, §2º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁴ (BRASIL, 1990 c), sujeitando-o à decisão de improcedência no caso de participação como litisconsorte do autor coletivo. Assim, o próprio sistema jurídico incentiva a atuação por representação, motivo pelo qual há de se avaliar qual o nível de participação dos titulares do direito material se deve exigir para não ferir o devido processo legal.

Em análise histórica, Vitorelli relembra que a expressão *due process of law*, originária da Magna Carta em sua versão de 1354, já tinha antecedentes no Decreto de Conrado II, Imperador do Sacro Império Romano, datado de 28 de maio de 1037 e, mais longínquo, desde a antiguidade clássica, com a noção do necessário processo para que determinado ato jurídico fosse praticado, tomando por exemplo, na Apologia à Sócrates, de Platão, em que resta claro que princípios de organização do procedimento judicial eram considerados devidos pelos gregos, seja para a composição do tribunal julgador, seja para a ciência do que e por quem se está sendo acusado e oportunidade de apresentar sua defesa antes da decisão (VITORELLI, 2018, p. 188).

No Brasil, o processo devido mereceu *status* constitucional de garantia, restando explicitado no art. 5.º, incisos LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), 5.º XXXV (acesso à justiça), LIII (juiz natural), LV (contraditório e

⁶³ Expressão de Cappelletti: “Na verdade, também no campo do ‘garantismo’, que representou durante tantos anos a minha ‘fé’ de processualista, assiste-se ao necessário movimento de uma forma nova que eu chamei de *garantismo social ou coletivo*, e que significa, exatamente, superioridade do garantismo entendido em senso individualístico tradicional” (CAPPELLETTI, 1977, p. 14).

⁶⁴ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

ampla defesa), LVI (proibição de provas ilícitas), LX (publicidade dos atos processuais), LXXVIII (duração razoável do processo) e art. 93, IX (fundamentação das decisões), dentre outros.

Quanto à legitimidade para agir, a ciência processual fez esforço em direção à autonomia do processo civil em face do direito material, consoante Armelin, para quem basta que exista pertinência refletida na inicial entre o autor e o titular do direito questionado, seja por identidade entre ambos, seja por expressa autorização legal, para que a legitimidade seja indiscutível, embora posteriormente o direito possa a ser reconhecido como extinto ou mesmo inexistente, assim como a legitimidade passiva resulta da adequação de sua situação jurídica ao polo passivo da pretensão veiculada pelo autor (ARMELIN, 1979, p. 02-03).

Porém, constatou Grinover que tal esforço pela autonomia não correspondeu a um melhor funcionamento da justiça, tornando necessário um novo enfoque da instrumentalidade do processo, a significar “ter plena e total aderência à realidade socio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos” (GRINOVER, 1987, p. 182), especialmente quanto aos conflitos de massa⁶⁵, para os quais expressou a preocupação de que poderia surgir o contraste entre as garantias de um devido processo legal “inquestionavelmente forjadas para acudir a um processo tradicional, de caráter individualista, e o instrumental idôneo para a solução dos novos conflitos, a serem resolvidos em um enfoque social” (GRINOVER, 1987, p. 184).

Assim, sobreveio a necessidade de compatibilização entre as garantias das partes e as do próprio processo, sendo esse “o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo” (GRINOVER, 1987, p. 184), para que sejam realçadas “garantias e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com esses relação de instrumentalidade”, reforçando que se tratam de “garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição” (GRINOVER, 1987, p. 185), o que “afasta as concepções meramente formais para preocupar-se com as exigências substanciais de acesso à justiça, de igualdade real, de paridade das armas, de concreta e efetiva possibilidade de todos obterem a tutela jurisdicional” (GRINOVER, 1987, p. 187).

⁶⁵ A efetividade dos processos coletivos, para Grinover, assume maior importância em países em desenvolvimento, por “significar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas por assumir também relevante papel promocional de conscientização política” (GRINOVER, 1987, P. 186).

Maior preocupação deve surgir quanto aos processos coletivos, nos quais, segundo Cappelletti, as garantias processuais devem transcender ao “garantismo individual” e passar ao “garantismo social ou coletivo”, por considerar que as relações que envolvem um número elevado e até impreciso de sujeitos inviabilizam a imposição de uma rígida observância ao princípio do contraditório, pois a exigência da presença em juízo de todos os alegados titulares dos direitos coletivos poderia impossibilitar a própria tutela judiciária:

Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico, um garantismo justamente — mesmo se por acaso muito incondicionadamente — criticado na refletida palestra de Vittorio Denti. Em seu lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como “social” ou “coletivo”, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e “corpos intermediários” que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses (CAPPELLETTI, 1977, p. 13).

O que interessa mais diretamente ao presente estudo é a vertente do devido processo legal consistente na garantia de participar ou de ser ouvido no processo, essa última expressão mais usada nos países da *common law*⁶⁶⁻⁶⁷.

O Brasil teve emblemática decisão de seu Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 24.268 (BRASIL, 2004 d), que inclui o direito a ser informado e de se manifestar sobre os elementos fáticos e jurídicos do caso, assim como de ter seus argumentos considerados "séria e detidamente".

Contudo, o conceito de participação, se levado ao extremo da exigência de participação direta e individual de cada titular do direito material, pode inviabilizar a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, como ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1974, no caso Eisen⁶⁸, em que três milhões e meio de operadores da Bolsa de Nova Iorque acionaram os causadores de danos a mais de seis milhões de pessoas por cobrança de sobretaxa ilegal,

⁶⁶ Para melhor desenvolvimento do tema, ver Vitorelli (2016 a, p. 148-158).

⁶⁷ Na forma como descrita na decisão norte-americana em *Joint Anti-Fascist Refugee Committee vs. McGrath* (EUA, 1951, p. 341): “No better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and opportunity to meet it. Nor has a better way been found for generating the feeling, so important to a popular government, that justice has been done”. Tradução livre: “Nenhum instrumento melhor foi concebido para se chegar à verdade do que dar a uma pessoa em sério risco de perda o conhecimento do caso contra si e a oportunidade de participar. Nem foi encontrada maneira melhor para gerar o sentimento, tão importante para um governo popular (democrático), do que a justiça ser feita”.

⁶⁸ *Apud.* Cappelletti (1977, p. 13).

inicialmente tendo a Justiça exigido a citação individual dos lesados por amostragem e, posteriormente, tendo a Suprema Corte invocado as garantias constitucionais do devido processo legal para considerar a notificação necessária de todos eles, o que levou à desistência do processo pela classe autora devido aos custos em comparação com a modicidade de cada indenização individual, representando, segundo Grinover “um rude golpe para as *class actions*” (GRINOVER, 1987, p. 189).

O que não se pode perder de vista é que o processo coletivo não traz a lógica binária de um interesse que perde contra outro que ganha, mas ao contrário, de compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, de modo a otimizar a sua convivência e a conferir a melhor proteção possível para a sociedade como um todo e para os valores públicos por ela abraçados, exigindo a estrutura das ações coletivas que efetivamente se possa permitir a “participação social” (ARENHART, 2013 a, p. 22).

E, considerando que o sistema jurídico admite que o direito de participação, sob a vertente puramente individual, possa ser eliminado em favor da representação (VITORELLI, 2016 a, p. 117), torna-se necessário discutir a natureza – instrumental ou essencial – da participação. E, enquanto participação instrumental, será ela exigida na medida em que contribua para a tutela justa e efetiva do direito material violado (VITORELLI, 2016 a, p. 174). Enquanto participação essencial, tem-se um valor processual importante em si mesmo, independentemente de sua contribuição para o resultado do processo, em função da proteção da dignidade dos envolvidos contra a atuação estatal consubstanciada na decisão judicial, ou pela afirmação simbólica da igualdade individual, ou ainda pela sua tendência a promover virtudes cívicas (VITORELLI, 2016 a, p. 176).

Representante da primeira concepção instrumental é Bone, propondo a reconceituação do *day-in-court*, como o princípio segundo o qual não há direito – ou, na melhor das hipóteses, há um direito muito fraco – de participar quando a ação judicial e o julgamento não tratem individualmente as pessoas interessadas, mas, em lugar disso, afetam a todos de forma impessoal em razão do *status* que ocupam para efeitos do julgamento. Para esse autor, a única forma de resolver o problema é reconfigurar a ideia de processo baseada no direito a “um dia no tribunal” e admitir que há casos em que ninguém possui seu dia no tribunal e há casos em que este direito é apenas limitado (BONE, 2011, p. 610; 627).

Em crítica à participação como valor essencial, sem correlação com os fins do processo, Vitorelli sustenta que o controle da atuação do legitimado coletivo pode-se dar por outros meios que não a participação individual direta dos indivíduos, com o exemplo a confirmação de arquivamento de inquéritos civis pelo Conselho Superior do Ministério

Público (VITORELLI, 2016 a, p. 182), e relembra a impossibilidade de aumento indefinido da participação do cidadão representado no processo, dada a demanda de tempo que, se não gerido adequadamente, impede a efetiva tutela dos direitos, para concluir que, se o objetivo do processo é instrumental à realização do direito material, a medida da dignidade dos envolvidos será a da realização do direito material, e não da participação em si (VITORELLI, 2016 a, p. 183).

O devido processo legal coletivo não exige a direta participação individual, pois, segundo Fiss, o processo ingressa na lógica da reforma estrutural, não por meio de cada argumento de todas as pessoas individualmente afetadas, mas pelo argumento do porta-voz de todos os interesses representados e pela decisão do juiz (FISS, 1979, p. 42). Dessa forma, posiciona-se o autor contra o axioma da sacralização do direito de participação individual, que tem raiz num mundo horizontal, em que as pessoas se relacionavam com as outras individual e equitativamente, mundo esse que não mais existe, sendo hoje vertical, ótica sob a qual defende ser necessário o estabelecimento de centros de poder iguais aos atores sociais dominantes em força e em recurso, concluindo que a concepção individual de processo que permita a participação direta de cada titular do direito, em lugar de homenagear o indivíduo, priva-o do apoio necessário à tutela de seus direitos⁶⁹ (FISS, 1979, p. 44).

Propondo um novo devido processo legal coletivo, Vitorelli defende uma nova ideia de participação processual – que não seja nem tão valorizada pelo sistema vigente, nem seja

⁶⁹ “In truth, the individual participation axiom is rooted in a world that no longer exists. It is rooted in a horizontal world, in which people related to one another on individual terms and on terms of approximate equality. [...] Our world, however, is a vertical one; the market has been replaced by the hierarchy, the individual entrepreneur by the bureau. In this social setting, what is needed to protect the individual is the establishment of power centers equal in strength and equal in resources to the dominant social actors; what is needed is countervailing power. A conception of adjudication that strictly honors the right of each affected individual to participate in the process seems to proclaim the importance of the individual, but actually leaves the individual without the institutional support necessary to realize his true self. In fact, the individual participation axiom would do little more than throw down an impassable bar - polycentrism - to the one social process that has emerged with promise for preserving our constitutional values and the ideal of individualism in the face of the modern bureaucratic state - structural reform.” (FISS, 1979, p. 44). Tradução livre: Na verdade, o axioma da participação individual está enraizado em um mundo que não existe mais. Está enraizado em um mundo horizontal, no qual pessoas se relacionam umas às outras em termos individuais e em termos de aproximada igualdade. [...] Nosso mundo, no entanto, é vertical; o mercado foi substituído pela hierarquia, o empreendedor individual por agências. Nesse ambiente social, o que é necessário para proteger o indivíduo é o estabelecimento de centros de poder iguais em força e iguais em recursos aos atores sociais dominantes; o que é necessário é neutralizar o poder. Uma concepção de julgamento que honre estritamente o direito de cada indivíduo afetado de participar do processo parece proclamar a importância do indivíduo, mas na verdade deixa o indivíduo sem o apoio institucional necessário para realizar o seu verdadeiro eu. Na verdade, o axioma de participação individual faria pouco mais do que derrubar uma barra intransponível - o policentrismo - ao único processo social que surgiu com a promessa de preservar nossos valores constitucionais e o ideal do individualismo em face do moderno estado burocrático – a reforma estrutural.

E, em outra obra, expressamente sustenta que a Constituição americana não garante um direito de participação direta, mas sim um direito de representação dos interesses que, exatamente por isto, deve ser adequada (FISS, 1993, P. 971).

elemento essencial dele, dado que os requisitos de participação variam no tempo, sem que seja possível estabelecer relação entre o nível de participação processual exigida a um conceito específico de democracia – que seja compatível com a visão prevalente de que o processo é um instrumento para a realização de direitos materiais (VITORELLI, 2016 a, p. 200). Portanto, sustenta que não há indícios convincentes de que a participação individual seja necessária para a realização do direito material, não sendo impossível conceber mecanismos de jurisdição que excluíssem totalmente a participação dos titulares dos direitos quando se considera a desigualdade fática entre as partes, como a que ocorre, por exemplo, entre um agente econômico que causa lesões a milhares de consumidores dispersos, sendo provável que a coletivização das demandas, mesmo que com o sacrifício total da participação individual dos autores do direito material, propicie aos lesados maiores possibilidades de obtenção de tutela adequada de seus direitos do que o ajuizamento de demandas individuais, pois a restrição da participação, em vez de diminuir a qualidade da decisão, pode ser essencial para o seu incremento (VITORELLI, 2016 a, p. 201), concluindo:

A participação instrumental advoga que, se não se pode antever qualquer vantagem para a realização dos direitos materiais litigiosos, em razão da oportunidade participativa, ela não deve existir. Por essa razão, a participação instrumental não é uma concepção que coloca os direitos do indivíduo abaixo de considerações sistêmicas. Ao contrário, os direitos individuais são considerados para a construção do sistema, que deverá avaliar as possibilidades de ganhos para sua realização (VITORELLI, 2016 a, p. 201; 203).

A iniciativa para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* deve assumir concepção social e coletiva⁷⁰, e as garantias individuais do *due process* também se modificam, excluindo a exigência de notificação de todos os interessados de um grupo, pois “há que se renunciar a essa ideia rígida, tradicional, individualística, de notificação a todas as partes, e admitir que a notificação se possa fazer às partes que são representantes legítimos dos interessados ausentes” (CAPPELLETTI, 1984, p. 25). Assim, como relembra Young, a representação é

⁷⁰ “*The individualistic vision of procedural due process is steadily giving way to, or rather merging with, a social, collective conception; only such a transformation can assure that the increasingly vital adjudication of “public law” conflicts, involving diffuse interests, can take place*” (Cappelletti; Garth, 1978, p. 210). Em tradução livre: a visão individualista do devido processo legal está dando lugar, ou melhor, fundindo-se a uma concepção social e coletiva; somente essa transformação pode assegurar que a crescente jurisdição dos conflitos do “direito público”, envolvendo interesses difusos, possa ocorrer.

Mas, considerando-se tal fortalecimento da representação nos processos coletivos, Vitorelli conclui que “é preciso formular um conceito de representação processual que vá além da mera descrição do fenômeno, ou seja, que regule a conduta e as expectativas dos envolvidos, e não que meramente afirme que o papel do representante é atuar pelos ausentes” (VITORELLI, 2016 a, p. 240), especialmente no processo coletivo brasileiro que optou por atribuir a condição de representante coletivo também a entes estatais e da sociedade organizada, mas não aos indivíduos diretamente afetados.

necessária e “nenhuma pessoa pode estar presente em todos os organismos deliberativos cujas decisões afetam sua vida, pois eles são numerosos e muito dispersos [...] ele (cidadão) espera que outros pensem em situações como a dele e as representem nos respectivos fóruns de discussão” (YOUNG, 2006, p. 144), pelo que formula a sua teoria de representação, que “não deve ser pensada como uma relação de identidade ou substituição, mas como um processo que envolve uma relação mediada dos eleitores entre si e com um representante”, para “pensar as entidades em termos de *différance* mantém-nas em sua pluralidade, sem requerer sua unificação numa identidade comum” (YOUNG, 2006, p. 148).

Sendo a representação inafastável do sistema do processo coletivo, assim como inafastável é a garantia de participação, Cappelletti antevê a solução na adoção do que denomina “fórmula da adequada representatividade”:

Se a “parte ideológica” (indivíduo ou associação) que leva a Juízo um certo interesse metaindividual é adequadamente representativa da classe inteira ou grupo aos quais aquele interesse vai ter, será perfeitamente legítimo que o Juízo explique os seus efeitos mesmo nos confrontos das “partes ausentes”. De fato, todos os membros da classe, mesmo os não individualizados, nem notificados, em suma, não individualmente “ouvidos”, haviam, todavia, tido seu *fair hearing* através das garantias de defesa e do contraditório, assegurado ao representante ideológico ou *private attorney general* da mesma classe (CAPPELLETTI, 1977, p. 14).

Com tal inspiração, também trabalha Mancuso, para quem, nas ações coletivas, uma vez que o interesse metaindividual seja vinculado por representante adequado, “nem caberia, a rigor, falar em ‘terceiros’, podendo-se presumir que esses ‘estiveram em juízo’ (o *day in court*, na conhecida expressão do Direito norte-americano) na figura de seu idôneo representante: o *ideological plaintiff*, das *class actions* do direito norte-americano” (MANCUSO, 2012, p. 598). E o prognóstico de Cappelletti, já na década de 1970, era o de um lento, mas seguro declínio na concepção individualística de processo e justiça” (CAPPELLETTI, 1977, p. 14). Nesse contexto, todos os princípios, conceitos e a própria estrutura radical da concepção individual de processo se revelam insuficientes para resolver o problema da tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (CAPPELLETTI, 1977, p. 14).

O que o presente estudo sustenta é que a preocupação com a natureza instrumental da participação dos titulares do direito material, representados pela atuação do Ministério Público no curso do inquérito civil público, apresenta-se com um dos possíveis parâmetros de verificação da adequação da representatividade responsiva em relação aos interesses dos representados.

4 O CONTROLE DA ADEQUAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE/REPRESENTAÇÃO DO LEGITIMADO ATIVO⁷¹ COLETIVO

⁷¹ Não se desconhece a discussão sobre as tentativas de instituição, de *lege ferenda*, da ação coletiva passiva, em que a situação jurídica titularizada pela coletividade encontra-se no polo passivo, em especial pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP/IBDP (BRASIL, 2005 b) e a sua preocupação com a adequação do representante passivamente legitimado: “Art. 36. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 3º) e a tutela se revista de interesse social. Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 19, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.”

Assim, enfatiza-se que a proposta nega a legitimação do Ministério Público para representar grupos no polo passivo. Porém, registre-se o entendimento de Didier Júnior e Zaneti Júnior que admitem a legitimação coletiva passiva de *lege lata* (exemplificando com as propostas perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em face do Sindicato de Policiais Federais do Distrito Federal quando da greve nacional de 2004, sob o número 2004.34.00.010685-2, e pela Universidade Federal de Brasília em face da coletividade de alunos que invadiram o prédio da Reitoria, sob o número 2008.34.00.010500-5), seja ela originalmente proposta ou derivada de um processo coletivo anterior proposto por seu réu, para a qual propõem que, em tese, qualquer um dos possíveis legitimados à tutela coletiva poderá ter legitimação extraordinária passiva, sendo imprescindível o controle jurisdicional de sua representação adequada, ponderando, porém, que “a) em regra, não será o Ministério Público o ‘adequado representante’ em ações coletivas *passivas iniciais*, não derivadas; b) o indivíduo deve ter apenas *legitimação residual*, na falta de uma associação que possa figurar como adequado representante (...); c) os membros do grupo poderão intervir no processo, sendo que o juiz controlará o ingresso, a produção de provas e os argumentos da parte, evitando o *tumulto do processo* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014 p. 380). A despeito de não dominante, este entendimento é mencionado pois foi reforçado pelo CPC (BRASIL, 2015 a) que, ao contrário do seu anterior – que, no art. 315, parágrafo único, impedia que o réu, em seu próprio nome, reconvesse ao autor, quando este demandasse em nome de outrem – passou a admitir a reconvenção no art. 343, § 5º, quando o autor for substituto processual, caso em que deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual, deixando explícita a possibilidade das demandas passivas coletivas.

A adequação da representatividade do legitimado coletivo não é assunto novo no Brasil, mesmo antes de haver sido implementado o sistema de processo coletivo que foi reforçado pela Lei da Ação Civil Pública⁷², e com ela já se preocupava Barbosa Moreira que, a despeito de não haver desenvolvido propriamente a defesa do seu controle, apresentava o temor de que o legitimado “apressado” defendesse mal o interesse ou estivesse em conluio com o réu e vinculasse todo o grupo representado. Por essa razão, o autor aplaudia a solução da lei da ação popular, de obstar a formação de coisa julgada *erga omnes* em caso de improcedência do pedido por insuficiência de prova (BARBOSA MOREIRA, 1984 b, p. 180). E, em artigo escrito no ano seguinte, saudava também a mitigação do risco de conluio ou má condução pelo autor da ação popular pela intervenção obrigatória do Ministério Público e pela possibilidade de interposição de recurso por outros cidadãos, além da assunção da titularidade processual no caso de desistência da ação pelo autor originário, pelo Ministério Público ou qualquer cidadão (BARBOSA MOREIRA, 1984 a, p. 187-188).

Com a promulgação da LACP, veio a instituição de alguns poucos critérios legais para o controle da adequação da legitimação coletiva – de pré-constituição ânua e de inclusão, dentre suas finalidades institucionais, da defesa do direito coletivo⁷³ – ,porém, desde a sua redação inicial, tais critérios eram vinculados à legitimação das associações da sociedade civil⁷⁴, e não diretamente referidos aos demais colegitimados.

⁷² Que veio somar-se à Lei nº 4.717 (BRASIL, 1965) sobre a ação popular, e posteriores leis federais que formam um sistema do processo coletivo: Lei nº 6.024 (BRASIL, 1974) sobre a ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeira em liquidação ou falência, Lei nº 6.938 (BRASIL, 1981 b) sobre a política nacional do meio ambiente, Lei nº 7.913 (BRASIL, 1989 b) sobre danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, Lei nº 7.853 (BRASIL, 1989 a) e a recente Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015 b) sobre direitos das pessoas com deficiência, Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990 a) que institui o estatuto da criança e do adolescente, Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990 c) que institui o código de defesa do consumidor, Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992) sobre a improbidade administrativa, Lei nº 10.471 (BRASIL, 2003 b) do estatuto do idoso, Lei nº 10.671 (BRASIL, 2003 a) que instituiu o estatuto do torcedor, Lei nº 12.016 (BRASIL, 2009 b), sobre mandado de segurança, Lei nº 12.846 (BRASIL, 2013 a) anticorrupção de responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública), Lei nº 13.300 (BRASIL, 2016 b) sobre o mandado de injunção.

⁷³ Que a doutrina costuma denominar de pertinência temática: “A expressão pertinência temática - também chamada por alguns de representatividade adequada pode ser entendida como a correlação ou adequação existente entre o interesse que se busca tutelar e as finalidades institucionais do legitimado” (GALLOTTI, 2006, p. 01).

⁷⁴ Em redação original: “Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado). E, em redação alterada pelas Leis 11.448 (BRASIL, 2007 b) e 13.004 (BRASIL, 2014 a): “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

E, no caso do procedimento especial do mandado de segurança, a previsão constitucional do art. 5º, inciso LXX, assegurou o seu uso para a defesa de direitos coletivos por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação⁷⁵, instituindo critério de adequação para o primeiro consistente na representação no Congresso Nacional e, para os demais, condicionado à instituição na forma legal e ao funcionamento anual, além da restrição à defesa dos interesses de seus membros ou associados, o que foi repetido⁷⁶ na vigente Lei nº 12.016 (BRASIL, 2009 b).

Contudo, parte da doutrina brasileira, inspirada pelos estudos sobre as *class actions* norte-americanas⁷⁷, voltou-se para a defesa do controle da adequação da representatividade e os critérios estabelecidos naquele sistema⁷⁸ para todos os legitimados coletivos.

⁷⁵ Registre-se que Didier Júnior e Zaneti Júnior sustentam, ainda que não majoritariamente seguidos pela jurisprudência, a irrazoabilidade e ausência de justificativa constitucional para a restrição do direito fundamental de acesso à justiça por meio do procedimento especial do mandado de segurança aos demais colegitimados coletivos que não foram mencionados no inciso LXX do art. 5º da Constituição da República, incluindo Ministério Público e Defensoria Pública, ao fundamento de que o dispositivo constitucional não atribui legitimidade *ad causam*, mas sim capacidade processual aos partidos e entidades de classe, a que denominam legitimidade *ad processum*, e não exclui os demais colegitimados que, na forma do art. 83 do CDC, podem se valer de qualquer procedimento previsto em lei (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2014, p. 198).

⁷⁶ Mas também aditou a exigência de que o partido político atue na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, conforme art. 21.

⁷⁷ Segundo Fiss, nas ações norte-americanas, a relação entre o denominado *spokesman* (porta-voz) e o grupo vitimado tem natureza instrumental e não de identidade, pelo que defende que a corte deva examinar se os interesses do grupo estão adequadamente representados (FISS, 1979, p. 20), pois o legitimado coletivo fala não só por si, mas até por futuros usuários da organização e não há motivo para acreditar que eles sejam representantes adequados somente porque se autoelegeram nessa posição, e porque a presença de um representante impróprio pode ter consequências que transcendem o interesse dos participantes, podendo comprometer os interesses do grupo vitimado de modo que não possa ser retificado depois, podendo ser afetados mesmo interessados que estão fora da instituição, incluindo os pagadores de impostos que a financiam (FISS, 1979, p. 25).

⁷⁸ Os requisitos gerais de admissibilidade das *class actions* norte-americanas estão previstos na regra de nº 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, adotada em dois terços dos seus Estados confederados, sendo os dois primeiros objetivos, sobre a possibilidade da demanda ser decidida coletivamente, e são denominados por *numerosity* o relativo ao número de envolvidos suficientes, e *commonality* o relativo à existência de questões comuns. Os dois últimos são subjetivos, relativos a "atributos desejáveis do representante do grupo para que se assegure procedimento justo, protegendo assim os interesses dos membros ausentes", consistindo na *typicality*, que exige que as pretensões ou defesas do representante sejam típicas da classe, e na *adequacy of representation*, registrando que o preenchimento dos pressupostos objetivos leva, em tese, à certificação do processamento coletivo, enquanto que a ausência dos subjetivos pode levar à admissão da ação coletiva, desde que substituído o representante (ROQUE, 2013, p. 110). Mas lembra o autor que "dentro da sistemática individualista do direito estadunidense, ao lutar pelos seus próprios interesses, o representante estará indiretamente tutelando os direitos da coletividade" (ROQUE, 2013, p. 123) e registra que "diferenças fáticas pontuais não irão tornar atípica a pretensão do representante, caso ela tenha se originado de condutas, eventos ou práticas comuns ao grupo, ou esteja fundada em uma mesma tese jurídica. [...] quase sempre existirão diferenças fáticas entre os membros da classe, notadamente quanto à dimensão dos danos individuais sofridos por cada um" (ROQUE, 2013, p. 126). E que, a despeito da *adequacy of representation* consistir na perquirição sobre conflito de interesses ou vigor para defender o interesse da classe (ROQUE, 2013, p. 124), a notória dificuldade de provar fatos negativos induz à presunção de ausência de conflito pela jurisprudência, imputando à parte contrária o ônus de trazer elementos capazes de afastar esta presunção (ROQUE, 2013, p. 137).

Chamou a atenção do mesmo autor que a análise de precedentes feita por Robert H. Klonoff revelou que a esmagadora maioria de alegações de incapacidade do representante não vieram de integrantes da classe, mas sim

Nesse sentido, Lenza entende inegável a influência das *class actions* no Brasil e desenvolve argumentação quanto ao controle da representatividade do legitimado coletivo para defender que, se o sistema legal autoriza a dispensa do requisito da pré-constituição ânua das associações quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, na forma do art. 82, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990 c), também se deve sustentar que “mesmo que preenchidos os aludidos requisitos, infere-se do sistema a real possibilidade de o magistrado negar seguimento à ação em razão da inexistência de *adequacy of representation*”, por exigência de “coerência que decorre do sistema” para as situações em que o autor coletivo, muito embora se enquadre nos requisitos legais, mostre-se inidôneo para o ajuizamento da ação” (LENZA, 2005, p. 202).

Em defesa do controle da adequação da representatividade, como garantia derivada diretamente do texto constitucional, Grinover sustenta que “a cláusula da ‘representatividade adequada’ tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria”⁷⁹, configurando-se um novo conceito de “representação substancial e processual, adaptado às novas exigências emergentes na sociedade” (GRINOVER, 1987, p. 195).

Na mesma linha, Guedes parte da sustentação de que a legitimidade jurídica implica outorga de poder à determinada autoridade, poder esse que consiste em dominação⁸⁰ sob a perspectiva sociológica, mas que será legítimo quando for válida a ordem jurídica da qual emana e existir situação de fato que propicie a outorga desse poder (GUEDES, 2012, p. 8). Trata-se da situação legitimante⁸¹ que, para Guedes, no caso do processo coletivo, “consiste numa forma de representatividade que garanta aos titulares do direito material a possibilidade de acesso democrático à justiça para a tutela efetiva de seus interesses” (GUEDES, 2012, p. 131)”, dado que nem sempre o suposto titular do direito material é o mais adequado para atuar

da parte adversa, seja por interesse em extinguir a *class action* ou transformá-la em ação individual para diminuir prejuízos quando se tenha a perspectiva de derrota ou, ao contrário, quando espera prevalecer, para vincular todo o grupo e evitar questionamentos futuros (ROQUE, 2013, p. 134).

⁷⁹ “Claro que tudo depende, em última análise, de rigorosos controles sobre a ‘representatividade adequada’, instituídos pela lei; e ainda, quando se trate de ações para a tutela de interesses difusos divisíveis, da efetiva informação e da possibilidade de intervenção asseguradas concretamente aos interessados ou até mesmo da extensão da coisa julgada ‘*ultra partes*’, só para favorecer indivíduos pessoalmente lesados. Sem jamais perder de vista, portanto, o justo ponto de equilíbrio entre as novas exigências de tutela e o direito de defesa” (GRINOVER, 1987, p. 197).

⁸⁰ Remete-se à discussão sobre representação e dominação no capítulo 2 deste estudo.

⁸¹ A situação legitimante já foi escrutinada no capítulo 1 deste estudo.

em sua defesa e dada à dificuldade de se identificar quem são os destinatários do direito material devido à indivisibilidade do objeto e a relevância social (GUEDES, 2012, p. 11).

E, também registra que a legitimidade não somente é a idoneidade do sujeito para a prática do ato, mas também para suportar seus efeitos e a responsabilidade pelos efeitos relativos aos atingidos (GUEDES, 2012, p. 08). Por isso, entende que, num primeiro momento, a legitimidade se justifica pela simples existência de norma jurídica que a estatui, decorrente da vontade popular, mas que se deve indagar se os motivos da estipulação legal guardam coerência com a conjuntura socioeconômica⁸², e se os critérios de legitimidade permanecem justificáveis (GUEDES, 2012, p. 13). Disso decorreria a necessidade do controle jurisdicional⁸³ da representatividade adequada dos legitimados coletivos, que envolva fatores sociológicos que extrapolam a mera dogmática jurídica (GUEDES, 2012, p. 02) e a desnecessidade de expressa previsão legal desse controle decorreria da interpretação constitucional conferida pela autora ao instituto da representatividade. E, embora sustente que controle concreto da adequação seja discricionário, explicitamente rechaça que o controle da representatividade se utilize, no Brasil, dos mesmos critérios adotados nas *class actions*, pois, “cuida-se de critérios – os princípios constitucionais – extraídos do próprio ordenamento pátrio, que permitem verificar, em caso de dúvida, se o legitimado está preparado para proceder às escolhas atinentes à tutela coletiva sem suprimir direitos fundamentais” (GUEDES, 2012, p. 165-166). Vale dizer, para a autora, o controle está relacionado à necessidade de exame das circunstâncias do caso concreto e, não, a uma liberdade irrestrita ou a ausência de critérios jurídicos para o julgador.

Assim, Guedes filia-se à corrente que sustenta que o controle da adequação da representatividade deve ser exercido *ope judicis*, em face da impossibilidade do sistema *ope legis* exaurir os parâmetros objetivos e de prever em lei formal, de antemão, todas as hipóteses de inadequação (GUEDES, 2012, p. 137), pelo que sustenta a tomada dos princípios constitucionais como parâmetros normativos (GUEDES, 2012, p. 139) e, no que toca aos direitos coletivos, a dificuldade de resolução leva ao “necessário ativismo judicial, pois o

⁸² Que o presente estudo interpreta como sendo o caso concreto sobre o qual se dará a representação pelo legitimado coletivo.

⁸³ Sem descurar da observância da exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de não restar justificado o controle da representação da representatividade (GUEDES, 2012, p. 182).

Registre-se que, antes da Constituição da República de 1988, Barbosa Moreira já propugnava pela inclusão do princípio da obrigatoriedade da motivação de decisões judiciais em nível constitucional, por ser garantia inerente ao Estado de Direito (BARBOSA MOREIRA, 1980 a, p. 95) e que, posteriormente, resultou no vigente art. 93, inciso IX, da obrigação de serem todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Sugere-se, ainda, o interessante histórico trazido por Araújo, desde a Antiguidade, da obrigação de fundamentação dos atos judiciais (ARAÚJO, 2005, p. 10-22).

magistrado deverá adotar uma postura mais flexível e aberta à realidade para, discricionariamente, exercer o controle da adequação da legitimidade” (GUEDES, 2012, p. 140) por via dos princípios que elenca: a) ponderação de princípios valores e bens; b) proibição de excesso na restrição de direito fundamental; c) concordância prática enquanto coexistência máxima de valores; d) igualdade enquanto coerência entre critérios discriminados e o fim a que eles se destinam; e) razoabilidade na harmonia entre legitimidade e individualidades do caso; f) proporcionalidade entre meios e fins (GUEDES, 2012, p. 143 e 182).

A doutrina pátria tem identificado três sistemas para o controle da representatividade adequada dos entes intermediários, o que foi sistematizado por Mirra: 1. sistema administrativo, em que o órgão da Administração Pública, em exercício de competência discricionária ou vinculada, reconhece por ato administrativo que o ente intermediário é representativo da coletividade, exemplificando a Itália, em que é necessário decreto do Ministério do Meio Ambiente, após parecer do Conselho Nacional, para a certificação do legitimado⁸⁴; 2. sistema legal, em que é a lei que fixa requisitos para o legitimado ativo, indicando-se os exemplos do Brasil e Bélgica; e 3. sistema judicial que atribui ao juiz, no caso concreto, a apuração da representatividade adequada do legitimado, levando em conta ou não parâmetros abstratos previstos em lei, entendendo ser judicial o sistema da *class action* (MIRRA, 2010, p. 196-197).

No mesmo sentido, Nery Júnior entende que “nos Estados Unidos, é o juiz que decide quem pode mover a ação coletiva. Há uma legitimação *ad causam ope judicis*, quer dizer, por obra do Juiz. Ele é quem vai decidir quem pode mover a ação” (NERY JÚNIOR, 2006, p. 155).

⁸⁴ Gidi sugere, para o Brasil, que sejam instituídos instrumentos de facilitação do controle, pelo juiz, da adequação, dentre os quais a seleção cuidadosa pelo legislador das categorias de representantes legitimados e a possibilidade de intervenção do Ministério Público e outros colegitimados, com as quais este estudo concorda. Porém, propõe também medida de controle no âmbito administrativo das associações legitimadas (GIDI, 2002, p. 65, nota 9), o que este estudo entende como um retrocesso pela possibilidade de cercear a atuação das organizações da sociedade civil, na contramão da ampliação do direito de acesso à justiça, especialmente no marco proposto por Cappelletti e Garth já abordado neste estudo, em seu capítulo 1, quanto à importância da atuação das formações sociais intermediárias.

Exatamente nessa linha de ampliação do direito ao acesso à justiça que Guedes sustenta a possibilidade jurídica do controle da adequação da representação/representatividade do legitimado coletivo e adita que, em razão da adoção dos princípios constitucionais como seu parâmetro, o seu exercício amplia a possibilidade de legitimação coletiva para todo e qualquer indivíduo, no polo ativo ou passivo da relação processual (GUEDES, 2012, p. 183), e deixe claro que, no que considera uma perspectiva imediatista, a restrição da legitimação não representa propriamente um *minus* para a tutela dos direitos coletivos, mas sim a defesa adequada e propícia (GUEDES, 2012, p. 80, nota 11).

Tal classificação, contudo, encontrou crítica em Gidi, por entender que a distinção entre legitimidade *ope legis* e *ope judicis* é “fruto de uma interpretação equivocada da prática das *class actions* norte-americanas”, pois para o autor, tanto no direito brasileiro como no norte-americano, a legitimidade é determinada pela lei escrita e não pelo juiz.

É impreciso dizer que nos Estados Unidos o juiz “escolhe” o autor da ação ou que a legitimidade nasce por *fiat* judicial. O autor da *class action* é aquele que a propõe e o juiz não poderá mudá-lo, a menos que não seja membro típico do grupo ou adequado, como determina a lei escrita.

Já sustentara que o sistema da *class action*, assim como o da ação coletiva brasileira, deveria ser classificado como *ope legis*, pois em ambos os critérios já estão explicitados nos textos legais:

A única diferença reside no fato de que a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, aberto, portanto a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz e pelo sistema vinculante de precedentes, enquanto os requisitos exigidos pelo nosso direito positivo são de caráter bem mais objetivo (GIDI, 1995, p. 47).

Gidi, portanto, não sustenta ser discricionário o controle da adequação da representação, mas reconhece que há requisitos que se inseririam em regras de experiência⁸⁵ e conceitos jurídicos indeterminados⁸⁶ (GIDI, 1995, p. 48), e é extremamente enfático na defesa do controle para todos os legitimados, dada a nova significação do devido processo e do direito de ser ouvido, em perspectiva não mais individual, em quatro obras que publicou, com a mesma argumentação *ipsis litteris*:

⁸⁵ Regras de experiência consistem em espécie de conhecimento – para além dos fatos notórios a que tem acesso o intérprete devido a estar inserido em ambiente sociocultural – que dos fatos singulares se distinguem por sua generalidade, consistindo em noções que refletem o reiterado perpassar de acontecimentos semelhantes autorizando, por indução, à convicção de que se apresentarão da mesma forma no futuro, e que têm base científica, técnica ou se repousam na pura observação cotidiana (BARBOSA MOREIRA, 1980 b, p. 62).

Registre-se que o art. 335 do revogado Código de Processo Civil de 1973 já previa recurso às regras de experiência e, atualmente, a redação do vigente art. 375 do CPC (BRASIL, 2015 a) traz redação: “O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”, porém observa-se que se suprimiu a exigência de falta de normas jurídicas particulares.

⁸⁶ Expressões de sentido impreciso - às quais se recorre a técnica legislativa, dada a impossibilidade de sempre delimitar com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica – com indicações de ordem genérica, deixando bastante para tornar claro o que lhe parece essencial e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato – o cuidado de “preencher os claros” (BARBOSA MOREIRA, 1980 b, p. 64). Mas, diferencia os conceitos jurídicos determinados de discricionariedade, que ocorre quando a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, e realçando que os conceitos indeterminados integram a descrição do fato e a discricionariedade refere-se aos efeitos jurídicos que a lei atribui ao fato (BARBOSA MOREIRA, 1980 b, p. 66).

Se levado às últimas consequências, o devido processo legal impediria qualquer ação coletiva. Todavia, como Mauro Cappelletti defendeu há quase trinta anos, em lugar do devido processo legal tradicional, de natureza individual, deve se estabelecer um devido processo legal social, ou, como o chamamos, um devido processo legal coletivo. Através desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado (GIDI, 2002/2012, p. 69-70; 2007, p. 135 e 2008, p. 78).

Para além, Gidi ainda elenca outros fundamentos para sustentar tal controle, uma vez que “o representante não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados [...] o mínimo que esse estranho tipo de ‘representante’ deve ser é adequado. Essa adequação deve ser submetida a um rigoroso controle judicial” (GIDI 2002/2012, p. 70) e, ainda, em razão da possibilidade de que incompetência, negligência ou má-fé durante o desenrolar do processo coletivo possam levar a resultados danosos ao interesse coletivo, mesmo em face da previsão da extensão *secundum eventum litis* e *in utilibus* da coisa julgada, dado ser a repositura da ação coletiva possível apenas em face de prova nova, mas não por existência de melhor argumentação (GIDI, 2002/2012, p. 63). Ademais, sustenta que seria equivocado pensar que o objetivo do controle da representação seja proteger o réu de demandas temerárias, propostas por pessoas interessadas em extorquir dinheiro ou atrair atenção, pois visa primordialmente proteger o interesse do grupo, sendo meramente indireto o benefício ao réu (GIDI, 2008, p. 93).

Também Mancuso elenca, dentre os aspectos da legitimação coletiva, o adequado representante:

(i) trata-se de ações ideológicas, empolgando interesses dessubstantivados, judicializados não por quem deles se afirme titular, mas por um adequado representante; (...) (ii) a situação legitimante, então, desloca-se para outros parâmetros, com destaque para a relevância social do interesse, já que os valores judicializáveis através das ações coletivas estão em *numerus apertus*, conforme a cláusula ‘outro interesse difuso ou coletivo’ (Lei 7.347/85, art. 1º, IV); (iii) ao quesito precedente acopla-se a exigência da representação adequada, dentre nós fixada *ope legis* (Lei 7.347/85, art. 5º; CDC, art. 82), todavia sobejando um espaço residual ao juiz, mormente quanto à associação-autora, para avaliação de itens como autorização assemblear e pertinência temática (MANCUSO, 2012, p. 461).

Longe, porém, está a questão de ser pacífica, tendo Carneiro rechaçado a possibilidade de controle da adequação, dada a opção legislativa:

E aqui é importante dizer, o legislador brasileiro optou no sentido de predeterminar, de forma objetiva, os requisitos que permitiriam a uma determinada entidade, a uma determinada associação, promover a ação civil pública (artigo 5º, nº I e II), com a ressalva introduzida também pelo Código do Consumidor, que permite, a critério do juiz, dispensar o requisito

temporal de pré-constituição da associação desde que exista manifesto interesse social (§ 4º, do art. 5º). Ele não adotou o sistema dos países da *Common Law*, no sentido de que o juiz possa controlar a representatividade adequada, considerando ou não aquela parte que promove a ação como apta para a defesa daquele direito. O legislador brasileiro partiu de critérios objetivos, mas colocou uma salvaguarda, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, quando não fosse parte, obrigatoriamente como fiscal da lei, e mais, a reforma promovida pelo Código de Consumidor determinou que, em caso de desistência infundada ou de abandono da ação pela associação autora, caberia ao Ministério Público dar-lhe prosseguimento assumindo a titularidade ativa (§ 3º, do art. 5º) (CARNEIRO, 1995, p. 02).

Não se pode deixar de ressaltar que mesmo os defensores do controle da adequação da representatividade coletiva sustentam que tal não significa que os legitimados tenham que comprovar, prévia e abstratamente, a sua adequação — para além dos requisitos legais fixados explicitamente para as associações — sendo essa presumida e, somente se durante o processo se verificarem indícios de inadequação da defesa do interesse em jogo, é que se poderia apontar para o questionamento e a aplicação de medidas que devam solucioná-la. Nesse sentido, sustenta Guedes, para quem “o exame da adequação da representatividade à luz dos princípios constitucionais apenas tem lugar nas situações em que haja dúvidas acerca da presunção de representatividade estabelecida em lei” (GUEDES, 2012, p. 165-166).

Ademais, o presente estudo entende que os requisitos de adequação das *class actions* não se afiguram razoáveis, especialmente em sua premissa de “ausência de antagonismo ou conflito de interesses⁸⁷ entre o representante e o grupo” (GIDI, 2002/2012, p. 67), o que já traz um primeiro problema que é o dado real — que vem desafiando qualquer tentativa de pensamento categorizante, inclusive a classificação de Vitorelli⁸⁸ — de que o conflito faz parte da vida em sociedade e mesmo existe no interior do grupo afetado. Portanto, a adequação nunca poderá faticamente ser identificada com a ausência de conflitos entre representante e representado, para o que a ciência política já ofereceu a solução consistente na conciliação entre representação e participação e na atuação independente-responsiva do representante.

4.1 Controle da adequação do Ministério Público

⁸⁷ Em que pese registrar que há jurisprudência norte-americana que admite a certificação da *class action* mesmo em casos de discordância entre representante e grupo quanto à conveniência da propositura da ação, a respeito da tese jurídica defendida ou da natureza da tutela postulada, registra Roque que o conflito de interesses é a principal justificativa para a inadmissão da ação coletiva, mencionando estudo que registrou ocorrência em 53% dos casos em que fora considerado inadequado o representante (ROQUE, 2009, p. 186).

⁸⁸ De que se falará ainda no presente capítulo.

Por ser o foco do presente estudo, devem ser expostos os entendimentos sobre a possibilidade de controle da adequação do Ministério Público e que, como ainda se sustentará o presente estudo, vem sendo erroneamente ligado à legitimação *ad causam*.

Assim, tal possibilidade é rechaçada por grande parte da doutrina, a começar por Almeida, ao sustentar que a instituição atua legitimada por um princípio constitucional, que denomina de “presunção constitucional de legitimidade pela afirmação de direito”, segundo o qual “basta que haja afirmação de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, para que esteja legitimado o Ministério Público para agir, seja no campo jurisdicional seja no extrajurisdicional”, como decorrência direta dos dispositivos constitucionais dos artigos 127, caput, e 129, II, III e IX, e aditando:

Assim, restringir a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa dos direitos ou interesses coletivos, em sua tríplice concepção legal (art. 81, parágrafo único, do CDC), além de inconstitucional, é postura socialmente perversa: significaria negar acesso à Justiça em face dos interesses primaciais da sociedade, por conseguinte impedindo a efetivação do Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º da nossa Constituição Federal. (ALMEIDA, 2003, p. 516).

Também no sentido da rejeição, porém já se voltando para o interesse processual do autor da ação, e invocando Francesco Carnelutti:

No que pertine ao Ministério Público, entende o mestre que o interesse processual deriva do poder (legitimidade) e que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil.

Em outras palavras, o interesse está pressuposto (*in re ipsa*) na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação (FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 35).

Adotando presunção absoluta do interesse ou pertinência temática em relação ao Ministério Público, afirma Leonel que, “pelas próprias características e configuração constitucional— instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis —” o ente ministerial possui interesse material e pertinência temática presumidos, de forma absoluta, por lei, relativamente a qualquer direito coletivo em sentido amplo. Por isso, de acordo com o autor, “não há necessidade de reconhecimento caso a caso da pertinência temática entre a atuação ministerial e o objeto do litígio coletivo”, pois há vocação inata do Ministério Público para essa função (LEONEL, 2002, p. 164)

Para Mazzilli⁸⁹, a redação atual do art. 5º da LACP, e que passou a elencar os legitimados ativos em incisos separadamente, somente imiscuindo a exigência de prazo de constituição e pertinência temática para as associações⁹⁰, deixa clara a impossibilidade de sua exigência ao Ministério Público⁹¹. Também para Godinho, pois da legitimação *ad causam* dada normativamente decorre, para o Ministério Público, a capacidade postulatória⁹² para exercício de suas finalidades normativas – defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis (GODINHO, 2007, p. 331).

Todavia, Mancuso explicitamente posiciona-se pela necessidade do controle da adequação ministerial, “mormente no caso dos interesses individuais homogêneos, interessando saber, por exemplo, se tais interesses são realmente indisponíveis e de relevância para a coletividade, porque caso contrário o procuratório judicial cabe à advocacia” (MANCUSO, 2012, p. 466). E expõe a tendência, registrada no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa⁹³ (BRASIL, 2004 a), de admissibilidade do controle centrada na adequação da representatividade do legitimado (MANCUSO, 2012, p.

⁸⁹ Assim como Mirra entende que a interpretação, que possibilita outras exigências de adequação da representatividade que não as já previstas na LACP expressamente, desconsidera que houve opção consciente do legislador ao não aprovar o Projeto de Lei Flávio Bierrenbach de número 3.034 (BRASIL, 1984 b) e, sim, o substitutivo com a fórmula da legitimação *ope legis*, o que seria acertado em sua opinião, para se afastar a possibilidade de exigências discriminatórias ou considerações de ordem pessoal por parte dos magistrados, acarretando indevida restrição à participação judicial da coletividade (MIRRA, 2005, p. 51).

⁹⁰ Porém defende que o requisito da pertinência temática é exigido de sindicatos, fundações privadas e entes da administração indireta, excluindo-o para entes da federação, Ministério Público e partidos políticos, tendo em vista a larga abrangência programática destes últimos (MAZZILLI, 2013, p. 342). Registre-se o posicionamento diverso, sustentando que o fato do Supremo Tribunal Federal dispensar a pertinência temática nos processos objetivos (controle concentrado de constitucionalidade) não conduz à ilação de que tal requisito esteja presumido na ação civil pública ou no mandado de segurança, por serem processos onde se discutem questões concretas (GUEDES, 2012, p. 125-126, nota 95), para além de sustentar que o rol constitucional é taxativo em relação à eleição dos legitimados para mandados de segurança coletivo, deles excluindo o Ministério Público (GUEDES, 2012, p. 129, nota 97).

⁹¹ “Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação para a defesa dos interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*, presume-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza, até mesmo interesses individuais homogêneos disponíveis, que tenham expressão social” (MAZZILLI, 2013, p. 342).

⁹² Remete-se à já mencionada, no item 1.1, tradição alemã da distinção entre legitimidade *ad causam* – um conceito insuficiente para solucionar questões coletivas – e o direito de conduzir o processo, que pode ser atribuído legalmente a terceiro (ALMEIDA, 2003, p. 500).

⁹³ “Art 2º. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado; II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. § 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto. § 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. § 3º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º.”

467), o que mereceu crítica de Mirra, em razão da dificuldade, senão impossibilidade, como já antevista no capítulo 2, de se provar “a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda”, não somente para o Ministério Público e Defensoria Pública, como também para o indivíduo que, no referido projeto, foi também legitimado, aditando que a atribuição de referido controle, sem limitação legal da investigação permitida, abriria espaço para o subjetivismo (MIRRA, 2005, p. 55).

Tentativa de consagração legislativa da possibilidade do controle judicial da representatividade, tomada como condição de legitimação *ad causam*, incluindo explicitamente o Ministério Público, também se deu no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP/IBDP⁹⁴ (BRASIL, 2005 b), tendo Didier registrado que deve o magistrado examinar a pertinência temática entre as funções institucionais do Ministério Público e o objeto da demanda, e que todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser tomados a partir do conteúdo da demanda coletiva (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 97).

Contudo, registre-se que as sugestões de controle da adequação da legitimidade, feitas nos acima mencionados Código Modelo e Anteprojeto da USP/IBDP, além do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA⁹⁵ (BRASIL, 2005 a), foram desconsideradas no Projeto de Lei nº 5.139 (BRASIL, 2009 c) apresentado pelo Governo Federal, que manteve o sistema legal de definição de critérios e requisitos de legitimidade apenas em incisos relativos a entes despersonalizados, sindicatos, partidos políticos, associações civis e fundações de direito privado, e não nos incisos que explicitam a legitimação do Ministério Público, Defensoria Pública e OAB.

⁹⁴ “Art. 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: [...] III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; [...] § 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; § 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.”

⁹⁵ “Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I – a adequada representatividade do legitimado; II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. § 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.”

Em outro polo, Vitorelli defende incisivamente o controle da adequação da representatividade do legitimado coletivo, incluindo o Ministério Público, ao retomar sua preocupação de que a atividade do representante não possa se dar desvinculada dos interesses dos representados pelos quais atua, pelo que se impõe determinar quem é o grupo⁹⁶ que será considerado representado e, com ele, quais são as vontades, interesses e perspectivas relevantes para a atuação do legitimado coletivo, para sustentar que não existe representação abstratamente adequada, sequer a promovida pelo próprio Estado, para o que menciona o exemplo da ação e ajustamento de conduta firmado pela União e Estado de Minas Gerais com a Mineradora Samarco em razão dos atos violadores do meio ambiente em Mariana/MG (VITORELLI, 2016 a, p. 248), decorrentes do rompimento da barragem de rejeitos de mineração denominada Fundão, em 05 de novembro de 2015, contaminando a bacia do Rio Doce nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

O presente estudo entende que o exemplo é pertinente, pois houve críticas à atuação dos entes públicos, especialmente por ausência de participação ou escuta efetiva das comunidades atingidas, sendo contundente e profunda a formulada pelo Grupo de Pesquisa e Extensão Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade – PoEMAS⁹⁷, na publicação denominada Rompimento da Barragem de Fundão – Dossiê TAC Governança, Versos - Textos para Discussão, que analisou cada um dos instrumentos negociais utilizados pelos representantes coletivos nas ações judiciais propostas.

Assim, em relação à ação civil pública de número 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada pela União, Autarquias e Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo em face das empresas Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda., o PoEMAS rendeu-lhes imediata crítica pela judicialização precipitada, sem se saber ao certo a amplitude do desastre, já seguido do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, denominado TTAC, que criou a Fundação Renova para a gestão dos recursos e execução dos programas de recuperação de danos, e o Comitê Interfederativo conhecido como CIF, responsável pelo acompanhamento e fiscalização da referida fundação, porém sob responsabilidade do Poder

⁹⁶ Mediante nova tipologia de direitos metaindividuais a partir dos grupos atingidos e da irradiação dos efeitos sobre os grupos, que será vista ainda neste capítulo.

⁹⁷ O grupo, como ele próprio se descreve, “é composto por pesquisadores e alunos com formações diversas e utiliza conhecimentos da economia, da geografia, da sociologia e das políticas públicas para analisar e avaliar os impactos que as redes de produção associadas à indústria extrativa mineral geram para a sociedade e para o meio ambiente. Além de pesquisas acadêmicas, o grupo também realiza atividades de extensão. Para tanto, desenvolve parcerias com organizações não governamentais, movimentos sociais, sindicatos e comunidades que debatem ou sofrem efeitos das atividades extrativas minerais. Tais parcerias buscam contribuir para um entendimento crítico sobre o desenvolvimento econômico baseado nos recursos minerais” (MILANEZ *et al.*, 2018).

Público, o que foi amplamente criticado pelo Ministério Público e pela sociedade civil tendo em vista o fato de que o primeiro, enquanto defensor dos interesses sociais, não participara das discussões sobre os termos do acordo, assim como a população atingida, titular dos direitos de reparação em questão, que não foi sequer consultada durante todo esse processo⁹⁸ (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 9), motivo pelo qual o TTAC foi, então, suspenso por decisão judicial, porém mantida a atuação da referida fundação.

E, quanto à ação proposta pelo Ministério Público Federal de número 0023863-07.2016.4.01.3800, que o PoEMAS entendeu que “se preocupou em fazer uma abordagem mais ampla e bem embasada do caso para uma prestação jurisdicional mais adequada”(MILANEZ *et al.*, 2018, p. 5), também recebeu críticas ao seu Termo de Ajustamento Preliminar, denominado como TAP, firmado em 18 de janeiro de 2017, com o intuito de estabelecer a contratação de um quadro de peritos, assessores e/ou assistentes técnicos para auxiliar o Ministério Público Federal na realização do diagnóstico dos danos socioambientais e socioeconômicos, bem como para analisar o que já estava sendo feito por parte das empresas, que foi repudiado em razão da “ausência de participação das populações atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão”⁹⁹ (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 12).

Posteriormente, firmado o Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar, identificado como Aditivo ao TAP, no dia 16 de novembro de 2017 pelo Ministério Público Federal e, desta feita, acompanhado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o PoEMAS entendeu como boa medida a inserção, como princípios norteadores, do respeito à centralidade das pessoas atingidas, a transparência, a necessidade de assessoria técnica independente para os atingidos e o respeito às lógicas coletivas de pertencimento, de auto-organização e de preferência por negociações coletivas, evitando a pulverização das demandas (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 12), além de criar o Fórum de Observadores, órgão de natureza consultiva, desempenhando o papel de instância de participação e controle social (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 14).

⁹⁸ “Além disso, percebeu-se que os termos do acordo davam às empresas responsáveis, tidas como réis no processo original, o poder de influenciar e decidir sobre o sistema de reparação dos danos e, por esse motivo, adotar medidas que preservassem seu patrimônio ao máximo possível, em detrimento da realização da total reparação dos danos causados” (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 10).

⁹⁹ Além de críticas quanto ao fato de haver sido incluído como agente consultor do MPF o Banco Mundial porque “demonstra o tipo de parâmetro que se reputou como adequado para ser utilizado como guia dos trabalhos do órgão ministerial, tendo em vista as características inerentes a esse agente internacional, orientadas a uma lógica de expansão do capitalismo, de gestão financeira, de competição e de maximização do lucro. Ou seja, uma linha de pensamento que não coincide com o papel que o Ministério Público deve ter nesse processo enquanto representante da sociedade e defensor dos interesses sociais” (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 12).

Após, o Termo de Ajustamento de Conduta Governança objetivou mudar atuação da Fundação Renova mediante a criação de mecanismos que permitissem a efetiva participação dos atingidos: Comissões Locais; Câmaras Regionais como espaços de discussão e interlocução com a Fundação Renova acerca de seus programas e projetos de reparação; inclusão de pessoas atingidas ou técnicos por elas indicados no CIF ou nas suas Câmaras Técnicas e no Conselho dos Curadores da Renova; inclusão da Defensoria Pública no CIF e nas Câmaras Técnicas; e repactuação dos programas socioambientais e socioeconômicos para reparação integral. Contudo, também foi o TAC Governança alvo de crítica do PoEMAS por haver sido construído sem participação dos atingidos¹⁰⁰ (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 16).

E a mais incisiva crítica do PoEMAS se deu à sentença homologatória do TAC Governança que impôs “ressalvas interpretativas aditivas” ao texto do termo aditivo ao TAP, classificada pelo grupo de estudos como decisão *ultra petita* por vedar vinculação/filiação de membros das assessorias técnicas aos atingidos, direta ou indireta, com partidos políticos ou atividades político-partidárias, vínculo de subordinação com movimentos sociais ou Organizações Não Governamentais atuantes na área do Desastre de Mariana e vínculo de subordinação com entidades religiosas (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 18), bem como por negar intervenção, como *amicus curiae*, à Rede de Pesquisa Rio Doce formada pelos grupos vinculados às Universidades Federais de Ouro Preto, Juiz de Fora e Espírito Santo, sob a justificativa de ausência de representatividade adequada e de efetiva contribuição (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 19).

No caso, portanto, não se pode desconsiderar que houve desvirtuado uso do controle da adequação da representatividade, para indevidamente afastar da lide as instituições que atuavam diretamente com atingidos, incluindo movimentos sociais, e de técnicos renomados de instituições de ensino oficiais, motivo pelo qual devem ser enfrentados os problemas que tal exigência pode trazer, o que se fará ainda no presente capítulo.

Antes, porém, não se pode esquecer que a questão da admissibilidade do controle da adequação também é colocada na fase de cumprimento de sentença, para a qual a única menção contida na LACP é a do seu art. 15, que fixa prazo de sessenta dias do trânsito em julgado para a execução pelos colegitimados, desde que a associação autora não o tenha feito.

¹⁰⁰ Outras críticas, que fogem ao escopo do presente estudo, deram-se contra o excesso de instâncias e burocratização, vagueza na descrição do procedimento da repactuação e ausência de menção às violações de direitos denunciados no âmbito dos programas já em execução e insuficiência da garantia de 2,2 bilhões de reais, aquém dos 20 bilhões de reais pedidos pela União dos 155 bilhões reais, pelo Ministério Público Federal em suas respectivas ações, gerando o questionamento sobre se os mecanismos criados garantiriam efetiva participação ou somente vinha para legitimar o acordo (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 17).

Tal lapso é considerado “bastante irrazoável (a execução coletiva é também uma ação, à semelhança da ação de conhecimento coletiva; se o legitimado poderia tê-la proposto autonomamente, porque não o faria do mesmo modo com a ação executiva?)” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 357), pois a sentença que envolva direitos difusos e coletivos em sentido estrito “pode tanto ser executada coletivamente, para efetivar o direito coletivo certificado, quanto individualmente, para efetivar o direito individual daquele que se beneficiou com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 358).

No CDC, a questão é regulada apenas no capítulo dos interesses individuais homogêneos, que no art. 97 garante a possibilidade da execução pela vítima e sucessores, assim como pelos colegitimados; já o art. 98 prevê explicitamente a execução coletiva. Finalmente, o art. 100 também fixa prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, para que possam o colegitimados promoverem execução da indenização devida, a ser revertida ao fundo de reconstituição de interesses lesados.

Tais dispositivos levaram Zavascki a defender como inadequado o Ministério Público — senão para a execução coletiva que se destina ao referido fundo — para substituir os beneficiários em sede de execução (ZAVASCKI, 2005, p. 218 e 226-228), coerentemente com seu posicionamento de que a legitimação ministerial somente se dá quando a lesão a tais direitos individuais comprometa também interesses sociais subjacentes (ZAVASCKI, 2005, p. 221):

[...] O próprio Ministério Público, independentemente de lei específica, pode, no exercício de suas funções institucionais, analisar e identificar situações em que a ofensa a direitos homogêneos compromete também interesses sociais. É seu dever, nesses casos, assumir a legitimação ativa e promover as medidas cabíveis para a devida tutela jurisdicional. É evidente que a decisão do *parquet* a respeito está sujeita ao crivo da parte contrária, que poderá contestar a existência, no caso concreto, do interesse social referido no art. 127 da Constituição. A palavra final sobre a adequada legitimação caberá, sempre, ao Judiciário, que a confirmará ou a afastará. Tratando-se de matéria de ordem pública, ela pode até mesmo ser conhecida de ofício pelo juiz da causa (CPC, art. 267, VI, § 3º e art. 301, VIII, § 4º) (ZAVASCKI, 2005, p. 226-227).

Esse entendimento, mereceu a crítica de Vitorelli, para quem é artificial a noção de que os direitos individuais homogêneos permanecem individuais, apenas merecendo tutela coletiva. Tanto assim que, na sua visão, não se deve cogitar da interrupção da prescrição de ação individual diante da propositura de ação coletiva (2016 a, p. 447). Em sentido contrário,

admitindo a interrupção da prescrição diante do ajuizamento de ação coletiva: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.347.713 (BRASIL, 2013 b).

E, embora não seja o objeto específico da pesquisa empírica realizada neste trabalho, é relevante mencionar que a questão sobre a adequação da representatividade do legitimado se coloca não somente em relação às postulações judiciais, mas também aos ajustamentos de conduta cuja natureza jurídica a doutrina, reconhecendo a indisponibilidade do direito material coletivamente considerado, diverge entre classificá-lo como transação (MANCUSO, 2002, p. 238), que é limitada ao modo de cumprimento da obrigação (LENZA, 2005, p. 79), ou como acordo em sentido estrito como outra espécie do gênero acordo em sentido lato (AKAOUI, 2012, p. 114) ou, ainda, como ato administrativo negocial “por meio do qual só o causador do dano se compromete” (MAZZILLI, 2013, p. 453) ou, por fim, como “negócio jurídico bilateral que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais” (RODRIGUES, 2006, p. 159).

Há divergências, ainda, sobre a natureza negocial do ajustamento de conduta, negando-a Guedes para quem a titularidade dos entes públicos encontra limites no princípio da harmonia e independência entre Poderes, sendo vedada a transferência a esses entes da função de equacionar controvérsias atinentes ao direito aplicável no caso concreto, pelo que o conteúdo do TAC equivale ao reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida, servindo para adequar o comportamento de um potencial réu na ação civil pública ao direito. Quando, porém, a determinação da conduta que esteja em conformidade com a lei ou com o direito carecer de exame valorativo mais apurado, o ajuste não poderá ser celebrado, e o legitimado deverá optar pelo ajuizamento da ação civil (GUEDES, 2012, p 157), no intuito de evitar insegurança jurídica e inadequação quanto à escolha da forma de tutela dos direitos coletivos.

Admitida ou não o caráter transacional, de qualquer forma, recorda Rodrigues que propiciar mecanismos de participação na formação da decisão do órgão legitimado na celebração do ajuste é decorrência do princípio democrático. Para esse fim, sugere notificação da pessoa ou grupo que motivou a atuação administrativa¹⁰¹ e os que tenham direitos coletivos em questão, a realização de audiência pública e a oitiva de conselhos que tenham

¹⁰¹ Pessoa esta denominado, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na regulamentação feita via vigente Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3 (MINAS GERAIS, 2009), de representante nos procedimentos, dentre os quais o Inquérito Civil.

representação da sociedade (RODRIGUES, 2006, p. 139-141).¹⁰² Tais medidas podem evidenciar a adequação do legitimado que toma o compromisso serão analisados no quinto capítulo.

Contudo, diante da conciliação entre os falsos opostos mandato-independência, antevistos no segundo capítulo, “a liberdade do legitimado coletivo para firmar compromissos ou acordos com o causador do ilícito é limitada pela demonstração de que, dadas as circunstâncias, a reparação acordada é a mais adequada, do ponto de vista jurídico e científico”, cabendo-lhe o ônus da demonstração (VITORELLI, 2016 a, p. 493)

Ademais, o presente estudo concorda com o entendimento de Mazzilli, para quem o ajustamento de conduta constitui “*garantia mínima* em favor do grupo lesado” (MAZZILLI, 2013, p. 453, grifo no original), com importante consequência:

Se qualquer outro colegitimado à ação civil pública ou coletiva não aceitar o compromisso de ajustamento de conduta tomado extrajudicialmente pelo órgão público, poderá buscar diretamente os remédios jurisdicionais cabíveis, justamente porque o compromisso terá essa característica de garantia mínima, nunca de limitação máxima de responsabilidades do causador do dano. Seria inconstitucional que um colegitimado ativo à ação civil pública estipulasse extrajudicialmente um limite de responsabilidade material em favor daquele que causou danos a interesses transindividuais, dos quais o órgão público não é sequer titular (MAZZILLI, 2013, p. 460).¹⁰³

Assim, em face de discordância de um colegitimado, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser rescindido como os atos jurídicos em geral, por meio de ação anulatória, com a ressalva de que nem sempre será necessária tal providência pois, “em certos casos nem mesmo será conveniente, porque, posto considerado insatisfatório pelos lesados ou por outros colegitimados, mesmo assim já terá assegurado um mínimo em favor do grupo, classe ou categoria de pessoas transindividualmente consideradas” (MAZZILLI, 2013, p. 463-464).

Por isso, prescindindo da necessidade de anulá-lo, qualquer colegitimado à ação civil pública ou coletiva poderá discordar do compromisso de ajustamento de conduta e propor diretamente a ação judicial cabível. Caso contrário, interesses transindividuais poderiam ficar sem possibilidade de defesa em juízo. E, quanto aos particulares titulares dos interesses

¹⁰² Registre-se que a autora também concilia representação e participação, na medida em que defende que “A decisão final sobre o ajuste, no entanto, sempre será do órgão legitimado, porque não há determinação legal de vinculação à deliberação da sociedade, o que, aliás, nem seria necessariamente interessante, devido à possibilidade de sua manipulação. Ademais, não se deve retirar dos órgãos públicos a responsabilidade pela adoção da medida mais adequada. O que se advoga é que esse processo deliberativo precisa, para ser democrático, ser o mais participativo possível, ensejando um amplo controle sobre a decisão do órgão público” (RODRIGUES, 2006, p. 139).

¹⁰³ Exemplifica com decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 265.300 (BRASIL, 2006), que admitiu ação do Ministério Público contra empresas que firmaram ajustamento de conduta com o Ibama (MAZZILLI, 2013, p. 460).

transindividuais lesados, inclusive individuais¹⁰⁴ homogêneos, a provocação individual da jurisdição não está afastada, por não haver identidade entre ações coletivas e individuais¹⁰⁵-
106.

Contudo, considerando que a via coletiva é, por todos os fundamentos expostos no primeiro capítulo, o melhor meio de tutela de direitos metaindividuais, e mesmo considerando-se acertadamente que o ajustamento de conduta é garantia mínima dos titulares do direito, entende este estudo que a adequação da representatividade do ente público tomador do compromisso é importante para se evitar desconexão entre os interesses dos atingidos e os efetivamente levados à jurisdição, como antevista nas pertinentes críticas feitas ao TTAC firmado pela União e Estados com os violadores no caso ambiental de Mariana.

Por fim, não se pode descurar da discussão da adequação da representatividade em outros instrumentos de solução coletiva de demandas individuais, pois a despeito da opção legislativa brasileira de veto à conversão obrigatória da ação individual em coletiva, no art. 333 do CPC (BRASIL, 2015 a), o ideal da solução coletiva persistiu no seu art. 139, inciso X, que incumbiu o juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar ao ente legitimado na forma da LACP e do CDC para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Em verdade, o ideal da ação coletiva reside na própria razão de ser do instituto, tendo em vista os óbices à iniciativa individual que orientaram a segunda onda renovatória do acesso à justiça de Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas —IRDR, no art. 976 do CPC (BRASIL, 2015 a), voltado à aplicação da tese jurídica a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito na jurisdição do respectivo

¹⁰⁴ Registre-se que o ajustamento de conduta é também juridicamente possível para a defesa de direitos individuais indisponíveis, apesar do veto ao parágrafo 3º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, em razão do seu art. 113 que inseriu o parágrafo 6º no art. 5º na Lei da Ação Civil Pública (MAZZILLI, 2002, p. 330).

¹⁰⁵ “O objeto das ações civis públicas ou coletivas são as lesões difusas, coletivas ou individuais homogêneas, vistas de forma global, não individualmente. A transação nelas obtida só abrange interesses uniformes; em nada prejudicará direitos individuais diferenciados, variáveis caso a caso [...] não impedem o acesso dos lesados ou dos colegitimados em juízo, em busca do mais que entenderem devido (sustentar o contrário seria admitir, indevidamente, que lesões a interesses individuais ficassem afastadas ao acesso ao Judiciário, por mera concessão de alguns poucos legitimados ao causador do dano, excluída a intervenção dos próprios lesados [...]). Os que foram lesados individualmente também continuam com acesso direto à jurisdição. (MAZZILLI, 2013, p. 465).”

¹⁰⁶ Há sugestão de fazer constar no termo de ajustamento a ressalva de que interesses periféricos não estão representados e, portanto, não se consideram abrangidos pela solução avençada (VITORELLI, 2016 a, p. 589), embora o presente estudo entenda como não necessária a medida, dada a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição a ser provocada pelos interessados.

tribunal¹⁰⁷ e aos casos futuros, com obrigatória intervenção do Ministério Público, sob o fundamento de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica que causariam as decisões isoladas, aqui também se coloca a questão da adequação da representatividade, dado que a decisão repetitiva atinge forçosamente os envolvidos nos processos suspensos.

Por isso, concorda-se com o posicionamento de Eberhardt, no sentido de que o “melhor equilíbrio entre os valores participação, economia processual e segurança jurídica pode ser obtido se o incidente for instaurado a partir de ação coletiva”, quando existente. Consideramos, como o autor, que, nesse caso, o autor coletivo “será representante adequado (ao menos assim definido em lei, cumprindo ao julgador aferir a adequação no curso do incidente), com presumida competência técnica e, a depender da situação concreta, após a conclusão de inquérito civil.” (EBERHARDT, 2018, p. 118). Especificamente no que interessa diretamente ao presente estudo e sua proposta de adoção da atuação ministerial no inquérito civil como importante indício de sua representatividade, sugere que a ação coletiva seja priorizada para o julgamento repetitivo porque “se teria material de julgamento mais qualificado, tendo em vista a possível realização de inquérito civil, e a capacidade técnica e organizacional dos membros destas instituições” (EBERHARDT, 2018, p. 181).

4.2 Mas de que controle se está falando?

Houve opção legislativa brasileira de outorgar legitimidade constitucional e legal para a propositura das ações coletivas a entes públicos e aos "corpos intermediários" considerados "partes ideológicas" (CAPPELLETTI, 1977, p. 10), sustentando Mirra que a qualificação ideológica do demandante se dá porque a sua relação com a coletividade é de “representação funcional”, de natureza política, “cuja atuação é capaz de propiciar o aumento da influência da sociedade no processo político” (MIRRA, 2005, p. 65). Esse último autor, inseriu o Ministério Público dentre tais representantes funcionais, “intitulados à participação pública semidireta” (MIRRA, 2010, p. 77; 125):

É o que se verifica, por exemplo, com o Ministério Público, reconhecido pela Constituição Federal como ente intermediário habilitado a atuar na defesa do meio ambiente e, por essa razão, dotado de representatividade política para tanto, na condição de representante funcional, não se tendo discriminado critérios suscetíveis de permitir a verificação da

¹⁰⁷ Possibilitada a ampliação para todo o território nacional, pelo tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, na forma do art. 982 § 3º do CPC (BRASIL, 2015 a).

representatividade sociológica dessa Instituição, por meio da aferição concreta da identidade entre sua ação e os anseios da coletividade na proteção do meio ambiente (MIRRA, 2010, p. 127).

Assim, Mirra faz a diferenciação entre a *representatividade* do porta-voz judicial do direito – de natureza político-sociológica¹⁰⁸ e indissociável da legitimidade ativa para a causa¹⁰⁹ – e a *representação* que se refere ao agir no curso do processo:

Note-se que a representatividade adequada aqui discutida não se confunde com a representação adequada, inspirada no sistema das *class actions* do direito norte-americano. A representação adequada, nestas últimas, ensina Antônio Gidi, diz respeito, fundamentalmente, à maneira como o processo é conduzido em juízo pela parte e seu advogado. Leva-se em conta, por isso, como esclarece o referido autor, a eficiência com que o representante legitimado defende, no processo já instaurado, os interesses do grupo ou classe representada, motivo da exigência da adequação da representação também em relação ao advogado escolhido para o patrocínio da causa. Não se trata, assim, de fenômeno relacionado à definição do sujeito legitimado para agir em juízo, mas concernente à avaliação do desempenho deste na demanda coletiva proposta.

[...] Assim, enquanto a representatividade adequada pode ser, de acordo com a opção do ordenamento jurídico examinado, definida *a priori*, em caráter abstrato, juntamente com atribuição da legitimidade para agir em juízo a certos entes intermediários, a representação adequada, ao contrário, tem sua constatação relegada, invariavelmente, ao caso concreto, uma vez ajuizada a demanda pelo legitimado ativo dotado de representatividade adequada (MIRRA, 2010, p. 194-195).

Dada a diferenciação, conclui pela presunção constitucional e legislativa da representatividade do Ministério Público e pela possibilidade de controle da adequação de sua representação:

Assim, o juiz, nos casos concretos, deve respeitar de maneira estrita o reconhecimento da representatividade adequada já realizado pela Constituição e/ou pela lei em relação ao Ministério Público e à OAB e limitar-se a controlar o preenchimento por parte da Defensoria Pública e dos entes privados dos requisitos de representatividade adequada constitucional ou legalmente previstos. No modelo encampado pela ação civil pública, que adotou, nunca é demais repetir, o sistema legal de identificação da representatividade adequada, não se autoriza o magistrado a realizar qualquer investigação a respeito da representatividade adequada do Ministério Público e da OAB, já reconhecida na Constituição e/ou na lei, e

¹⁰⁸ Para Mirra, a representação funcional é caracterizada como política porque fundada em normas de direito público, combinando também características de representação vinculada e de livre representação, de representação de interesses e de representação sociológica (MIRRA, 2010, p. 78).

¹⁰⁹ E, quanto à representatividade político-sociológica, Mirra rechaça a possibilidade do controle quanto à adequação do Ministério Público: “Registre-se, de todo modo, que se está diante de hipótese em que a adequação da representatividade do legitimado ativo para a ação civil pública é presumida legal e constitucionalmente, em caráter absoluto, sem necessidade de preenchimento pelo Ministério Público de qualquer requisito específico a esse respeito. Daí não se poder admitir controle judicial sobre a representatividade do Ministério Público, como autêntico porta-voz dos interesses da coletividade na defesa do meio ambiente” (MIRRA, 2005, p. 46).

tampouco da Defensoria e dos entes intermediários privados, para além do cumprimento por estes últimos dos requisitos taxativamente elencados, ainda uma vez, na Constituição e/ou na legislação infraconstitucional.

[...] Já quanto à representação adequada, entendida como a capacidade revelada pelo ente intermediário de atuar de maneira escrupulosa e eficiente, no curso do processo instaurado, na defesa do direito de todos ao meio ambiente, tem-se que, no direito brasileiro, deve ser vista, igualmente, como exigência inerente aos processos coletivos ambientais, válida para todas as ações coletivas propostas para a tutela da qualidade ambiental e, bem assim, para a ação civil pública. [...]

Registre-se que, com o exame da representação adequada, controla-se *in concreto*, durante o desenrolar do procedimento, a condução do processo pelo ente intermediário que promoveu a demanda, sob o prisma da proficiente, séria e honesta defesa judicial do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E tal controle é feito não só pelo juiz do feito como também por quaisquer outros entes intermediários aos quais se faculta intervir no processo – sobretudo o Ministério Público que intervém obrigatoriamente nos processos coletivos ambientais como fiscal da ordem jurídica –, para fins de auxílio e correção da atuação processual do demandante e até de assunção da titularidade da ação, na hipótese de este último ter se revelado inidôneo, por incompetência, desídia ou desonestidade (MIRRA, 2015, p. 88-89).

Essa interpretação feita por Mirra das obras de Gidi sobre o tema levaram o presente estudo a procurar a fonte direta da referida diferenciação nesse último doutrinador, encontrada em sua crítica aos anteprojetos de codificação coletiva, mais explicitamente o Código Modelo Ibero-Americano (BRASIL, 2004 a) e os Anteprojetos da USP (BRASIL, 2005 b) e UERJ/UNESA (BRASIL, 2005 a)¹¹⁰, em que rechaça a limitação do controle que referidos esboços legais fizeram, para exigi-la apenas do representante coletivo e não do advogado:

A experiência norte-americana das *class actions* demonstra que, na prática, pouco importa a adequação do representante. No caso concreto, é a atuação do advogado do grupo que é essencial para o resultado do processo. É ele quem está na linha de frente da defesa dos interesses do grupo e são os seus atos e omissões que vindicarão ou comprometerão o direito do grupo. Para bem representar os interesses do grupo, o advogado precisa tutelá-los vigorosamente; o representante é mero coadjuvante (GIDI, 2008, p. 96).

¹¹⁰ Gidi fez outras críticas aos anteprojetos, aos quais denomina derivados do seu, especialmente ao anteprojeto da USP (BRASIL, 2005 b) que limita o controle da adequação da representação ao indivíduo, não extensivo às associações, Ministério Público e outros legitimados, contrariando o entendimento exposto por sua principal autora Grinover (GIDI, 2008, p. 97), bem como faz crítica à própria extensão dos requisitos para os indivíduos – experiência, histórico na proteção judicial dos direitos, conduta em processos em que atuou, *etc* – pois poucas pessoas o lograriam ostentar, possivelmente só Mahatma Gandhi, Jacques Cousteau e Ralph Nader, formulando um pleito de desconsideração do referido dispositivo (GIDI, 2008, p. 99). E especialmente, criticou a omissão quanto à formação da coisa julgada em processo inadequado, pois deveriam prever que não vincularia o grupo por violação da garantia constitucional do devido processo legal, o que tecnicamente não demandaria previsão expressa, mas sua omissão poderia causar equívocos interpretativos (GIDI, 2008, p. 99-100). E, por fim, aproveitou para refutar as críticas ao seu anteprojeto original, especialmente a que relaciona a exigência de capacidade financeira do representante à discriminação e viés capitalista, alegando ser utópica a previsão legal de antecipação de despesas processuais, inclusive honorários periciais, e realçando a sua previsão legal de um fundo de direitos de grupo que pode financiar os custos (GIDI, 2008, p. 103).

E, mesmo em obra anterior, já não lhe passava despercebida que a lição norte-americana era voltada para o controle da adequação do advogado, chegando a afirmar que “como o advogado é o verdadeiro *dominus litis* no processo americano, na verdade o juiz controla com muito mais rigor a adequação do advogado do que a do representante” (GIDI, 2002, p. 67). Contudo, Gidi explicitamente fez a distinção entre o que chamou de “o ‘grau de representatividade’ da associação perante o grupo”, como um dos critérios através do qual o juiz avaliaria “aprioristicamente” se o autor do processo coletivo tem condições de ser um representante adequado, para concluir que “a representatividade é um elemento da representação adequada” (GIDI, 2008, p. 113).

Ademais, Gidi passa a sustentar o controle da representatividade político-sociológica do representante perante o grupo, porém não de forma abstrata:

Após encontro com o Ministério Público de Minas Gerais, e trocas acadêmicas com Gregório Assagra de Almeida, levamos em consideração a experiência prática trazida pelas críticas e alteramos a linguagem do art. 3º do Anteprojeto Original. Em vez de exigir que o juiz faça um controle *a priori* da adequação das qualificações do representante, através de critérios abstratos e disassociados (*sic scripsit*) com a realidade do processo, uma nova versão do dispositivo deixa claro que é suficiente que o juiz faça um controle *in concreto* da adequação do atuar do representante. Vale dizer, o representante adequado é aquele que litiga adequadamente, não aquele que pode litigar adequadamente (GIDI, 2008, p. 107).

Gidi acaba por ressaltar que a ideia pátria de controle da adequação da representatividade tem mais do que mera inspiração, mas verdadeira transposição da experiência das *class actions*, contra o que dirige sua crítica à importação de institutos de tradição da *common law*, tão diferentes da experiência da *civil law*, e faz a diferenciação entre representação e representatividade e, mesmo, não enxerga correlação entre o controle da adequação da representação e o julgamento de ilegitimidade ativa, já adiantando o posicionamento que este estudo adota:

[...] alguns autores brasileiros insistem em afirmar que, com o controle judicial da adequação do representante, o juiz estaria controlando a sua “legitimidade” no sentido tradicional da expressão, como uma das três condições da ação. Poder ser, pode não ser; mas não vemos necessidade de buscar uma equivalência. Preferimos manter as duas coisas separadas. Legitimidade para agir é uma coisa, controle judicial da representação adequada é outra coisa. Uma aprendemos com os velhos processualistas italianos e a outra aprendemos da prática das *class actions* norte-americanas. A utilização desses velhos conceitos para compreender instrumentos importados do direito norte-americano é, não somente equivocada, como extremamente arriscada.

[...]

Não se deve confundir a “representação” dos interesses do grupo em juízo com a “representatividade” de uma associação perante o grupo. A “representação” tem a ver com a maneira como o processo é (ou pode ser) conduzido em juízo. A expressão “representatividade” tem um teor mais sociológico ou político e refere-se ao caráter representativo da associação perante o grupo (GIDI, 2008, p. 111-112).

E, Mirra não está só em sua diferenciação entre representação adequada, cujo controle se faz necessário, e representatividade sociológica, considerada mandato ou consentimento, sendo acompanhado por Leal:

Foi dito acima que na ACDD¹¹¹ a questão da representatividade do autor coletivo em relação à classe ou comunidade. Não confundir, nesse particular, *representação adequada*, sempre importante, com *representatividade*. A primeira diz respeito às qualidades do autor e a segunda se refere ao *mandato* (consentimento) ou identidade e vinculação do autor com os interesses reais da classe representada.

Quando se pensa no aspecto axiológico da norma que confere um direito difuso, sempre de conteúdo político de extrema importância no quadro constitucional contemporâneo, percebe-se que a *representatividade* do autor, isto é, a efetiva proteção por parte deste dos interesses dos membros da comunidade tutelada não pode se sobrepor ao interesse público de que tais conflitos e normas sejam apreciados pela Justiça. Portanto, as ACDDs, desvinculadas que estão dos interesses dos membros da comunidade *representada*, têm natureza objetiva (LEAL, 1998, p. 77-78).

Também diferencia o nosso do sistema norte-americano, não admitindo controle de representatividade enquanto identidade com o interesse da classe, para impedir o prosseguimento da ação, como ocorre no estrangeiro:

No sistema anglo-americano, a falta de congruência entre os interesses da classe e do autor provoca a desautorização do prosseguimento da ação sob a forma coletiva, por faltar a este *representatividade adequada*.

Exemplo disso é o processo *Air Line Stewards Association v. American Air Lines*, em que o sindicato ajuizou uma ação coletiva questionando a política da empresa aérea em demitir aeromoças grávidas e pedindo a sua reintegração. O tribunal não admitiu o sindicato como *adequado representante*, em razão de que membros do próprio sindicato, precisamente os empregados da empresa em pleno serviço seriam prejudicados com a hipotética decisão da Corte em reincorporar as aeromoças despedidas.

No Brasil, assim como nos demais países em que os legitimados são escolhidos *ex lege* (v.g. França, Espanha, Alemanha), isto é, previamente à propositura da ação, pode ocorrer, sem ofensa à lei ou à constituição, que o autor coletivo ignore pretensões conflitantes entre os membros da classe ou que o pedido interesse somente a uma parte de seus membros (LEAL, 1998, p. 86).

Especificamente em relação ao Ministério Público, Mirra expõe tratar-se de “órgão estatal independente” que, no exercício da representação funcional, defende em juízo os

¹¹¹ O autor denomina Ação Coletiva de Defesa de Direito Difuso.

interesses da sociedade e que sua representatividade adequada resulta da vinculação constitucional explicitada nos artigos 127, caput e 129, inciso III, e legal na Lei Orgânica Nacional nº 8.625 (BRASIL, 1993 b) e Lei Orgânica da União Complementar nº 75 (BRASIL, 1993 a), além de leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, sem necessidade de preenchimento de qualquer outro requisito (MIRRA, 2015, p. 84). E, à luz da diferenciação entre representatividade político-sociológica e representação, sustenta:

Por via de consequência, à luz da disciplina constitucional e infraconstitucional da matéria, não se requer do Ministério Público o atendimento a exigências outras, que não a da finalidade institucional, para a identificação da representatividade adequada da Instituição.

Dessa maneira, em relação ao Parquet, não há que se investigar, a fim de considerá-lo legitimado para agir e para intervir na ação civil pública ambiental, a denominada representatividade sociológica, expressa na verificação da perfeita coincidência entre a atividade de seus membros e os anseios da coletividade na proteção do meio ambiente. No direito brasileiro, diferentemente, basta a finalidade institucional voltada à proteção do meio ambiente, já definida em normas constitucionais e legais, para que o Ministério Público seja considerado representativo dos interesses da sociedade na preservação da qualidade ambiental e, partir daí, tenha reconhecida sua legitimidade para agir e intervir na ação civil pública ambiental.

Quanto à representação adequada do Ministério Público, na ação civil pública ambiental, tem-se que a situação é idêntica à dos demais entes intermediários legitimados para o ajuizamento da demanda, antes analisada. Isso porque nem a Constituição Federal nem as Leis nºs 7.347/1985 e 8.078 /1990 estabeleceram parâmetros capazes de orientar o exame da adequação da atuação do membro do Ministério Público nos processos instaurados, seja na condição de autor, seja na qualidade de interveniente (*custos legis*). Relega-se, assim, a verificação da representação adequada do Parquet aos casos concretos, em função das circunstâncias da espécie, com a apuração particularizada, durante o desenrolar do procedimento, da capacidade revelada pelo membro do Ministério Público agente ou interveniente de defender de modo sério e efetivo o meio ambiente (MIRRA, 2010, p. 292).

O que o autor não deixa esquecer é que, para o Ministério Público, há mais do que poder de agir, pois “está-se diante de autêntico *dever-poder* de agir e de intervir em juízo para a tutela da qualidade ambiental, vigorando, para o *Parquet*, o princípio da obrigatoriedade da ação e da intervenção na matéria” (MIRRA, 2010, p. 292) de natureza concorrente autônoma e não exclusiva (MIRRA, 2010, p. 296), diversamente do que ocorre para os demais coletivamente legitimados desobrigados que estão, motivo de sua defesa estrita da representatividade adequada já definida pela Constituição e/ou pela lei e restrição do controle judicial à fiscalização da atuação.

Registre-se que o presente trabalho restringe sua análise às demandas estruturais em que se busca a implementação ou aprimoramento de políticas públicas, e não contempla ações

de responsabilização por prática de atos ilícitos (de natureza cível, criminal ou ímproba) cuja delimitação dos elementos do ilícito e a respectiva sanção já estejam previstos na legislação, assim como já são previstas legalmente as instituições destinadas a promover esta persecução, para as quais a representatividade já decorre diretamente da atividade legiferante. Portanto, apenas para aquelas demandas estruturais, defende que a representatividade de todo e qualquer legitimado coletivo – que tem natureza funcional, porque decorrente da função que justifica a sua própria instituição – pode receber controle judicial de acordo com os elementos do caso concreto, no caso de aportarem evidências de sua inadequação que, porém, não pode confundir representatividade com identidade de características entre representantes e representados ou com o consenso de interesses do grupo, porque aqui se trabalha com o conceito de representação enquanto *constant condition of responsiveness*, que admite o conflito que, se ocorrer, demandará do representante “explicar as razões pelas quais os desejos dos representados não estão de acordo com seus interesses” (VITORELLI, 2016 a, p. 248).

Ainda assim, e diante do caso concreto, se a atuação do coletivado busca a efetivação (adequada implementação e execução da política pública) de um direito fundamental constitucionalmente previsto, a representatividade da instituição para a defesa dos direitos das pessoas e comunidades destinatárias da respectiva política pública também já está dada pela lei que regulamenta suas bases, pois se busca a aplicação em concreto de uma decisão da coletividade já tomada anteriormente por via da atividade legiferante, em que não cabe exigência de novas demonstrações de representatividade.

Se, ao contrário, a atuação busca a criação de uma nova política pública, ou o aprimoramento que ultrapasse as bases constitucionais e legais assentadas, o presente estudo defende que a representatividade pode merecer o controle jurisdicional nos casos de evidência da inadequação por deficiência de oitiva das pessoas e comunidades destinatárias da referida política pública.

Contudo, diante da ausência de regulamentação legal de requisitos para a adequação da representatividade do legitimado coletivo, já se tendo rechaçada a adoção dos parâmetros das *class actions* porque partem de uma visão individualista e da premissa equivocada da homogeneidade de interesses do grupo, propõe a presente pesquisa, no próximo subitem 4.5, que a tipologia da difusão das consequências do direito material metaindividual traga critérios concretos para a análise da representatividade, exigindo do representante uma maior proximidade com o grupo e sua vontade nas demandas locais, e podendo se afastar um pouco mais nas demandas globais, simples ou complexas, sendo do representante o ônus de justificar sua atuação se houver conflito com a vontade manifestada pelos representados.

Também no caso do Ministério Público, a quem é incumbida a obrigação de, se não intervier como parte, atuar como fiscal da lei e, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, assumir a titularidade ativa da demanda¹¹² – diversamente dos demais colegitimados que não possuem tais deveres legais.

4.3 Problemas do controle da adequação

De toda forma, a defesa do controle da adequação, seja da representatividade político-sociológica do grupo que se defende neste trabalho, ou da representação enquanto atuar processual, não se dá sem enfrentamento de problemas que podem dela decorrer¹¹³, especialmente considerando-se que o direito positivo não estabelece, expressamente ou sequer de forma exemplificativa, critérios para a aferição concreta da representatividade adequada do legitimado ativo coletivo, motivo que leva a Mirra a considerar que o Projeto de Lei 5.139 (BRASIL, 2009 c) do Governo Federal, que não incorporou as propostas dos anteprojetos já mencionados neste capítulo e manteve o sistema estritamente legal, mostra-se mais adequado “já que retira dos juízes condutores dos processos a possibilidade de realização de avaliações excessivamente subjetivas e personalíssimas sobre a representatividade adequada dos sujeitos legitimados”, as quais seriam “passíveis de restringir as iniciativas processuais dos entes intermediários a quem se atribuiu o poder de agir em juízo” (MIRRA, 2010, p. 343).

O Anteprojeto da coletivização elaborado por Gidi foi, inclusive, analisado sob este aspecto da obstaculização do acesso à proteção jurisdicional, por uma comissão de estudo criada no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, cujas conclusões foram publicadas sob o título “Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”:

19) Prevê o controle judicial (*ope judicis*) da pétreia (instituição permanente), somente fala em interesse social; representatividade adequada (art. 19), o que é inconstitucional, pois a Constituição brasileira não admite esse controle, conforme se nota dos seguintes artigos: 5º, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 114, 129, III e seu § 1º etc.

No Brasil, o controle da representatividade adequada, por imposição constitucional, é feito previamente, *ope legis* (pelo próprio legislador). A

¹¹² Art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei Federal nº 7.347.

¹¹³ Que, como já antevisto neste mesmo capítulo, serviu de embasamento para decisão que rejeitou o ingresso, como *amicus curiae* e/ou assessorias técnicas, de instituições ligadas aos movimentos sociais e aos próprios atingidos, no caso dos danos ambientais causados em Mariana/MG.

implantação desse mecanismo no País, além de inconstitucional, salvo nas hipóteses da dispensa de requisitos às associações para facilitar o acesso à justiça irá gerar incidentes indesejados que impedirão o andamento do processo coletivo. É mais uma tentativa de americanização do sistema jurídico brasileiro¹¹⁴ (PARISE *et al.*, 2006, p. 12).

À referida crítica, Gidi respondeu, para esclarecer as intenções de seu anteprojeto e reconhecer o equívoco que se poderia criar e reiterar que o importante é a adequação concreta:

[...] não tinham como objetivo criar um incidente processual prévio, em que a adequação das qualificações do representante fossem avaliadas exaustivamente de forma abstrata, quase como um fim em si mesmo. O objetivo não era necessariamente reproduzir o procedimento de certificação das demandas coletivas norte-americanas. O objetivo era bem outro: trata-se de um projeto de longo prazo, de estabelecer um sistema no qual as associações mais competentes se destacassem com o tempo e aquelas menos representativas fossem desmascaradas e perdessem sua importância.

Todavia, é de se reconhecer que a linguagem empregada no dispositivo efetivamente dá margem a essa interpretação. A verdade é que o Anteprojeto Original não soube comunicar o verdadeiro objetivo da norma e a crítica inteligente de Gregório Assagra nos permitiu enxergar o equívoco e reescrevê-la.

O que importa não é saber se o representante é abstratamente adequado, em incidente separado *a priori*, mas se ele está protegendo adequadamente os direitos do grupo no processo coletivo concreto que propôs. Afinal, de nada adianta passar vários meses ou anos discutindo preliminarmente os critérios de adequação do representante, se o processo está sendo conduzido adequadamente pelo advogado (GIDI, 2008, p. 105-106).

Outro problema, mais grave ainda do que a multiplicação de incidentes que possam atrasar a proteção jurisdicional de direito coletivo ameaçado ou lesado, é a consideração da adequação da representatividade como condição da ação, enquanto requisito da legitimidade ativa, de modo a que, em caso de entendimento pela inadequação do legitimado coletivo, sequer cheguem as postulações coletivas a atingir a análise do mérito do pedido.

Atento aos riscos à efetividade do processo coletivo, Almeida registra investidas autoritárias contra o sistema de processo civil coletivo, em especial contra a ação civil pública, citando como exemplos a Lei Federal nº 9.494 (BRASIL, 1997) que tentou retirar da coisa julgada coletiva a abrangência nacional de forma a limitá-la ao âmbito de competência territorial do julgador¹¹⁵. Também, a inserção, na mesma lei, da exigência de que a petição

¹¹⁴ A análise ainda percebe que referido anteprojeto tem consequências graves contra a investigação de fatos que ameacem direitos metaindividuais: “7) Limita, mesmo que indiretamente, o poder de requisição do Ministério Público ao revogar todas as disposições da LACP, entre elas o § 1º do art. 8º (arts. 21 e 51 do Anteprojeto);”, no que não se aprofunda por fugir ao escopo do presente trabalho.

¹¹⁵ Frustrada a tentativa, encetada por meio da alteração da redação do art. 16 da LACP pela Lei 9.494 (BRASIL, 1997), de restringir a eficácia *erga omnes* aos limites territoriais da competência do órgão jurisdicional, na lição

inicial proposta por associações fossem obrigatoriamente instruída com ata da assembleia que autorizou a atuação, acompanhada de relação nominal dos seus associados e com a indicação dos respectivos endereços. E, ainda, incluiu parágrafo único no art. 1º da LACP que impede 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, classificando a todas como inconstitucionais (ALMEIDA, 2003, p. 97-99).

Realça-se, portanto, que já houve pelo menos uma tentativa concreta de impedir o acesso à justiça por meio da exigência desarrazoada em relação às associações, o que celebra Mazzilli ter sido “julgado inconstitucional em relação a órgãos da justiça de jurisdição nacional no Mandado de Segurança 23.566 pelo Supremo Tribunal Federal” (MAZZILLI, 2013, p. 343).

O risco é, portanto, real. E Leal, em crítica ao que denomina “falsa consciência epistêmica”¹¹⁶, em que a jurisdição ainda entende por conflito apenas aquele oriundo da violação de direito objetivo-material de origem privatista, privilegiando a ideologia liberal, em que “os operadores acreditam estar aplicando ‘imparcialmente’ normas e uma ‘Ciência’ pura e livre de injunções políticas; numa burocracia que tende a reproduzir a práxis dos mais antigos”, também aponta os riscos à defesa dos direitos coletivos:

A maneira clássica do Poder Judiciário não reconhecer direitos e interesses difusos e coletivos é adotar a solução “técnica”, que esconde todas essas pré-compreensões já mencionadas num mecanismo pouco comprometedor: é a “impossibilidade jurídica do pedido”, a “ilegitimidade de parte”, a “falta de interesse de agir”. Buscam desesperadamente o indivíduo no conflito, pois sem ele não se consegue trabalhar a ideia de ação judicial.

Assim, a questão da imparcialidade, apoliticidade e independência do Judiciário, petições de princípio e representações não muito bem analisadas, não passam de um mascaramento ideológico moderno e tentativa de

de Mazzilli, pelos seguintes motivos: desatendimento ao requisito da urgência para que fosse procedida por via de Medida Provisória; grave confusão entre os limites da coisa julgada entre as pessoas (imutabilidade *erga omnes*) com competência territorial, especialmente considerando-se que, na LACP, a competência não se dá por critério territorial, mas sim funcional, na forma de seu art. 2º (“As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”); manutenção das previsões do CDC de extensão da competência territorial do juiz a todo o Estado ou País, nos danos regional ou nacional (art. 93, inciso II) e sua disciplina de coisa julgada (art. 103) que se aplica à defesa de qualquer interesse difusos, coletivo ou homogêneo, tenham ou não origem nas relações de consumo, em razão da expressa determinação do art. 21 da LACP, pelo que menciona exemplos de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 651.037, em que entendeu ineficaz a alteração do art. 16 da LACP e, em sede de recurso repetitivo no REsp 1.243.887, fixando que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas ao limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (MAZZILLI, 2013, p. 626-627).

¹¹⁶ Imputando-a não somente ao Poder Judiciário, também ao Ministério Público, cujas curadorias de direito do consumidor trabalham quase que exclusivamente com interesses da classe média.

congelamento e manutenção de uma ordem de dominação, via discurso cientificista (distorção epistêmica) e estrutura burocrática (distorção funcional) (LEAL, s./d., p. 191-192).

O controle da adequação da representatividade é, contudo, necessário dada a inafastabilidade da representação, e interessa também ao réu, como analisa Gidi, a partir da experiência das *class actions* norte-americanas, nas quais não há preclusão da questão da inadequação da representação, ainda que diante da formação de coisa julgada, possibilitando, em ação futura individual ou coletiva, através de uma avaliação retrospectiva, obter provimento de negação do efeito de coisa julgada à sentença coletiva anterior em benefício de todos ou de alguns membros do grupo¹¹⁷, e que o autor vê como corriqueira a provocação, pelo demandado, do argumento da má representação:

Por esse motivo, ainda que possa parecer contraditório e irônico, é de interesse da parte contrária ao grupo zelar pela adequação do representante do grupo. É corriqueiro, portanto, que a parte contrária impugne a adequação do representante do grupo, apenas com o objetivo de estimular uma investigação mais aprofundada pelo juiz e uma decisão expressa sobre o assunto (GIDI, 2002/2012, p. 67).

Portanto, há que se questionar sobre verdadeira natureza do controle da adequação da representatividade do legitimado coletivo.

4.4 A inadequação da representatividade como condição da ação (ausência de interesse de agir) ou como pressuposto processual (interesse processual)

Mancuso traçou a longa linha das concepções do direito de ação, desde a romana imanentista que o fazia tributário da pretensão material, e que originou a ideia de que a todo o direito corresponde uma ação¹¹⁸, sendo a ação entendida como o próprio direito em movimento (MANCUSO, 2012, p. 419). Passou ainda pela concepção autonomista ou abstracionista, em que o processo foi perigosamente distanciado da realidade social e do direito material.¹¹⁹ Nesse período, foi adotado no Brasil o conceito de ação de Liebman – direito a uma decisão de mérito –, de modo que a falta de uma condição da ação conduzia à extinção sem análise do mérito. Abordou, por último, a concepção instrumentalista, da ação

¹¹⁷ Não preclusão esta que sustenta Gidi como abrangida pelo direito brasileiro, de *lege lata*, e não como mera proposta de *lege ferenda* (GIDI, 2007, p. 134).

¹¹⁸ V., a propósito, a redação do artigo 75 do Código Civil de 1916.

¹¹⁹ Realidade à qual seria reconduzido o processo mediante as condições da ação que “são cordão umbilical, ponto de ligação, do processo com as situações de direito material” (MANCUSO, 1997, p. 129).

enquanto direito à adequada tutela jurisdicional, ou direito à preordenação de procedimentos hábeis para dar resposta adequada ao direito material¹²⁰ (MANCUSO, 2012, p. 419-420).

Considerada a adequação da representatividade como requisito da legitimidade ativa por grande parte dos doutrinadores que defendem o seu controle, no caso da constatação da inadequação careceria o autor coletivo de legitimidade *ad causam*, restando obstado o prosseguimento da ação coletiva (GUEDES, 2012, p. 133).

Contudo, a própria natureza jurídica da legitimidade *ad causam* não é pacífica, tendo Calmon de Passos relatado a primeira corrente de pensamento, de Chiovenda, para quem seria problema de mérito; a segunda, de Enrico Redenti, para quem seria *tertio genus*, intermediário entre pressupostos processuais e condições da ação para a sua admissibilidade; e a terceira, de Liebman, adotada no Brasil pelo Código de Processo Civil, que põe-na como condição da ação, para ao final concluir que acertado é o entendimento de que “a legitimação para a causa é matéria relacionada com o mérito, nele se incluindo, e não uma condição para admissibilidade de um pronunciamento sobre ele”, pois “decidir a respeito de uma relação de direito material é decidir, obrigatoriamente, sobre a titularidade desse mesmo direito” (CALMON DE PASSOS, 2014, p. 41-42).

Importa registrar que, com a exclusão da expressão “condições da ação” do CPC (BRASIL, 2015 a), Didier Júnior sustenta que mesmo a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passariam a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais¹²¹ e, quanto à legitimidade extraordinária, “apenas ela, deverá ser compreendida como pressuposto processual de validade, cuja falta leva à extinção sem resolução do mérito”, diversamente do tratamento que deverá ser dado à falta de legitimação ordinária, por equivaler à ausência de titularidade do direito afirmado, circunstância que levaria ao julgamento pela improcedência do pedido, em decisão de mérito, e não de admissibilidade (DIDIER JÚNIOR, s/d., s./p.).

¹²⁰ Da mesma forma, Dinamarco, para quem o direito de ação já fora o próprio direito de haver o bem em juízo, sem que sequer existisse ainda a ideia do direito subjetivo; já fora expressão bélica do direito subjetivo lesado (teoria imanentista); já fora direito à sentença favorável (teorias concretistas); já fora direito incondicionado à sentença de mérito e, depois, condicionado (diversas teorias abstratas), até chegar na atualidade à “condição bem mais modesta de direito ao processo, aos atos deste e só sucessivamente, depois de cumpridamente exercida, direito ao provimento de mérito” (DINAMARCO, 2002, p. 324-325), porém sem descurar de condenar o que chama de falsas carência de ação, mencionando o exemplo do Mandado de Segurança denegado por ausência de liquidez e certeza, em que “ficar-se-ia num estranho dilema entre carência e procedência, sem espaço para a improcedência” (DINAMARCO, 2002, p. 320).

¹²¹ Contudo, de *lege lata*, é mister rememorar que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) manteve a legitimação e o interesse de agir como condicionantes à decisão de mérito – a despeito de não mais mencionar a expressão “condições da ação” – e manteve a extinção do processo, obstaculizando a defesa do direito coletivo por parte ilegítima ou a quem falte interesse.

Em outros autores, vê-se a tendência a interpretar que a adequação da representatividade do autor coletivo consiste em análise do interesse de agir¹²². Isso é perceptível em Gidi, quando afirma que o Ministério Público “deve permanecer atento para não promover ações coletivas que tutelem ‘interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social [...] sob pena de amesquinamento de relevância institucional do *Parquet*’”, pois em tais casos careceria de interesse de agir (GIDI, 1995, p. 51).

Também Mancuso sustenta que o interesse processual, em se tratando de interesses metaindividuais, deve ser analisado a partir de dados objetivos, como “a relevância social, a *conflitualidade* típica dos interesses difusos, a identificação da pessoa que age com o segmento social, grupo ou categoria afetados, a constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada”. (MANCUSO, 1997, p. 140-141). Adiante, na mesma obra, exemplifica com a decisão do Tribunal Correccional de Lyon, que decidiu haver interesse de agir do Ministério Público para atuação contra publicidade enganosa devido ao prejuízo social causado, competindo-lhe assegurar a reparação (MANCUSO, 1997, p. 144). E, em outra obra, invoca a situação legitimante de Armelin para expressar a necessidade da análise das condições da ação, não de maneira abstrata, mas sim partindo do caso concreto, pois “como pano de fundo, na tutela judicial aos megaintereses, deve existir uma avaliação positiva quanto à relevância social da espécie, porque daí deflui a *situação legitimante*, já que os sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível” (MANCUSO, 2012, p. 438). E, prosseguindo tal raciocínio sobre a situação legitimante, volta a considerar o interesse processual do autor coletivo, na medida em que, se a resposta jurisdicional deve ser útil à consecução do direito material, “a resposta judiciária precisa ter aderência à realidade fenomenológica para que se possa revestir de suficiente carga eficaz, inclusive por modo a se imunizar, oportunamente, com a agregação da coisa julgada material” (MANCUSO, 2012, p. 441).

¹²² Mancuso entende configurado o interesse de agir pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação, em que a ação deve ser indispensável para obtenção do bem da vida; trazer uma utilidade prática; e apresentar-se adequada aos pedidos mediato e imediato (MANCUSO, Interesses, 1997, p. 130), destacando, ainda, a doutrina francesa que desloca-o para a situação de vantagem perseguida em juízo, e tem três elementos: certeza, enquanto interesse atual e concreto; conformidade aos princípios jurídicos, devendo ser legítimo o interesse; e individualização, enquanto interesse determinado ou determinável e afetado a um titular (MANCUSO, 1997, p. 130). Em outra obra, relembra, porém, que a exigência da pessoalidade do interesse, corrente na jurisdição singular, é de escassa utilidade no plano coletivo processual, onde os sujeitos concernentes são indeterminados (MANCUSO, 2012, p. 449). Assim, defende deslocar o enfoque do interesse processual para a relevância social do interesse (MANCUSO, 1997, p. 136).

Quanto às posições da doutrina relativas ao exame da adequação da representação, conclui que, especificamente no processo coletivo, as condições da ação sofrem refrações e temperamentos, para se ajustarem às peculiaridades do contexto:

“[...] (i) a *legitimação para agir* passa a ser extraída do binômio *relevância social do interesse – representação adequada do portador em juízo*; (ii) tal legitimação (ou, segundo alguns, o *interesse de agir*) comporta, em alguns casos, prévia aferição acerca da chamada *pertinência temática* [...], donde a justiciabilidade da pretensão pode ser aferida a partir de critérios diferenciados, tais o da *predominância*, no grupo, das posições homogêneas sobre as heterogêneas, e o da avaliação positiva quanto ao *melhor resultado prático* que se pode esperar, *in concreto*, da tutela pela via coletiva, do que se poderia obter com a fragmentação do conflito em demandas individuais. [...] *parte* no sentido processual vem a ser, conforme as diversas linhas doutrinárias, um substituto, um adequado representante ou um especial credenciado à condução do processo (MANCUSO, 2012, p 600-601, grifos no original).

Isso porque, em obra especificamente dedicada à ação civil pública, Mancuso já alertara que a distinção entre legitimidade e interesse de agir não apresenta facilidade (MANCUSO, 2002, p. 48) e que a falta de ambas, apesar de serem classificadas como ausência de condição da ação, poderia inviabilizar a repositura de ação, quando se referissem à falta de qualidade da pessoa (MANCUSO, 2002, p. 49). E, especificamente quanto ao interesse de agir do Ministério Público – não desconhecendo correntes doutrinárias que sustentam a presunção legal em razão da legitimação *ope legis* já mencionadas – posiciona-se no sentido de que o seu interesse de agir não é de natureza jurídica diversa daquele respeitante aos demais colegitimados, pelos motivos que elenca: primeiramente, por não deter legitimação exclusiva; em segundo lugar, “porque o interesse de agir é de natureza estritamente processual, inconfundível com o interesse substancial” e, em terceiro, porque “o objeto tutelado na Lei 7.347/85 não é propriamente o interesse público (nesse sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes, como a saúde, a segurança, a educação, etc.), e sim o ‘interesse metaindividual’ concernente a sujeitos indeterminados” (MANCUSO, 2002, p. 53-54). Correlaciona Mancuso, portanto, o interesse de agir:

“[...] não no fato de que (eventualmente) um interesse metaindividual apareça coincidente com o interesse público que o qualifica e assim viabiliza sua apreciação judicial, e sim o fato de que nesse interesse metaindividual concentra-se um valor socialmente relevante” (MANCUSO, 2002, p. 55).

Também Gallotti entende que “a pertinência temática está relacionada de forma mais estreita com o requisito do interesse processual”, pois no Brasil “a legitimidade para a causa foi conferida aos seus titulares de forma objetiva, ou seja, decorre diretamente de expressa

previsão da lei, enquanto o interesse de agir carece de verificação em cada caso concreto” (GALLOTTI, 2006, p. 02).

No mesmo sentido, correlacionam o interesse de agir do Ministério Público com pressuposto processual:

Haverá sempre necessidade de o Ministério Público propor a ação civil, necessidade essa que se caracteriza e passa a existir *antes* mesmo de lhe ser concedida a legitimação para agir. Nas hipóteses onde esta averiguação da existência prévia do interesse processual do Ministério Público se torna não muito clara, poder-se-ia admitir o entendimento de que, ao conceder a legitimação para o Ministério Público agir, o legislador obviamente pressupõe a existência do interesse processual, que é insito da atribuição da ação.

[...] Em conclusão, podemos dizer que, como a participação do Ministério Público no processo civil é sempre ditada pelo interesse público, quer seja ele parte ou interveniente, está implícita, na legitimidade concedida pela lei, a existência do interesse processual, isto é, a necessidade, em nome do interesse público, de o Ministério Público pedir a tutela jurisdicional (FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 37).

Anteriormente à supressão da expressão condições da ação que fizeram Didier Júnior sustentar a categorização da legitimidade *ad causam* como pressuposto processual, antevista neste capítulo, Dinamarco já registrara seu posicionamento, alinhado à doutrina alemã – não apegado ao trinômio brasileiro “condições da ação/pressupostos processuais/*meritum causae*” – que unificava todos em pressupostos de admissibilidade à entrega da prestação jurisdicional¹²³ (DINAMARCO, 2002, p. 620).

Também Mazzilli inclina-se pela consideração dos requisitos de representatividade adequada e, conseqüentemente de pertinência temática, não como exame de legitimidade do representante, mas sim de aferição de pressupostos processuais, porque o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição de uma associação, mas não pode dispensar uma condição da ação e, também, ao contrário, porque a associação pode ter finalidade institucional, mas pode não ter interesse processual no caso concreto (MAZZILLI, 2012, p. 345). Também para o Ministério Público, a despeito de considerar legitimidade e interesse de agir já derivados das previsões constitucionais e legais, admite o controle do *interesse processual*:

¹²³ Incluindo todos os requisitos: “(a) a possibilidade jurídica da demanda, (b) o legítimo interesse de agir, (c) a legitimidade *ad causam* ativa e a passiva, (d) a propositura de uma demanda regular perante órgão investido de jurisdição, (e) a tríplex capacidade do demandante (capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória), (f) a personalidade jurídica do demandado, (g) a não-ocorrência de certos fatos obstativos, como a litispendência, coisa julgada, *etc.* e (g) em geral, a realização regular e ordenada de todos os atos do procedimento” (DINAMARCO, 2002, p. 620).

Quando a lei confere legitimidade ao Ministério Público, presume-lhe o interesse de agir, pois que a instituição está identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo. Assim não há o juiz de negar o interesse de agir do Ministério Público, cuja existência já foi reconhecida pelo legislador quando lhe cometeu a atribuição. Entretanto, o interesse processual, em concreto, pode estar ausente, quando, p. ex., numa ação civil pública ambiental, o Ministério Público esteja pretendendo que se coloque filtro na chaminé de uma fábrica que já tenha encerrado suas atividades (MAZZILLI, 2012, p 366).

Assim, entende que mesmo sendo o interesse de agir ministerial presumido pela norma que lhe impõe a atribuição, deve haver análise do interesse processual, enquanto utilidade-necessidade do provimento no caso concreto:

Não se confunde, porém, o interesse de agir, extraprocessual, que o Ministério Público sempre tem quando a lei lhe cometa uma atuação institucionalmente compatível, com o interesse processual, que é a adequação entre a necessidade de a instituição recorrer ao judiciário e a utilidade prática do provimento jurisdicional pretendido.

Assim, o fato de o legislador ter disposto em abstrato sobre as hipóteses em que se exige a ação ou a intervenção do Ministério Público não quer dizer não possa o juiz, em concreto, reconhecer a carência nas ações propostas pela instituição, se lhe faltar o interesse processual. Não estaria o juiz a negar em abstrato a legitimidade de o Ministério Público defender um interesse cujo zelo a própria lei a este cometeu, nem estaria a negar a norma que afirmou em abstrato a presença de um interesse público; antes, estaria sim afirmando que, em concreto, pode inexistir adequação entre o pedido formulado e a utilidade prática objetivada no processo (MAZZILLI, 2013, p. 411-412).

Do mesmo modo, Gajardoni, para quem a representatividade adequada aferida “via controle *ope judicis* e à luz da pertinência temática e das finalidades institucionais – consubstancia hipótese de pressuposto processual específico, e não de condição da ação coletiva” (GAJARDONI, 2012 a, p. 55-56). E também Mirra insiste que, quanto à representação adequada, tal verificação não implica em exame de legitimidade ativa (MIRRA, 2015, p. 72) e, tratando especificamente do Ministério Público, volta a defender que a ele relega-se a verificação da representação adequada enquanto “capacidade revelada pelo membro do Ministério Público agente ou interveniente de defender de modo sério e efetivo o meio ambiente” (MIRRA, 2015, p. 85).

O presente estudo entende que, quanto à ,representatividade no aspecto político-sociológico, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu para os legitimados coletivos o critério da pertinência temática para o controle da sua adequação, de forma explícita para alguns, como as associações, e implicitamente para os demais, inclusive para o Ministério Público. E, dadas as atribuições ministeriais constitucionais e legais, que correspondem a um dever-poder de atuar, há de se reconhecer que houve clara opção de política legislativa de lhe possibilitar

assumir a defesa de todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis ou disponíveis¹²⁴. Porém, há de se admitir o aditamento da exigência de que, no caso desses últimos, tenham expressão social (MAZZILLI, 2013, p. 342), relevância esta que pode consistir na necessidade de se evitar multiplicação de demandas ou decisões contraditórias.

E o presente estudo entende que se coaduna com garantia constitucional do art. 5º, inciso XXXV (de que direitos coletivos cheguem à apreciação meritória da prestação jurisdicional) o entendimento de que a decisão que declara a inadequação da representatividade do legitimado coletivo seja tomada tecnicamente não como ausência de legitimidade *ad causam*, que venha a impedir que a mesma instituição corrija o defeito da representação, mas sim, seja tomada como reconhecimento da ausência de interesse de agir ou mesmo de ausência de pressuposto processual – o interesse processual – a ensejar o dever do mesmo legitimado coletivo de adotar medidas que imponham a oitiva da comunidade representada, inclusive por via do chamamento à participação dos demais colegitimados.

E, nessa linha de entendimento, Vitorelli chega a sustentar que a solução que denomina “mais simples”, para o caso de ser considerada a inadequação de representatividade por parte de qualquer legitimado coletivo, passaria pela assunção do polo ativo pelo Ministério Público ou, sendo este já o autor a protagonizar um conflito com os substituídos, “a solução usual, ainda que discutível, é a remessa dos autos ao chefe da instituição, para designação de outro membro” (VITORELLI, 2016 a, p. 510, nota 203).

Contudo, com tal entendimento não se pode concordar, dada a grave violação que representa às garantias institucionais do Ministério Público, outorgadas para “atravessar a barreira que a pessoa do povo tem para investigar e fazer reparar uma lesão a direito transindividual” (MAZZILLI, 1998, p. 144), em especial às garantias destinadas ao correto exercício da atividade-fim: a autonomia funcional, enquanto liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos estatais, incluindo governantes, legisladores e juizes (MAZZILLI, 1998, p. 148) e, ainda, às garantias dos seus órgãos e agentes, sendo vitaliciedade, inamovibilidade e a independência funcional, no sentido da não submissão a outros órgãos da própria instituição (MAZZILLI, 1998, p. 149), o que não se aplica aos casos já mencionados de conluio e dolo, e não impede que os membros respondam por exercício ilegal da função, pelo que registra:

Unidade é o conceito de que o Ministério Público é um só órgão, com uma só chefia e uma só função. Por sua vez, indivisibilidade significa que, em decorrência da unidade do Ministério Público, é possível a substituição de

¹²⁴ A propósito, ver a discussão no subitem 1.3.

seus agentes, nos casos e na forma prevista em lei. Mas, em vez de hierarquia, no Ministério Público temos independência funcional. (...) por outro lado, em nosso país, a indivisibilidade do Ministério Público também é mitigada: respeitada a discriminação legal de atribuições, as designações e substituições não são arbitrarias nem aleatórias e sim só podem ocorrer rigorosamente na forma prevista em lei (MAZZILLI, 1998, p. 151).

E as leis orgânicas do Ministério Público, acertadamente, não preveem afastamento e substituição de membros nos casos de ausência de condições da ação ou pressupostos processuais relacionados à pessoa do representante, apenas em casos de rejeição de arquivamentos de inquéritos policiais pelo juiz e de inquéritos civis públicos pelos órgãos colegiados revisores¹²⁵, ou situações específicas de gozo de férias, aplicação de sanções disciplinares ou incapacidade física ou mental, o que contará com prévia estipulação tabela de substituição dos membros¹²⁶.

As hipóteses legais de substituição de membros devem ser interpretadas restritivamente, pois, como relembra Mazzilli, sob a Constituição de 1969, a escolha do Procurador-Geral de Justiça se dava livremente, da mesma forma como era demissível *ad nutum*, e o princípio do promotor natural¹²⁷ já era clamado, desde a ditadura militar, contra o

¹²⁵ Previstas na legislação pátria são as excepcionais substituições do art. 28 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a): “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. E da LACP, em seu art. 9º, § 4º: “Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação”.

¹²⁶ No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 734 (SÃO PAULO, 1993): Artigo 19 – Compete ao Procurador-Geral de Justiça praticar, em nome do Ministério Público, todos os atos próprios de gestão, editando os atos decorrentes de sua autonomia funcional, administrativa e financeira, e especialmente: [...] III – designar membros do Ministério Público para: [...] g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, após prévia autorização do Conselho Superior do Ministério Público; [...] Artigo 225 – Nenhum membro do Ministério Público poderá ser afastado do desempenho de suas atribuições ou procedimentos em que officie ou deva officiar, exceto por impedimento, férias, licenças, afastamento ou por motivo de interesse público, observado o disposto nesta lei complementar.

E a Lei Complementar de Minas Gerais de nº 34 (MINAS GERAIS, 1994): [...] Art. 18 – Ao Procurador-Geral de Justiça compete: [...] LVII – fazer publicar no órgão oficial do Estado: [...] b) anualmente, até o dia 31 de dezembro, a tabela de substituição dos membros do Ministério Público nas comarcas; [...] Art. 200 – Os membros do Ministério Público serão substituídos automaticamente uns pelos outros, mediante critérios fixados em ato do Procurador-Geral de Justiça. [...] § 2º – Em caso de afastamento, licença, férias, remoção compulsória, disponibilidade e verificação de incapacidade física ou mental, o Procurador-Geral de Justiça designará outro membro do Ministério Público para, em substituição, exercer as funções do cargo.

¹²⁷ Importante é o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do princípio do promotor natural: Ementa. “*Habeas Corpus – Ministério Público – sua destinação constitucional – princípios institucionais – a questão do promotor natural em face da Constituição de 1988 – alegado excesso no exercício do poder de denunciar – incorrência – constrangimento injusto não caracterizado – pedido indeferido.* – O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma

que denomina “promotores de encomenda”, pois “na verdade, a verdadeira inamovibilidade não teria sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: era mister agregar-lhe as respectivas funções” (MAZZILLI, 1998, p. 161).

Não se deve permitir o retorno de equivalente à figura do promotor *ad hoc*, que fragiliza a independência de atuação, lembrando Mazzilli a tendência do direito internacional de proteger as garantias institucionais, para o que menciona o *Guidelines on the role of prosecutor* (ONU, 1999) extraído do VIII Congresso da ONU sobre prevenção do crime e tratamento dos delinquentes, Havana, 1990, e sua previsão: “*States shall ensure that prosecutors are able to perform their professional functions without intimidation, hindrance, harassment, improper interference or unjustified exposure to civil, penal or other liability*”¹²⁸ (MAZZILLI, 1998, p. 171).

Contudo, não se descarta a responsabilidade do membro ministerial, em todas as searas, já prevista na legislação processual civil, inclusive repetida no vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a), em seu art. 181, segundo o qual o membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções, e na Lei Federal 13.869 (BRASIL, 2019) que trata do abuso de autoridade, além da sede administrativo-correcional.

A atuação ilícita do membro do Ministério Público deverá importar em responsabilização, mas a inadequação da representação não deve ser solucionada por imediata substituição do membro em feitos específicos, o que importaria em violação dos princípios e garantias acima expostos, dado que se destinam à proteção dos próprios interesses da coletividade:

garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). — Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves. (BRASIL, 1993 d).

¹²⁸ Tradução livre: Os Estados devem assegurar que os promotores sejam capazes de desempenhar suas funções profissionais sem intimidação, impedimento, assédio, interferência inadequada ou exposição injustificada a responsabilidade civil, penal ou outra.

A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito.

O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração:

a) a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder;¹²⁹

b) quando se fala em dever de obediência à consciência, não se está tratando de uma consciência espontânea ou contingente (falsa consciência); mas, sim, de uma consciência autêntica, emancipada e universal (verdadeira consciência); de uma consciência ética, informada pelos valores universais da democracia;

c) quando se fala em dever de obediência ao direito, não se está tratando da obediência cega do membro do Ministério Público à literalidade dos textos legais, mas no uso do direito como instrumento de transformação social, o que implica interpretação recontextualizadora da norma, à luz dos valores que informam o projeto democrático constitucionalmente delineado (estratégia institucional do Ministério Público), bem como o reconhecimento de que o direito possui diferentes dimensões (política, econômica, cultural e normativa), portanto a dimensão normativa é apenas uma delas. (GOULART, 2009, p. 162/163).

Assim, o presente estudo retoma a lição de Mirra, para quem a evolução de que se poderia cogitar na matéria seria a conjugação dos sistemas legal e judicial para o fim de ampliar o rol de legitimados ativos, e nunca para restringi-lo abstratamente, aludindo à construção de um modelo em que, por um lado, a representatividade adequada e os requisitos correspondentes seriam determinados na Constituição e/ou nas leis, como condição bastante para o reconhecimento da legitimidade ativa, e em que se admitiria, nas hipóteses concretas, por deliberação judicial, o reconhecimento da representatividade adequada de determinado

¹²⁹ Exatamente por ser a independência funcional garantia da sociedade, é que GOULART relembra a necessária correlação existente ele e o princípio da unidade: “Enquanto Instituição una, o Ministério Público deve estar voltado ao cumprimento de sua estratégia, o que se dá através da implementação dos Planos e Programas de Atuação. [...] esses Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público. Em outras palavras: o membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois este princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democraticamente definidos” (GOULART, 2009, p. 164).

ente intermediário, mesmo não preenchidos os critérios constitucionais e/ou legais, defendendo a flexibilidade do reconhecimento da legitimidade ativa com especial ênfase na área ambiental, com fundamento na Convenção de Aarhus¹³⁰ (MIRRA, 2010, p. 345). E, acrescenta-se que, mesmo dada legalmente a legitimação ativa, o controle da representatividade enquanto atuação responsiva ao interesse dos representados, somente no caso das demandas estruturais de criação ou aprimoramento de políticas públicas, possa ser controlada como interesse processual a ensejar, no caso da inadequação, a abertura dialógica do processo.

E, dada a omissão legislativa, demandam-se critérios seguros para definição concreta de inadequação da representatividade – por ausência ou deficiência de oitiva dos representados ou por contrariedade entre a vontade desses e o atuar concreto do representante, sem que esse tenha se desincumbido do ônus de justificar o atendimento do interesse pela via eleita – para o que o presente estudo volta-se à classificação de Vitorelli apresentada a seguir.

4.5 A adequação da representatividade do legitimado coletivo de acordo com a difusão dos direitos metaindividuais sobre pessoas e comunidades

A análise da adequação da representatividade do legitimado coletivo passa pela definição da titularidade do direito coletivo *lato sensu* defendido judicial ou extrajudicialmente, dado que é marcada pela relação entre representação e participação já antevista com a contribuição da ciência política.

A clássica tradição do direito processual civil ressaltava que, como toda criação humana, o direito está jungido ao homem e, portanto, “apenas as pessoas que estão inseridas na esfera subjetiva da situação ensejadora do surgimento de um direito subjetivo podem desfrutar das potencialidades desse direito” (ARMELIN, 1979, p. 01), o que mereceu a crítica que se posiciona no sentido de que a personificação do interesse (característica de ser afetado

¹³⁰ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE, 1998). Registre-se que o Brasil não é signatário da convenção e que, ainda que referida norma internacional, a despeito da importância da imposição aos Países membros de tomar medidas legislativas, reguladoras e outras para implementar a informação e a participação do público na política de proteção ambiental, inclusive mediante o reconhecimento e o apoio às associações, organizações ou grupos que promovam a proteção do ambiente, conforme seu artigo 3º, item 1 e, ainda, de assegurar o acesso à justiça dos membros do público mediante processos administrativos ou judiciais para questionar atos ou omissões de agentes privados ou de autoridades públicas que infrinjam o disposto na legislação nacional aplicável em matéria de ambiente, conforme seu artigo 9º, item 3, o que fez com que instituições e importantes agentes de defesa ambiental recomendassem que o Brasil fosse signatário. Ressente, contudo, o presente estudo que a norma não explicitamente exija a oitiva das pessoas e comunidades mais diretamente atingidas, a não ser para ressaltar o direito de participação de qualquer do público no processo de tomada de decisão, sem discriminação quanto a cidadania, nacionalidade ou domicílio e, em caso de pessoa legal, sem discriminação relativamente à localização da sua sede registrada ou ao centro efetivo das suas atividades, conforme art. 3º, item 9, o que, em um País em que a desigualdade socioeconômica e, mesmo, de acesso à informação, não permite que os mais atingidos sejam verdadeiramente ouvidos (UNECE, 1998).

a um titular) cede lugar para se reconhecer o interesse surgido a partir de fatos objetivos, como habitar certa região ou pertencer a certa etnia e, até mesmo admitir os interesses dos objetos naturais¹³¹ (MANCUSO, 1997, p. 138), para fins de superação da questão de quem seja seu titular, pois o que conta é se o interesse é socialmente relevante e, conseqüentemente, para alterar o conceito de jurisdição, que deixa de ser órgão substitutivo das querelas individuais e passa a ser instrumento de realização efetiva da ordem jurídica, e não somente do que é passível de apreensão individual (MANCUSO, 1997, p. 140).

Os conceitos legais do Código de Defesa do Consumidor¹³² (BRASIL, 1990 c) trouxeram, para os direitos coletivos difusos e coletivos, a característica da indivisibilidade, no sentido de que a sua lesão ou a satisfação de um interessado implicaria na lesão ou satisfação de todos, pela inspiração em Barbosa Moreira que já antevia em 1984 que, para alguns direitos – a que chamava de essencialmente coletivos cujo tratamento deveria ser unitário – o interesse comum de pessoas indeterminadas (ou indetermináveis) não comportava decomposição em feixe de interesses individuais, e a lesão a um representaria lesão a todos os demais (BARBOSA MOREIRA, 1984 c, p. 196).

Também no direito italiano, a obrigação de prevenir ou eliminar os efeitos da conduta ilícita, que lesa ao mesmo tempo um bem coletivo e um bem individual, foi inserida na categoria de obrigações indivisíveis, pois a cessação da conduta ilícita satisfaz, e não pode deixar de satisfazer, conjuntamente a todos os interessados (CAPONI, 2008, p. 1211), e a doutrina se divide entre a corrente que enquadra a tutela coletiva como mera atuação do direito objetivo ou relativa a direitos subjetivos coletivos a bens não suscetíveis de apreensão individual, de que é titular uma coletividade mais ou menos determinada¹³³ (CAPONI, 2008, p. 1216-1217).

¹³¹ Ver a discussão no subitem 1.1.

¹³² Art. 81. [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹³³ “*Si può inquadrare il fenomeno della tutela collettiva di questo gruppo di interessi superindividuali come ipotesi di mera attuazione del diritto oggettivo (rispetto della correttezza nelle pratiche commerciali, rispetto delle norme di protezione dell’ambiente, ecc.), affidata a presidi della società civile, che si affiancano alla pubblica amministrazione e all’apparato sanzionatorio penale. Oppure si può teorizzare (ed è questa la soluzione preferibile) che, accanto a diritti soggettivi a beni suscettibili di appartenenza individuale, a diritti che quindi spettano a singoli individui, esistono non solo interessi, ma anche diritti soggettivi a beni non suscettibili di appartenenza individuale, cioè diritti soggettivi collettivi, di cui non possono affermarsi titolari i singoli, bensì può essere titolare solo una collettività più o meno determinata di soggetti*”. Tradução livre: Pode-se enquadrar o fenômeno da proteção coletiva desse grupo de interesses superindividuais como uma hipótese de mera implementação do direito objetivo (em relação à correção nas práticas comerciais, cumprimento das regras

A despersonalização do direito também acaba por ser defendida por Gidi:

Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. Assim, afigura-se-nos de todo despiciendo o questionamento pirandelliano que se propõe mauro Cappelletti de que tais direitos superindividuais seriam “interesses em busca de um titular”.

O indivíduo, isolada e atomizadamente, aí sim, é portador tão só e exclusivamente de “interesse” não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual ou individual homogêneo da comunidade ou coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura.

[...] Analisando este aspecto isoladamente (origem dos direitos), não há como distinguir os direitos difusos dos direitos individuais homogêneos, pois a “origem comum” que caracteriza os direitos individuais homogêneos é nada mais nada menos que as mesmas “circunstâncias de fato” que ligam as pessoas que compõem a comunidade titular do direito difuso (GIDI, 1995, p. 23-24).

E, consoante já exposto no primeiro capítulo, a *summa divisio* entre direito público e direito privado, que vigorou durante muito tempo, era a responsável pela visão de proteção de direitos transindividuais que, porém, eram considerados como titularizados pelo Estado, com graves consequências devido às prerrogativas dos entes públicos de dispor desses direitos e que, a partir da Constituição de 1988, passaram a ser titularizados por “todos”.

Assim, Vitorelli é crítico do que denomina dogma da indivisibilidade do direito, dado o risco de que a abrangência da locução “direito de todos” seja tomada por sinônimo de “direito de ninguém”¹³⁴ e, especialmente, porque a “realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos experimentem com a mesma intensidade uma lesão ao interesse transindividual”, pois há casos de lesões que só têm relevância social e irrelevante consequência individual (VITORELLI, 2016 b, p. 75-76), lembrando ainda que será indivisível apenas a decisão judicial sobre o fato, e não o impacto que essa mesma decisão acarretará sobre os interessados (VITORELLI, 2016 b, p. 81).

de proteção ambiental, etc.), confiada a líderes da sociedade civil, que estão além da administração pública e do aparelho de sanção criminal. Ou pode-se teorizar (e esta é a solução preferível) que, junto a direitos subjetivos a bens que são suscetíveis a pertencimento individual, a direitos que pertencem a indivíduos singulares, existem não somente interesses, mas também a direitos subjetivos de bens que não são suscetíveis de pertencimento individual, ou seja, direitos subjetivos coletivos, dos quais não podem se afirmar titulares os indivíduos, mas apenas uma comunidade mais ou menos determinada de sujeitos.

¹³⁴ Diversamente, Mancuso ressalva que interesse difuso “não significa uma *res nullius*, ou ‘coisa de ninguém’, insuscetível, como tal, de tutela; ao contrário, a partir do momento em que surge um portador, ente *esponenziale*, ainda que ocasional, esses interesses se qualificam a receber a tutela adequada.” (MANCUSO, 1997, p. 144).

A própria coautora dos conceitos legais ressalvara que a afirmação de indivisibilidade “deve ser entendida em termos”, pois “isso é verdade com relação ao bem coletivamente considerado (ambiente, saúde, informação correta), mas a ofensa a este bem pode ocasionar, ao mesmo tempo, lesão aos diversos bens de que são individualmente titulares os componentes do grupo” (GRINOVER, 1987, p. 188).

Mas, o problema vai além do que meramente entender que possam ocorrer também lesões a direitos individuais, pois “ainda que o bem jurídico seja indivisível, os efeitos da lesão são sentidos de modo distinto pelos atingidos” (VITORELLI, 2016 b, p. 78). Daí a relevância de seu posicionamento para o presente estudo e da crítica que faz ao conceito legal, pois a despeito de admitir a sua utilidade pragmática, entende que problemas restaram sem solução, especialmente por não ter havido definição de quem são os titulares dos direitos transindividuais, sem a qual “não existe referencial concreto para que se avalie a adequação da pretensão posta em juízo pelo legitimado coletivo, bem como o conteúdo da tutela jurisdicionalmente outorgada” (VITORELLI, 2016 b, p. 54).

Tal problema guarda correlação direta com a presente pesquisa, cuja preocupação é a de que o legitimado coletivo ouça os representados – indivíduo ou grupos atingidos pela ação/omissão estatal e afetados pela prestação jurisdicional postulada – motivo pelo qual o estudo sobre a titularidade do direito coletivo *lato sensu* importa.

Por tal motivo, interessa ao presente estudo conhecer a proposta de um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais, em que o perfil do litígio deva condicionar a adequação da atuação do legitimado coletivo e sua relação com os representados (VITORELLI, 2016 a, p. 443), além de discutir novas técnicas processuais para as decisões¹³⁵.

Sustenta Vitorelli que cada tipo de violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível e os titulares serão definidos a partir das características da violação e com objetivo de ser tratar o litígio dela decorrente. Por isso propõe três categorias de litígios transindividuais, às quais correspondem distintos titulares e, em cada uma delas, variarão as consequências quanto à complexidade¹³⁶ da tutela e à conflituosidade¹³⁷ dos interesses (VITORELLI, 2016 b, p. 87).

¹³⁵ Para aprofundamento das técnicas de decisões, que fogem ao escopo da presente pesquisa empírica, remete-se a sua análise e crítica (VITORELLI, 2016 a, capítulo 6, p. 460-471).

¹³⁶ Definida, na mesma obra, a complexidade como existência de múltiplas possibilidades de tutela de um direito em que todas sejam possíveis juridicamente, mas que não se equivalem necessariamente em termos fáticos.

¹³⁷ Definida a conflituosidade enquanto diversidade de interesses entre os lesados, derivada da forma não homogênea pela qual os indivíduos são atingidos.

Assim, a primeira categoria é a dos *litígios coletivos globais simples*, que não atingem especificamente, ou de modo mais grave, a uma pessoa, motivo pelo qual sua conflituosidade interna (do grupo de atingidos) é sempre baixa (VITORELLI, 2016 a, p. 445), exemplificando com lesões ao consumidor de pouca monta que, no Brasil, mereceu a solução do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor¹³⁸, em que o papel fundamental do processo coletivo em evitar a ocorrência de novos ilícitos consistiria em objetivo mais elevado do que a mera compensação do ilícito já praticado (VITORELLI, 2016 a, p. 450), e para os quais sugere que tutela jurisdicional seja prestada de modo exclusivamente coletivo, sem a possibilidade de ajuizamento de demandas individuais (VITORELLI, 2016 a, p. 452), pois a titularidade é imputada à sociedade entendida enquanto estrutura, negando que o Estado seja o titular desses direitos (VITORELLI, 2016 b, p. 89), mas ressaltando:

A baixa complexidade e conflituosidade desses litígios autoriza a restrição da participação individual, em favor da representação de interesses. Isso não desonera o legitimado de atuar de acordo com a percepção que formule acerca dos interesses da sociedade e de lhe prestar contas, periodicamente, em eventos significativos, não necessariamente judiciais (VITORELLI, 2016 a, p. 463).

Por seu turno, nos *litígios coletivos globais complexos* a dúvida científica em relação à efetividade de várias soluções disponíveis torna necessário que o representante ouça a comunidade e os especialistas na matéria (VITORELLI, 2016 a, p. 475) e, no que interessa particularmente ao presente estudo, sugere que a legitimidade ativa deve privilegiar instituições não parciais, como é o caso do Ministério Público, para evitar atuações opinativas ou ideológicas de entidades que atuam apenas em uma parte do espectro social, como as associações que tendam a soluções mais restritivas da atividade econômica e, *mutatis mutandis*, de entes federados mais comprometidos com o desenvolvimento econômico (VITORELLI, 2016 a, p. 491). E, portanto, pertencendo os direitos a toda a sociedade global, identificados pelo legitimado coletivo a partir de interações com a comunidade científica e os estudiosos do assunto litigioso, não cabe ao representante definir, isoladamente, o conteúdo da pretensão, devendo considerar as possibilidades e demonstrar por qual razão adotou a proposta refletida na pretensão posta em juízo, por meio de “promoção do diálogo com a sociedade, especialmente com os especialistas na matéria, que constituem momentos

¹³⁸ Que estabelece, como solução subsidiária, a ser adotada apenas em caso de não habilitação de liquidantes suficientes, no prazo de um ano após o trânsito em julgado da decisão, a possibilidade de que o proveito econômico do processo seja revertido a um fundo de reparação, e não às pessoas lesadas, ao fundamento de que “se nenhum dos indivíduos tem interesse pessoal suficiente na lide para sequer cogitar reclamar seu direito individual de participar do processo, o objetivo do processo coletivo não pode ser pautado por essas pessoas ou por sua relação com o direito material violado” (VITORELLI, 2016 a, p. 449).

participativos no processo representativo, para colher subsídios, debater estratégias e justificar suas opções” (VITORELLI, 2016 a, p. 493).

Quanto aos *litígios transindividuais de difusão local*, que derivam de lesões que atingem de modo específico e grave a comunidade – entendida como de reduzida dimensão, com forte laço de afinidade social e alto grau e consenso interno – postulam como única solução compatível com a realidade a atribuição da titularidade a essa comunidade que apresenta média conflituosidade, dada a sua coesão interna (VITORELLI, 2016 b, p. 93-94).

Assim, se inicialmente evidencia-se que o representante ideal para uma demanda de irradiação local não é um órgão público, nem mesmo o Ministério Público, em razão de possível paternalismo que impeça o desenvolvimento de pautas próprias da comunidade (VITORELLI, 2016 a, p. 511), aponta-se que a representatividade de associações e sindicatos, mesmo mais tradicionais e mais bem financiados, pode não se realizar pela promoção de interesses de seus dirigentes (VITORELLI I, 2016 a, p. 512). Conclui que “isso não significa que os entes públicos legitimados devam se excluir desse tipo de litígio, mas que precisam agir com especial cautela e atenção aos interesses e às manifestações de vontade do grupo representado e dos subgrupos nele contidos” (VITORELLI, 2016 a, p. 513). E o dissenso entre representante e representados leva ao ônus do primeiro de informar a comunidade sobre as razões de sua posição, para convencê-la de seu acerto e, em caso de falha do exercício dialógico, a substituição do representante ou, caso sua deliberação seja compartilhada por uma parcela do grupo, o mais indicado pode ser a pluralização da representação, com a formação de subgrupos (VITORELLI, 2016 a, p 510) e a admissão de outros legitimados coletivos “convidados a atuar como parte no processo, de modo a garantir que o quadro traçado nos autos seja o mais fidedigno possível à realidade dos envolvidos” (VITORELLI, 2016 a, p. 513).

Por fim, categoriza os *litígios transindividuais de difusão irradiada*, que decorrem de lesão que afeta diretamente interesses de diversas pessoas que não compõem uma comunidade e não são atingidos na mesma intensidade, motivo pelo qual os conflitos são multipolares, pois há antagonismo também entre os atingidos (VITORELLI, 2016 b, p. 97). A difusão irradiada apresenta nítida diferença para os litígios de difusão global, dado que nos primeiros é possível identificar pessoas que sofreram danos mais intensos do que outras; e difere da difusão local porque naquela não há identidade de perspectivas das pessoas (VITORELLI, 2016 b, p. 99). E, em analogia com a imagem de um lago em que uma pedra é atirada, e a irradiação das ondas como a intensidade decrescente, diferencia as lesões de caráter centrípeto, que atingem fortemente as pessoas em posição mais central e cujos efeitos

declinam rapidamente quando o foco se afasta desse centro, enquanto as lesões de caráter centrífugo têm efeitos mais uniformes na sociedade, e esses efeitos vão diminuindo gradualmente à medida que se distancia a observação para a periferia (VITORELLI, 2016 b, p. 102), para reiterar a defesa do rompimento com a indivisibilidade e permitir que se atribua maior relevância às posições dos que mais sofrem (VITORELLI, 2016 b, p. 103), evitando o risco de se suprimir indevidamente o “referencial humano” e “posições sociais que divergem da esposada pelo legitimado coletivo, autor da ação, e ainda contribui para calar a crítica pública, por parte das pessoas cujas vidas são efetivamente transformadas pelo litígio e por seu resultado” (VITORELLI, 2016 b, p. 106.)

Ocorre, portanto, que os litígios irradiados têm os mais elevados graus de complexidade e conflituosidade, e dentre esses, exemplifica com as demandas estruturais (VITORELLI, 2016 a, p. 516) para as quais “há necessidade de se considerar seriamente a distribuição da representação para mais de um agente” (VITORELLI, 2016 a, p. 539), pois a relação entre participação e representação dependerá da posição de cada subgrupo em relação ao epicentro da lesão. Vale dizer, quanto mais próximo dele, mais importante será a participação de seus integrantes e mais vinculado à sua vontade estará o seu representante (VITORELLI, 2016 a, p. 540), para o que discorre sobre soluções do direito norte-americano, como o processo do tipo *town meeting*, em que o juiz ou um mediador, denominado *special master*, delimita as questões relevantes e fomenta ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, realizando audiências públicas (VITORELLI, 2016 a, p. 525), ou pela nomeação, pelo juízo, de um "advogado do diabo" especificamente encarregado de defender o ponto de vista de que o acordo não é justo, razoável ou adequado para os ausentes (VITORELLI, 2016 a, p. 542), ou a instituição de fundo destinado a remunerar terceiros que apresentem objeções processuais tidas como fundadas, na condição de representantes de determinados interesses, ou o fomento de análises de agências públicas com atuação na área de expertise à qual o processo se vincula ou auditoria externa de órgão privado revisasse os acordos coletivos (VITORELLI, 2016 a, p. 543).

Vitorelli conclui que, se a pluralização da representação puder ocorrer de forma pouco onerosa, ela deve ser realizada, e que pode ser assumida por outro agente público do mesmo órgão, se ele gozar de independência funcional, ou por legitimado distinto, que esteja de acordo com as pretensões da classe. Caso contrário, o legitimado deve expor ao juiz a divergência e permitir que ele tome a decisão de modo informado (VITORELLI, 2016 a, p. 589), pois “é do conflito que surgirão as perspectivas alternativas e minoritárias, que poderão fazer com que a resposta do sistema jurídico ao litígio não seja uma vitória de papel, mas algo

passível de implementação, que traga benefícios concretos aos seus destinatários” (VITORELLI, 2016 a, p. 590).

Admitindo-se o controle da adequação ministerial, não somente da representação enquanto seu atuar vigoroso no processo, mas também da representatividade político-sociológica em ações estruturais que demandam novas políticas públicas ou o aprimoramento das já existentes, a nova tipologia apresentada traz critérios diferenciados para cada tipo de difusão do direito sobre seus titulares, exigindo maior proximidade com o grupo nas demandas locais e podendo se afastar um pouco mais nas demandas globais, simples ou complexas, porém não se dispensando os momentos participativos, anteriores, simultâneos ou posteriores à atuação do representante, de que se falará no próximo capítulo.

A proposta de expansão da legitimação ativa coletiva, aliada à distinção entre adequação da representatividade sociológica definida legal ou constitucionalmente e a representação/atuação no feito, deve ser conjugada com soluções que já são permitidas e previstas legalmente e que estão sendo abordadas no presente arrazoado no próximo capítulo. Em especial, se considerada a natureza jurídica da inadequação da representatividade como ausência de interesse de agir ou de pressuposto processual (interesse processual), o seu saneamento deve-se dar pela abertura dialógica do processo a outros colegitimados e, também, a interessados que não se qualificam como partes, como a figura do *amicus curiae* e diretamente a pessoas atingidas a serem ouvidas em audiências públicas ou consultas e, apenas como *ultima ratio*, pela extinção da ação sem resolução de mérito, estritamente nos casos em que o saneamento se afigure impossibilitado, na forma do art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a), o que não inviabilizaria a repositura pelo mesmo colegitimado que demonstre haver saneado a deficiência de representatividade.

E, quanto ao Ministério Público, o exercício do dever-poder de atuar em demandas estruturais por novas políticas públicas ou pelo aprimoramento das já existentes pode, em concreto, ser controlado judicialmente, a fim de revelar se atua de forma adequada e responsiva ao que os substituídos têm a dizer sobre quais direitos a serem defendidos e a melhor forma de fazê-lo.

5 DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL COMO SOLUÇÃO PARA A INADEQUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO/REPRESENTATIVIDADE DO LEGITIMADO COLETIVO E ATUAÇÃO NO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO COMO POSSÍVEL PARÂMETRO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Avaliação antecipatória e/ou retrospectiva da atuação do legitimado coletivo – processo dialógico e abertura da participação aos demais colegitimados

A segunda onda de acesso à Justiça, que possibilitou a representação jurídica para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, revelou as vantagens dos litigantes organizacionais, especialmente a habitualidade, maior experiência e melhor planejamento do litígio (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25). E o que se pode concluir, da análise da inafastável representação e da mitigação da participação individual no processo coletivo, é que a solução passa pela complementação de ambas – representação e participação – como antevisto no segundo capítulo. Para tanto, a discussão sobre a defesa ou rechaço da exigência de controle da adequação da representatividade do legitimado coletivo se faz importante.

Demonstrando preocupação com a ausência de previsão legal dos critérios desse controle, Cappelletti já questionava quais seriam os requisitos necessários para que um sujeito

– indivíduo ou grupo – seja adequadamente representativo de uma coletividade, ao que respondeu:

A experiência comparativa demonstra, por outro lado, que seria absurdo esperar-se do legislador uma resposta *completa*, e ainda mais absurdo seria pretender-se uma resposta uniforme a cada tipo de “parte ideológica”. Parece inevitável, ao menos neste estágio ainda inicial, por vezes absolutamente rudimentar, de nossa experiência prática e científica na matéria, fazer-se ter consciência de uma certa discricionariedade¹³⁹ do juiz. Este deverá sempre ter presente que, enquanto no processo de implantação individualística a titularidade do direito feito valer em Juízo é, em regra, garantia suficiente de seriedade da parte, no campo dos interesses coletivos, a tal titularidade se devem substituir outros elementos, mais variados e complexos, que possam vir do passado de uma certa associação, a sua organização, financiamentos, fins sociais, amplitude numérica ou espacial, etc., etc. São as mais diversas circunstâncias que, de vez em quando, devem assegurar ao juiz a seriedade da parte ideológica: enquanto, por exemplo, em certos casos, a antiguidade e o caráter nacional, mesmo meramente local, de uma associação podem ser elementos a se considerar positivamente – lembrem-se, por exemplo, o art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores e a Sentença n. 54, de 1974, da Corte Constitucional – em outros casos poderá configurar-se ainda o fato de que, diante de um imprevisto e de novos perigos a invocar, sejam os próprios cidadãos de um certo lugar a constituir-se espontaneamente pela primeira vez em “associação de defesa”. Tal solução legislativa, rígida e apriorística, estaria destinada a fazer mais mal que bem. Seria como o machado do lenhador usado em certo lugar, quando o que se pede é, ao invés, a delicada intervenção do bisturi do cirurgião (CAPPELLETTI, 1977, P. 14).

Militando pelo controle da adequação do legitimado, Didier Júnior e Zaneti Júnior defendem adoção de “critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa estabelecida em juízo”, vale dizer, estabelecidos a partir do conteúdo da demanda coletiva. Esses doutrinadores, porém, não tentaram estabelecer parâmetros para a fixação dos critérios, restringindo-se à mera citação do exemplo da pertinência temática exigida pelo Supremo Tribunal Federal em face da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais na ADI 1.792 (BRASIL, 1998 c), e sequer se manifestaram quanto aos critérios que foram inseridos nos anteprojetos de codificações coletivas já mencionados no capítulo 4 (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 188).

Gajardoni, que explicitamente declara sua defesa do controle judicial da representatividade “por acreditar que não existem poderes ilimitados frente ao Poder Judiciário” e porque “o legislador não deu um cheque em branco para que os legitima-

¹³⁹ Importante é a discussão, na medida em que, como se anteviu no quarto capítulo, parte da doutrina chega a se inclinar pela adoção de discricionariedade judicial diante da ausência de formulação uniforme de critérios de adequação aplicáveis a todos os casos, contra o que o presente estudo já manifestou naquele mesmo capítulo.

ativos, a seu bel-prazer, abusassem da prerrogativa de propor ações coletivas, ajuizando-as em temas completamente fora de suas finalidades institucionais”, traz a preocupação com a ausência de critérios legais que balizem a análise da adequação dos legitimados e que leve ao risco do ativismo judicial, que pode se revelar reacionário e impedir o acesso à justiça dos direitos metaindividuais:

Neste quadrante, nosso país se distancia profundamente do direito norte-americano. Lá, além da pertinência temática, há outros critérios de aferição da capacidade de o autor coletivo representar a coletividade, como condição econômica, histórico social, especialidade no assunto etc. Aqui no Brasil, à míngua de previsão legal, quer parecer que o único critério seguro de aferição judicial da representação adequada – que, repita-se, é presumida *ope legis* (presunção relativa) – é a finalidade institucional (pertinência temática). *Maxima venia* de parcela respeitável da doutrina, o juiz não tem condições de aferi-la por outros meios que não seja este, sob pena de ativismo judicial incompatível com a segurança jurídica e risco grave de ser limitado, a pretexto de uma representação ideal, o cabimento de um sem-número de demandas coletivas (GAJARDONI, 2012 a, p. 55).

Assim, Vitorelli sustenta que há indicadores, consistentes na existência e funcionamento de procedimentos de avaliação antecipatória e retrospectiva, no modo como promovem o debate interno entre os membros da classe e o debate externo desses com o representante, nas consequências desse evento na conduta do representante e na recorrência de conflitos divergentes entre representante e representado (VITORELLI, 2016 a, p. 251), para o que propõe que a decisão do representante decorra de um procedimento que incorpore ora momentos de autorização, nos quais o representante consulte os representados sobre sua conduta, ora momentos de prestação de contas – *accountability view* – em que sua conduta seja avaliada por eles *a posteriori* (VITORELLI, 2016 a, p. 247), sendo do representante o ônus de justificar sua atuação se houver conflito com a vontade manifestada pelos representados, o que também já foi estudado como possível e provável na sociedade. E, dependendo do grau de conflituosidade dos interesses envolvidos, o representante poderá não ter condições de atuar adequadamente em relação a todos eles, simultaneamente, para o que é recomendável a cisão da representação, nomeando-se outros representantes para agir em favor das posições divergentes (VITORELLI, 2016 a, p. 248).

Assim, admitindo que o processo representativo importe em restrição das possibilidades participativas diretas e individuais dos titulares dos direitos litigiosos, quando compatível com as garantias constitucionais processuais e justificável por decorrência da natureza da relação jurídica litigiosa, que impeça ou dificulte a efetiva tutela dos direitos violados de modo participativo, e na proporção necessária para garantir a efetividade da tutela, como antevisto no terceiro capítulo, Vitorelli sustenta a exigência de que se

contemplem momentos participativos, anteriores, simultâneos ou posteriores à atuação do representante, nos quais os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou o ingresso de outros representantes colegitimados, pluralizando a representação, dado ser a representação uma atividade que pressupõe a manifestação de juízo de valores por parte do representante (VITORELLI, 2016 a, p.252).

Ademais, o processo civil brasileiro, com a edição do novo CPC (BRASIL, 2015 a), pretendeu reforçar seu caráter dialógico, mediante o qual todos os participantes devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, na forma de seu art. 6º¹⁴⁰, o que tem especial relevo nos litígios coletivos, em especial naqueles que discutem implementação ou melhoria da qualidade de políticas públicas¹⁴¹, que demandam ações judiciais de natureza estruturais, cujo foco são as condições da vida social que ameacem valores constitucionais e o papel de determinar tais condições exercido pelas organizações de larga escala, especialmente Estado, empresas etc. (FISS, 1979, p. 18).

O que se constata é que, nas ações estruturais, são necessárias inovações procedimentais, contestando Fiss que a passividade do Juiz deva ser desafiada pela inequidade da distribuição de forças, recursos e talentos, o que lhe dá papel mais ativo para ter certeza de

¹⁴⁰ “O Código também compartilha com as partes poderes e responsabilidades, antes exclusivos do juiz ou mesmo do legislador. Ao tentar criar, mais uma vez com ajuda do contraditório, um ambiente processual ético e colaborativo, compartilha entre todos que participam do processo, não apenas o juiz, a responsabilidade pelos seus resultados (art. 5º e 6º). Também é dividida com as partes a função elementar, antes apenas da jurisdição, da resolução dos seus próprios conflitos pela mediação e conciliação, oferecendo-lhes nesses casos apenas um interlocutor, não um decisor (art. 3º). E as partes também passam a deter o poder, antes exclusivo do legislador, nem mesmo do juiz, de definir o procedimento cabível ao caso (art. 2º, c/c arts. 190 e 191).” (SILVA, 2015, s./p.).

¹⁴¹ Sobre a possibilidade jurídica da atuação do Ministério Público em ações estruturais que envolvem postulações relativas à implementação ou melhoria da qualidade de políticas públicas, Mazzilli sustenta: “nosso entendimento é o que de que, tanto em matéria de inquérito civil como em de ação civil pública, o Ministério Público pode ingressar no exame: a) dos aspectos formais de competência e legalidade do ato administrativo vinculado ou do ato administrativo discricionário; b) do mérito do ato administrativo vinculado; c) do mérito do ato administrativo discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou de finalidade, ou quando o ato administrativo se tenha apartado do princípio da eficiência ou da razoabilidade; d) do mérito do ato administrativo discricionário, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo (teoria dos motivos determinantes); e) do ato administrativo de reação impositiva. Outrossim, como os fins a atingir pela administração são sempre vinculados, conforme ensinamento de Hely L. Meirelles, apesar das dificuldades que o Promotor de Justiça encontrará, é possível que se instaure inquérito civil, v.g., diante da falta de vagas para menores nas escolas, da inexistência de atendimento na área de saúde pública, na falta de condições de saneamento básico etc. Afinal, se são direitos, alguns até constitucionais a eles correspondem deveres que podem ser cobrados em juízo.” (MAZZILLI, 2002, p. 317). E, sobre a necessidade de elaboração de instrumentos de controle das políticas públicas, registre-se a sistematização de BARCELLOS, pois o descumprimento do comando constitucional deve levar a consequências: 1. para punir o infrator; 2. para impedir que o ato praticado produza efeitos, e 3. para impor a observância da norma, com a possibilidade de impor, substitutivamente ao agente competente, a realização do que foi determinado pela Constituição (BARCELLOS, 2006, p. 51-54).

que está completamente informado e que o resultado justo será obtido, e não um resultado determinado pela distribuição de recursos da loteria natural ou pelo mercado (FISS, 1979, p. 24). Adita que o desconhecimento sobre a burocracia institucional aliado à necessidade de uma decisão estruturante, que reorganize os poderes preexistentes à intervenção, faz com que sejam necessários vários ciclos¹⁴² de medidas de alívio e um longo relacionamento de supervisão do juiz para com a instituição (FISS, 1979, p. 28).

No Brasil, Marinoni sustenta o dever de o juiz conformar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito de proteção e do direito à tutela jurisdicional efetiva, aditando que “em termos de procedimento adequado, cabe considerar, por fim, a necessidade de procedimentos que viabilizem a participação dos cidadãos, ainda que por meio de entidades legitimadas, na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais da sociedade” (MARINONI, 2004, s./p.).

No que interessa diretamente ao presente estudo, Fiss não deixa de apontar é que o processo estrutural não vê o diálogo como a metáfora de conversa de dois, mas sim como processo comunicativo em que o juiz escuta e responde o que é possível num contexto de múltiplas partes (FISS, 1979, p. 04) e, no âmbito do direito norte-americano, sugere a construção de uma estrutura de representação mais ampla¹⁴³, notificando muitos dos representados à participação, convidando agências ou organizações para intervenção como *amicus curiae* ou parte, ou mesmo criando, as cortes, suas próprias agências denominadas *Special Master*¹⁴⁴, para corrigir eventual representação inadequada (FISS, 1979, p. 27), porém não restando refém de participação individualizada:

The judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but He need not turn his back on the constitutional claim or

¹⁴² Lembra Fiss que não há sequer certeza de que haja uma só solução melhor e que deve estar a decisão sempre aberta à revisão, mesmo sem os tradicionais requisitos para modificação do julgado, se a primeira decisão causar gravame excessivo, sendo a revisão justificada se o remédio não estiver funcionando efetivamente ou for oneroso (FISS, 1979, p. 49). Do mesmo modo, Arenhart analisa os provimentos em cascata em que se constituem a decisão estruturante, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam, a partir da prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado, seguida de outras decisões que serão exigidas para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. E não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação (ARENHART, 2013 a, p. 11).

¹⁴³ Tradução livre do original "*to construct a broader representation framework*".

¹⁴⁴ Ressalva, porém, Fiss que o *Special Master* poderia ser apenas uma nova agência administrativa judicial, como as já existentes no âmbito do Poder Executivo – às quais falta independência, porque ficam os reguladores muito intimamente identificados com os regulados e muito mais atadas à política majoritária do que às cortes, por causa de ideologia e de arranjos institucionais, já que seus componentes estão sujeitos à remoção quando há mudança de administração (FISS, 1979, p. 35), porém entendendo que se trata de uma solução para o dilema do juiz de como ser eficaz num mundo em que seu poder é limitado, pois confinar o juiz a meras declarações de direitos irá significar indiferença em relação ao mundo real (FISS, 1979, p. 57).

deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit¹⁴⁵ (FISS, 1979, p. 41).

Portanto, “a colaboração das partes – e, de modo mais amplo, dos atingidos pela decisão – e sua participação na formação da(s) decisão(ões) judicial(ais) são imprescindíveis” (ARENHART, 2013 a, p. 15), para o que o sugere a adoção de audiências públicas, a permanente manutenção do diálogo entre os interessados e outras medidas de participação no processo como práticas que devem ser estimuladas no campo da tutela coletiva.

Registre-se, ainda, que, no Brasil tramita o Projeto de Lei nº 8.058 (BRASIL, 2014 c) que pretende instituir no sistema brasileiro o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, que consiste exatamente no processo estrutural, do que se ressalta a tentativa de previsão, em lei formal, de parâmetros para o controle jurisdicional das políticas públicas, especialmente o ônus da autoridade legitimada passiva de trazer liminarmente ao feito dados que possibilitem o planejamento para a sua implementação¹⁴⁶ e característica de processo dialogal, com previsão da participação da sociedade civil em audiências públicas e no planejamento das políticas públicas a serem implementadas¹⁴⁷.

E é exatamente no processo estrutural, em que o antagonismo não é meramente binário¹⁴⁸, e a relação entre o *spokesman* e o grupo vitimado é instrumental e não de

¹⁴⁵ Tradução livre: O juiz deve estar certo de que toda a gama de interesses está vigorosamente representada, mas ele não precisa virar as costas para a reivindicação constitucional ou negar um remédio eficaz porque cada indivíduo afetado poderá ou não participar de forma significativa no processo.

¹⁴⁶ Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado: I – o planejamento e a execução existentes; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

¹⁴⁷ Art. 2º. [...] Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; [...] Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados. Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente. [...] Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. [...] § 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

¹⁴⁸ Sustenta Cabral a necessidade de afastar a visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu, para que se evolua a relação processual para além da polarização autor-réu (CABRAL, 2009, s./p.) especialmente

identidade, que Fiss também sustenta que a corte deve determinar se os interesses do grupo estão adequadamente representados, e o sistema tolera e, mesmo, convida a uma multiplicidade de *spokesmen*: “*They (the multiplicity of spokesmen) exist in the real world, and the court must hear from all before it can decide what the ideal of racial equality requires*¹⁴⁹” (FISS, 1979, p. 21).

Ademais, a seguir-se a classificação da natureza dos litígios proposta por Vitorelli e já antevista, nem todos os casos demandam o mesmo grau de participação dos representados, pois os de difusão global exigirão, em regra, menor grau de participação dos representados, os quais são apenas remotamente atingidos, enquanto que os de difusão local, que têm alto impacto sobre a sociedade representada, determina que ela tenha maiores oportunidades de participação. E, por fim, os relativos a direitos de difusão irradiada deverão ter oportunidades participativas dos indivíduos tanto maiores quanto mais significativa for a lesão experimentada (VITORELLI, 2016 a, p. 254). Portanto, em cada um deles, serão diversas as possibilidades de conflitos internos dos grupos e entre estes e os seus representantes, pelo que a existência de participação em momentos anteriores e posteriores à propositura da ação são critérios seguros para a avaliação da adequação da representação. E registra a conclusão, com a qual concorda este estudo, de que a multiplicidade da representação, e não a extinção prematura do feito, é a solução:

Não quer dizer, de modo algum, que o processo deve ser extinto, caso se constate alguma impropriedade representativa. Cabe ao juiz adotar as providências para que ela seja corrigida, transferindo a causa ao Ministério Público, por aplicação do art. 5.º, § 3.º, da LACP, ou, se o seu representante for o responsável pelo problema, requerendo ao chefe da instituição a designação de outro membro. A existência de conflitos com o representante, ou conflitos intraclasse, deve ser tratada pelo juiz como uma oportunidade de garantir aos direitos do grupo tutela de melhor qualidade, não como justificativa para negá-la, especialmente porque o conflito continuará existindo na sociedade. A negativa de atuação do Poder Judiciário sobre ele poderá, inclusive, agravá-lo (VITORELLI, 2016 a, p. 590-591).

Assim, se no curso do processo, a representatividade do autor coletivo se mostrar inadequada, a solução somente pode perpassar pela democratização da relação processual,

quanto à atuação em defesa de direitos coletivos, no Brasil, em que legitimidade extraordinária é dada pela lei e é dispensada a coincidência entre este e o titular do direito material, havendo possibilidade de dissenso e conflitos internos na coletividade (CABRAL, 2009, s./p.), motivos pelos quais o autor dedicou artigo às soluções estrangeiras consistente em “ações de grupo” de formato não representativo, mediante a instauração de espécie de incidente coletivo dentro do processo individual, em que há nomeação de líderes do grupo, que conduzirão o processo como uma espécie de porta-voz da classe e admitindo participação voluntária de interessados (CABRAL, 2007, p. 135-136).

¹⁴⁹ Tradução livre: Elas (a multiplicidade de porta-vozes) existem no mundo real, e o tribunal deve ouvir a todos antes que possa decidir o que o ideal da igualdade racial exige.

com abertura para efetiva participação de colegitimados e mecanismos de oitiva dos titulares do direito material, de que se falará adiante nesse mesmo capítulo.

Para Guedes, “em casos excepcionais em que a atuação concreta do legitimado, embora prevista em lei, não esteja em consonância com os objetivos e princípios constitucionais” será “aconselhável a intimação de todos ou de alguns dos colegitimados que porventura pudessem atuar adequadamente na defesa daqueles direitos, concedendo-lhes prazo para avaliarem a situação.” (GUEDES, 2012, p. 133). Porém, também sustenta que em casos tais, o juiz, sempre vinculado ao dever de apontar as evidências da inaptidão, está autorizado a obstar o prosseguimento da ação coletiva, por carecer o autor de legitimidade no caso específico. Contudo, tal entendimento é diverso do sustentado pelo presente estudo que, consoante já antecipado no quarto capítulo, adota como tecnicamente correta a classificação da inadequação representatividade não como causa de extinção do feito ou exclusão do legitimado originário – à exceção de comprovação de conluio com a parte adversa ou outro tipo de fraude ou má fé processual já previstas legalmente, que podem levar ao afastamento do membro do Ministério Público, mas não à conclusão de ilegitimidade da instituição – mas sim como motivo para que o diálogo no processo seja ampliado, especialmente pela notificação de possíveis colegitimados para ingressarem no feito e pela realização de atos abertos ao público em geral, com ampla possibilidade de oitiva da população atingida.

Também Gidi propõe, de *lege lata* para o direito brasileiro que, a despeito da ausência de previsão legal explícita, o juiz não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo, sob pena de, dentre outras medidas¹⁵⁰, extinguir o feito sem adentrar ao mérito do pedido, para o que menciona a previsão do art. 129 do CPC de 1973 (GIDI, 2002/2012, p. 68) que, na redação do atual CPC (BRASIL, 2015 a), em seu art. 142, prevê que “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

Contudo, no entendimento do presente estudo, referida previsão do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a) traz explícita autorização ao juiz para adotar medidas drásticas nos casos de conluio, simulação ou desvio da finalidade do ato/processo, e não para situações outras em que a inadequação não advier de práticas ilícitas, e para as quais resta

¹⁵⁰ Proporcionar prazo e oportunidade para substituição por outro colegitimado adequado, sustentando a analogia ao art. 5º, parágrafo 3º da LACP ; e se atingir inadvertidamente o mérito, a sentença coletiva não fará coisa julgada formal e a mesma ação coletiva pode ser reproposta por qualquer legitimado (GIDI, 2002/2012, p. 68).

ausente previsão legal de extinção da ação. Ademais, o marco do acesso à justiça traz clara intenção de que os direitos coletivos cheguem efetivamente à tutela jurisdicional meritória, o que seria facilmente obstado por decisões terminativas que não se esforçassem em proporcionar, já em fase processual, a participação popular ou dos indivíduos ou comunidades substituídas que não tivessem sido devidamente representados pelo colegitimado que tenha proposto a ação, motivos pelos quais o presente estudo defende que a jurisdição, provocada, não pode se negar a tutelar um direito cujo indício de violação ou situação de risco lhe chegue ao conhecimento por ação de um dos colegitimados previstos em lei.

O risco da obstaculização do acesso dos direitos coletivos à efetiva proteção jurisdicional, seja travestida de critérios muito abertos, verdadeiramente discricionários, para a representatividade sociológica do legitimado coletivo, ou pela possibilidade de sentença terminativa sem exame de mérito, deve ser levado a sério e pode ser impedido na medida em que os princípios que vêm democratizar o processo civil sejam aplicados e levem à abertura do polo ativo a colegitimados adequados.

Assim, antevedo problemas de um mero transplante do modelo norte-americano de controle judicial da representação para o nosso sistema, os processualistas acabam por apontar consequências outras para os casos de inadequação, que não a extinção do feito:

A consequência da falta de legitimação coletiva não pode ser necessariamente a extinção do processo coletivo, sem exame do mérito. A relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente (do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos).

O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser a de aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda. É o que acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, em que se determina a sua sucessão processual, com a assunção do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (art. 9º da Lei Federal n. 4.717/65; art. 5º, § 3º, Lei Federal n. 7.347/85).

O magistrado deve, portanto, ao concluir pela inadequação do legitimado coletivo, providenciar a sua substituição, quer pelo Ministério Público, quer por outro legitimado, convocado ao processo por meio de publicação de edital. Correta, portanto, a proposta contida no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: ‘Art. 21, § 4º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação’” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 99).

E oferece sua crítica ao exemplo concreto em que houve a vedação *tout court* das ações civis públicas em matérias tributária e previdenciária que se iniciou pela sedimentação, junto ao Supremo Tribunal Federal, da jurisprudência no sentido da ausência de legitimação

do Ministério Público para propor ações coletivas tributárias e que foi seguida da edição da Medida Provisória 2.180-35 (BRASIL, 2001) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 190).

A solução para os casos de inadequação da representatividade em demandas estruturais, sugere o presente estudo, passa pelas medidas de democratização do processo e seus atos, por meio de publicização do processo, notificação de colegitimados para ingressarem em litisconsórcio ativo, oitiva de substituídos por mecanismos de consultas e audiências públicas jurisdicionais dentre outros e, apenas em casos extremos, a extinção da ação, não inviabilizada a repropositura pela mesma instituição/autora.

E, nesse sentido, registre-se que já há proposta legislativa no Projeto de Lei nº 5.139 (BRASIL, 2009 c):

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

Trata-se de aplicação do “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito” em que:

[...] diante do interesse público primário que norteia o processo coletivo e do número de pessoas que poderão ser beneficiadas pela demanda, é necessário que as decisões nele proferidas efetivamente apreciem o conteúdo do conflito”, evitando-se sentenças terminativas, para o que a técnica processual coletiva deve permitir a “flexibilização dos requisitos de admissibilidade da ação e do processo (pressupostos processuais e condições da ação) (GAJARDONI, 2012 b, p. 32).

Para tanto, propõe como solução a “convocação pelo juiz (edital ou carta) de outros legitimados ativos (inclusive com representação adequada) para assunção do polo ativo da ação, permitindo-se, com isto, um pronunciamento de mérito sobre o pedido” (GAJARDONI, 2012 b, p. 33).

Também é digna de menção a solução proposta por Cabral¹⁵¹, dedicado ao estudo da despolarização da ação coletiva, inspirado pela introdução, no sistema pátrio, da ação popular

¹⁵¹ A despeito de considerar que uma certa proximidade deva existir entre o substituto processual e a coletividade, Cabral leva em conta a eficiência da tutela, a hipossuficiência dos substituídos e a relevância dos direitos a serem protegidos, para sustentar que a legitimidade extraordinária que, no Brasil é dada pela lei e frequentemente atribuída a órgãos sem uma necessária relação de proximidade com a coletividade substituída, como o Ministério Público e a Defensoria Pública e, apenas, de *lege ferenda* declara possibilidade de exame

pela previsão do art. 6º, §3º da Lei Federal 4.717 (BRASIL, 1965), quanto à legitimidade, consistente na manutenção de um filtro subjetivo, porém reduzindo o espectro de análise para a prática de cada ato processual isoladamente, partindo da situação legitimante não mais ligada a um juízo de pertinência subjetiva da demanda, enquanto *legitimatío ad causam*, mas sim referente ao ato processual específico, enquanto *legitimatío ad actum* (CABRAL, 2009, s./p.), e adotando conceito de “zona de interesse”, mais amplo do que o interesse de agir e que possibilitaria a “admissibilidade de litigância conjunta (*joinder*) com base em juízos de eficiência e conveniência da atuação em multiplicidade subjetiva” (CABRAL, 2009, s./p.) e migração dos que denomina “sujeitos desinteressados, como o *amicus curiae*¹⁵² e os órgãos da administração pública”, que não ficam presos a um polo, podendo “se e quando o sujeito processual convencer-se do acerto das razões de outros sujeitos e decidir pela atuação conjunta consigo”, mas “sempre em prol do interesse público” (CABRAL, 2009, s./p.).

Guedes relembra ainda que, dado o direito positivado¹⁵³, há a possibilidade de admissão da assistência litisconsorcial, na ação civil pública, por membro individual da coletividade representada, ressalvando que, por não se exigir normativamente o requisito da representatividade desse assistente¹⁵⁴, poderá optar por não atuar necessariamente em nome do grupo, mas apenas em nome próprio (GUEDES, 2012, p. 82).

O presente estudo sustenta que a admissão de colegitimados coletivos no processo – como solução diante de concreta inadequação da representatividade do autor original – pode ser feita por diversas formas a seguir abordadas.

Vistas as soluções para a defesa dos direitos metaindividuais nos casos em que a representatividade do colegitimado se afigure inadequada por insuficiência da responsividade aos interesses dos representados, e dada a necessidade de que os critérios do controle da adequação sejam extraídos legal e constitucionalmente, passa-se à proposição de que a

casuístico e judicial, não vendo espaço para restrições de legitimação à luz de nosso direito positivo (CABRAL, 2009, s./p.).

¹⁵² A intervenção do *amicus curiae*, antes reduzida às ações diretas de inconstitucionalidade na forma da Lei Federal nº 9.868 (BRASIL, 1999 a), mereceu ampliação no CPC (BRASIL, 2015 a), em seu artigo 138, para todos os tipos de ações, desde que presentes requisitos de relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia e, ao que interessa diretamente ao estudo, a representatividade adequada da pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, ressentindo-se o presente estudo da ausência de fixação de critérios legais, que podem prejudicar o efetivo uso do referido mecanismo.

¹⁵³ Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

¹⁵⁴ Recorda, todavia, que o Projeto de Lei nº 5.139 (BRASIL, 2009 c) prevê a possibilidade de rejeição da habilitação do assistente individual quando não demonstrar que possua condições de colaborar para a utilidade da tutela, o que classifica como “uma forma de controle da representatividade, do ponto de vista democrático, dos indivíduos que queiram ingressar como assistentes na ação civil pública” (GUEDES, 2012, p. 82).

atuação do Ministério Público, em níveis prévio e extraprocessual, possa consistir em baliza para o julgamento da adequação de sua representatividade.

5.2 Atuação prévia e extrajudicial como parâmetro da adequação da representatividade/representação do Ministério Público

A presente pesquisa tem por foco as medidas prévias e extrajudiciais, adotadas pelo Ministério Público no âmbito de seus procedimentos administrativos, incluindo o inquérito civil público, que podem consistir em parâmetro de controle da adequação da sua representatividade/representação, em relação à preocupação em ouvir as pessoas representadas, para definir melhor o instrumento da defesa dos direitos, especificamente em relação às demandas estruturais. É o que a presente pesquisa buscou avaliar a partir dos dados extraídos do sistema de informação do Ministério Público, consoante se verá no sexto capítulo.

Serve a esse propósito, mais uma vez, o referencial do acesso à justiça, de Cappelletti e Garth, que perceberam que os sistemas legais têm sido questionados por cientistas sociais sobre como funcionam, para quem servem e a qual custo¹⁵⁵, e reconheceram que as técnicas processuais servem a funções sociais e, especialmente, que as cortes judiciais não são o único meio de resolução de disputas a ser considerado, e que cada regulação procedimental – incluindo a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema das cortes – tem um efeito em como a lei material opera, como é aplicada e em benefício de quem e com qual impacto social (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 185).

A atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa dos interesses metaindividuais passou a possuir previsão legal do inquérito civil enquanto seu instrumento de atuação no art. 8º, § 1º da Lei Federal nº 7.347 (BRASIL, 1985), que foi incorporado explicitamente no art. 129, inciso III da Constituição da República (BRASIL, 1988), e regulamentado pela Lei Federal Complementar nº 75 (BRASIL, 1993 a), que instituiu o Estatuto do Ministério Público da União, Ordinária nº 8.625 (BRASIL, 1993 b) que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e, no âmbito de cada Estado, incluindo Minas Gerais por via da Lei Complementar nº 34 (MINAS GERAIS, 1994), dentre outras leis que, dispendo sobre os direitos de alguns grupos identitários, também o preveem, como Estatuto da Criança e do

¹⁵⁵ Veem os autores, nestas críticas, um poderoso auxílio na luta pelo acesso à justiça (Cappelletti; Garth, 1978, p. 182).

Adolescente no art. 223 c/c 201, V, da Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990 a), do Idoso no art. 74 da Lei nº 10.741 (BRASIL, 2003 b), Lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência no art. 6º da Lei nº 7.853 (BRASIL, 1989 a), etc. Recebeu, ainda, regulamentação infralegal por via da Resolução nº 23 (BRASIL, 2007 a) do Conselho Nacional do Ministério Público.

Aqui, importa registrar que a atuação extrajudicial do Ministério Público destina-se não somente a ser antecedente a um processo judicial cuja interposição acabe por se tornar necessária para postular a defesa do interesse metaindividual – e que sugere este estudo deva ser um critério importante para o controle da adequação da representação do legitimado coletivo – mas também dirige-se à própria resolução dos problemas postos, por meio de outros instrumentos também previstos legalmente nos mesmos referidos diplomas, tais como recomendações¹⁵⁶, o ajustamento de conduta¹⁵⁷ ou acordo referendado¹⁵⁸ pelo Ministério

¹⁵⁶ Lei Ordinária nº 8.625 (BRASIL, 1993 b): Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; [...] II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; V – praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI – dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas; VII – sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade; VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. [...] Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: [...] Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito. [...] Art. 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: [...] II – atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis;

¹⁵⁷ Previsto na Lei Federal 7.347 (BRASIL, 1985): Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

E, mais recentemente, foi previsto legalmente o acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei Federal nº 12.846 (BRASIL, 2013 a), como modalidade de compromisso de ajustamento de conduta e, até mesmo, a legitimação subsidiária do Ministério Público para pleitear também a imposição judicial das sanções administrativas, quando houver omissão das autoridades competentes, no art. 20 do mesmo diploma e regulamentado em nível infralegal por meio da Resolução CNMP 179 (BRASIL, 2017 b).

¹⁵⁸ Código de Processo Civil (BRASIL, 2015 a): Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

Público e mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais¹⁵⁹.

E foi a partir da LACP que se promoveu a mudança da atuação da própria instituição Ministério Público que, no sistema tradicional, não se utilizava do até então pouco regulamentado poder de iniciativa e apenas reagia aos estímulos do autor e réu em ações já postas e, mesmo na área penal em que sempre foi investido da titularidade exclusiva, “normalmente não se sente responsável pelo crime como fato social, ou pela eventual elevação dos índices de criminalidade, ou ainda pela adoção de políticas específicas no tocante a delitos de menor gravidade” (FERRAZ, 2002, p. 89) mas que, a partir de sua edição em 1985, passou a se incumbir diretamente da defesa dos valores e bens coletivos e transindividuais.

Mas, em ambos os modelos – demandista ou resolutivo¹⁶⁰ – a adequação da representatividade do Ministério Público em demandas estruturais tem nos instrumentos de atuação extrajudicial um possível critério para a sua avaliação, motivo da importância do estudo sobre o Inquérito Civil Público e demais procedimentos correlatos, no âmbito do qual essa atuação se dá.

Especialmente, se considerada a regulamentação acima mencionada que o dotou de diversos instrumentos de iniciativa e de coleta de material probatório¹⁶¹, incluindo perícias,

Lei Federal nº 10.741 (BRASIL, 2003 b): Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil. [...] Art. 74. Compete ao Ministério Público: [...] X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.

¹⁵⁹ Regulamentado por meio da Resolução CNMP 118 (BRASIL, 2014 b).

¹⁶⁰ Classificação dos modelos de atuação trazida por Goulart (1998, p. 111).

¹⁶¹ Sobre a valoração da probatória dos elementos colhidos no ICP: “Não só a constatada dificuldade do efetivo resguardo ao direito material e seu valor social incomparável ditam a necessidade de tratamento processual diferenciado no presente caso. Outros componentes específicos devem ser sopesados. [...] Com efeito, no inquérito civil *público*, o Promotor de Justiça se vale, no mais das vezes, como dito, de laudos, relatórios e pareceres provenientes de órgãos públicos especializados. Estes documentos oficiais são formulados por agentes públicos assujeitados aos deveres de fidelidade e obediência à lei. Os atos administrativos por eles formalizado possuem presunção de legitimidade. [...] Portanto, a maioria das provas técnicas trazidas para o inquérito possui essa presunção *iuris tantum* de validade, autenticidade e veracidade, sendo tal presunção decorrente também do próprio teor do art. 364 do Código de Processo Civil, cabendo à parte contrária impugnar esses atributos de legitimidade (arts. 387 e 390 do CPC) (atuais artigos 405, 427 e 430 do CPC/2015), sob pena de valorização ainda maior no panorama probatório. [...] De outra parte, vislumbra-se historicamente no sistema processual brasileiro a produção de prova pericial na fase extraprocessual, ou seja, no inquérito policial, com aceitação da mesma em juízo, sem contestação de sua validade ou requerimento de produção de nova perícia. Pode-se argumentar que tal aceitação funda-se na impossibilidade, muitas vezes, de renovação do exame pericial na instrução criminal, em razão do desaparecimento dos vestígios. Contudo, *mutatis mutandis*, no inquérito civil referida situação também ocorrerá, pois a emissão de gases, partículas, ruídos, o derramamento de óleo, a mortandade de peixes, entre outros danos, não permitem um retrato técnico atual em juízo” (ALONSO JÚNIOR, 2002, p. 296-297). Também Mazzilli, para quem os elementos de convicção colhidos no IC terão valor subsidiário em juízo, desde que não afrontados por provas de maior hierarquia (MAZZILLI, 2002, p. 313). Sem deixar de registrar que a Lei Federal nº 9.605 (BRASIL, 1998 a) valorizou a prova pericial produzida no ICP:

requisição de informações, convocação de testemunhas e de técnicos, “instrumentos esses que, por não estarem disponíveis¹⁶² para as associações, por exemplo, em muito limitam o exercício concreto da legitimidade dessas” (FERRAZ, 2002, p. 91), já sendo observado pela doutrina que “o inquérito bem instruído permite que o Ministério Público verifique a existência de fundamento razoável para a propositura da ação, além de contribuir para o êxito dessa, como tem ocorrido na prática” (CARNEIRO, 2000, p. 206).

E, no que respeita diretamente ao presente estudo, optou-se por se concentrar sobre ações que postulam obrigações de fazer, portanto, de natureza estrutural¹⁶³ para a implementação de direitos transindividuais — e não sobre ações de natureza sancionatórias e sua necessária preocupação com a natureza inquisitorial ou implementação de contraditório¹⁶⁴

Art. 19. (...) Parágrafo único. A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório.

¹⁶² Demais colegitimados podem instaurar outros tipos de procedimentos para a coleta de elementos de convicção, porém sem os efeitos legais pertinentes ao ICP, como o óbice à decadência previsto no CDC, art. 26 parág 2º, inciso III e seu controle de arquivamento previsto no art. 9º da LACP (MAZZILLI, 2002, P. 311). E podem se valer ação de produção antecipada de provas, prevista no artigo 381 do CPC/15 (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 301).

¹⁶³ O objeto do inquérito civil público, dado o atual estágio evoluído da teoria da responsabilidade civil, não é o fato *quasi ex delicto* romano, mas sim o fato contrário à ordem jurídica, registrando Mazzilli que a exigência de apuração de fato determinado não pode se confundir com fato típico, pois “muitas vezes os ilícitos civis podem constituir um estado de coisas e não uma ação precisa ou determinada, atual ou pretérita. Assim, por exemplo, a falta de segurança nos transportes ou a falta de vagas nas escolas podem ser consideradas, *lato sensu*, como matérias a serem investigadas em inquérito civil, ainda que não decorram de um único ato isolado de um administrador específico em determinado momento.” (MAZZILLI, 2002, p. 319). E não se deve desconsiderar que a atuação em inquérito civil pode se dar não somente para recuperar danos, mas também para preveni-los, na forma explicitamente prevista na LACP, em seu art. 4º.

No âmbito do MPMG, a regulamentação feita via vigente Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3 (BRASIL, 2009), define por objeto aquele que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do MP, não focando apenas na responsabilização ou em ilícitos penais ou civis, dada a utilização para as demandas estruturantes de políticas públicas: Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. §1º O inquérito civil é um procedimento de natureza administrativa, que visa à reunião oficial de documentos e outros elementos de informação produzidos no decurso de uma investigação que tenha por objeto o dano ao patrimônio público ou social ou o desrespeito a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, nos termos do art. 127, caput, e 129, II e III da Constituição. §2º O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria.

¹⁶⁴ Para as apurações relativas à atuação de natureza sancionatória e, em artigo específico sobre inquéritos relativos a fatos ímprobos, Zaneti Júnior defende a progressiva abertura procedimental para um efetivo contraditório durante todo o andamento do inquérito civil, tomando como parâmetro a crescente processualização dos procedimentos na ordem constitucional brasileira, para sustentar que o IC é “tendencialmente inquisitivo”, porém deve evoluir para a lógica processual do contraditório, exceto se essa oitiva prejudicar a própria tutela dos direitos, como nos casos de urgência de atuação ou necessidade de sigilo ou, ainda, quando já ouvido em outro procedimento investigatório como prova emprestada ou quando haja dificuldade justificada em fazê-lo ou possa, de qualquer modo, refletir prejuízo à eficácia da investigação, casos em que o Ministério Público deve proceder sem a observância desta formalidade, ficando o contraditório diferido para a esfera judicial (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 309). Contudo, conclui que a ausência de contraditório prévio não pode ensejar, no estado atual do ordenamento jurídico, qualquer nulidade ao procedimento do ICP, por ausência de exigência legal e dado que “a

em relação aos responsáveis pela ameaça ou dano aos valores constitucionais – e sobre a preocupação de que sejam ouvidos os atingidos pela conduta que se pretende prevenir ou reparar, o que pode ser avaliado pela condução do inquérito civil.

Não se desconsidera que, de *lege lata*, não há sequer obrigatoriedade na instauração de inquérito civil público a preceder ações coletivas, pois, ao contrário, o sistema jurídico prevê expressamente a possibilidade de formação do convencimento e atuação a partir de peças de informação¹⁶⁵. E, mesmo Dallari, em artigo que intitulou como “Obrigatoriedade de Realização de Inquérito Civil Público”, não defende exatamente a indispensabilidade da sua instauração, mas apenas que a decisão sobre fazê-lo não é de foro íntimo ou arbítrio do promotor condutor, ao fundamento corretíssimo de que todos os poderes são juridicamente limitados, assim como a independência funcional, que deve ser interpretada como liberdade

tese aqui defendida é a de que a processualização do IC favorece a tutela dos direitos, sustentar nesta quadra da história qualquer formalismo garantista quanto à obrigatoriedade do contraditório nos procedimentos administrativos de investigação seria contrário a esta finalidade e por isto incorreto do ponto de vista formal e material” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 312/313). E, em obra escrita em conjunto com Didier Júnior, registra o entendimento do “caráter inquisitivo” e “sem maiores formalidades” em que, “como simples procedimento, não é imperativo o respeito ao contraditório, embora em muitos casos possa ser aconselhável” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 204) para concluir que “o contraditório no *inquérito civil* existe, embora em seu aspecto mínimo: o direito de ser informado (direito à informação) e o de participação do sujeito ativo em determinados atos”, esclarecendo que o conteúdo mínimo se dá pela comunicação imediata da existência de uma imputação, tão logo se verifiquem elementos suficientes, duração do segredo interno por tempo prudencial nos casos em que o conhecimento comprometeria a eficácia da investigação, e participação na produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 209).

Registre-se, contudo, o entendimento massivo da jurisprudência pela natureza de procedimento inquisitivo e informal: STF, RE 481.955 (BRASIL, 2011c); STJ, HC 175.596/MG (BRASIL 2014 e); STJ, AgRg no REsp 659.571/RS (BRASIL 2014 d), dentre outras decisões, e a posição de Mazzilli que refuta a obrigatoriedade do contraditório, dado não consistir em processo administrativo, pois nele não há acusação e não se aplicam sanções, mas clamando pela publicidade como regra, excepcionada pela possibilidade de decretação de sigilo, em paralelo ao Inquérito Policial, na forma prevista no art. 20 do Código de Processo Penal (MAZZILLI, 2002, p. 323).

Por fim, registre-se a distinção entre o contraditório exigido em processos dos quais possa resultar imediata aplicação de sanções, da necessária publicidade de atos oficiais, o que inclui a oitiva de pessoas envolvidas “sem que haja, contudo, a obrigatoriedade da bilateralidade da audiência de todos os atos a serem perpetrados no inquérito” (RODRIGUES, 2006, p. 86).

¹⁶⁵ Lei Ordinária nº 7.347 (BRASIL, 1985): Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

E, não se pode esquecer a aplicação às ações previstas no CDC das disposições da LACP, inclusive e explicitamente no que respeita ao inquérito civil, na forma de seu art. 90. E, também no processo penal, as peças de informação são suficientes para a decisão de oferecimento de Denúncia ou de arquivamento, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

de atuação dentro dos quadrantes da ordem jurídica (DALLARI, 2008, p. 02), ressaltando, portanto, a sua dispensa no caso das peças de informação resultar plenas dos indícios fortes da ocorrência da ameaça ou lesão ao direito transindividual:

Não se pretende sustentar que a realização do inquérito civil seja condição indispensável para a propositura de toda e qualquer ação civil pública. O bom-senso não briga com o direito. Quando houver informações firmes e seguras no sentido da provável ocorrência de determinado dano a interesse supraindividual (coletivo ou difuso), é de se admitir a propositura de ação judicial (DALLARI, 2008, p. 10).

E, não se pode discordar de seu entendimento de que o inquérito civil “pode ser um importantíssimo indicador do nível de correção da conduta do agente do Ministério Público, da sua maior ou menor diligência no exercício de suas funções” (DALLARI, 2008, p. 10).

Ao inquérito civil tem-se conferido a qualidade de “instrumento de cidadania”, por ensejar a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública, aderindo ao entendimento de que pode ser parâmetro de controle da representatividade, dado que “o seu adequado manejo evita a propositura de lides temerárias, além de ser palco de alternativas à movimentação da máquina jurisdicional, posto que importantes medidas extrajudiciais de composição do conflito coletivo são adotadas nos autos do inquérito” (RODRIGUES, 2006, p. 89).

Ainda se deve referir ao controle de legalidade¹⁶⁶ a que é submetido o Inquérito Civil Público, especialmente quanto ao seu arquivamento que é controlado pelo Conselho Superior

¹⁶⁶ Registre-se que, em sede de controle da legalidade, a LOEMP Paulista – Lei Complementar Estadual nº 734 (SÃO PAULO, 1993), em seu art. 108, criou recurso contra a instauração do ICP, classificado acertadamente por Mazzilli como “írrito o sistema de recursos no inquérito civil, criado pela LOEMP”, em razão do controle jurisdicional já sistematizado e em razão da disciplina do inquérito civil ser de competência de lei federal (MAZZILLI, 2002, p. 326). E, em outra obra, registra que a independência funcional do membro do Ministério Público impede que o controle de legalidade seja feito administrativamente pelo superior hierárquico, sem prejuízo da responsabilidade funcional do membro do MP nos casos de atos ilícitos nas searas penal, civil e administrativa (MAZZILLI, 2013, p. 516). Assim, também “não poderão os Estados editar leis normatizando o inquérito civil no âmbito estadual, pois estariam ferindo o modelo federal da LACP que já traçou o regime jurídico integral do inquérito civil.” (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p. 1136).

Adita Rodrigues que a investigação “não pode ser burocratizada, já que não raro a demora da ação dos legitimados à defesa do direito resulta em irreversível consolidação de danos a toda a coletividade. Por isso não se justifica que uma pessoa tenha condições de sustar administrativamente a realização da investigação. Corre-se o risco, também, de deixar nas mãos de um órgão mais sujeito a pressões políticas a adoção de medidas em favor do direito transindividual. Ademais, o indivíduo que se sinta especialmente gravado com a instauração de uma investigação que protege o direito transindividual pode sempre se valer do Judiciário para controlar a atuação do Ministério Público, embora não haja um direito líquido e certo à celebração do ajuste. O que não se pode admitir é uma regra genérica que dificulte a proteção dos direitos transindividuais” (RODRIGUES, 2006, p. 89).

Em sentido mais radical, considerando a utilização abusiva em um sentido mais amplo, “independentemente de ter havido temeridade ou má-fé na instauração do inquérito civil”, Arruda Alvim propõe que o trancamento possa ser promovido, pela via do mandado de segurança, “sempre que: a) os fatos investigados não configurem, em tese, lesão ou ameaça a direitos suscetíveis de tutela por ação coletiva (direitos difusos, coletivos e

do Ministério Público, conforme já antevisto, e quanto à propositura de ação cujo destino – prosseguimento ou inadmissibilidade *ab initio* e julgamento de procedência ou improcedência liminar ou final – é controlado direta e imediatamente pelo Juiz, inclusive em relação à instauração, via *habeas corpus* contra atos de coação ou mandado de segurança, em “controle de legalidade, necessariamente afeto ao Poder Judiciário, e insubstituível por outros órgãos, ainda que do próprio Ministério Público” (MAZZILLI, 1999, p. 282).

Seja para formar a convicção para a propositura de ação ou para atuar resolutivamente em nível extrajudicial, a legislação dotou o Ministério Público de instrumentos democráticos de escuta das pessoas atingidas pelos fatos em apuração, o que se verá a seguir.

5.3 Atendimento ao público

O atendimento ao público foi erigido à categoria de dever previsto legalmente no art. 27, parágrafo único, I e IV da Lei Federal nº 8.625 (BRASIL, 1993 b) e art. 22, XIII da Lei Complementar Federal nº 40 (BRASIL, 1981 a), ressaltando Mazzilli sua conexão com a democracia e sua função de ouvir para servir aos interesses da comunidade:

Pertencendo a uma instituição agora com vocação essencialmente democrática, os órgãos do Ministério Público, no atendimento ao público, não só o servem como dele se servem para desempenhar suas demais funções, o que resulta no mesmo. No exercício dessa função, colhem elementos para zelar pela observância da Constituição e das leis, promovendo-lhes a execução por meio da ação penal ou da ação civil pública, sempre em defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo ou da sociedade, ou em defesa de interesses de larga expressão ou abrangência social. E, sobretudo, permitem que sua instituição se torne realmente de serviço à comunidade (MAZZILLI, 1998, p. 60-61)

O contato direto com os titulares dos direitos coletivos defendidos pelo Ministério Público é também previsto em outras legislações como obrigatório e regular, como no artigo 68, parágrafo único, da Lei nº 7.210 (BRASIL, 1984 a) relativo às inspeções presenciais em estabelecimentos penais, regulamentado pelo CNMP em Resolução nº 56 (BRASIL, 2010 a), artigos 95 e 141 da Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990 a), relativos às inspeções e entidades de acolhimento e ao direito de acesso de crianças e adolescentes ao Ministério Público, também havendo regulamentação pelo CNMP das inspeções presenciais por via da Resolução nº 71 (BRASIL, 2011 a) e artigo 52 da Lei nº 10.741 (BRASIL, 2003 b), relativo às inspeções

individuais homogêneos); b) a propositura de ação coletiva referente ao fato objeto de apuração não esteja na esfera de atribuições do órgão que instaurou e preside o inquérito” (ARRUDA ALVIM, 2010, p. 146).

peçoais junto às instituições de longa permanência de idosos, regulamentado pelo CNMP em Resolução nº 154 (BRASIL, 2016 a).

Ademais, tal dever não se restringe às oitivas e atendimentos determinados pelo membro, mas também abrange um grande universo de atendimentos a pessoas que espontaneamente buscam o Ministério Público em busca de orientações e soluções para demandas diversas, e cujos atendimentos são registrados¹⁶⁷, neste Estado de Minas Gerais, na forma da Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 1, de 10 de julho de 2017 (BRASIL, 2017 d).

5.4 Consultas Públicas

Recentemente, no ordenamento pátrio foi incluída, a partir dos acréscimos trazidos que a Lei Federal nº 13.655¹⁶⁸ (BRASIL, 2018 a) trouxe ao Decreto-Lei nº 4.657 (BRASIL, 1942) previsão de realização de consultas públicas no âmbito de quaisquer órgãos ou Poderes Públicos, quando atuando para dirimir situação contenciosa na aplicação do direito público ou editar atos normativos:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

[...]

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade

¹⁶⁷ Sobre a coleta de dados quantitativa de atendimentos no período pesquisado, ver capítulo 6.

¹⁶⁸ Registre-se que referida Lei – que acresceu à LINDB, conforme declara sua ementa, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público – mereceu intensas críticas, desde a apresentação de seu projeto, formuladas pelos órgãos de controle externo da Administração Pública, dentro os quais o Ministério Público Federal que emitiu a Nota Técnica Conjunta nº 1 (BRASIL, 2018 b) por meio da qual registrou os obstáculos na atuação dos órgãos de controle da Administração Pública (na esfera federal, exemplificativamente, CGU, TCU, unidades de controle interno e CADE) e Poder Judiciário, impondo condicionantes às decisões deles emanadas, restringindo eficácia normativa dos “valores jurídicos abstratos” que incluem princípios, e pecando por transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público, dentre outros dispositivos atacados.

Entende este estudo que a crítica é pertinente, dado que a Constituição é “autodeterminação política comunitária” e “limitação do poder” (ENTERRÍA, 1990, p. 106) e seus princípios são as convicções ético-jurídicas fundamentais de uma comunidade e são o suporte de todo o ordenamento e, especialmente, não consistem em mera boa intenção, constituindo Direito (ENTERRÍA, 1990, p. 83) e, considerando que a Administração, que possui capacidade de produzir normas jurídicas por via de regulamentos, nos quais, no mais das vezes, são sobrevalorizados os interesses da Administração em detrimento dos administrados, concluindo que “frente aos riscos próprios de uma normatização burocrática, com suas tendências negativas, só um sistema de princípios gerais do Direito, resolutamente aplicados pelos juízes, pode restabelecer os necessários conteúdos da justiça, que tantas vezes é valorada como um puro obstáculo pelos administradores” (ENTERRÍA, 1990, p. 86).

E, registre-se que a aqui mencionada nota do MPF ainda descreve a ironia do fato de que a única audiência pública, realizada pelo Senado Federal para analisar o referido projeto que resultou nos aditivos à LINDB, haver limitado a participação a somente consultores do Poder Executivo, excluindo todos os órgãos de controle externo, o que “apequenou a finalidade da audiência pública”, o que se pode constatar que efetivamente ocorreu, na forma do registro pelo próprio Senado Federal (BRASIL, 2015 c).

administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Os dispositivos tratam, porém, como faculdade a realização das consultas por meio das expressões “quando for o caso” e “poderá”, e a regulamentação feita por meio do Decreto Federal nº 9.830 (BRASIL, 2019 b), ainda determinou obrigação de motivação da decisão de convocação da consulta, o que se lê como atribuição de natureza excepcional, e a desobrigação de resposta ou consideração individual das manifestações¹⁶⁹.

A configuração do Brasil como Estado Democrático dispensa a necessidade de previsão em lei formal da obrigação das consultas públicas, mas não se nega que a explicitação tem caráter pedagógico e pode fazer avançar na sua aplicação. Porém, a previsão deveria se dar exatamente de forma contrária à que se fez, de que a regra é a consulta pública, com dever do administrador de motivação nos casos em que as circunstâncias fáticas dispensassem sua realização.

Não se pode descurar, portanto, da adequação da representatividade dos entes coletivos em relação às pessoas ou comunidades substituídas, inclusive e especialmente em relação aos povos e comunidades tradicionais que são invisibilizados¹⁷⁰, pois a tomada de

¹⁶⁹ Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º. § 2º A convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições. § 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação. § 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

¹⁷⁰ A invisibilização decorre do que Santos categorizou como “pensamento abissal”: “O pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal. Consiste num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que estas últimas fundamentam as primeiras. As distinções invisíveis são estabelecidas por meio de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o ‘deste lado da linha’ e o ‘do outro lado da linha’. A divisão é tal que ‘o outro lado da linha’ desaparece como realidade, torna-se inexistente e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer modo de ser relevante ou compreensível. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção de inclusão considera como o ‘outro’. A característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha. O universo ‘deste lado da linha’ só prevalece na medida em que esgota o campo da realidade relevante: para além da linha há apenas inexistência, invisibilidade e ausência não-dialética” (SANTOS, 2007, s./p.). E a invisibilidade “não decorre de elementos psíquicos do sujeito ou da formação cultural de uma ordem societária específica [...] está inscrita na formação do nosso atual marco civilizatório e constitui um dos principais traços formadores do paradigma dominante da modernidade. Em conclusão, pode-se dizer que a ocultação das comunidades tradicionais em um contexto de desenvolvimento neoliberal possui duas causas centrais: de um lado, a consolidação de uma teoria econômica fundada no utilitarismo e na negação ao discurso da alteridade; doutro, uma teoria social hegemônica da modernidade que não reflete sobre a invisibilidade dos atores sociais” (CORREA, 2015, p. 60). Trata-se de “um processo de

decisões sobre os direitos a serem defendidos e qual a melhor forma de fazê-lo deve passar por sua oitiva, por serem atingidas da forma mais direta pela violação ou risco ao direito que titularizam.

E, mesmo antes da regulamentação pátria acima mencionada, o Direito Internacional já havia previsto as consultas por meio da Organização Internacional do Trabalho na Convenção nº 169, de 27 de junho de 1989 (OIT, 1989) que, no Brasil, foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143 (BRASIL, 2002) e promulgada pelo Decreto nº 5.051 (BRASIL, 2004 b)¹⁷¹ e que, segundo analisa Correa – ao contrário da ciência política clássica para a qual o elemento *povo* apresenta-se como componente elementar do Estado – a concepção de povo/nação definida pela OIT afasta-se dessa tradição e surge como uma categoria aberta¹⁷² e multicultural, sendo um canal irradiador de uma grande diversidade de línguas, tradições e culturas (CORREA, 2015, p. 157).

Em seus considerandos, a Convenção 169 já se justificava nas “aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem”, para prever as medidas para a oitiva de seus interesses:

ARTIGO 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que

ocultação de atores que já sofrem com um alto grau de imperceptibilidade em razão da marginalização, preconceito e estigma. A invisibilidade dos invisíveis quer dizer que, em alguns contextos, os atores sociais permanecem ocultos, independente do reconhecimento jurídico-formal”, conforme constata Correa em tese de doutorado em que analisou a distribuição dos recursos do Plano de Aquisição de Alimentos (PAA), política pública de inclusão econômica e combate a insegurança alimentar coordenada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), em que a invisibilidade foi “sentida não apenas na pífia manutenção dos recursos direcionados aos quilombolas, mas na ausência de outros povos e comunidades considerados como tradicionais”(CORREA, 2015, p. 210).

¹⁷¹ Ressalte-se que, mesmo antes da Convenção 169, o Brasil já constitucionalizara, em seu art. 231, § 3º, que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

¹⁷² Dada a disposição da Convenção 169 que apresenta definição dos povos indígenas ou tribais cujo elemento central é a autoidentificação pelo próprio grupo: “ARTIGO 1º 1. A presente Convenção aplica-se a: [...] 2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.”

Registre-se que, o Decreto 6040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define: Art. 3º [...]: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

Ademais, a Convenção 169 definiu como as consultas devem ser feitas:

ARTIGO 6º

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

[...]

ARTIGO 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

[...]

3. Sempre que necessário, os governos garantirão a realização de estudos, em colaboração com os povos interessados, para avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental das atividades de desenvolvimento planejadas sobre eles. Os resultados desses estudos deverão ser considerados critérios fundamentais para a implementação dessas atividades.

Assim, força de lei possui a consulta prévia de comunidades tradicionais sobre seus interesses, não apenas como ato formal, realçando o item 2 do artigo 6º suas características de ser prévia, informada, culturalmente situada e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta pois, “a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização” e deve ser “renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas relativas a impactos a serem suportados pelos grupos” (DUPRAT, 2014, p. 64), para além de exigir “atenção ao tempo para a tomada de decisões, tanto na sua extensão, como quanto ao momento adequado”, recordando que:

Aqui é importante retornar à questão de que, quando se fala em grupos, comunidades e povos, não se está diante de totalidades homogêneas. Essa é uma visão externa, simplificadora e essencialista. As coletividades reais vivem conflitos, dissensos e disputas de várias ordens. De modo que, também internamente, é preciso tempo para construir eventuais consensos. Também há grupos que distribuem o tempo em ciclos, cada qual adequado a determinadas finalidades.

Tampouco há uma fórmula única para a tomada de decisões. Alguns grupos as reservam aos caciques, anciões, professores; outros, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas. O que é fundamental reter é que não se pode subverter esse processo mediante uma solução externa (DUPRAT, 2014, p. 66)

O que se deve aqui lembrar é que não se pode tomar por antagônicas a participação e a representação, pois mesmo no âmago das comunidades substituídas, inclusive das tradicionais, há instâncias representativas dos seus membros, e que devem ser ouvidas pelo legitimado coletivo.

E adita Duprat, quanto aos resultados da consulta, é o equívoco de entendimentos extremos, que a veem como mera formalidade sem aptidão para interferir no processo decisório ou como possibilidade incondicional de veto ao projeto apresentado, porque a primeira visão ignora a juridicidade da Convenção 169 e a segunda desconsidera que, numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse, para o que apresenta como entendimento adequado que a decisão do grupo seja “definitiva quanto às medidas que lhes digam respeito com exclusividade”, incluindo a implementação, dentro de seu território, de qualquer política, obra ou ato que o afete, que ficará na dependência da anuência pelo povo atingido (DUPRAT, 2014, p. 67).

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, no caso Saramaka¹⁷³, e a partir do art. 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁷⁴, a distinção entre consulta e consentimento. E para Duprat, o consentimento será exigido para todo empreendimento que provoque perda de território ou grave comprometimento ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo e que, mesmo no caso de consulta, essa deve ser vinculante, e “eventuais objeções oferecidas pelo grupo devem ser levadas a sério e superadas com razões melhores. Se estas não se apresentarem, as objeções têm que ser incorporadas ao processo decisório, com alteração, no todo ou em parte, do projeto” (DUPRAT, 2014, p. 67-68).

¹⁷³ “134. *Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto requiere de mayor análisis*” (CIDH, 2007, p. 42).

¹⁷⁴ “Artigo 32. 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados por meio de suas próprias instituições representativas a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa por essas atividades, e serão adotadas medidas adequadas para mitigar as consequências nocivas de ordem ambiental, econômica, social, cultural ou espiritual” (ONU, 2008, p. 16).

Nessa linha, destacam-se os protocolos elaborados pelos próprios povos indígenas com suporte da Rede de Cooperação Amazônica (RCA, s./d.), aliança latino-americana de organizações, dos quais se transcreve o Protocolo Munduruku (BRASIL, 2017 c) que exige a oitiva de todos, incluindo “sábios antigos, os pajés, os senhores que sabem contar história”, mulheres e estudantes da tribo, e fixando regras que lhes permitam efetiva participação e poder de decisão:

O governo não pode nos consultar apenas quando já tiver tomado uma decisão. A consulta deve ser antes de tudo. Todas as reuniões devem ser em nosso território – na aldeia que nós escolhermos –, e não na cidade, nem mesmo em Jacareacanga ou Itaituba.

As reuniões não podem ser realizadas em datas que atrapalhem as atividades da comunidade (por exemplo, no tempo da roça, na broca e no plantio; no tempo da extração da castanha; no tempo da farinha; nas nossas festas; no Dia do Índio). Quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente.

As reuniões devem ser na língua Munduruku e nós escolheremos quem serão os tradutores. Nessas reuniões, nossos saberes devem ser levados em consideração, no mesmo nível que o conhecimento dos pariwat (não índios). Porque nós é que sabemos dos rios, da floresta, dos peixes e da terra. Nós é que coordenaremos as reuniões, não o governo (MUNDURUKU, 2017, p. 4).

Ressalte-se, porém, que o povo Munduruku explicitamente demanda que as decisões sejam coletivas, e não apenas por organizações ou pessoas a que se confiram atribuição representativa:

As nossas organizações (Conselho Indígena Munduruku Pusuru Kat Alto Tapajós – Cimpukat, Da’uk, Ipereg Ayu, Kerepo, Pahyhy, Pusuru e Wixaxima) também devem participar, mas jamais podem ser consultadas sozinhas. Os vereadores Munduruku também não respondem pelo nosso povo. As decisões do povo Munduruku são coletivas (MUNDURUKU, 2017, p. 4).

Às consultas, que tomam formas escritas ou orais, aplicam-se as disposições sobre audiências públicas, a seguir analisadas.

5.5 Audiências Públicas

As audiências públicas são mecanismo de “ampliação da legitimação social do Ministério Público” por intermédio do qual “abrem as portas do poder público à sociedade para facilitar exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas várias dimensões, permitindo-se a apresentação de propostas, a apresentação de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de defesa

social”, motivo pelo qual realça-se sua função de “permitir que a Instituição estabeleça programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade”¹⁷⁵ (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 11).

Suplanta, portanto, o mero ouvir, que desavisadamente a sua nomenclatura restritiva poderia indicar, para se tornar mecanismo que exige o tomar em consideração aquilo que a comunidade apresenta sob a forma de propostas e reclamações.

Expressamente prevista na Constituição da República apenas no art. 58, § 2º, para fins de realização pelas comissões do Congresso Nacional, foi posteriormente regulamentada, pela Lei Federal nº 9.868 (BRASIL, 1999 a), no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, da qual se ressalta que fez exigência ao Ministro-relator, nos artigos 9º, §1º e 20, §1º, quando da avaliação pela conveniência de convocação da audiência pública, a “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”.

Seguida pela Lei Federal nº 9.882 (BRASIL, 1999 b), no âmbito da ação de arguição de descumprimento de princípio fundamental, deixou em seu art. 6º à discricionariedade do Ministro-relator a decisão.

Independentemente de qualquer previsão legal, porém, entende-se que a audiência pública é decorrência direta do princípio democrático e do direito fundamental de cidadania¹⁷⁶, estatuídos no artigo 1º, caput e inciso I, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Foi incluída dentre os instrumentos à disposição do Ministério Público no artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625 (BRASIL, 1993 b), que pode e deve realizá-las no curso ou final do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, assim como fora deles, especialmente considerando-se as questões coletivas que, segundo Gavronski, são “relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade”, tendo por finalidade:

[...] junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências),

¹⁷⁵ Também Goulart defende a construção democrática da definição das prioridades institucionais do Ministério Público por meio de novos instrumentos e espaços de democracia participativa, como, *v.g.*, as audiências públicas (GOULART, 2009, p. 162).

¹⁷⁶ Diferentemente, defende Rodrigues que “a audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual [...]” (RODRIGUES, 2006, p. 95).

identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao membro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos (GAVRONSKI, 2006, p. 89-90).

Tratando das audiências públicas realizadas pelo Legislativo, o caráter público é reforçado por Gordillo, no sentido da efetiva participação aberta ao público, não como mero espectador:

*El concepto de audiencia publica o public hearing tiene un doble carácter público: por la publicidad y transparencia del procedimiento, su oralidad e inmediatez, registro gráfico y filmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etc. y más especialmente por la participación procesal y el acceso del público a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal. [...] Lo segundo es entonces lo que cualifica estas audiencias públicas y es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero espectador*¹⁷⁷ (GORDILLO, 2009, III-16)

Trata-se, portanto, de ato que deve estar atrelado a princípios que visam à efetividade da participação democrática na audiência e que ALMEIDA *et al.* esmiúçam, merecendo transcrição:

- 1) Princípio democrático (art. 1º da CF/88). O princípio é o mais importante de todos; é a cláusula-mãe das audiências públicas, por força do qual se impõe a fomentação da participação popular e, ao mesmo tempo, proibem-se atitudes restritivas do acesso à audiência pública.
- 2) Princípio da publicidade ampla, irrestrita e popular (art. 5º, LX e 37, caput, da CF/88). À audiência pública deve ser conferida a máxima publicidade, com sua divulgação por todos os meios legítimos, tais como editais, convites, com a utilização inclusive de todos os veículos de comunicação.
- 3) Princípio do retorno ou da resposta à sociedade ou ao cidadão ou da prestação de contas das medidas e resultados (art. 5º, XXXIV, a, da CF). Por força desse princípio, as pessoas jurídicas e demais entidades devem prestar contas das medidas tomadas, bem como, em sendo possível, quais são os seus resultados. Esse princípio é desmembramento do direito de petição, na sua condição de garantia constitucional fundamental.
- 4) Princípio da periodicidade. A audiência pública, como é mecanismo constitucional de exercício direto da soberania popular (art. 1º, parágrafo

¹⁷⁷ Tradução livre: O conceito de audiência pública ou *public hearing* tem caráter duplamente público: para a publicidade e transparência do procedimento, sua oralidade e imediatismo, registro gráfico e de vídeo dos meios de comunicação, publicação das reuniões, etc. e mais especialmente devido à participação processual e ao acesso do público a tais procedimentos, enquanto sujeito ativo e parte no sentido processual. [...] O segundo é o que qualifica essas audiências públicas e é a participação ativa do público como parte no processo, em um sentido jurídico e não mais como um mero espectador.

único, da CF/88) e condição legitimadora das instituições democráticas de defesa social, deve ser realizada com periodicidade, atendendo-se as peculiaridades dos interesses sociais de cada região do País.¹⁷⁸

5) Princípio da solenidade relativizada. A audiência pública sempre deve ser presidida por uma ou por mais de uma autoridade e deve procurar observar, em prol da eficiência (art. 37, caput, da CF), um procedimento que lhe permita ter um início, um meio e um fim. Daí o seu caráter solene. Contudo, não se deve imprimir à audiência pública um caráter solene e formal que venha constringer o cidadão e impedir ou dificultar o exercício direto de sua soberania.

6) Princípio da não-taxatividade em abstrato ou da não-limitação em abstrato do objeto da audiência pública. O rol dos direitos e garantias constitucionais é meramente exemplificativo (art. 5º, § 2º, da CF). Em relação ao Ministério Público, especialmente, incidem os princípios da não-limitação ou da não-taxatividade da defesa dos direitos ou interesses individuais indisponíveis e dos direitos ou interesses difusos e coletivos (arts. 127, caput, e art. 129, III, ambos da CF/88). Com base nisso e em outras diretrizes constitucionais, não é permitida a limitação em abstrato do objeto da audiência pública, a qual poderá ser designada para discutir questões relativas tanto a direitos individuais, quanto a direitos coletivos. Essa orientação não impede a designação de audiência extraordinária para discutir fatos ou temas determinados, tais como um dano ambiental, o funcionamento de um certo hospital etc.

7) Princípio do prévio agendamento e da escolha adequada do dia, local e horário que facilite o acesso ao público diretamente interessado. A audiência pública deverá ser designada com uma relativa antecedência da data de sua realização. Com isso, facilita-se que os interessados agendem seus compromissos e compareçam no evento público. A escolha de dia, local e horário tem que ser criteriosa para permitir e facilitar o acesso do público diretamente interessado, em maior número possível.

8) Princípio da oralidade e da informalidade. A audiência pública, não obstante seja ato complexo com relativa dose de solenidade decorrente da presença de uma ou mais autoridades que a presidem, é regida pelo princípio da oralidade e da informalidade, o que se impõe como forma de facilitar a ampla participação e o debate do público interessado, o que não significa que não deve ter o registro formal dos atos da audiência. A gravação da audiência, com a subsequente transcrição da fita, é medida que se impõe. (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 12-13).

A participação democrática é sua grande finalidade, para que a tomada de decisões, sobre os direitos a serem defendidos e sobre qual a melhor forma de fazê-lo, passe pela efetiva oitiva das pessoas e comunidades substituídas.

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, há a regulamentação por meio da Resolução PGJ nº 43 (MINAS GERAIS, 2006), que dispõe sobre a realização de

¹⁷⁸ Parte destes princípios foram explicitamente encampados no Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público, que explicita que “Lei infraconstitucional, decisões judiciais ou medidas administrativas não podem limitar, em abstrato, o objeto da audiência pública, tendo em vista a fundamentação constitucional dos seus princípios orientadores, como os anteriormente expostos. E mais: poderão ser realizadas audiências públicas com periodicidade previamente determinada ou audiências públicas extraordinárias, voltadas para o debate de questões e fatos específicos” (GAVRONSKI, 2015, p. 108).

audiências públicas junto à sociedade civil sob duas modalidades, ordinárias¹⁷⁹ e extraordinárias¹⁸⁰, com ampla participação, divulgada a sua realização com antecedência mínima de 01 (um) mês, podendo os inscritos apresentar informações ou propostas orais ou por escrito, incumbindo ao seu presidente informar que as notas e os resultados poderão ser aferidos por todos no site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e à mesa diretora elaborar relatório minucioso contendo as conclusões da audiência pública, no prazo de 30 dias, para ser encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça para a tomada das medidas cabíveis quanto à consideração dos resultados no planejamento estratégico das medidas e prioridades a serem adotadas pela Instituição em seus campos de atuação.

Não se desconsideram as recorrentes críticas ao instituto das audiências públicas, que vão desde a centralização em tribunais superiores sediados em capitais longe da população atingida, à inexplicável restrição dos candidatos e ao tempo de fala, e até mesmo à omissão da adoção dos seus argumentos nas decisões judiciais a que deveriam servir como embasamento, sendo essa última crítica apurada em pesquisa empírica de Duarte *et al.*, que concluíram que o instituto não tem sido capaz de orientar as decisões posteriores dos tribunais ou de exigir-lhes maior ônus argumentativo para discreparem de suas conclusões principais, pois dentre os julgados analisados, não há sequer menção às manifestações preponderantes na audiência pública (DUARTE *et al.*, 2013, p. 103).

Porém, Vitorelli relembra que a crítica à qualidade dos momentos avaliativos, incluindo as audiências públicas, não deve levar à rejeição da instituição, pois mesmo juízes podem não ouvir ninguém em audiências judiciais (VITORELLI, 2016 a, p. 258).

A crítica não se dirige, portanto, ao instituto em si, mas à cultura jurídica de pouca importância ao espaço democrático para a efetiva tomada de decisões, o que pode e deve ser modificado, em especial a partir do entendimento de que tal momento avaliativo pode ser um critério importante para o controle da adequação da representação dos legitimados coletivos, como se sustenta no presente trabalho.

¹⁷⁹ Art. 1º [...] § 1º As audiências públicas ordinárias, de que trata a presente Resolução, serão realizadas com a participação da comunidade em geral, por seus segmentos organizados, tendo como objetivo discutir, ouvir e colher sugestões, demandas e informações de forma democrática e direta, possibilitando, dentro do planejamento estratégico, definir ações institucionais prioritárias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais de alcance local, regional ou estadual.

¹⁸⁰ Art. 1º [...] § 2º A realização de audiências públicas extraordinárias poderá ser regulada por ato normativo próprio visando atender situações de emergência ou análise de questões específicas, mantendo-se as diretrizes gerais desta Resolução.

No que interessa diretamente ao presente trabalho, a consideração da audiência pública como momento participativo e, mais ainda, como técnica de avaliação antecipatória e retrospectiva da atuação do legitimado coletivo, reforça:

A promoção da audiência pública e a sua condução de modo a fomentar o debate significativo com a sociedade titular do direito não é apenas uma prerrogativa, mas ônus do legitimado coletivo. Nenhum debate será efetivo se a sociedade não souber, pelo menos, por quais razões as contribuições apresentadas no evento não foram adotadas. A audiência pública é mais que um evento de coleta de sugestões. É o momento em que o legitimado materializa seu dever de se reportar aos representados, em relação ao teor de sua atuação, antecipando ações futuras e prestando contas de sua atuação pretérita. Embora seja certo que as sugestões apresentadas, nesse tipo de litígio, não sejam vinculantes – e nem poderiam ser, eis que não há garantia de que sejam uníssonas – não é verdade que elas possam ser apenas ignoradas. Caberá ao representante, exatamente por agir nessa condição, o ônus da justificativa, perante a sociedade titular do direito, em relação às propostas descartadas (VITORELLI, 2016 a, p. 493-494).

Trata-se de importante instrumento que pode consistir em critério de aferição da adequação da representação/representatividade, especialmente em direitos cuja difusão da lesão se tenha dado de forma muito ampla, gerando maior conflituosidade.

5.6 Instrumentos de fomento à participação popular e ao controle social de políticas públicas

Rodrigues sugere a adoção instrumentos de “promoção de políticas públicas” – inspirada na constatação de que “em muitos casos, a proteção do direito transindividual demanda uma complexa conjugação de esforços, porque as causas de seu desrespeito vão muito além da responsabilidade dos administradores de ocasião” – e que podem consistir em convênios entre o Ministério Público e instituições públicas e privadas para a consecução de um objetivo comum, exemplificando pelas cooperações técnicas com Universidades e entes científicos, bem como em participação em órgãos colegiados, como os Conselhos¹⁸¹ Nacional de Defesa da Pessoa Humana, Penitenciários, dentre outros (RODRIGUES, 2006, p. 86).

Especialmente considerando a persistência de críticas, pela ótica da democratização do processo, à legitimação coletiva por entes públicos, que não estaria promovendo um dos objetivos maiores da lei de “melhor organizar a sociedade civil, fazendo com que ela própria,

¹⁸¹ Ressalva a autora, contudo, entendimento no sentido de que não deve haver participação direta do Ministério Público em Conselhos que tenham funções de administração e recursos públicos, como os de Saúde, ou que tenham função de aprovação de projetos ou empreendimentos, como os de Meio Ambiente, porquanto os atos praticados por tais Conselhos são objeto de controle pelo próprio Ministério Público, ressaltando que “quanto a estes, a importância do Ministério Público avulta na fiscalização de sua formação e de seu efetivo funcionamento” (RODRIGUES, 2006, p. 93).

por meio desse instrumento processual, também tivesse intensa atuação na tutela jurisdicional do interesse coletivo” (MANCUSO, 2012, p. 430), o presente estudo entende que, tão importante quanto participar diretamente, o Ministério Público, no âmbito de seus procedimentos administrativos, possui a atribuição de fomento à participação popular nas decisões administrativas, inclusive por meio de deliberações de órgãos colegiados que já possuem previsão legal de participação da população diretamente interessada, como é o caso dos Conselhos de Direitos¹⁸², que o presente estudo entende consistir mecanismo de aprimoramento da representatividade, para além de outros instrumentos¹⁸³ inscritos em Constituições de Nações Democráticas por todo o mundo, e que visam tornar eficaz a vontade soberana do povo, significando um avanço em relação à representatividade circunscrita à eleição periódica de administradores públicos, pois que incumbidos de atribuições de planejamento, implementação, execução e fiscalização-controle de políticas públicas, com poder deliberativo e composto pela participação direta de cidadãos, pelo menos em paridade com representantes dos órgãos públicos.

A Constituição de 1988 optou por constituir os Conselhos de Direitos como instituições essenciais, obrigatórias e permanentes, pois que decorrentes de normas constitucionais¹⁸⁴ que prescrevem a efetiva participação da sociedade na condução das diversas políticas públicas.

¹⁸² Registre-se, contudo, a tendência político-partidária, dos atuais ocupantes dos cargos do Poder Executivo Federal, francamente contrária à efetiva participação popular em decisões administrativas, evidenciada, por exemplo, pela revogação de instâncias de participação social na Administração Pública, incluindo conselhos já há muito tempo consolidados, previstas pelo Decreto nº 8.243 (BRASIL, 2014, b): “Art. 6º São instâncias e mecanismos de participação social, sem prejuízo da criação e do reconhecimento de outras formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil: I – conselho de políticas públicas; II – comissão de políticas públicas; III – conferência nacional; IV - ouvidoria pública federal; V – mesa de diálogo; VI – fórum interconselhos; VII – audiência pública; VIII – consulta pública; e IX – ambiente virtual de participação social)”. E que foi revogado pelo Decreto nº 9.759 (BRASIL, 2019 a) que, por sua vez, tem inconstitucionalidade sustentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121 (BRASIL, 2019 c), que já mereceu decisão cautelar de suspensão de eficácia parcial: “Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastar, até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência ‘sobre a competência ou a composição’, e, por arrastamento, suspendeu a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, na forma do artigo 9º do Decreto nº 9.759/2019, a extinção dos órgãos, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que concediam integralmente a cautelar. Presidência do Ministro Dias Toffoli.” (BRASIL, 2019 c).

¹⁸³ Como as técnicas de consulta pelo plebiscito, *referendum*, a iniciativa popular de projetos de lei, o direito de revogação/*recall*, etc.

¹⁸⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos

Inegável é, portanto, diante de todo o sistema principiológico inscrito na Constituição da República, cujos dispositivos são dotados de plena eficácia, que os Conselhos de Direitos, especialmente os relacionados a todas as políticas sociais podem ser instituições promotoras de cidadania, na medida em que identificam as demandas da sociedade porque dela são mais próximos, e participam ativamente da construção e implementação dessas políticas e programas, não se cingindo ao controle social, *a posteriori*, sobre a administração pública, no que tange à eficiência econômica e social no uso dos recursos públicos.

Há que se fazer distinção entre o direito ao controle social e poder de participação popular, tendo esse último a natureza de poder político de definir e gerir os interesses gerais:

[...] o controle social do poder não é forma de exercício do poder político. O agente privado a que assiste qualquer das vias de controle do Poder Político não se assume enquanto autoridade normante. Não produz uma regra nova de Direito, mas, simplesmente aplica norma constitucional preexistente. Numa palavra, não participa do processo de elaboração jurídica e, portanto, de participação popular não se cuida.

[...]

Participação popular, então somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual a dizer: com a pessoa privada influenciando constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político (BRITTO, 1992, p. 119).

serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. [...] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. [...] Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...] Art. 77 (ADCT). Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: [...] § 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. [...] Art. 79 (ADCT). É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. [...] Art. 82 (ADCT). Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

Claramente, está o Ministro a afirmar que participação popular é expressão de poder político garantido constitucionalmente:

O primeiro sinal de que participação popular é exercício do poder político já está no artigo introdutório da Constituição [...] um Estado cujo Direito se forma por necessária via popular, ‘democrática’, de logo explicitada como a que se realiza pelo povo, ‘diretamente’, ou por seus ‘representantes eleitos’ (Raymundo Faoro vê no fraseado ‘Estado Democrático de Direito’ a significação de um ‘estado social, baseado em liberdades positivas, não só as liberdades negativas do estado liberal de direito’, que não briga com o sentido técnico agora defendido).

E que significa exercer ‘diretamente’ o poder político? Significa o povo assumindo-se enquanto instância deliberativa, tanto quanto se assumem como instância deliberativa os ‘representantes eleitos’ por esse mesmo povo. Por isso mesmo é que a Lei Maior fala do voto direto e secreto, e mais do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, como formas de exercício da ‘soberania’; quer dizer, poder político máximo.

[...] a Constituição enlaça o vocábulo ‘participação’ a um termo denotador de ingerência decisória da parte privada, como ‘deliberação’, “gestão”, “soberania”, “diretrizes”, “formulação nas políticas e no controle”, de que servem de ancoradouro os arts. 7º. (inciso XI), 14 (caput), 194 (inciso VII), 198 (caput), 204 (inciso II) e 206 (inciso VI) (BRITTO, 1992, p. 120).

Tal distinção se faz extremamente importante, a fim de afastar as tentativas de reduzir o âmbito de atuação dos Conselhos de Direitos à mera constatação posterior de ilegalidades cometidas e, no mais das vezes, irreversíveis. Absolutamente, pois enquanto instituições de participação popular, os Conselhos de Direitos necessariamente são dotados de poder deliberativo, sob pena de descumprimento do direito fundamental à democracia. Pois não bastasse a clareza do comando constitucional, os Conselhos de Direitos são, ainda, previstos na legislação infraconstitucional explicitamente como permanentes e deliberativos¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Lei nº 8.142 (BRASIL, 1990 d): Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde. [...] § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003 b): Art. 7º Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei.

Lei nº 8.842 (BRASIL 1994): Art. 6º Os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área.

Lei nº 9.394 (BRASIL, 1996): Art. 9º A União incumbir-se-á de [...]: § 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

Lei nº 11.494 (BRASIL, 2007 c): Art. 24. O acompanhamento e o controle social sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos dos Fundos serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por conselhos instituídos especificamente para esse fim. § 1º Os conselhos serão criados por legislação específica, editada no pertinente âmbito governamental,

Importa ressaltar que, no Brasil, as políticas públicas sociais sofreram, por determinação constitucional e regulamentação legislativa, processo de descentralização e ênfase na municipalização¹⁸⁶, com conseqüente e correlato direcionamento, aos Municípios, do dever de prestar os serviços à população, como ocorrido na política de saúde desde os primeiros momentos da implementação do SUS, e mais recentemente, nas políticas de ensino fundamental, de assistência social e direitos da criança e do adolescente e do idoso.

Porém, como o pacto federativo brasileiro insiste em concentrar a receita pública, especialmente a resultante de tributos, nos entes federal e estaduais mais afastados da população, a municipalização das políticas públicas teve como resultado o enfraquecimento do seu financiamento, tornando os entes municipais, que devem executá-las, totalmente

observados os seguintes critérios de composição: [...] IV – em âmbito municipal, por no mínimo 9 (nove) membros, sendo: [...] § 2º Integrarão ainda os conselhos municipais dos Fundos, quando houver, 1 (um) representante do respectivo Conselho Municipal de Educação e 1 (um) representante do Conselho Tutelar a que se refere a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, indicados por seus pares.

Lei nº 8.742 (BRASIL, 1993 c): Art. 7º As ações de assistência social, no âmbito das entidades e organizações de assistência social, observarão as normas expedidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), de que trata o art. 17 desta lei. Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, observados os princípios e diretrizes estabelecidos nesta lei, fixarão suas respectivas Políticas de Assistência Social. [...] Art. 10. A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem celebrar convênios com entidades e organizações de assistência social, em conformidade com os Planos aprovados pelos respectivos Conselhos. [...] Art. 13. Compete aos Estados: I – destinar recursos financeiros aos Municípios, a título de participação no custeio do pagamento dos auxílios natalidade e funeral, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Estaduais de Assistência Social; [...] Art. 15. Compete aos Municípios: I – destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos auxílios natalidade e funeral, mediante critérios estabelecidas pelos Conselhos Municipais de Assistência Social;

¹⁸⁶ Lei Federal nº 8.069 (BRASIL, 1990 a): Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I – municipalização do atendimento;

Lei Federal nº 8.080 (BRASIL, 1990 b): Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

Lei Federal nº 9.394 (BRASIL, 1996): Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino. [...] Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: I – organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados; [...] V – oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino. VI – assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal. [...] Art. 18. Os sistemas municipais de ensino compreendem: I – as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal; II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada; III – os órgãos municipais de educação.

Lei nº 10.741 (BRASIL, 2003 b): Art. 46. A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

dependentes da transferência de recursos federais e estaduais para fazê-lo¹⁸⁷. Por isso, avulta em importância a atuação eficaz de conselhos locais (municipais) gestores de políticas públicas, para o que a legislação passou a condicionar o repasse dos recursos federais e estaduais à sua existência e efetiva atuação¹⁸⁸.

A criação dos Conselhos Municipais de Direitos depende, porém, de legislação municipal que vem prevendo sua constituição sob a forma de órgãos públicos de composição paritária, distribuída entre sociedade civil e governo, com atribuições que vão desde consultivas, de mero controle, e até deliberativas. Porém, o que o presente arrazoado sustenta é que, considerando o dirigismo constitucional, que informa e submete todo o ordenamento jurídico às disposições consagradas na Constituição Republicana, será eivada de inconstitucionalidade toda lei, de qualquer dos três níveis da Federação, que criar Conselho de Direitos com atribuição meramente consultiva, ou cuja composição que não seja, no mínimo, paritária, pois que viola dispositivos constitucionais que impõem a participação popular¹⁸⁹.

A Lei Maior está a exigir e, mesmo, a desde logo constituir os Entes Federados no dever de criar os Conselhos de Direitos como órgãos deliberativos que, juntamente ao Governante temporariamente eleito, elaborarão, implementarão, executarão e fiscalizarão as políticas que afetam o povo em sua dignidade e no mínimo constitucional material necessário

¹⁸⁷ "Tendo à União sido reservada parcela maior da competência tributária [...]. A técnica de distribuição de receitas, porém, tem o inconveniente de manter os Estados e os Municípios na dependência do governo federal, a quem cabe fazer a partilha das receitas tributárias mais expressivas [...] sugerimos à Assembleia Nacional Constituinte a criação de órgãos destinados exclusivamente a administrar a distribuição das receitas tributárias, a saber: um Conselho de Representantes dos Estados (...) e dos Municípios" (MACHADO, 1997, p. 26).

¹⁸⁸ Lei Federal nº 8.142 (BRASIL, 1990 d): Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com: I - Fundo de Saúde; II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990; Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

Lei Federal n. 8.742 (BRASIL, 1993 c): Art. 13. Compete aos Estados: I – destinar recursos financeiros aos Municípios, a título de participação no custeio do pagamento dos auxílios natalidade e funeral, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Estaduais de Assistência Social; II – apoiar técnica e financeiramente os serviços; [...] Art. 15. Compete aos Municípios: I – destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos auxílios natalidade e funeral, mediante critérios estabelecidas pelos Conselhos Municipais de Assistência Social;

¹⁸⁹ Constituição da República (BRASIL, 1988): PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II - a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

para a sua subsistência, pois a fórmula de Estado democrático deve ser lida como Estado participativo:

Numa palavra, a participação popular não quebra o monopólio estatal de produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual, ou coletivamente). É justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução “Estado democrático” (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo de “Estado participativo”.

A democracia brasileira já não é exclusivamente representativa, diz o parágrafo único do art. 1º, resgatando o componente que faltava no célebre conceito lincolniano de que ela é o regime que realiza o governo do povo, pelo povo e para o povo (o regime exclusivamente representativo se traduz no governo do povo, mas sem o povo). Agora, como que se dá uma satisfação parcial a Jean-Jacques Rousseau, para quem a “soberania não pode ser representada”.

Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa. Pena que tais institutos ainda sejam de reduzido número e com baixo teor de eficácia, a patentear o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar por si mesma. Não assim quanto ao regramento dispensado ao controle social do poder, anote-se, cujos mecanismos são mais numerosos e dotados de maior teor de operacionalidade. A liberdade e a cidadania à frente da soberania (BRITTO, 1992, p. 121-122).

Não podem os representantes eleitos obstaculizar o poder político dos Conselhos de Direitos, até porque “[...] O objetivo colimado não é fazer ‘oposição’ ao governo – convenhamos – mas ‘negociar’ com ele a produção de uma nova regra jurídica pública. Aqui, uma emanção da soberania popular, e, destarte, poder” (BRITTO, 1992, p. 121).

Há, portanto, o direito fundamental às condições para a efetiva atuação dos Conselhos de Direito, sindicável jurisdicionalmente, tendo-se em vista o principal objetivo dos Conselhos de Direitos, de efetivar o princípio democrático enquanto direito fundamental de participação popular na Administração Pública. E o Ministério Público – instituição que foi incumbida da missão constitucional de velar pelos valores democráticos – deve se preocupar com as condições que viabilizem que os Conselhos cogestores de políticas públicas possam superar as deficiências do sistema democrático representativo.

Trata-se da democratização da sociedade, consoante Bobbio, ao pensar a evolução da democracia política real, que defende como ampliação dos espaços democráticos:

[...] percebe-se que uma coisa é a democratização do Estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte de suas instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governadas democraticamente.

[...] hoje, se se quer apontar um índice de desenvolvimento democrático este não pode mais ser o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se exerce o direito de voto; sintética, mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado de democratização num dado país o critério não deve mais ser o de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ se vota (e fique claro que aqui entendo o “votar” como o ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto) (BOBBIO, 1986, p.55-56).

Os Conselhos de Direitos, porque próximos da comunidade, devem ser dotados de estrutura que os possibilitem participar da proposição, elaboração, implementação, execução e fiscalização das políticas sociais. E, vencer os empecilhos que lhe obstam a atuação eficiente, sejam os colocados acidental, natural ou dolosamente pelos governantes temporários, se faz mister.

Já no início da vigência da ordem constitucional instaurada a partir de 1988, não eram desconhecidas as dificuldades impostas a muitos instrumentos de participação popular:

A Constituição de 1988 trouxe alguns avanços nesse sentido. Mas grandes são as dificuldades, quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos.

Mariano Baena de Alcázar (Curso de Ciencia de la Administración, Madri, Editorial Tecnos, 1985, vol. 1, p. 80) mostra as principais dificuldades na implantação de mecanismos de participação: de um lado, os políticos que estão no poder não têm interesse no surgimento de novos grupos participativos, pois isto significaria consagrar o estabelecimento de poderes rivais aos seus próprios; normalmente, reclamam a sua criação e se utilizam desses órgãos enquanto estão na oposição, porém perdem todo o interesse neles quando chegam ao poder. Além disso, os grandes grupos organizados, as pequenas organizações e associações privadas, e mais ainda o cidadão não integrado nesses grupos estão mal preparados para participar, do mesmo modo que as estruturas administrativas não estão estruturadas para isso, principalmente as do modelo continental europeu de tradição francesa. A sua conclusão é bem pessimista: diz o autor que permanece aberto problema da aspiração de participação própria da sociedade pluralista e do Estado Democrático de Direito. As grandes decisões que afetam a vida pública continuam sendo adotadas pelos políticos e grupos burocráticos, em conivência com os grupos ou setores poderosos da sociedade. As pequenas associações e organizações, e mais ainda os indivíduos isolados, apesar da boa vontade dos autores dos textos legais e constitucionais, não têm na democracia pluralista outro meio de participação senão o das eleições (DI PIETRO, 1993, p. 38).

O desafio é reverter no Brasil, por um lado, a cultura de pouco ou nenhum interesse da população em participar das decisões da Administração Pública e falta de incentivo às entidades da sociedade civil e, por outro, a resistência dos governantes transitórios em abrir espaço, nos processos decisórios, para os Conselhos de Direitos, mediante imposição dos mais diversos obstáculos: dificuldade de acesso às informações dos órgãos e orçamentos

públicos¹⁹⁰; a efetiva inacessibilidade aos cargos da presidência dos Conselhos de Direitos pelos representantes de usuários dos serviços e comunidade em geral¹⁹¹; a total, e muitas vezes deliberada, ausência de capacitação técnica dos conselheiros, fator esse essencial para lidar com a contabilidade pública e com o emaranhado de normatizações administrativas que envolve o agir administrativo; a ausência de divulgação das atribuições dos Conselhos, do endereço de suas sedes e horários de reuniões, para a comunidade que deveria ter assegurado seu direito de assistir às assembleias que devem ser abertas ao público em geral, quando não são inconstitucionalmente declaradas sigilosas; as pressões ilegais, ou mesmo ameaças explícitas, exercidas contra os representantes governamentais nos Conselhos, para aprovação de projetos e ações, e de prestações de contas, contendo irregularidades ou em prazos exíguos, muitas das vezes, consistindo em aprovações apenas *pro forme*, dentre outras.

Não se desconsidera que a defesa da instrumentalização da participação social por meio de interfaces socioestatais no âmbito da Administração Pública traz, contudo, na práxis brasileira, riscos apontados pela literatura e sua evidência no plano concreto, em especial, o uso da participação social por projetos antagônicos, dado que, após a era Collor, o neoliberalismo persistiu e trouxe encolhimento da responsabilidade estatal por questões sociais (VIANA, 2016, p. 569), e sua transferência para entes da sociedade civil recentemente regulamentadas como organizações sociais ou de interesse público, e por meio de parcerias público-privadas com empresas que buscam o lucro, que atuam como gerenciadora dos serviços públicos, mas com consequente crise dos movimentos sociais no Brasil que reduziu seu significado coletivo a um entendimento individualista, em que o cidadão se integra ao mercado como consumidor (VIANA, 2016, p. 570). Assim, diante de um projeto neoliberal que também requer sociedade civil ativa e propositiva, o fortalecimento das ONGs reduz o trabalho dos movimentos sociais à solidariedade para os pobres (VIANA, 2016, p. 571) e o ativismo social de empresários, a despeito de potencial de mobilização, aprofunda a exclusão social e desorienta a própria sociedade, o que impõe muitos obstáculos, especialmente a

¹⁹⁰ Dados estes que são públicos, por imposição constitucional do princípio da publicidade inscrito no art. 37, e que devem ser transparentes para toda a população, na forma da Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000), conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF, que possui um capítulo sobre o tema, intitulado de “Da Transparência, Controle e Fiscalização”, composto dos artigos 48 a 59.

¹⁹¹ Como exemplos reais, pode-se citar que o Conselho Estadual de Saúde de Minas Gerais foi sempre presidido pelo Secretário de Estado de Saúde, conforme previsão ainda vigente no artigo 4º, § 4º do Decreto Mineiro nº 45.559 (MINAS GERAIS, 2011 a), situação que perdurou até que houve eleição plenária durante a Administração estadual iniciada em 2015, e há notícia de movimentação desde 2017 para a propositura de projeto de lei que preveja a eleição plenária como forma de escolha da presidência (MINAS GERAIS, 2017 a) e outros Conselhos Estaduais, como o de Política Cultural – CONSEEC, presidido pelo Secretário de Estado de Cultura na forma do art. 28, § 1º da Lei Estadual n 22.257 (MINAS GERAIS, 2016 a).

desigualdade socioeconômica que obstaculiza verdadeira participação, a cooptação e manipulação do participante pelos membros do governo que detêm controle da informação e dos recursos financeiros, que desemboca em *overintrusion*, enquanto interferência excessiva, e *underprotection*, enquanto enfraquecimento de indivíduos e grupos menos mobilizados (VIANA, 2016, p. 573).

A solução passa pela mudança no desenho institucional, para real participação dos atores civis no processo de construção da esfera participativa e é fulcral identificar condições de desenho dos espaços participativos, valores que vão balizar as esferas, os atores que irão compor esses espaços, e observar que os escopos não são unívocos (VIANA, 2016, p. 574), nunca sendo despidendo lembrar que conflitos internos do grupo sempre podem existir.

Mas é importante que se reconheça que não há como estabelecer *a priori* uma cooptação do Estado apenas por sua participação, pois há “outras condicionantes mais relevantes, a exemplo do grau de influência do cidadão no processo decisório”, pelo que mesmo com riscos “a participação é indeclinavelmente uma forma de trazer para a arena política o cidadão, e assim diminuir a crassa distinção entre representante e representado. Como se diz por aí, nada como a democracia para aprofundar a democracia” (VIANA, 2016, p. 576)

Também Santos, em intransigente defesa da democracia participativa, tratou das suas ambiguidades, incluindo cooptação ou integração, em contexto institucional que retira potencial transformador dos movimentos de intensificação da democracia, citando como exemplo a África do Sul, em que o partido no poder, Congresso Nacional Africano, passou a desmobilizar a participação que fora tão importante para derrubar o *apartheid*, assim como na Colômbia, em que o Tribunal Constitucional criado em 1992 trouxe desmobilização para demandas jurídicas por igualdade e, por fim, fundações de filantropia empresarial que reduzem o público a duas categorias, a de funcionários da empresa e a de consumidores (SANTOS, 2002, p. 60-62). Porém, sustenta que as experiências de participação não são universalmente válidas e faz crítica ao que chama de “perda da demodiversidade” devido à imposição pelo Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial da adoção do modelo neoliberal único para concessão de financiamentos, que extinguiu a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos de práticas democráticas, para o que sugere a necessária articulação entre global e local e a combinação entre participação e representação, por modelos, de coexistência e complementaridade (que é mais profunda, com admissão de substituição de decisões pela mera representação por decisões verdadeiramente participativas), ampliando o experimentalismo democrático, ao que exemplifica, como

potencial da participação, a experiência do orçamento participativo brasileiro, porque qualquer cidadão pode participar sem conferir especial *status* a organizações e alocação de recursos com critérios híbridos, técnicos e gerais e por ter ampla discussão dos procedimentos de participação e de distribuição (SANTOS, 2002, p. 72).

Assim, o papel do Ministério Público, no sentido de exigir a criação, o funcionamento e a estruturação dos Conselhos de Direitos e de acompanhar suas deliberações e postular a vinculação dos Poderes Públicos a elas¹⁹², é importante tarefa para o cumprimento de sua missão constitucional de defesa do regime democrático, inscrita no art. 127 da Constituição da República.

Ademais, os conselhos de direitos, tendo natureza paraestatal em razão de composição paritária, são legitimados à defesa também judicial dos direitos a que se destinam constitucionalmente a promover, conferida pela previsão do art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor que, por força da completa interação existente entre esse diploma legal e o artigo 21 da Lei 7.347/1985, legitima entes públicos despersonalizados para a defesa de qualquer direito metaindividual, desde que a tutela pretendida por intermédio da ação coletiva esteja inserida nas finalidades institucionais do respectivo ente que, apesar de não possuir personalidade jurídica, possui personalidade judiciária (ALMEIDA, 2003, p. 518).

Importantíssima é a lembrança de que a própria legislação trouxe a legitimação dos órgãos paraestatais, ainda que desprovidos de personalidade jurídica:

A legitimação dos entes estatais e paraestatais deixa clara a intenção do legislador de ampliar o acesso à justiça, pois possibilita que órgãos desprovidos de personalidade jurídica invoquem a jurisdição coletiva.

¹⁹² De que é exemplo a ação proposta pelo Ministério Público: “Ação Civil Pública. PROADI-SUS. Participação da Comunidade no Sistema Público de Saúde. Conselho Municipal de Saúde. 1. A legislação assegura a participação da sociedade no SUS, ao conferir aos Conselhos de Saúde ampla atuação no âmbito da saúde, na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Artigo 198, III, da CF/88, Lei 8.080/90, artigo 7º, inciso VIII, Lei 8.142/90, artigo 1º, II e parágrafo 2º. 2. No que tange ao Município de Porto Alegre, não há exigência legal no sentido de que o Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre participe nos processos de decisão, implementação e prestação de contas de serviços tomados diretamente pela União no Município de Porto Alegre, vez que o controle social na esfera federal deve se dar por meio do Conselho Nacional de Saúde, e não pelo Conselho Municipal. 3. Mantido o acordado entre as partes, no que tange ao prosseguimento da atuação das ações e serviços de saúde no âmbito do PROAD do Ministério da Saúde implementadas no Município de Porto Alegre, nos termos seguintes: o percentual de até 30% que for pactuado com o gestor local será discutido entre a Secretaria Municipal de Saúde, Conselho Municipal de Saúde e o Hospital de Excelência, assim classificado pelo Ministério da Saúde. A apresentação final do projeto deverá ser feita em Plenária do Conselho Municipal de Saúde, cujo parecer será anexado como um dos requisitos de documentação encaminhada ao Ministério da Saúde. A Secretaria Municipal de Saúde deverá apresentar ao Conselho Municipal de Saúde, pelo menos anualmente o Relatório de prestação de contas do projeto/contrato assinado entre o gestor e o Hospital de Excelência. Apenas nesse ponto resta acolhido o pedido do MPF em relação à União. 4. Em relação ao Município de Porto Alegre, confirmado o deferimento dos pedidos acolhidos em sede de antecipação de tutela. 5. Improprias as apelações do Ministério Público Federal e do Município de Porto Alegre/RS” (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Quanto a estes entes despersonalizados, é de se ressaltar, contudo, a peculiar exigência de que o objeto da demanda esteja incluído entre suas finalidades institucionais.

A dicção do inciso III do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor é a seguinte:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

[...]

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;

[...]

Como o texto legal alude aos ‘interesses e direitos protegidos por este código’, a interpretação mais restrita seria a de que somente as entidades voltadas à defesa do consumidor estariam legitimadas para a propositura da ação civil pública.

Contudo, a interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor, à luz do que prevê o artigo 90, determina que o título referente à tutela dos direitos do consumidor seja analisado em interação com a Lei da Ação Civil Pública. É essa relação de reciprocidade, a que se denomina ‘microsistema de defesa dos direitos coletivos’, que autoriza a extensão da norma contida no artigo 82, inciso III, do CDC: a legitimação ali contida refere-se a toda e qualquer ação em defesa de direitos coletivos *lato sensu*, e a especificação dos interesses ‘protegidos por este Código’, quer designar *todos os* direitos transindividuais, que, afinal de contas, são aqueles tutelados pelo título III do CDC (GUEDES, 2012, p. 106-107).

O fomento pelo Ministério Público à participação popular em instâncias deliberativas de políticas públicas que sejam objeto de inquérito civil ou outra modalidade de procedimentos administrativos, de que são exemplo os Conselhos Municipais de saúde, meio ambiente e outros, pode ser um dos critérios de avaliação da adequação da representação coletiva, pelo que se passa à pesquisa fundada nos dados do sistema de informações do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

6 PESQUISA EMPÍRICA

6.1 Anteriores pesquisas empíricas no Direito sobre a atuação do Ministério Público que provocaram a iniciativa do presente estudo

As pesquisas empíricas no Direito – tomando o termo empírico para qualificar a pesquisa que seja baseada em observações quantitativas e/ou qualitativas de fatos sobre o mundo (EPSTEIN; KING, 2013, p. 11) – são importantes para analisar a atuação das instituições e propor aprimoramentos.

Nesse sentido, duas pesquisas empíricas que também se debruçaram, pelo menos em parte, sobre a atuação do Ministério Público em matéria de direitos difusos, merecem registro como inspiração para a realização do presente estudo.

A primeira delas, sobre a judicialização da política, deu-se pela análise de 1935 ações de controle abstrato da constitucionalidade de leis, ajuizadas de 1988 a 1998, levada a cabo por Vianna *et al.*, e apurou que, com maior frequência, propuseram-nas as Associações de trabalhadores, profissionais e de empresários; os Governadores; o Ministério Público; os Partidos Políticos; a Ordem dos Advogados do Brasil e outros¹⁹³ (VIANNA *et al.*, 1999, p. 55), esclarecendo que os Governadores e Ministério Público iniciaram atuação mais forte e declinaram com o passar dos anos, inversamente com o que ocorreu com partidos e associações (VIANNA *et al.*, 1999, p. 58). E, para o que mais interessa ao presente estudo,

¹⁹³ Em ordem decrescente.

realçou-se que, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o Ministério Público atuou mais em demandas envolvendo a organização do Estado do que na representação dos direitos da sociedade civil (VIANNA *et al.*, 1999, p. 84)¹⁹⁴.

A segunda das pesquisas, publicada por Carneiro, analisa a propositura de ações civis públicas pelos colegitimados, restritas à Capital do Estado do Rio de Janeiro, e ao período de 1987 a 1996 que, num universo de 285 ações, levou ao exame direto de 87 delas por amostragem, resultando na constatação de que o Ministério Público exerceu com maior frequência essa atribuição legal, em 60,92% dos casos, seguido pelo ente federado Município do Rio de Janeiro em 18,39%, Associações e ONGs em 10,34%, Defensoria Pública em 6,9%, e Partidos Políticos em 1,14%, além de outros não identificados em 2,3% (CARNEIRO, 2000, p. 182).

Ainda diretamente ligado ao objeto do presente estudo, foram identificadas 50,94% das ações em que o Ministério Público funciona como autor e que foram precedidas de Inquérito Civil (CARNEIRO, 2000, p. 186).

E, quanto ao resultado após o trânsito em julgado das decisões, realça-se que o maior percentual de ocorrências foi de extinção sem julgamento de mérito em 43,90% dos casos¹⁹⁵, dos quais mais da metade dessas decisões terminativas foram motivadas por ilegitimidade em 55,55% e, dentre elas, 33,33% se deram por ilegitimidade ativa e 16,66% por ilegitimidade passiva (CARNEIRO, 2000, p. 190).¹⁹⁶

Essas pesquisas têm relevância porque, independentemente da posição que se adote sobre a possibilidade do controle e a sua natureza como condição da ação ou pressuposto

¹⁹⁴ Já na segunda parte do mesmo estudo sobre a judicialização da política, que foge ao escopo do presente trabalho, Vianna *et al.* dedicaram-se à análise dos Juizados Especiais, que fortaleceram a judicialização das relações sociais, enquanto regulação pelo direito da vida social, antes considerada estritamente privada e impermeável à atuação do Estado, como relações familiares de gênero, tratamento às crianças pelos pais, relações de consumo etc, em que a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia, especialmente inspirada por demanda de agenda igualitária, como as manifestações sociais contra preconceito racial ou demanda pela união civil de homossexuais (VIANNA *et al.*, 1999, p. 149-150).

¹⁹⁵ Bem superior aos resultados de julgamentos de mérito de procedência em 29,27%, procedência parcial em 14,63% e improcedência em 9,75%.

¹⁹⁶ A pesquisa ainda avançou sobre outros dados, incluindo identificação do Juízo inicial da ação: Vara cível 41,37%, Fazenda Pública 44,82%, Falência e concordata 4,6%, Infância e juventude 9,19%; Constituição do polo passivo: Pessoas jurídicas de direito privado 49,42%, Pessoas físicas 24,19%, Pessoas jurídicas de direito público (incluindo indireta) 23,0%, Autoridades 3,44%; Ente político como litisconsorte passivo: 8,04%; Tipo de e espécie do direito em jogo: Difusos 57,47%, Difusos e coletivos 8,04%, Coletivos 16,09%, Individuais homogêneas 4,59%, Difusos e individuais homogêneos 2,3%, Coletivos e individuais homogêneos 5,74%, Difusos, coletivos e individuais homogêneos 5,74%; Finalidade do pedido: Obrigação de fazer 57,47%, Obrigação de não fazer 9,19%, Obrigação de fazer e ou não fazer 12,64%, Ressarcimento de danos 5,74%, Obrigação de fazer e ou ressarcimento de danos 8,04%, Obrigação de fazer, não fazer e ou ressarcimento de danos 2,29%, Obrigação de dar 1,14%, Meramente Declaratório 3,44%; Termo de Ajustamento de Conduta: 1,14% (após proposta a ação); Sentença: Totalmente procedente 50%, Parcialmente procedente 8,33%, Extinção sem julgamento de mérito 35%, Totalmente improcedente 6,66% (CARNEIRO, 2000, p. 186-187).

processual, é fato que muitos casos de decisões terminativas são decorrentes de um controle – velado ou exposto – da representatividade do autor coletivo. Inclusive nos casos de ações propostas por associações, já se pontuou, com base em jurisprudência pátria, que o fundamento da extinção se dá, recorrentemente, na ausência de representatividade dos interesses dos associados, a despeito da redação do estatuto estar de acordo com as exigências legais de pertinência temática (GUEDES, 2014, p. 502-503).

Provocadoras para o presente estudo são as análises que Carneiro levanta, especialmente quanto ao dado de que os entes públicos propuseram 87% das ações, revelando que os então 11 anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública não haviam conseguido estimular a associatividade (CARNEIRO, 2000, p. 192), propugnando pelo incentivo do poder público à criação de associações e, mesmo, de incentivo à atuação em “litisconsórcio com as associações, de sorte que essas últimas possam, com o tempo, tornar-se mais preparadas para as demandas” (CARNEIRO, 2000, p. 195).

Preocupante é que a pesquisa já evidenciara o que os doutrinadores alertavam como risco exposto neste estudo, de que os direitos não chegassem sequer a exame jurisdicional meritório e possibilidade de proteção, dado que as extinções sem julgamento de mérito foram, naquele período pesquisado, quatro vezes superiores às decisões de improcedência, reconhecendo Carneiro que a ilegitimidade ou a perda de objeto “são situações mais fáceis de lidar para o magistrado do que aquelas relativas ao mérito, repita-se, em regra, de grande complexidade, que envolvem novos ramos e específicos de nosso ordenamento jurídico” (CARNEIRO, 2000, p. 215).

Deve-se registrar que se trata de pesquisa implementada há duas décadas aproximadamente, porém, sem ingressar no mérito da eficácia da metodologia empregada para alcançar suas conclusões, indubitavelmente há uma ênfase na importância da atuação extrajudicial do Ministério Público, para o que adverte que “o inquérito civil tem sido um pouco negligenciado e, apesar das dificuldades de pessoal, de promotores e meios, poderia ser mais incrementado, permitindo que o acesso à justiça fosse mais operoso” (CARNEIRO, 2000, p. 215).

No que é relevante para a atuação do Ministério Público, Carneiro faz sugestões em três aspectos, sendo a primeira para a acessibilidade, no sentido da necessidade de entes legitimados de diversos matizes e aptos para adequado desempenho, para o que o Ministério Público deve ser dotado de meios e pessoal apropriado e deve-se incentivar a criação das associações; e aos beneficiados pelas decisões deve-se assegurar o acesso ao resultado e meios por via de programa de informação às custas do vencido ou, quando isso for

impossível, o uso da Lei Federal nº 9.471/1997¹⁹⁷, e meio de execução individual menos complexo (CARNEIRO, 2000, p. 233). Para a operosidade, deve Ministério Público, sempre que possível e conveniente, instaurar o IC para possibilitar instrução melhor da futura ação e priorizar a solução extrajudicial (CARNEIRO, 2000, p. 234). E, para a utilidade, a implantação, pelo Judiciário de sistema de informações e comunicação entre colegitimados e juízes, evitando repetição de ações e possibilitando alerta para indivíduos suspenderem ações individuais (CARNEIRO, 2000, p. 236)¹⁹⁸.

A existência de pesquisas anteriores não infirma, pelo contrário, reforça a utilidade do presente estudo, dado que a situação, passados mais de dez anos, continuou revelando a intensa atuação do Ministério Público, sendo que os dados no Estado de São Paulo eram de que, no ano de 2009, 88,87% das ações civis públicas em andamento tinham sido propostas pelo Ministério Público (MAZZILLI, 2013, p. 362/366)¹⁹⁹, cumprindo-se, assim, os dois requisitos que boas perguntas de pesquisa exigem: a sua contribuição ao conhecimento já existente e a sua importância para o mundo real (EPSTEIN *et al.*, 2013, p. 71)²⁰⁰.

6.2 Metodologia da presente pesquisa

A metodologia da presente pesquisa consistiu, para além da já apresentada revisão bibliográfica sobre a adequação da representatividade do legitimado à ação coletiva *lato sensu*, em coleta de dados em base preexistente – o Sistema de Registros Único-SRU do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, regulamentado pela Resolução Conjunta PGJ-

¹⁹⁷ Para utilização gratuita em serviços essenciais de interesse público (Art. 109. A Agência estabelecerá: II - os casos de serviço gratuito, como os de emergência;).

¹⁹⁸ Outras sugestões da pesquisa foram, para a acessibilidade: a legitimidade do Ministério Público, na forma do art. 91 e 82 do CDC, para direitos individuais indisponíveis (CARNEIRO, 2000, p. 233); para operosidade, a disponibilidade aos legitimados de pessoal para provas técnicas e, em “havendo grande dificuldade para a prova de fato relevante que interessa aos autores de ações coletivas, o juiz deverá determinar a inversão de tal ônus, desde que o réu possa produzir a prova ou contraprova em condições mais favoráveis do que aqueles” (CARNEIRO, 2000, p. 234); e para a utilidade, a concessão de liminares, sempre que possível, porque impedem perecimento dos direitos das coletividades, a inversão da valorização de questões processuais que levam à grande número de extinções, para priorizar questões de mérito, a execução por medidas que possam tornar efetivos os julgados, e a cumulação, quando cabível, de pedido de indenização por dano material ou moral e execução na forma do art. 100 ao fundo, quando cabível (CARNEIRO, 2000, p. 236).

¹⁹⁹ Mazzilli referenciou a estudo à época acessível no endereço eletrônico: www.mp.sp.gov.br/portal/page/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2009/computo.pdf, hoje não mais disponível.

²⁰⁰ “Isso, é claro, não significa que os acadêmicos deveriam necessariamente perguntar precisamente a mesma pergunta que outros. Isso apenas sugere que sua pesquisa deveria contribuir para, fazer conexões com, ou tentar interessar outras pessoas em uma área específica de investigação. Essa contribuição pode vir de várias formas: (1) formulando uma pergunta que a comunidade jurídica possa ver como importante, mas que nenhum outro acadêmico abordou; (2) tentando resolver uma questão que invocou respostas conflitantes; (3) levantando uma ‘velha’ questão, mas tratando-a de uma forma única; (4) coletando novos dados sobre as mesmas implicações observáveis ou implicações completamente diferentes ou (5) aplicando melhores métodos para reanalisar as informações existentes.” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 76).

CGMP nº 1 (MINAS GERAIS, 2017 d)²⁰¹ – de obrigatória alimentação pelos membros da instituição e que registra os dados sobre proposituras e prática de atos processuais nos feitos judiciais, eletrônicos e físicos, e instaurações de procedimentos extrajudiciais iniciados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e atos procedimentais neles realizados.

Preocupou-se com as regras de inferência, em especial, a seleção e coleta de observações, partindo das quatro regras propostas por Lee Epstein e Gary King, enquanto essenciais para alcançar inferências válidas: “(1) identificar a população de interesse; (2) coletar o máximo de dados possível; (3) registrar o processo pelo qual os dados foram observados; e (4) coletar dados de uma maneira que evite o viés de seleção” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 127).

Assim, foram coletados dados sobre as ações propostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais como autor, restritas às classes de ação civil coletiva (código 63) e ação civil pública (código 65) e tendo apenas por assunto obrigação de fazer/não fazer (código 10671), a fim de restringir o objeto da pesquisa às demandas coletivas de natureza estrutural, na forma conceituada por FISS como tipo de jurisdição na qual o juiz tem a incumbência de remover as ameaças aos valores públicos por meio da reestruturação de organizações de larga escala que impactam nas condições da vida social, desde as burocracias públicas até as organizações privadas, demandando decisões estruturantes (FISS, 1979, p. 27) por envolverem, na maior parte das vezes, pedidos de implementação ou estruturação de políticas públicas ou adequação de condutas de particulares que afetam à coletividade. A restrição se justifica para a exclusão de ações que visem à defesa de interesses estritamente privados ainda que indisponíveis, as de natureza indenizatória e, especialmente, exclusão das ações de natureza sancionatória, de improbidade administrativa ou penais, em razão de sua lógica muito diversa, que envolvem a outorga da jurisdição de tipo *dispute-resolution* em um processo estruturado triadicamente entre autor-juiz-réu (FISS, 1982, p. 123), e nas quais a descrição do ilícito e a previsão da sanção já se deram previamente pela atuação estatal legiferante. Trata-se, pois, de opção metodológica de abarcar, pelo menos na maior parte dos casos, ações que envolvam intervenções em políticas públicas.

²⁰¹ Art. 2º. O SRU compreenderá a gestão dos feitos judiciais e extrajudiciais, inclusive eletrônicos, nos seguintes aspectos: I – o controle da tramitação, pelo órgão de execução, dos processos judiciais com vistas ao Ministério Público, inclusive os que tramitam em sistemas eletrônicos; dos procedimentos extrajudiciais; dos procedimentos administrativos e do atendimento ao público; II – a padronização do tratamento de dados e informações cadastradas, em especial com a adoção das tabelas unificadas estabelecidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público; III – a produção, o registro e a publicidade dos atos praticados; IV – o fornecimento de dados essenciais à gestão das informações necessárias aos órgãos de execução, aos órgãos de apoio, à Administração Superior e ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Aponta-se como limitação metodológica o fato de que não necessariamente todas as ações civis públicas que tenham como objeto obrigações de fazer ou deixar de fazer se enquadrarão no conceito de ações estruturais. Alguém poderá argumentar, por exemplo, que uma ação que tenha por objeto a revisão de uma cláusula em contrato de adesão não diga respeito à questão de política pública – o que também não é necessariamente correto, já que o contrato pode versar direitos, por exemplo, educação e saúde. De qualquer modo, a amostragem coletada atende ao objetivo de analisar a atuação do Ministério Público e abarcar um número considerável de casos que versam matéria de políticas públicas, de que são exemplos intervenções em políticas ambientais, de saúde e educação públicas, dentre outras.

Os dados coletados restringiram-se também às ações propostas por meio eletrônico²⁰², desde 06 de março de 2015, por ser esta a data em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais implantou e efetivamente disponibilizou plataforma para a propositura de ações eletrônicas, e definida como termo final de pesquisa a data de 1º de novembro de 2018, em que se iniciaram as coletas.

Tratando-se o SRU de banco de dados não integralmente disponível à consulta pública²⁰³, o acesso foi feito indiretamente, por meio da Superintendência de Tecnologia da Informação (STI) da Procuradoria-Geral de Justiça, sobre os seguintes dados: 1. quantitativo de ações propostas, com as restrições de classes e assunto, e limitação temporal acima mencionado; 2. quantitativo delas precedidos de cada um dos instrumentos administrativos de apurações previstos em lei ou resoluções do MPMG e quantitativo das não precedidas de nenhum procedimento; 3. natureza das diligências cumpridas nos procedimentos; 4. quantitativo de audiência pública e reunião pública realizadas nos inquéritos que precederam as ações pesquisadas; 5. quantitativo de ações propostas em litisconsórcio com colegitimados ativos.

Por fim, foi feita a coleta de dados, também indiretamente em razão da ausência de consulta pública a dados consolidados no sistema de informatização dos serviços das comarcas – SISCOM do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – mediante

²⁰² Foram desconsiderados dados de processos propostos por meio físico porque não havia, na propositura, a obrigatoriedade de sua inclusão no sistema, e estão eles sendo inseridos paulatinamente, à medida em que retornam à carga do Ministério Público, pelo que sua consideração geraria risco de omissões de registros que pudessem trazer resultado distante da realidade.

²⁰³ É disponibilizada consulta pública a dados parciais, a partir de número de procedimento ou por nome de representante ou representado, porém, resulta em identificação parcial de dados, relativos à existência do procedimento, seu número, sua classe (Inquérito Civil Público, Procedimento Preparatório, e demais que são especificados ainda neste capítulo), órgão de execução perante o qual tramita, município, área de atuação/assunto, data de instauração, situação (em tramitação ou arquivado), descrição do objeto da apuração, e as três últimas tramitações registradas no sistema (MINAS GERAIS, s./d. d).

solicitação por meio eletrônico e atendimento por parte da Secretaria de Suporte ao Planejamento e à Gestão de 1ª Instância Núcleo de Estatística Aplicada à Justiça de 1ª Instância/NEAJUR, vinculada à Corregedoria-Geral de Justiça, respondida também por meio eletrônico em 27 de fevereiro de 2019, com remessa de relação de todas as ações propostas, limitadas às mesmas classes (códigos 63 e 65) e assunto (código 10671), no mesmo período de 06 de março de 2015 a 1º de novembro de 2018 e, em todas elas a identificação dos autores e litisconsortes, para possibilitar apurar o quantitativo das propostas pelo Ministério Público, para efeito de *cross-check* em relação aos dados do SRU.

Devem ser registradas as limitações de ambos os bancos de dados, especialmente considerando-se que suas criações, alimentações e gerenciamentos não se destinam a subsidiar pesquisas acadêmicas, e que se tratam de registros inseridos para formalizar atos procedimentais, em todas as Varas Judiciais e Promotorias de Justiça instaladas em todas as 296 Comarcas do Estado de Minas Gerais, por milhares de servidores e membros das instituições, não se podendo descartar imprecisões.

Também, no que diz respeito ao SRU/MPMG, esse apenas permite informar dados padronizados em *layout* próprio, pelo que o uso de mecanismos coloquiais de contato do Promotor de Justiça com a população ou de solução mais informal de demandas não pode ser identificado a partir dos dados coletados, o que pode subdimensionar a sua atuação extrajudicial.

6.3 Dos dados coletados e suas análises

Dos dados coletados, foi apurado que, do universo de 1.231 ações propostas pelo Ministério Público eletronicamente no período pesquisado, houve os seguintes registros de procedimentos que as antecederam:



Figura 1. Procedimentos Prévios. Fonte: elaborada pela autora.

A imensa maioria das demandas judiciais proposta foram precedidas de inquéritos civis e outros procedimentos correlatos, o que não ocorreu em 141, resultando em 11,45% delas.

Assim, a despeito da ausência de obrigatoriedade da instauração de procedimentos para a propositura de ações – no caso das peças de informação que chegam ao Ministério Público trazerem elementos suficientes para a formação do convencimento, como já antevisto no quinto capítulo – entende esse estudo que a não instauração faz com que se perca a oportunidade de, *ab initio*, registrar atos que visem à democrática responsividade às manifestações da comunidade titular do direito material sobre a melhor forma de defendê-lo, a depender do nível de difusão da lesão a seus direitos.

Outra constatação foi a de que são 9,58% do total das ações precedidas de Notícias de Fato, em 60 casos, ou Fichas de Atendimento em 58 casos, que não têm caráter apuratório²⁰⁴ e

²⁰⁴ Na forma da Resolução CNMP nº 174 (BRASIL, 2017 a): Art. 1º A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações. [...] Art. 3º A Notícia de Fato será apreciada no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do seu recebimento, prorrogável uma vez, fundamentadamente, por até 90 (noventa) dias. Parágrafo único. No prazo do caput, o membro do Ministério Público poderá colher informações preliminares imprescindíveis para deliberar sobre a instauração do procedimento próprio, sendo vedada a expedição de requisições.

Por outro lado, Procedimentos Administrativos são regulamentados via Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 4 (MINAS GERAIS, 2017 c): Art. 1º O Procedimento Administrativo, no âmbito da atividade-fim do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, destina-se a: I - acompanhar ou apurar fato relativo à tutela de interesse ou direito individual indisponível, inclusive em situações que demandem célere solução ou encaminhamento,

que se destinam apenas ao registro dos atendimentos ao público que apresentem manifestações iniciais escritas ou orais, no âmbito dos quais é vedada a realização de requisições²⁰⁵, porém nas quais é possível apenas a solicitação de informações preliminares de modo a formar convencimento sobre a necessidade de posterior instauração de outro tipo de procedimento apuratório. De todo modo, nesses casos, é possível a oitiva por meio de convites ou solicitações, com a única diferença, em relação a notificações e requisições, de que a omissão na resposta não configura descumprimento ilegal.

Os dados relativos à natureza das diligências efetivamente cumpridas nos procedimentos resultou na constatação de que podem ser classificadas, pelo sistema, como Audiência Pública, Comunicação, Designação de Oitiva, Encaminhamento de Documentos,

notadamente a judicialização ou a tomada de providências extrajudiciais em favor de criança, adolescente, idoso ou enfermo; II - acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou a atividade de instituições vinculadas às suas respectivas atribuições; III - acompanhar casos ou situações de fato que não tenham propriamente o caráter investigativo, de natureza cível ou criminal, e embasar outras atividades que, pela natureza da atribuição ou pela delimitação do objeto, não estão sujeitas a inquérito civil público; IV - acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado. Art. 2º O Procedimento Administrativo será instaurado por membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas atribuições, mediante portaria sucinta que delimite o seu objeto e indique situação prevista no artigo 1º desta Resolução Conjunta. Parágrafo único. Caso seja constatada, durante a instrução do Procedimento Administrativo, a existência de fatos que justifiquem a instauração de Procedimento de Investigação Criminal (PIC), de Inquérito Civil Público ou de seu Procedimento Preparatório, o membro do Ministério Público procederá à extração de peças para a respectiva instauração.

Por fim, Inquérito Civil Público e Procedimento Preparatório são regulamentados pela Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3 (MINAS GERAIS, 2009): Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. §1º O inquérito civil é um procedimento de natureza administrativa, que visa à reunião oficial de documentos e outros elementos de informação produzidos no decurso de uma investigação que tenha por objeto o dano ao patrimônio público ou social ou o desrespeito a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, nos termos do art. 127, caput, e 129, II e III da Constituição. [...] Art. 2º-A O Procedimento Preparatório é um procedimento formal que visa apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto. (Art. 9º, da Lei nº 7.347/85, Art. 2º, §§ 4º ao 7º, da Resolução CNMP 23/2007). §1º As peças de informação, ou peças informativas, de que trata o art. 9º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, são designadas, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procedimentos Preparatórios. §2º O Ministério Público, de posse de informações previstas nos arts. 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no art. 1º desta Resolução, poderá complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório. §3º O inquérito civil deverá ser autuado com numeração sequencial à do procedimento preparatório, quando de eventual conversão, mantendo-se a autuação anterior. §4º O procedimento preparatório deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual prazo, uma única vez, em caso de motivo justificável. §5º Vencido esse prazo, o membro do Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil. §6º Os procedimentos instaurados na forma do §2º, independentemente da denominação que tenham recebido quando de sua instauração, denominar-se-ão procedimentos preparatórios e serão registrados no Sistema de Registro Único - SRU.

²⁰⁵ Requisição é comando de entrega de informações, documentos ou de comparecimento, previsto explicitamente no inciso VI do art. 129 da Constituição de República, no art. 26 na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8625/1993 e em seus correlatos diplomas estaduais, cuja desobediência configura crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública nº 7347/1985, configurado em casos de a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Inspeção, Intimação/Notificação, Oitiva, Orientações, Pedido de Providências, Requisição de Comparecimento, Requisição de Condução Coercitiva, Requisição de Inquérito Policial, Requisição de Perícia, Requisição/Solicitação de Documentos, Requisição/Solicitação de Informações e Solicitação Resposta de Promotor Titular.

Contudo, mesmo considerando que quase todas essas categorias – à exceção da requisição de perícia, inquérito policial e resposta do promotor titular – têm potencial de se destinarem à oitiva dos interesses dos titulares do direito material, o sistema não possibilita discriminação no registro de que as pessoas ouvidas, notificadas ou requisitadas/solicitadas sejam classificadas como tal ou, se ao contrário, foram ouvidos como representados, testemunhas ou interessados de alguma outra forma, prejudicando conclusão sobre o quantitativo de oitiva de titulares do direito que se pretenda tutelar.

A distinção possível foi apenas quanto às audiências públicas promovidas pelo Ministério Público que, no período pesquisado, teve um único registro, ressalvada a possibilidade de participação do Promotor de Justiça em atos de mesma natureza promovidos por outras instituições, como é recorrente acontecer junto ao Poder Legislativo e, em muito menor recorrência, ao Poder Judiciário, e que não são registradas no SRU, que se limita às promovidas pela instituição ministerial.

E, considerado outro indicador de que a comunidade representada, nas diversas atuações do Ministério Público, esteja sendo ou não ouvida, o atendimento ao público foi inserido como atribuição dos Promotores de Justiça no art. 32, inciso II da Lei Orgânica do Ministério Público nº 8625/1993 e, mesmo, como dever do membro, a qualquer momento em casos urgentes, na forma do art. 43, inciso XIII da mesma lei, havendo correlatos dispositivos nas Leis Estaduais, inclusive em Minas Gerais, na Lei Complementar nº 34 (MINAS GERAIS, 1994), art. 74, inciso II e art. 110, inciso XIV e, especialmente dada a importância do instrumento de atendimento às pessoas que procuram espontaneamente o Ministério Público²⁰⁶ por diversos motivos, a presente pesquisa preocupou-se em coletar dados no

²⁰⁶ Sem prejuízo dos atendimentos encaminhados via Ouvidorias de cada um dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, de obrigatória criação a partir do artigo 130-A, §5º da Constituição da República, e regulamentadas para receber reclamações, críticas, comentários, elogios, pedidos de providências, sugestões e quaisquer outros expedientes que lhes sejam encaminhados, exclusivamente acerca dos serviços e das atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, nos termos da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 64 (BRASIL, 2010 b).

mesmo período²⁰⁷, sendo apurado quantitativo de 176.314 registrado no SRU por meio de padronizadas Fichas de Atendimento.

A questão que se deve ressaltar é que oitivas individualizadas de interessados são importantes para elucidar os fatos, porém, a preterição de audiências públicas pode prejudicar a avaliação sobre coesão ou as divergências que a comunidade possuía, e que nessas últimas podem se mostrar de maneira mais eficiente do que em atendimentos individualizados.

O quantitativo de ações propostas pelo Ministério Público em litisconsórcio com colegitimados ativos trouxe resultado negativo no SRU, não tendo havido uma única propositura conjunta.

Por fim, os dados obtidos indiretamente por meio dos sistemas do TJMG, para checagem da confiabilidade, resultaram em 1.312 ações propostas no período e com classes e assuntos restritos, das quais 46 não possuem autores cadastrados. Contudo, a presente pesquisa optou, assim, por procurar diretamente na consulta pública do SISCOM/TJMG, por cada um destes 46 processos, à vista de arquivos de decisões interlocutórias ou finais juntados no sistema, apurando que é autor o Ministério Público em 45 delas²⁰⁸. Portanto, considerando o total de ações informadas em 1.312, em 50 delas os autores são diversos do Ministério Público, conclui-se que o MP propôs 1.262 ações representando 99,68% delas²⁰⁹.

Assim, foi apurada uma divergência nos dados, entre os registrados pelo SRU no quantitativo de 1231, e o registrado pelo TJMG em quantitativo de 1262, o que tem possível explicação no fato de que as ações distribuídas em períodos de plantão forense são feitas em meio físico, não passando inicialmente pelo sistema SRU, e inseridas no PJe pelo Juízo²¹⁰, o que é muito frequente em questões de saúde, considerando que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais possui escala permanente de plantão para medidas urgentes em todos os dias não úteis (MINAS GERAIS, s./d. c).

Por fim, os dados do TJMG trouxeram registros de 10 ações em que há litisconsórcio ativo com o Ministério Público, sendo 5 com pessoas físicas que, sendo consultadas no sistema PJe diretamente pela presente, via link de consulta pública (MINAS GERAIS, s./d. e)

²⁰⁷ Consistindo, porém, em dados gerais de todo o período e não limitados os atendimentos vinculados às ações pesquisadas, dada a limitação do sistema que não permite restringir a consulta apenas às fichas de atendimento vinculadas às ações.

²⁰⁸ Apenas a ação de nº 5009405-76.2017.8.13.0313 (MINAS GERAIS, 2017 e) tem única decisão juntada no sistema, de declaração de incompetência do juízo, em não há referência ao autor, apenas ao assunto que se trataria de “regularizar a situação prisional”.

²⁰⁹ Se desconsideramos a única ação, referida na nota supra, em que a pesquisa indireta ou direta não possibilitou conhecer o autor, seriam 1311 ações, e o MP seria autor em 96,26% delas.

²¹⁰ Conforme art. 24 da vigente Portaria Conjunta Presidência e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 411 (MINAS GERAIS, 2015).

que traz as partes e também decisões interlocutórias e finais proferidas, a partir dessas últimas pode ser apurado que quatro delas tinham cadastrados como coautores os pacientes de sistemas de saúde pública ou suplementar, beneficiários da tutela jurisdicional mas que não podem ser tecnicamente considerados como parte litisconsorcial, e em uma única²¹¹ delas houve impossibilidade de apuração, dado que a pesquisa resultou em mensagem de indisponibilidade dos dados em razão de tramitação em segredo de Justiça ou informações prestadas erroneamente.

E a mesma pesquisa feita diretamente junto à consulta pública do sistema PJe, quanto às ações propostas em litisconsórcio com entes públicos que, no caso eram Municípios Mineiros, resultou que em quatro delas a propositura originária da ação foi feita apenas pelo Ministério Público, seguindo-se posteriormente pleito do ente federado para integrar o polo ativo da ação, e também em apenas uma única²¹² delas houve impossibilidade de apuração, dado que a pesquisa resultou em mensagem de indisponibilidade dos dados em razão de tramitação em segredo de Justiça ou informações prestadas erroneamente.

Assim, não destoam dos dados contidos no SRU de ausência de ações propostas originariamente em litisconsórcio.

O resultado relativo ao protagonismo na propositura das ações que, na visão de alguns autores, representa um agigantamento do Ministério Público em prejuízo da finalidade da LACP de organizar a sociedade civil (MANCUSO, 2012, p. 430), e que também encontra crítica no fato da instituição ministerial “não gozar da mesma proximidade da população que outros legitimados” (GUEDES, 2012, p. 180) encontra possível explicação na capilaridade do Ministério Público que está presente (MINAS GERAIS, s./d. b) em todas as 296 Comarcas do Estado (MINAS GERAIS, s./d. f), enquanto a Defensoria Pública, por exemplo, consta como presente em apenas 114 Comarcas Mineiras (MINAS GERAIS, s./d. a). E também contribui a regulamentação da atuação ministerial, mencionada neste mesmo capítulo, que impõe uma já consolidada obrigação de atendimento ao público e adoção de medidas cabíveis no seu âmbito de atuação.

Assomem-se as restrições da doutrina brasileira à legitimação do cidadão vistas no quinto capítulo, e que acabam por se estender à própria legitimação da sociedade civil, associadas à situação pátria de grave deficit de disponibilidade de informações²¹³ à população

²¹¹ Ação de número 502456220.2016.8.13.0024 (MINAS GERAIS, 2016 b).

²¹² Ação de número 501536825.2018.8.13.0024 (MINAS GERAIS, 2018).

²¹³ A publicidade de informações pelo Poder Público começou forma tardiamente, tendo em vista as já passadas décadas desde a promulgação da Constituição da República, que marcou a passagem para a redemocratização

sobre atos que deveriam ser publicizados, o que impede que o direito de acesso à justiça seja plenamente exercido²¹⁴. E Carneiro já alertava para o fato de que acessibilidade pressupõe pessoas informadas, com conhecimento dos direitos e de como utilizá-los, sustentando que o “direito à informação é tão importante quanto o de ter advogado para os necessitados” (CARNEIRO, 2000, p. 58.)

Todos esses apresentam-se como fatores para que a atuação do Ministério Público se sobressaia e que as próprias pessoas e associações colegitimadas prefiram provocá-lo e para ele transferir a defesa dos direitos coletivos, especialmente no Brasil em que é garantida constitucionalmente a independência funcional do Ministério Público no § 1º do art. 127, de modo a proteger sua atuação de ingerências do Poder Executivo.

7 CONCLUSÃO

Partindo do marco do acesso à justiça, cuja segunda onda tinha a finalidade de romper os obstáculos à defesa dos direitos difusos e coletivos – entre os quais a inadequação das regras de legitimação ordinária, em razão da insuficiência de recursos não somente materiais, mas também de conhecimento pelo indivíduo pessoalmente atingido e a notória disparidade de armas para com os seus grandes violadores – saúda o presente estudo a Lei da Ação Civil Pública, para além de todo o microsistema de direito coletivo pátrio, e sua solução de colegitimar entes públicos e privados, sem descuidar das críticas aos primeiros que, porém, fundavam-se nas experiências europeia e norte-americana que têm “um Ministério Público sem o caráter de independência e de separação da magistratura peculiar ao Ministério Público

brasileira, até chegar às leis de acesso à informação – Lei Complementar nº 131 (BRASIL, 2009 a) e Lei nº 12.527 (BRASIL, 2011 b) – ainda não devidamente cumpridas conforme resultou a fiscalização feita pelo Ministério Público Federal (BRASIL, 2016 c) e que, no caso de Minas Gerais, tem sido acompanhado seu cumprimento em todos os Municípios Mineiros pelas Promotorias de Justiça, como parte do Plano Geral de Atuação (MINAS GERAIS, 2018).

²¹⁴ Parte destas premissas Barcelos: a necessidade de garantia de acesso à informação acerca dos (i) recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; (ii) execução orçamentária (BARCELLOS, 2006, p. 51), o que configura um problema jurídico, já que o dever de prestar contas é jurídico e exigível (BARCELLOS, 2006, p. 53), cuja omissão impede o exercício de direito político do cidadão, tornando-se necessária elaboração de instrumentos de controle da política a partir da publicidade de informações (BARCELLOS, 2006, p. 54).

brasileiro” (CAPPELLETTI, 1984, p. 18). Também sem olvidar da necessidade do incentivo à legitimação das formações sociais, na experiência brasileira constituídas sob a forma de associações, como alternativa para superar o paternalismo da iniciativa publicística, porque são elas importante veículo de participação democrática (GUEDES, 2012, p. 180), e do grande desafio que ainda se apresenta para que assumam o protagonismo da defesa dos direitos metaindividuais, motivo pelo qual se ressalta o acerto da solução mista de conjugação da colegitimação de entes públicos, que detêm recursos especializados e as vantagens da habitualidade da litigância, e dos entes privados e sua aproximação com os grupos representados.

Se inafastável na sociedade de massa é a técnica da representação para a defesa de direitos metaindividuais, à ciência política se deve recorrer para conciliá-la com a correlata necessidade democrática de participação dos representados nas decisões adotadas pelo representante, retomando-se a controvérsia mandato-independência e enfrentando a questão dos conflitos internos que podem existir, inclusive entre os próprios membros do grupo representado, para apontar a solução pela atuação responsiva aos interesses dos representados, em que o representante, a despeito de sua independência, tem o dever de evitar o conflito ou, em ocorrendo, justificar sua postura contrária (PITKIN, 1967, p. 210) e aplicar a complementaridade entre participação e representação, em que seja reelaborada a ideia de representação, que não se exija a identidade de características entre representantes e representados, mas sim vínculo responsivo, demandando-se que tanto o representante quanto os representados adotem atitudes, ao longo do tempo, para que as opiniões do grupo se façam conhecer e a atuação do representante seja avaliada (VITORELLI, 2016 a, p. 246).

Nesse esteio, o próprio devido processo legal deve ser reinterpretado, para se passar de um "garantismo individual" a um "garantismo social ou coletivo" (CAPPELLETTI, 1977, p. 14), para solucionar “o contraste entre as garantias do ‘devido processo legal’ inquestionavelmente forjadas para acudir a um processo tradicional, de caráter individualista, e o instrumental idôneo para a solução dos novos conflitos, a serem resolvidos em um enfoque social” (GRINOVER, 1987, p. 184), porque não se garante necessariamente um direito de participação direta, mas sim um direito de representação dos interesses que, exatamente por isso, deve ser adequada (FISS, 1993, p. 971).

Assim, assume importância a adequação da representatividade dos colegitimados coletivos nas demandas estruturais por novas políticas públicas ou aprimoramento das já existentes, que “tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a

categoria” (GRINOVER, 1987, p. 195), cujos critérios estão “à luz dos princípios constitucionais” e “apenas têm lugar nas situações em que haja dúvidas acerca da presunção de representatividade estabelecida em lei” (GUEDES, 2012, pp. 165-166). Porém, rechaça o presente estudo a adoção dos critérios das *class actions* norte-americanas, de caráter individualista que se evidencia ao exigir o protagonismo do indivíduo lesado e pela quase maciça solução de reparação pecuniária, mas especialmente em sua premissa da “ausência de antagonismo ou conflito de interesses” (GIDI, 2002/2012, p. 67), pois o conflito faz parte da vida em sociedade e mesmo existe no interior do grupo afetado.

Porém, não se pode descurar da possibilidade de desvirtuamento do uso do instituto da adequação da representatividade, que serviu para afastar do processo judicial as instituições que atuavam diretamente com atingidos, incluindo movimentos sociais, no caso dos crimes ambientais da atividade mineratória em Mariana/MG (MILANEZ *et al.*, 2018, p. 19) e para impedir que as demandas coletivas cheguem às decisões meritórias. Assim, independentemente da admissão da diferenciação entre a representatividade do porta-voz judicial do direito e a representação que se refere ao agir no caso concreto para a defesa vigorosa do direito metaindividual (MIRRA, 2010, p. 194-195), o presente estudo entende que a solução se dá pela caracterização da natureza jurídica da adequação da representatividade como interesse de agir ou pressuposto processual (interesse processual), cuja consequência, em caso de inadequação, não pode ser a pura extinção da ação, mas sim, pela abertura do processo a uma via dialógica, em que os colegitimados são convidados para assumir o protagonismo, com o dever do juiz de passar a promover os momentos participativos no feito.

Nesse sentido, vai a proposta de novos conceitos de direitos transindividuais, em que o perfil da sua difusão deva condicionar a forma de controle da adequação da atuação do legitimado coletivo e sua abertura para a participação dos representados (VITORELLI, 2016 a, p. 443), que poderá ser menos direta nos litígios coletivos globais simples que não atingem especificamente uma pessoa e que têm conflituosidade interna baixa (VITORELLI, 2016 a, p. 445) e nos litígios coletivos globais complexos em que há dúvida científica e admite-se que seja privilegiada a oitiva de especialistas (VITORELLI, 2016 a, p. 475) e a legitimidade ativa deve privilegiar instituições não parciais, como é o caso do Ministério Público (VITORELLI, 2016 a, p. 491).

Porém, momentos participativos diretos devem ser seriamente considerados nos litígios de difusão local, cujas lesões atingem de modo específico e grave a comunidade (VITORELLI, 2016 b, p. 93-94), para os quais não se deve excluir a legitimação de entes

públicos, mas advertir que precisam “agir com especial cautela e atenção aos interesses e às manifestações de vontade do grupo representado e dos subgrupos nele contidos” (VITORELLI, 2016 a, p. 513), e que o dissenso entre representante e representados leva ao ônus do primeiro de informar a comunidade sobre as razões de sua posição, para convencê-la de seu acerto e, em caso de falha do exercício dialógico, a substituição do representante ou a pluralização da representação mediante formação de subgrupos (VITORELLI, 2016 a, p. 510). Também em litígios de difusão irradiada, em que se dá lesão que afeta diretamente interesses de diversas pessoas que não compõem uma comunidade e não são atingidos na mesma intensidade (VITORELLI, 2016 a, p. 97), para reiterar a defesa do rompimento com a indivisibilidade e permitir que se atribua maior relevância às posições dos que mais sofrem (VITORELLI, 2016 a, p. 103).

E, concorda o presente estudo que, se a pluralização da representação puder ocorrer de forma pouco onerosa, ela deve ser realizada, ou o autor deve expor ao juiz a divergência e possibilitar que ele tome a decisão de modo informado (VITORELLI, 2016 a, p. 589), para permitir que tenham voz as perspectivas alternativas e minoritárias de parcelas dos grupos.

Admite-se – apenas em relação às demandas estruturais e excluídas às de natureza responsabilizatória por práticas ilícitas – o controle da adequação ministerial da representatividade como decorrência constitucional, e não somente da representação enquanto seu atuar no processo, para o que a nova tipologia de direitos coletivos apresentada traz critérios diferenciados para a oitiva dos representados e não se dispensando que o processo representativo incorpore momentos de autorização, nos quais o representante consulte os representados sobre sua conduta, bem como momentos de prestação de contas (*accountability view*) em que sua conduta seja avaliada por eles *a posteriori* (VITORELLI, 2016 a, p. 247).

E a solução para casos de eventual inadequação da representatividade passa pelas medidas de democratização do processo e seus atos, por meio de publicização do processo, notificação de colegitimados para ingressarem em litisconsórcio ativo, oitiva de substituídos por mecanismos de consultas e audiências públicas jurisdicionais, iniciativa do indivíduo ou sua participação incidental, intervenção de *amicus curiae*, dentre outros e, apenas em casos extremos, a substituição do colegitimado, registrando-se que já há proposta legislativa via Projeto de Lei nº 5.139 (BRASIL, 2009 c), art. 9º, que impede a extinção prematura da ação, sem atingir à análise de mérito.

E, por fim, propõe o presente trabalho que a atuação prévia e extrajudicial seja tomada como parâmetro da adequação da representatividade do Ministério Público – nas demandas estruturais por novas políticas públicas ou aprimoramento das já existentes, excluídas as

sancionadoras e reparatórias cuja representatividade decorre da atividade legislativa que elegeu a instituição para persecução — especialmente por via do inquérito civil público e demais procedimentos correlatos que, mesmo não havendo legal obrigatoriedade de instauração, “pode ser um importantíssimo indicador do nível de correção da conduta do agente do Ministério Público, da sua maior ou menor diligência no exercício de suas funções” (DALLARI, 2008, p. 10) e, especialmente, enquanto “instrumento de cidadania”, por ensejar a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública e ser “palco de alternativas à movimentação da máquina jurisdicional, posto que importantes medidas extrajudiciais de composição do conflito coletivo são adotadas nos autos do inquérito” (RODRIGUES, 2006, p. 89).

Assim, a participação pode ser garantida pelos instrumentos de atuação prévia e extrajudicial, consistentes em atendimento ao público, consultas públicas, audiências públicas e fomento à participação popular e ao controle social de políticas públicas, especialmente por via dos Conselhos de Direitos já instituídos por lei de forma paritária, obrigatória e com poderes deliberativos que obrigam aos gestores públicos. Tudo isso sem descuidar das críticas que lhes são feitas, mas que não se dirigem especificamente à existência de tais institutos, mas sim à cultura jurídica de pouca importância ao espaço democrático para a efetiva tomada de decisões, ao seu mau uso, incluindo simulação ou cooptação, o que pode e deve ser combatido, em especial a partir do entendimento de que tal momento avaliativo pode ser um critério importante para o controle da adequação da representação dos legitimados coletivos, como se sustenta no presente trabalho.

Nesse esteio, a pesquisa empírica de dados da atuação judicial do Ministério Público Estadual em Minas Gerais, no período e categorias pesquisadas, revelou que pelo menos 88,55% das ações eletrônicas propostas no período foram precedidas de quaisquer procedimentos instrutórios, o que se saúda como oportunidade de, *ab initio*, formalizar as condutas responsivas perante a comunidade ou indivíduos titulares do direito material sobre a melhor forma de defender seus interesses.

Por outro lado, os dados de ações propostas pelo Ministério Público em litisconsórcio com colegitimados ativos trouxe resultado negativo, não tendo havido uma única propositura originariamente conjunta, e os dados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que revelam que o Ministério Público propôs 1.262 ações representando 99,68% delas, o que demonstram, assim, que o incentivo à iniciativa popular — seja para fiscalizar administrativamente, atuar conjuntamente ao Ministério Público ou aglutinar a comunidade em associações para a defesa direta — ainda é necessário.

Sobre as audiências públicas promovidas pelo Ministério Público, no período pesquisado, teve apenas um único registro, ressalvada também a possibilidade de participação do Promotor em atos de mesma natureza promovidos por outros entes ou órgãos. E, dada a importância do instrumento de atendimento às pessoas que procuram espontaneamente o Ministério Público, como um indicador de que a comunidade representada nas diversas atuações esteja sendo ou não ouvida, é relevante o indicador de que, no mesmo período, foi apurado quantitativo de 176.314, considerando-se uma instituição capilarizada, que está presente em todas as comarcas do Estado. Porém, se as oitivas individualizadas de interessados são importantes para elucidar fatos investigados, elas não afastam a necessidade de manifestações coletivas em que se pode apreciar a pluralidade de opiniões dentro do próprio grupo.

Conclui-se que o Ministério Público Mineiro assumiu protagonismo na defesa de direitos coletivos *lato sensu* e que o controle da adequação da representatividade de sua atuação – restrito às demandas estruturais – pode ter por parâmetro a instauração do inquérito civil público e demais procedimentos, e as diligências empreendidas no seu âmbito que se destinem à participação mais ou menos direta da população atingida, dependendo do nível de difusão do direito defendido. E que o desafio da promoção da participação da sociedade – direta ou representativamente em Conselhos criado por lei para construção e fiscalização de políticas públicas – pode e deve ser abraçado como missão do Ministério Público.

Por fim, deve-se apontar para a importância dessa pesquisa como ponto de partida para outras que revelem os dados que não foram possíveis de serem obtidos, especialmente as efetivas diligências prévias e extrajudiciais direcionadas à efetiva oitiva de pessoas e grupos representados, não sem antes elogiar a transparência dos dados que já permitiu o exame inicial.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____.; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público**. In: MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____.; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. **Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova *summa divisio* adotada na CF/88**. Rev. TST, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

_____. O MP no Neoconstitucionalismo: Perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIA, Cristiano Chaves *et al.* (coord.), **Temas Atuais do Ministério Público**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

_____. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 291-307.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle dos Atos Administrativos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. RePro 225, nov. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decisões_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro> e <<https://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM. O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133-146.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA. **Temas de Direito processual**, 2ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1980a, p. 83-95

_____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: MOREIRA. **Temas de Direito processual**, 2ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1980b, p. 61-72.

____. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. *In: Temas de Direito processual*, 3ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1984a, p. 183-192.

____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *In: Temas de Direito processual*, 3ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1984b, p. 173-181.

____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos – Relatório nacional brasileiro para o VII Congresso Internacional de Direito Processual (Würzburg, 1983). *In: Temas de Direito processual*, 3ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1984c, p. 193-220.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31 a 60.

BATISTA, Patrícia. A processualização da atividade administrativa. *In: BATISTA, Patrícia (coord.). Transformações no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221-260.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONE, Robert. *The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions*. *The George Washington Law Review*, fev. 2011, vol. 79, n. 2, p. 579-627. Disponível em: <<https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/79-2-Bone.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**, ago. 2004a. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. E sua Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007a**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 56, de 22 de junho de 2010a**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/660>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 64, de 1º de dezembro de 2010b**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/693>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 71, de 15 de junho de 2011a**, Brasília, DF. <Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/723>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_nº_118_autocomposicao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 154, de 13 de dezembro de 2016a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/normas/RESOLUO_154.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017a**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-174-1.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017b**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-179.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 41, de 18 de novembro de 1966**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0041.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004b**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5051-19-abril-2004-531736-norma-pe.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9759.htm#art10>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6024.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.913 de 7 de dezembro de 1989b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7913.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei8069_02.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990c**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990d**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993c**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L88442.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007c**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.004, de 24 de junho de 2014a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13004.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018a**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 22 dez. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**, 2016c, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.rankingdatransparencia.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota Técnica Conjunta nº 1, 11 de abril de 2018b**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Munduruku. **Protocolo Munduruku**, 2017c. Disponível em: <<https://rca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/munduruku-final-2.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.034, de 19 de março de 1984b**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=209036>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.139, de 29 de abril de 2009c**, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filenome=PL+5139/2009>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058, de 04 de novembro de 2014c**, Brasília, DF. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filena me=PL+8058/2014>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Audiência Pública**, 19 de novembro de 2015c, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123728>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. **DJ** 04/05/2004c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/171b9d2>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.792. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 1998c. **DJ** 03-02-2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1697755>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121. Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, 2019c, **DJe** 13.06.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5678906>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.759, Relator: Min. Celso de Mello, 1993d. **DJ** 01-07-1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1491852>>. Acesso em: 03 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268. Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 2004. **DJ** 17-09.2004d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 481.955. Relator: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 2011. **DJe** 25-05-2011c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2365039>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **DJ** 1º.02.2016d. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+592581%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+592581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/awgvpsp>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 643, **DJ** de 09/10/2003 c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=643.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1347713. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, **DJe**

4.3.2013b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202101057&dt_publicacao=04/06/2013>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 659.571. Relator: Min. Raul Araújo, Brasília, DF, 2014, **DJe** 17-02-2014d. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400864280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 175.596. Relatora Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, **DJe** 04-02-2014e. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001045995&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 177.965, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, **DJe** 23.08.1999c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800423427&dt_publicacao=23/08/1999>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 265.300. Relator: Min. Humberto Martins, Brasília, DF, **DJe** 02.10.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000646423&dt_publicacao=02/10/2006>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 235.422. Relator: Min. Rosado de Aguiar, Brasília, DF, **DJU** 18-12-00, e RSTJ 146:357. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=235422&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=trueacesso>>. Acesso em: 12.02.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 601, **DJe** 14/02/2018c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. UERJ/UNESA. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, 2005a. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23659>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. USP/IBDP. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, dezembro de 2005b (Ministério da Justiça, última versão). Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1992, n. 189, p. 114-122.

BURKE, Edmond. *Speech to the electors of Bristol, on his being declared by the sheriffs duly elected one of the representatives in Parliament for that city, on Thursday, the 3rd of november, 1774*". In: NIMMO, J. C. (ed.). 1887. **The Works of the Right Honourable Edmund Burke, in twelve volumes**. v. II. London: s/n. Disponível em: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/Works02.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020).

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. Revista de Processo, vol. 147, mai. 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alemão_uma_alternativa_às_ações_coletivas>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda**. *Custos Legis*, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, n. 1, 2009, p. 1-43. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “Condição da Ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior**. S./d. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicao-da-acao-uma-resposta-a-fredie-didier-junior/>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

CAPONI, Remo. ***Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela***. *Rivista Di Diritto Processuale, Anno LXIII (Seconda Serie)*, n. 5, settembre-ottobre 2008 (ISSN 0035-6182).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. ***Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective***. *Maurer School of Law: Indiana University Digital Repository @ Maurer Law*, 1978. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

____.; _____. **Acesso à justiça** (tradução de Ellen Grace Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editores, 1988.

_____. **Conferências**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Nova Fase, v. 1, n. 18, p. 08-26 (Proferidas no Plenário da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, em 26 e 27 de novembro de 1984, traduzidas por Tupinambá Pinto de Azevedo, porém, não revistas pelo conferencista).

_____. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, Revista de Processo, vol. 5, p. 128, Jan 1977 (tradução do original publicado na *Rivista di Diritto Processuale* por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos), Thomson Reuters.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O ministério público e a lei da ação civil pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos**. Revista do Ministério Público, vol. 1, n. 1, jan./jun. 1995, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos. Disponível em: <<http://pcpc-prof.com.br/artigo5.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2019.

_____. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, Rio de Janeiro: Civilização Moderna, 2008.

CIDH. **Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam**. 28 de novembro de 2007, São José, Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos** (discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819, tradução de Loura Silveira, traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté cliez les Modernes, Le Livre de Poche, Collection Pluriel*). Paris, 1980. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019

CORREA, Leonardo Alves. **Estado, Mercado e Instituições: estudos sobre o incrustamento e a (re)construção da ordem econômica constitucional à luz da economia plural de Karl Polanyi** (tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público). Belo Horizonte, 2015 (fornecida cópia pelo autor).

COSER, Lewis A. ***Social Conflict and the theory of social change***. *The British Journal of Sociology*, v. 8, n. 3, set. 1957, p. 197-207. Disponível em: <<http://www.csun.edu/~snk1966/Lewis%20A%20Coser%20Social%20Conflict%20and%20the%20Theory%20of%20Social%20Change.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**, editora da Unidade de São Paulo, José Bushatsky Editor, 1972.

DALLARI, Adilson Abreu. **Obrigatoriedade do Inquérito Civil Público**. Instituto Brasileiro de Direito Público–IBDP, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 13, janeiro/fevereiro/março de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/obrigatoriedade-de-realizacao-de-inquerito-civil>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC**. S./d. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-processo-civil-no-estado-constitucional-e-os-fundamentos-do-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas. In MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo Civil Coletivo**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na administração pública**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan/mar 1993.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; CARVALHO, Ecaroline Pessoa de. **Análise do impacto das decisões dos tribunais superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde de 2009**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, n. 58, p. 83-107, 2013. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34866/21634>>. Acesso em: 29 jun. de 2019.

EBERHARDT, João Francisco. **Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução das demandas repetitivas** (Dissertação apresentada para obtenção do título de doutorado junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em arquivo cedido pela Professora orientadora, Doutora Susana Henriques da Costa), 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo** (tradução de Arnaldo Setti), Editora RT, 1990.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary King. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência (livro eletrônico). São Paulo: Direito GV, 2013, Coleção acadêmica livre, título original: *The rules of inference*, vários tradutores. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>. Acesso em 15 out. 2018.

EUA. Suprema Corte. *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123. 30.04.1951. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/123/>>. Acesso em: 17 maio 2019.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ação civil pública, inquérito civil e ministério público. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84-100.

FERRIER, Jean-Pierre. *La participation des administrés aux décisions de l'administration*. *Revue Du Droit Public*, n. 03, mai-jun, 1974, p. 663-690.

FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. *Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 1220*, 1979. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220 e <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2201&context=fss_papers>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *The social and political foundations of adjudication*. *Law and Human Behavior*. vol. 6, n. 2, 1982. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *The Allure of Individualism*. *Faculty Scholarship Series. Paper 1332*, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332> e <<https://pdfs.semanticscholar.org/f0e0/398853bf3069b8bae978fbd11c1206a13281.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo**. Coleção Saberes do Direito: 34, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012 a, edição eletrônica: LivroeNet.

_____. **Direitos difusos e coletivos II: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandato de segurança coletivo**. Coleção Saberes do Direito: 35, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012 b, edição eletrônica: LivroeNet.

GALLOTTI, Carolina. **Petição temática nas ações coletivas**. Revista dos Tribunais *online*. Revista de processo, vol. 142, p. 168, dezembro de 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial**. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006, p. 90-91. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/manuais-de-atuacao/volume-1-tutela-coletiva/view/++widget++form.widgets.arquivo/@@download/Manual+de+Atuacao+volume+1.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2019.

_____. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta** (Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal), Revista de Processo, vol. 108, n. 61, *University of Houston Law Center, Public Law and Legal Theory Research Paper Series* nº 2007-A-41, 2002 (última revisão em 2012). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1016416>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

GODINHO, Robson Renault. **A capacidade postulatória do Ministério Público**. XVII Congresso Nacional do Ministério Público, 2007, Salvador: AMPEB, p.324-331.

_____. **O Ministério Público na defesa de direitos individuais de crianças e adolescentes e a desnecessidade de atuação de curador especial**. XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, Porto Alegre: Magister, 2009. p. 269-275.

GOMES, Wilson. Democracia digital: que democracia? *In*: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (org.). **Mídia, representação e democracia**. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/14666649/Tratado_de_Derecho_Administrativo_-_Agustín_Gordillo_TOMO_I_>. Acesso em: 29 jan. 2019.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e prática**. Leme: LED – Editora de Direito, 1998.

_____. Ministério Público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização. *In*: LIVIANU, R. (coord). **Justiça, cidadania e democracia** [online], Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, pp. 158-169. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-14.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1 jan. 1984. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67016/69626/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. **As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, n. 82, p. 180-197, 1987. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67100>> e <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67100/69710/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. *et al.* **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____.; SICA, Ligia Paula P. Pinto (coord); WATANABE, Kazuo; ALVES, Lucélia de Sena; LANGENEGGER, Natalia; FERREIRA, Vivian Ferreira. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da Judicialização da Saúde**. CEBEPEJ Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais; FGV Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/e9797e31b063aad81b88c1d5ea360d0f.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e Representatividade na Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. Legitimidade e representatividade na ação civil pública: por um controle *ope judicis* amparado em parâmetros constitucionais. In: AURELLI, Arlete Inês *et.al.* (coord.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 480-505.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal** (tese apresentada no II Congresso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, s./n., s./d. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275676795.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019.

_____. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 2005.

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

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais** (contribuição da sociedade civil para a Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Contribuição esperada do ministério público na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos**. Revista MP Jurídico – Edição Especial: 20 anos da Constituição Federal, março 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/720>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais – procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem (Curso de processo civil; v. 5)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais/6>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o ministério público**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O inquérito civil: investigações do ministério público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 308-344.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Editora Saraiva, 26ª edição, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria democrática atual: esboço de um mapeamento**. BIB, São Paulo, n° 59, p. 5-42, 2004.

MILANEZ, Bruno (Universidade Federal de Juiz de Fora); MAGNO, Lucas (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais); WANDERLEY, Luiz Jardim de Moraes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); MANSUR, Máira Sertã (Universidade Federal do Rio de Janeiro); PINTO, Raquel Giffoni (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro); GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes (Universidade Estadual de Goiás); SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos (Universidade Federal do Rio de Janeiro); COELHO, Tádzio Peters (Centro Ignácio Rangel de Estudos do Desenvolvimento). **Rompimento da Barragem de Fundão Dossiê TAC Governança, Versos: Textos para Discussão**, PoEMAS: Grupo de pesquisa e extensão Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade, v. 2, n. 1, 2018. Disponível em:

<<http://www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/RPRD-2018-Dossiê-TAC-Governança-versos.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MINAS GERAIS. **Conselho Estadual de Saúde de Minas Gerais**, 28.03.2017a, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://www.esp.mg.gov.br/edital-004-2018-saude-publica/story/1709-conselho-estadual-de-saude-elege-nova-mesa-diretora>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.559, de 03 de março de 2011a**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45559&comp=&ano=2011>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. **Defensoria Pública**, s./d.a. Disponível em: https://www.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2019/03/dpmg_telefones-e-enderecos_INTERIOR_21_MAR-2019_c.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Justiça Federal. Ação nº 1009247-73.2017.4.01.3800 (6ª Vara Federal) Belo Horizonte, MG, 2017b. Disponível em: <<https://www.ongpachamama.org/single-post/2017/11/07/Uma-a%C3%A7%C3%A3o-pelos-rios-como-sujeitos-de-direito>> e <https://docs.wixstatic.com/ugd/da3e7c_8a0e636930d54e848e208a395d6e917c.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei Complementar nº 34 de 12 de setembro de 1994**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&ano=1994>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. **Lei nº 22.257, de 27 de julho de 2016a**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22257&comp=&ano=2016>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Plano Geral de Atuação 2018-2019**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/main.jsp?lumPageId=8A91CFD23FABC6DA013FEE25CB02192C&lumItemId=8A91CFA954707B9A0154729E44507B9F&previewItemId=8A91CFA954707B9A0154729E444F7B9E>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Endereços e telefones**, s./d.b. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/enderecos-e-telefones/>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Presidência do Tribunal e Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Portaria Conjunta nº 411, de 20 de maio de 2015**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc04112015.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução nº 3, de 18 de janeiro de 2011b**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C51F-32-res_pgj_03_2011_at.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta nº 4, de 31 de outubro de 2017c**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CA1A-32-resconj_pgj_cgmp_04_2017_at.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução nº 43, de 26 de junho de 2006**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C275-28-res_pgj_43_2006.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta nº 3, de 20 de agosto 2009**, Belo Horizonte, MG. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C44C-32-ResConj_PGJ_CGMP_03_2009_at.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Plantões**, s./d. c. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/aceso-a-informacao/plantoes/plantoes.htm>>, acesso em: 19 de julho de 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta nº 1, de 10 de julho de 2017d**. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C9DA-28-resconj_pgj_cgmp_01_2017.pdf>, acesso em: 15 set. 2019.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Sistema de Registros Único-SRU**, consulta pública, s./d.d. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/aceso-a-informacao/pesquisa-de-processos-e-procedimentos/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo Judicial Eletrônico** 1ª instância, Consulta Pública, s./d.e. Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>, acesso em 18 de julho de 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação nº 5024562-20.2016.8.13.0024, 2016b (indisponibilidade dos dados em razão de tramitação em segredo de Justiça ou informações prestadas erroneamente no sistema). Disponível em: <<https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação 5015368-25.2018.8.13.0024, 2018. Indisponibilidade dos dados em razão de tramitação em segredo de Justiça ou informações prestadas erroneamente no sistema. Disponível em: <<https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em: 22 set. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação nº 5009405-76.2017.8.13.0313, 2017e. Disponível em: <<https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=fa780e6201e9a297e3a50e89ee81a3c3f4ee47e77decf261>>. Acesso em: 22 set. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Comarcas**, s./d.f. Disponível em:

<<http://www.tjmg.jus.br/data/files/70/A0/84/FF/860EA6101BE62BA6A04E08A8/Lista%20do%20interior%20ASCOM%20-%202022-05-2019.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro** (tese de doutorado). São Paulo: Catálogo USP, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php>>. Acesso em: 15 fev. de 2019.

_____. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. *In*: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 33-57.

_____. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: ainda a questão da representatividade e da representação adequada dos entes intermediários para agir. *In*: MILARÉ, Edis (coord.), **Ação civil pública: após 30 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015, p. 61-89.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito** (Coleção justiça e direito). São Paulo: Martins Fontes, 2002

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Codificação ou não do processo coletivo?** (palestra proferida na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 14.09.2005, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em Belo Horizonte. Publicação autorizada, sem a revisão final do autor). *De Iure* Revista do Ministério Público de Minas Gerais, vol. 7, 2006, p. 147-156.

_____. A ação civil pública no processo do trabalho. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 616-617.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado Ltda, 2011, edição eletrônica *Kindle*.

OIT. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

ONU. **Guidelines on the role of prosecutors**. 1999. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/guidelines-on-the-role-of-prosecutors/>>. Acesso em 15 jul. 2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

PARISE, Elaine Martins; MOREIRA, Almir Alves; SALDANHA, Gisela Potério Santos; ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da; MARTINS, Fernando Rodrigues; ALMEIDA, Gregório Assagra de; BARBABELA, Leonardo Duque; BADINI, Luciano Luiz

Badini; COUTINHO, Marcos Pereira Anjo; BAHIA, Marcos Tofani Baer; SÁ, Sidnei Boccia Pinto de Oliveira; PAULA, Antônio Sérgio Rocha de; ALMEIDA, Renato Franco de. **Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Revista MPMG Jurídico, n. 03, 2006, p. 9-15. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-ompmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

PASSOS, J. J. Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro** (tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, concorrendo à Cátedra de Direito Judiciário Civil em 1960). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1967.*

_____. **Representação: Palavras, Instituições e Ideias**. Revista Lua Nova, São Paulo, 67: 15-47, 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/pitkin.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

PORTUGAL. **Provedor de Justiça**, s./d. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt/site/public/?idc=50>> e <http://www.provedor-jus.pt/site/public/?idc=141>. Acesso em: 11 set. 2019.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. Coleção Arquivos da Repressão no Brasil (Heloísa M. Starling, coord.), São Paulo: Cia das Letras, 2018, formato eletrônico: *eBook Kindle*.

Rede de Cooperação Amazônica – RCA, s./d. Disponível em: <<https://rca.org.br/consulta-previa-e-protocolo/>>. Acesso em 18 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5004915-44.2013.404.7100, Relatora Min. Marga Inge Barth Tessler, **DJ 22.09.2017**, Porto Alegre, RS. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8964566>. Acesso em: 15 set. 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.); CARDOSO, Evorah; FANTI, Fabiola; MIOLA, Iagê Zendron. **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado** (pesquisa elaborada em parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento). Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-sobrejustica_advocacia_popular.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP/UERJ, volume IV, p. 171-198. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21625/15640>>. Acesso em: 19 fev.2020.

_____. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

ROSENBERG, David. *Class actions for mass torts: doing individual justice by collective means*, 62 Ind. L. J. 561 (1987). Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:13548464>> e https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/13548464/Class%20Actions%20for%20Mass%20Torts_%20Doing%20Individual%20Justice%20by%20Collect.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 jan. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa** (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, 1). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. Novos estudos - CEBRAP nº 79, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004#back2>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**, v. 1. Campinas: LZN Editora, 2003, tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama.

SÃO PAULO. Conselho Superior Ministério Público do Estado de São Paulo. **Súmula nº 7**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas/sumulasConsumidor>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993**, São Paulo, SP. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/estrutura/734.htm>>. Acesso em: 16 set. 2019.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. As normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (ou “As Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro?”). In: GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). **O novo código de processo civil questões controversas**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, recurso online, ISBN 978-85-970-0236-2, s./p. Disponível para acesso restrito ao sistema da UFJF em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0236-2/cfi/6/54!/4/210/18@0:39.2>>, Acesso em: 07 jul. 2019.

SIMMEL, Georg, **O conflito como sociação** (tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). R B S E – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 10, n. 30, p. 568-573. Original: *Conflict* (translation by Kurt H. Wolff). Nova York: The Free Press, p. 13 a 17, 1964. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

UNECE, *The United Nations Economic Commission for Europe*. **Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters**. Aarhus, Dinamarca, 25.06.1998. Disponível em: <https://www.unece.org/env/pp/treatytext.html>, <

13.en.pdf>, <<https://www.unece.org/env/pp/aarhus/map.html>>, <<http://www.observatorioeco.com.br/index.php/2010/10/carta-a-favor-da-adocao-da-convencao-de-aarhus-no-brasil/>> e <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar11-2003.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. A constitucionalização do Direito Administrativo e os riscos da Participação social. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desirre. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 561-578.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters (coleção o novo processo civil/coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero), 2016a.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In*: ZANETI JÚNIOR. Hermes. **Processo Coletivo**, Salvador: Juspodivm, Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8, coordenador geral Fredie Didier Júnior, 2016b.

_____. **Devido processo legal nos precedentes da suprema corte USA**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 72, p. 187-217, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1908/1807>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Inquérito civil, contraditório e improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das cortes supremas brasileiras**. Revista eletrônica de Direito Processual – REDP/UERJ, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. de 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/25131/18995>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos** (dissertação apresentada para obtenção do título de doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul), 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**, s./d. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062876.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais, tit. III, cap. II. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org). **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias** (trad. Alexandre Morales). Revista Lua Nova, v. 67, p. 147, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/In/n67/a06n67.pdf/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DECLARAÇÃO

Declaro que foi autorizado pelo Grupo Gestor dos Sistemas da Atividade-Fim do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - GRUSAF, o fornecimento de dados numéricos não individualizados, contidos no Sistema de Registro Único - SRU, que é destinado ao registro da tramitação de feitos judiciais e extrajudiciais da Instituição, para uso em apoio à pesquisa de mestrado da Promotora de Justiça **Danielle Vignoli Guzella Leite**.

Belo Horizonte - MG, 20 de setembro de 2019

Wilson Penin Couto
Promotor de Justiça
Presidente do Grupo Gestor de Sistemas de Atividade-Fim



Documento assinado eletronicamente por **WILSON PENIN COUTO, ASSESSOR ESPECIAL**, em 23/09/2019, às 15:47, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.mpmg.mp.br/sei/processos/verifica>, informando o código verificador **0111246** e o código CRC **ACFC6ED8**.