

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação

João Paulo Alvarenga Brant

**A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO COMO
COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Belo Horizonte-MG
2018

João Paulo Alvarenga Brant

**A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO COMO
COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito - Fundamentação, Participação e Efetividade.

Área de estudo: Direito e Processo Coletivo no Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.

Belo Horizonte-MG
2018

B821r Brant, João Paulo Alvarenga
A representação adequada no processo coletivo como corolário do
devido processo legal / João Paulo Alvarenga Brant. – 2018.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito processual coletivo – Teses 2. Devido processo legal –
Teses 3. Ação coletiva (processo civil) – Teses 4. Interesses coletivos –
Teses I. Título

CDU(1976) 347.922

João Paulo Alvarenga Brant. *A representação adequada no processo coletivo como corolário do devido processo legal*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade”, na área de estudo “Direito e Processo Coletivo no Estado Democrático de Direito”, a qual foi _____ pela banca examinadora composta pelos professores abaixo indicados.

Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Orientadora

Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Gregório Assagra de Almeida
CEAF – Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2018.

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Av. João Pinheiro, 100 - Centro, Belo Horizonte-MG, Brasil. CEP: 30130-180.

Para Joana, com amor.

Esta pesquisa é dedicada a meus pais, que me levantaram nos ombros para que enxergasse mais longe.

"If I have seen further it is by standing on the shoulders of Giants"
(Isaac Newton, 1675).

AGRADECIMENTOS

A Deus pelos dons e oportunidades que me foram concedidos.

À Joana, pelo incentivo permanente, amor incondicional e por viabilizar minha dedicação a este projeto de vida.

A meus pais, irmãos, sogros, cunhados e sobrinhos, que incentivaram a busca pelo conhecimento e ofereceram brandura em momentos difíceis.

À minha avó Marieta, pelas bênçãos recebidas.

À professora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, pelos ensinamentos, dentro e fora da sala de aula, pela constante e primorosa orientação e pelo fundamental apoio em todas as fases da pesquisa.

Aos professores Adriana Goulart de Sena Orsini e Edgard Audomar Marx Neto pela valiosa colaboração na qualificação do projeto e no encaminhamento da pesquisa.

Aos colegas e amigos Marcelo Schirmer Albuquerque, Ludmila Costa Reis e Hugo Evo Magro Corrêa Urbano, pelas críticas e sugestões recebidas.

A meus filhos, Lucas e Rafael, que coloriram a minha vida e se tornaram a razão de todo este esforço.

RESUMO

A pesquisa busca explicitar o conceito de “representação adequada”, importado da legislação norte-americana. A regulamentação desse intuito nas denominadas “ações de grupo” é objeto de aplicação no processo coletivo brasileiro, apesar da inexistência de norma expressa no microssistema integrado de tutela aos direitos coletivos em sentido amplo. A utilização, que ocorre de *lege lata*, é alvo de dissenso na doutrina brasileira, o que torna relevante uma análise mais aprofundada quanto à possibilidade da verificação da adequação dessa representação. Conforme norma expressa na regra 23 do Código de Processo Civil norte-americano, a “representação adequada” é um dos requisitos para certificação do membro do grupo como legitimado para defesa dos interesses desta coletividade em juízo. Esse requisito impõe aos representantes das *class actions* o dever de proteger, de maneira efetiva e adequada, os interesses dos membros ausentes, uma vez que a lógica desse sistema não comportaria uma representação tida como inadequada. O marco teórico parte da concepção adotada por Antonio Gidi acerca das definições de devido processo legal substancial e sua incidência na interpretação do processo coletivo. Aplicando-se esse conceito ao sistema vigente no Direito brasileiro, em que os legitimados estão enumerados em normas esparsas do ordenamento e atuam de forma concorrente, disjuntiva e autônoma, em defesa da coletividade, questiona-se a possibilidade de o Juiz exercer de forma efetiva o controle dessa “representação” no curso do processo. Por fim, com nas definições constitucionais de devido processo legal adotadas na doutrina brasileira, busca-se definir a extensão e a forma de aplicabilidade, de *lege lata*, do requisito da “representação adequada” no processo coletivo brasileiro.

Palavras-chave: Direito processual coletivo. Representação adequada. Devido processo legal. Controle judicial.

ABSTRACT

The research seeks to explain the concept of adequacy of representation, imported from the North American legislation. The regulation adopted in class actions has already been applied to the Brazilian collective process, despite the lack of a standard in the integrated system of collective rights. The use, which occurs of *lege lata*, is object of dissent in the Brazilian doctrine, what makes relevant an analysis as to the possibility of the verification of the adequacy of this representation. According to rule 23 of the US Code of Civil Procedure, fair and adequate representation is one of the requirements for class certification. The theoretical framework is the conception adopted by Antonio Gidi about the definitions of due process of law and its incidence in the interpretation of the collective process. Transferring this concept to the system enforced in Brazil, the question is the possibility of judicial review of the adequacy of representation. Finally, based on constitutional definitions of due process adopted in Brazilian doctrine, it is sought to define the extent and form of applicability, of *lege lata*, of the requirement of adequacy of representation in the Brazilian collective process.

Keywords: Procedural Law. Adequacy of representation. Due process of law. Judicial review.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES COLETIVAS	14
2.1	Natureza jurídica da legitimidade ativa	14
3	A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS	24
3.1	O requisito da representação adequada na experiência internacional	24
3.1.1	<i>França</i>	24
3.1.2	<i>Colômbia</i>	27
3.1.3	<i>Japão</i>	28
3.1.4	<i>Alemanha</i>	30
3.1.5	<i>Itália</i>	31
3.1.6	<i>Argentina</i>	32
3.1.7	<i>Estados Unidos da América</i>	34
3.1.7.1	<i>O requisito da representação adequada no sistema norte-americano</i>	36
3.1.7.2	<i>O declínio das class actions nos Estados Unidos</i>	38
4	A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	43
4.1	O direito continental e o <i>common law</i>	43
4.2	O devido processo legal procedimental nos Estados Unidos da América	46
4.3	A cláusula do devido processo legal substantivo nos Estados Unidos da América	49
5	O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	56
5.1	O devido processo legal procedimental.....	57
5.2	O devido processo legal substancial	59
6	A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO	65
6.1	A representação adequada como corolário do devido processo legal substantivo.....	70
7	A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA PELOS ENTES LEGITIMADOS À PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS	76
7.1	A representação adequada pelo Ministério Público	76
7.1.1	<i>A “Carta de Brasília” e os novos rumos propostos para o Ministério Público</i>	89
7.2	A representação adequada pelas associações e sindicatos	91

7.3	A representação adequada pela Defensoria Pública	99
7.3.1	<i>Os limites da atuação institucional da Defensoria Pública definidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943</i>	100
7.3.2	<i>O recurso extraordinário 733.433/MG e a defesa dos direitos difusos pela Defensoria Pública</i>	102
7.3.3	<i>O exercício da função de custos vulnerabilis pela Defensoria Pública.....</i>	108
7.4	A representação adequada pelas pessoas jurídicas de direito público	110
8	O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATOS DE REGULAÇÃO ESTATAL: A INTERVENÇÃO EXTERNA DO PODER JUDICIÁRIO QUE EXIGE O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO LEGITIMADO COLETIVO	116
8.1	Os desafios da regulação e a intervenção dos órgãos de controle e do Poder Judiciário	117
8.2	A importância do controle da representação adequada no controle de políticas públicas	124
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
	REFERÊNCIAS.....	132
	ANEXO A - CARTA DE BRASÍLIA	151

1 INTRODUÇÃO

A crise de efetividade do processo e a complexidade das relações sociais contemporâneas multiplicam, em proporção geométrica, os conflitos sociais. Tais circunstâncias impuseram ao legislador brasileiro a adoção de mecanismos para a diminuição do número de litígios e a resolução mais rápida e eficaz das lides propostas. Tudo isso para assegurar a tutela mais adequada do direito material das partes.

Nesse cenário, o processo coletivo apresenta-se como solução viável. Este serve de instrumento tanto para a diminuição do número de ações repetitivas como para a efetivação de direitos sociais, evitando a proliferação de decisões contraditórias e garantindo um exercício de interpretação mais apurado nos denominados casos difíceis.

É fato notório que as mais graves lesões a direitos e garantias individuais são de caráter coletivo. Basta lembrar tragédias de impacto ambiental, lesões a direitos consumeristas e a persistente ausência de implantação de políticas públicas.

Ao reduzir a possibilidade de surgimento de decisões contraditórias, a tutela coletiva dá concretude aos princípios constitucionais da igualdade formal perante a lei e da segurança jurídica. Também garante amplo acesso à justiça a litigantes eventuais, desprovidos de meios técnicos e econômicos adequados para acionamento do Poder Judiciário.

Apesar da resistência reiterada de setores descontentes com essa realidade própria das sociedades modernas, a solução unitária a demandas idênticas já encontra amparo inclusive na esfera de jurisdição criminal, com o processamento de *habeas corpus* coletivo (HC 143.641) no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Rompendo-se o modelo tradicional do processo de base individualista, exige-se o estudo aprofundado de novos institutos processuais que possibilitem a adequada tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, garantindo àqueles representados pelos legitimados ativos para o ajuizamento de ações coletivas a vigorosa defesa de seus interesses.

Por isso a necessidade de estudo do requisito da representação adequada, conceito oriundo da legislação norte-americana e que impõe ao representante das ações coletivas o dever de proteção dos interesses dos membros ausentes. Isso asseguraria a tutela mais adequada do direito material das partes litigantes, impedindo

a existência de antagonismos e conflitos de interesses entre representante e titulares dos direitos tutelados.

A pesquisa tem como objetivo verificar a real existência, utilidade, possibilidade e necessidade de controle judicial da representação adequada como requisito da legitimidade ativa nos processos coletivos, no sistema integrado de tutela de direitos coletivos, independentemente de inovação legislativa no Direito brasileiro.

O marco teórico da pesquisa parte da concepção da representação adequada como corolário do devido processo legal, conforme a formulação de Antônio Gidi. Com base na doutrina norte-americana acerca da certificação na *class action*, sustenta-se que o requisito é verdadeira consequência do princípio garantidor de que ninguém será privado de seus bens sem a garantia do *due process of law*.

Tal abordagem decorre da adoção dos conceitos da *class action* norte-americana, que inspirou a criação do processo coletivo brasileiro, afastando, nesse ponto específico, a tradição do direito continental europeu. Nesse contexto, o controle da representatividade adequada surge como solução para garantir que as partes que recorrem ao processo coletivo tenham condições técnicas adequadas para tutelar o direito que procuram assegurar.

A pesquisa parte também da afirmação de Antônio Gidi de que a avaliação da representação adequada dos interesses do grupo não depende de reforma legislativa. Bastariam a mudança de concepção dos juízes para a importância da aferição correta da legitimação e o reconhecimento da questão como mero corolário do devido processo legal.

Os procedimentos e técnicas a serem adotados no desenvolver da pesquisa são oriundos das orientações teóricas apresentadas. O reconhecimento da representação como corolário do devido processo legal impõe a realização de uma pesquisa interdisciplinar, principalmente em conjunto com o Direito Constitucional.

Nesse sentido, a pesquisa valer-se-á de diversos setores da Ciência Jurídica, sem se descuidar da eventual contribuição de outros campos do conhecimento das Ciências Sociais Aplicadas.

O trabalho será desenvolvido pela linha crítico-metodológica. Dentro desta, a pesquisa foi executada de acordo com a vertente dogmático-jurídica, que considera que o Direito tem autossuficiência metodológica para trabalhar com os elementos internos ao ordenamento jurídico.

No que toca aos tipos de investigação, utilizou-se dos tipos compreensivo e jurídico-comparativo. O primeiro para interpretar o conceito de representação adequada como corolário do devido processo legal, demonstrando que o tratamento dado pela doutrina nacional a esse respeito é ainda incipiente; o segundo para analisar o requisito em sistemas diferentes, principalmente no ordenamento jurídico norte-americano.

Os dados objetos de coleta e análise foram de natureza primária (legislação e jurisprudência) e de natureza secundária (publicações científicas sobre o assunto, incluindo obras doutrinárias de todas as espécies, nacionais e estrangeiras, e artigos de revistas especializadas). Para os dados bibliográficos e normativos, aplicou-se o procedimento de análise de conteúdo dos conceitos pertinentes ao tema-problema; para os jurisprudenciais, o mapeamento. Os procedimentos foram de coleta e análise de documentos, legislações, doutrina e precedentes de tribunais brasileiros e norte-americanos.

A doutrina estrangeira (especialmente a de língua inglesa) foi essencial para os objetivos da pesquisa. Isso porque o requisito foi importado da legislação estadunidense, local onde os estudos sobre a matéria encontram-se mais consolidados em razão da ampla e diuturna utilização do instituto.

A pesquisa é dividida em seis partes. Na primeira, busca-se introduzir os conceitos de legitimidade ativa e pertinência temática nas ações coletivas, indispensáveis para o correto entendimento do requisito da representação adequada. Esse instituto é umbilicalmente ligado às noções de legitimidade ativa e não se confunde com a exigência de vínculo institucional que deve existir entre o legitimado ativo e o objeto em discussão na lide (pertinência temática).

A segunda parte adentra o conceito de representação adequada, iniciando-se com o estudo da experiência internacional no âmbito do controle dos requisitos para a representação adequada dos entes legitimados em diferentes sistemas jurídicos. Nesse tópico, é conferida ênfase ao sistema jurídico norte-americano, no qual teve origem legislativa a definição de *adequacy of representation*, posteriormente desenvolvida pela doutrina e jurisprudência daquele país.

A terceira seção se fixa no desenvolvimento do conceito de devido processo legal no sistema jurídico norte-americano. Buscaram-se pontos de convergência entre os sistemas de *common law* e o continental, bem como analisadas as duas dimensões (formal e substancial) em que o *due process of law* se subdivide.

Na quarta parte, apresenta-se a cláusula do devido processo legal no âmbito da história, doutrina e jurisprudência brasileiras, diferenciando, também em suas dimensões formal e substancial, do modelo norte-americano.

A quinta parte da pesquisa busca desenvolver o conceito de representação adequada no sistema jurídico brasileiro. Apresentam-se os marcos legislativos relevantes, o estado da arte da doutrina nacional e a verificação da possibilidade de implantação do requisito nos processos coletivos locais independentemente de inovação legislativa, aplicando-se como filtro de interpretação a cláusula do devido processo legal substancial.

Em seguida, na sexta parte, pretende-se aplicar o modelo de interpretação que autoriza o uso do requisito da representação adequada no sistema legal brasileiro de *lega lata*. Verifica-se a pertinência hermenêutica da solução proposta em casos concretos envolvendo os entes legitimados pela legislação constitucional e ordinária.

Na última parte, desenvolve-se a aplicação do conceito de representação adequada no âmbito dos processos coletivos em que se discutem o controle de políticas públicas e os atos de regulação do Poder Executivo. Dada a importância da temática no âmbito da tutela de direitos coletivos em sentido amplo, busca-se testar a hipótese prevista na pesquisa para casos concretos de indiscutível repercussão.

Por fim, nas considerações finais, apresentam-se os resultados da pesquisa. Busca-se sistematizar os conceitos de representação adequada, devido processo legal e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, com as balizas normativas já existentes.

2 LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES COLETIVAS

Nesta seção, pretende-se abordar os conceitos de legitimidade ativa e pertinência temática nas ações coletivas, a fim de diferenciá-los da representação adequada. Evidentemente, por não se tratar do escopo principal da pesquisa, serão apresentados os principais pontos controvertidos, enfocando-se sempre a utilidade prática das definições legais e dos conceitos doutrinários invocados.

2.1 Natureza jurídica da legitimidade ativa

Sob o enfoque do Direito Constitucional, José Frederico Marques já descrevia o direito de ação como “abstrato, indeterminado e incondicionado”, uma verdadeira “modalidade do direito de petição” (MARQUES, 1959, p. 27). Dado seu caráter de garantia de acesso ao Poder Judiciário, o direito de ação é modernamente concebido, mais do que um direito subjetivo, como verdadeiro direito fundamental e, portanto, imune à sua mutilação pelo legislador ordinário (LOPES, 2005, p. 77). Também Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 290) considera o direito de ação “uma garantia constitucional de acesso à justiça”.

Essa concepção do direito de ação como direito fundamental encontra amparo no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ e no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).²

A garantia de acesso ao Judiciário como direito fundamental, evidentemente, não pressupõe a impossibilidade de o legislador ordinário formular regras procedimentais para o adequado acionamento da máquina judicial, desde que preservada a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

O artigo 17 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (BRASIL, 2015a) apresenta duas limitações ao exercício do direito de ação: a legitimidade e o interesse processual. Donaldo Armelin (1979, p. 11) conceitua a legitimação como uma “qualidade do sujeito aferida em função do ato jurídico, realizado ou a ser praticado”.

¹ “Artigo VIII - Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

² “Artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Essa qualidade é conferida pelo sistema jurídico e exigível a todos os atores do processo.

Relembra Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2014, p. 251) que a legitimidade não se confunde com a capacidade postulatória ou a capacidade para ser parte em juízo, figuras que dizem respeito aos pressupostos processuais.

Especificamente no contexto das ações coletivas, há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica dessa legitimação ativa. Apresentam-se, brevemente, as três posições dominantes e antagônicas acerca da capacidade para postular a tutela de direitos coletivos em sentido amplo: legitimação ordinária, extraordinária e autônoma.

A legitimação ordinária pressupõe o exercício do direito de ação pelo próprio titular do direito material violado, na forma do citado *caput* do artigo 17 do CPC (BRASIL, 2015a). Donaldo Armelin (1979, p. 119) subdivide o conceito em legitimidades simples e complexa. A simples, quando a participação no processo se dá isoladamente (pelo autor ou réu); e complexa, quando dependente da participação dos demais colegitimados (hipótese de litisconsórcio necessário).

No âmbito das ações coletivas, significa dizer que, quando o indivíduo atua em nome do grupo, há sua participação na fração dos direitos lesados e, conseqüentemente, é ele também titular daquela pretensão trazida a juízo. Se se trata da tutela de interesses transindividuais, os grupos constituídos também fazem a defesa em nome próprio, com autorização legal para tanto (MANCUSO, 2012).³

Exemplificando, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (2003) aponta o cidadão como um dos titulares do direito difuso defendido na ação popular. Por exercer o seu direito em nome próprio, podendo obter benefícios reflexos a toda a coletividade, atua o autor popular como verdadeiro legitimado ordinário. Exatamente por isso, a sentença de procedência produziria efeitos *erga omnes* (THIBAU, 2003, p. 217-218).

³ Na perspectiva do autor, os entes colegitimados se “beneficiam de uma especial autorização para a condução do processo coletivo” (MANCUSO, 2012, p. 457). Por isso, seria desnecessária a discussão acerca da legitimação extraordinária, visto que ou os sujeitos beneficiados são indeterminados (difusos e coletivos em sentido estrito) ou a identificação não tem utilidade porque “o objeto litigioso é tomado em bloco, na sua dimensão coletiva, com abstração, pois, dos sujeitos concernentes” (MANCUSO, 2012, p. 457).

Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich (2005) invoca o objetivo institucional dos sindicatos para sustentar o exercício do direito de ação em nome próprio (legitimação ordinária simples), ainda que o direito reclamado pertença a terceiros.

Na legitimação extraordinária, defende-se, em nome próprio, direito alheio. Há necessidade de prévia autorização do ordenamento jurídico, consoante disposição do artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a).⁴

Para Donaldo Armelin (1979), a legitimidade extraordinária tem como característica primordial a possibilidade de a participação do legitimado extraordinário na demanda conduzir a uma decisão cujos reflexos atingem a esfera patrimonial alheia. Na concepção de José Manuel de Arruda Alvim Netto (1990, p. 516), a legitimação extraordinária “é gênero, de que a substituição processual é espécie”. Também nesse gênero insere-se a representação “em que o representante age em prol de direito alheio, fazendo-o em nome do titular do direito por ele afirmado”. Infere-se daí uma verdadeira dissociação entre o direito de ação e o direito material reclamado. O titular do direito não é, no processo, o titular do direito de ação.

Em classificação formulada por José Carlos Barbosa Moreira (1985), a legitimação extraordinária é subdividida em autônoma e subordinada. Esta se dá quando apenas o titular da pretensão pode formular o pedido, sendo sua presença indispensável à regularidade do contraditório. Na legitimação extraordinária autônoma, por sua vez, o legitimado pode conduzir o processo independentemente da presença do titular do direito material.

No contexto da definição legal, é relevante notar a superação do modelo previsto no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), que, em seu artigo 6º,⁵ indicava a lei (não o ordenamento jurídico) como única fonte possível de legitimação extraordinária. Adotou-se, em sede legislativa, a doutrina de Arruda Alvim Netto (1975, p. 426), Barbosa Moreira (1984a, p. 33) e Hermes Zaneti Jr. (2007), que já propunham

⁴ “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.”

⁵ “Art. 6º - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL, 1973).

a possibilidade de se conferir legitimação extraordinária caso fosse possível a identificação da autorização no sistema, não exclusivamente no texto legal.

Considerando a regulação acerca dos legitimados ativos trazida pelo legislador ordinário, Antonio Gidi (1995) disserta sobre o conhecido trinômio concorrente, disjuntiva e exclusiva:

A legitimidade se diz concorrente, porquanto todas as entidades são simultânea e independentemente legitimadas para agir, isto é, a legitimidade de uma delas não exclui a da outra. Concorrente, aqui, significa não exclusiva de uma só entidade.

Também é chamada disjuntiva no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais colegitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio.

Por fim, trata-se de uma legitimidade exclusiva, porque somente aquelas entidades taxativamente previstas em lei (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82, *v.g.*) poderão propor uma ação coletiva, exceto nos estritos casos de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) em que somente a pessoa física no gozo de seus direitos políticos tem legitimidade (GIDI, 1995, p. 37-38).

Sobre o trinômio acima detalhado, ressalta Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 135) que a disjuntividade não é absoluta, em razão da posição assumida pelo Ministério Público como parte adesiva ativa (art. 5º, §§1º e 5º da LACP), guardião da sociedade e dos próprios direitos massificados.

Sob o enfoque exclusivo do processo coletivo, diz-se que o legitimado extraordinário defende em juízo a situação jurídica de um grupo ou coletividade, mas não há coincidência entre o titular do direito e o legitimado (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 191).

Por fim, defendem a denominada legitimação autônoma aqueles que consideram inapropriados os institutos do processo individual ortodoxo (LEONEL, 2013, p. 158). Isso porque os interesses defendidos em juízo no processo coletivo são indivisíveis e pertencentes a membros indeterminados (ou, no máximo, determináveis).

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (2015, p. 255), o legislador legitima “pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo”. Nessas hipóteses, não se discutiria uma substituição processual, mas o simples exercício de um direito já conferido pela lei. Na defesa de direitos interesses individuais homogêneos, a legitimação seria extraordinária, visto que possível a identificação dos substituídos.

Essa divisão proposta, contudo, desconsidera a realidade fática. Não é possível enxergar o Direito como ciência desconectada do mundo empírico. Por isso, correta a conceituação de Antonio Gidi (1995, p. 23) acerca da titularidade dos direitos coletivos em sentido amplo:

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. 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 de todo despiciendo o questionamento *pirandelliano* que se põe Mauro Cappelletti de que tais direitos supraindividuais seriam “interesses em busca de um titular”. O indivíduo, isolado 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 a 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 uma coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas a sua propositura.

Com efeito, também na defesa dos direitos individuais homogêneos, deve-se considerar o conjunto indivisível de vítimas como o grupo titular do direito (MANCUSO, 2012, p. 457).

No curso desta pesquisa, adotar-se-á o conceito de Antonio Gidi (1995) de que os titulares dos direitos coletivos são sempre determinados, sejam eles a comunidade, a coletividade ou um conjunto de vítimas unitariamente considerado. Declinado o estado da arte contemporâneo acerca da natureza da legitimidade ativa, passa-se ao estudo da pertinência temática.

Vale relembrar a crítica de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 192-193), ao considerarem desnecessário o conceito de legitimação autônoma, que em nada se difere de uma legitimação extraordinária, apenas criando um debate inócuo.

Da doutrina de Gregório Assagra de Almeida (2007b, p. 137) extrai-se o “princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa coletiva pela afirmação do direito”. Para o autor, quando o representante definido pelo constituinte ou pelo legislador ordinário comparece ao processo, sua legitimidade é presumida em razão da própria afirmação do direito. Trata-se, contudo, de presunção relativa, passível de controle (que deve ser aberto e flexível) pelo Judiciário. O exercício desse controle judicial da representação será objeto de estudo nos próximos capítulos.

2.2 A pertinência temática no processo coletivo

Em obra clássica acerca da superação do modelo clássico de divisão entre direito público e privado, Gregório Assagra de Almeida (2008) apresenta os contornos da *summa divisio* constitucionalizada: direito coletivo e individual. A definição é extraída do próprio texto constitucional (título II, capítulo I da Constituição de 1988) e propõe o rompimento da tradição liberal em prol de uma interpretação condizente com os princípios de um Estado Democrático de Direito vocacionado à proteção e efetivação de direitos fundamentais e sociais. Nas palavras do autor:

A nova *summa divisio* leva em conta não só o plano da titularidade dos direitos, mas também e especialmente o plano da proteção e da efetivação, que constitui o cenário capaz de fazer do Direito instrumento de transformação com justiça da realidade social (ALMEIDA, 2008, p. 418).

Nesse contexto, apesar da autonomia principiológica, o direito processual coletivo não é um novo ramo do Direito, mas forma, juntamente com o direito individual, a nova *summa divisio* encampada pela Constituição da República de 1988 (ALMEIDA, 2008).

Em sua dimensão material, o direito coletivo brasileiro divide-se em especial e comum. O direito processual coletivo especial aplica-se aos procedimentos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, “e o seu objeto material é a tutela do interesse coletivo objetivo legítimo” (ALMEIDA, 2007b, p. 59). Como característica dos procedimentos de índole concentrada, não há lide e, portanto, inexistente tutela de direitos subjetivos. O direito processual coletivo comum “destina-se à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude” (ALMEIDA, 2007b, p. 59).

Apesar da divisão, é importante observar que o direito processual coletivo comum e o especial são espécies do gênero direito processual coletivo, de modo que compartilham algumas características ontológicas. E uma dessas características compartilhadas reside exatamente no uso do conceito de pertinência temática como qualidade ligada à legitimidade ativa dos entes legitimados, seja no âmbito do controle concentrado, seja na tutela concreta de direitos coletivos em sentido amplo.

Nas primeiras discussões acerca do alcance da expressão “pertinência temática”, já na égide da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal ponderou que “a legitimidade ativa e o interesse de agir devem ser aferidos

por critérios políticos e não estritamente jurídicos e processuais” (BRASIL, 1990b). Felizmente, a autonomia da ciência jurídica parece consolidada no particular, de modo que não se invoca, ao menos diretamente, argumentos de ordem externa ao Direito para fundamentar decisões de caráter processual.

É possível, em poucas palavras, definir a pertinência temática como o vínculo institucional que deve existir entre o legitimado ativo e o direito objeto de discussão. A definição consta, inclusive, de precedente do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2006), assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa "ad causam" para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes (BRASIL, 2006).

Como se observa, o STF considerou a pertinência temática como um requisito afeto à própria legitimidade da parte nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a Constituição de 1988 seja omissa quanto a tal requisito. Vale lembrar que, superando o modelo histórico anterior, o constituinte originário adicionou (além do Procurador-Geral da República) outros legitimados para a provocação do controle abstrato e objetivo perante o Supremo Tribunal Federal. O artigo 103 da Constituição acrescentou não apenas órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Já em 2004, o constituinte derivado garantiu aos Poderes Executivo e Legislativo dos Estados a prerrogativa que antes era exclusiva dos seus congêneres em âmbito federal (Emenda Constitucional nº 45/2004) (BRASIL, 2004).

No modelo constitucional, segundo a interpretação do STF, a pertinência temática entre as normas impugnadas e o respectivo estatuto é exigida das associações de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1998), excetuando-se a OAB, em razão de previsão em inciso específico do texto constitucional, o que denotaria sua

condição de entidade em busca da defesa da ordem jurídica (e não apenas de seus associados) (BRASIL, 1992). A OAB, portanto, situa-se entre os legitimados ativos universais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ao lado do Procurador-Geral da República, da Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como do presidente da República e partidos políticos com representação no Congresso Nacional (NOVELINO, 2009).

Como registro histórico, é importante destacar que o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999), vetado pelo presidente da República, previa que as entidades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais deveriam “demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais”. Não obstante o veto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permaneceu estável, mantendo-se a exigência aos denominados legitimados especiais.

Como visto, o breve resumo acerca do requisito da pertinência temática no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade não é estranho a este trabalho. Na verdade, busca-se conciliar a experiência já consolidada no processo coletivo especial para perquirir os contornos da pertinência temática no âmbito do processo coletivo comum.

O artigo 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985 (LACP) e o artigo 82, incisos III e IV, da Lei nº 8.078/1990 (CDC) (BRASIL, 1990a) disciplinam o requisito da pertinência temática no microssistema de direitos coletivos, deixando evidente a escolha do legislador.

Se, para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a pertinência temática, no âmbito do processo coletivo especial, é um pressuposto qualificador da legitimidade ativa, há certa divergência doutrinária acerca da matéria quando transportado o conceito para o processo coletivo comum. Para Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p. 85), o conceito de pertinência temática, por se relacionar a uma situação concreta, estaria ligado ao interesse processual e não à legitimidade ativa. Para Mazzilli (2016), cuida-se de verdadeiro pressuposto processual, visto que o legitimado pode preencher os requisitos legais abstratos, mas não ter interesse processual no caso concreto. Em relação à tese de Mazzilli, adere-se às críticas de Gregório Assagra de Almeida (2007b, p. 118), no sentido de que o exame da pertinência da finalidade institucional com o objetivo da demanda é aferido conforme a atuação concreta do ente legitimado, de acordo com suas finalidades institucionais.

Quanto à discussão sobre se tratar de interesse ou legitimidade *ad causam*, a precisa distinção entre a pertinência subjetiva e a utilidade do processo proposta por Almeida (2007b, p. 119) encerra a controvérsia. Para ele, o legitimado, nas ações coletivas, não é examinado em relação ao resultado útil do processo, mas quanto à conformidade entre sua missão institucional e o direito tutelado.

Na concepção de Mancuso (2012, p. 449), a questão da pertinência temática liga-se diretamente à legitimidade ativa, visto que se cuida do exame da incidência dessa exigência para que um legitimado possa promover a tutela de um interesse transindividual em juízo. Ao se discutir a pertinência temática, o intérprete está perquirindo acerca da existência de uma condição da ação⁶ e, portanto, realizando um exame prévio acerca do liame entre as finalidades institucionais do ente intermediário e sua pretensão deduzida em juízo.

Apesar de se tratar de uma condição da ação (matéria reconhecida pelo próprio STF como acima demonstrado), a mesma Corte já deixou de analisar a preliminar de carência de ação, sob o fundamento de que o exame da pertinência se confundiria com o mérito da demanda – ADI 3.943/DF (BRASIL, 2015c). A preliminar suscitada no julgamento dizia respeito à pertinência temática entre a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos individuais indisponíveis e o papel institucional de uma associação nacional de membros do Ministério Público (Conamp).

A questão, contudo, deveria ser enfrentada com a aplicação da teoria da asserção – não desconhecida da ministra relatora⁷ (BRASIL, 2014c) –, técnica que manteria o exame da pertinência temática em local adequado e dissociado do exame do mérito da pretensão. A ausência de precisão conceitual no enfrentamento das questões de âmbito processual, como se observa, prejudica a compreensão e o alcance dos instrumentos jurídicos.

⁶ Não se desconhece que o CPC/2015 extinguiu a expressão “condições da ação”, transferindo seus requisitos para o exame dos pressupostos processuais. Excetuada a “possibilidade jurídica do pedido”, agora julgada como questão de improcedência meritória, permanecem hígidos os conceitos de legitimidade e interesse processual como questões que antecedem ao exame do mérito. Portanto, onde se lê, na doutrina anterior ao CPC/2015, “carência de ação”, deve-se entender, na sistemática atual, a ausência de pressupostos processuais.

⁷ Conforme conceituação da Ministra Cármen Lúcia, o ordenamento jurídico brasileiro “adota, quanto à aferição das condições da ação, a teoria da asserção. Assim, a legitimidade ativa e passiva para a ação é verificada à vista do que afirma o autor” (BRASIL, 2014c).

O domínio dos conceitos apresentados (de legitimidade ativa e pertinência temática) é indispensável para o correto entendimento do objeto desta pesquisa: a representação adequada no processo coletivo brasileiro.

3 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

A definição dos requisitos de legitimidade ativa se faz por meio de critérios discricionários do legislador, que avalia argumentos de ordem técnica, jurídica e moral, que fomentam o processo legislativo ordinário. Ao juiz cabe a aplicação de tais regras gerais e abstratas, com a atenção voltada ao arcabouço normativo e não propriamente ao caso concreto. É dizer: o reconhecimento da legitimidade ativa se dá mediante verificação da presença da parte ativa no rol dos legitimados previstos no microsistema de tutela dos direitos coletivos em sentido amplo.

O exame da representação adequada, por sua vez, é realizado no caso concreto, com base em premissas estabelecidas pelo legislador, mas com a participação do magistrado, para a garantia de correta efetivação da cláusula do devido processo legal.

3.1 O requisito da representação adequada na experiência internacional

Antes de abordar o estado da arte na ciência jurídica nacional, far-se-á um apanhado da aplicação do requisito da representação adequada em outros países, de modo a apresentar possíveis modelos suscetíveis de aplicação no sistema brasileiro.

3.1.1 França

Após décadas de discussão política, o Estado Francês finalmente adotou um sistema de *action de groupe* (ação de grupo) semelhante às *class actions* norte-americanas. Por meio da Lei nº 2014-344, de 17 de março de 2014 (FRANÇA, 2014), que acrescentou dispositivos ao Código do Consumidor francês, foi introduzida no ordenamento a previsão de ações coletivas no âmbito da defesa do direito do consumidor e da concorrência.⁸

⁸ “Capítulo III

Ação do grupo

Seção 1

Âmbito da ação de grupo

Art. L. 423-1 - “Uma organização representativa de defesa do consumidor em nível nacional e aprovada nos termos do Artigo L. 411-1 pode agir perante um tribunal civil para obter indenização por danos

Mais recentemente, a Lei nº 2016-41, de 26 de janeiro de 2016 (FRANÇA, 2016), que reformou o sistema de saúde francês, também estendeu a aplicação do sistema de ações de grupo aos casos relacionados ao direito sanitário, inclusive considerando não escrita qualquer cláusula contratual que pretenda embaraçar o exercício da ação coletiva.⁹

Na tutela dos direitos do consumidor francês, a representação dos membros ausentes (direito individual homogêneo) é restrita às associações de âmbito nacional, constituídas há pelo menos um ano, que comprovem a efetiva participação na defesa de interesses consumeristas.

No direito da concorrência, as ações de grupo somente podem ser ajuizadas quando já houve uma decisão definitiva (em processo anterior da autoridade nacional ou europeia) reconhecendo a prática anticompetitiva (art. L. 623-24¹⁰ e seguintes do Código do Consumidor da França) (FRANÇA, 2018). Nessa hipótese, a ação coletiva não discute o mérito (já decidido na ação anterior) da prática anticoncorrencial, mas o escopo do grupo, os critérios de representação dos membros ausentes e o valor do dano individual.

Finalmente, para ações de grupo no âmbito da saúde pública francesa, são legitimadas associações representativas de usuários do sistema no nível nacional ou regional. As demandas coletivas são cabíveis para a discussão de danos idênticos ou

individuais sofridos por consumidores em situação semelhante ou idêntica, cuja causa comum é a incapacidade de um ou dos mesmos profissionais para cumprir suas obrigações legais ou contratuais:

(1) Por ocasião da venda de bens ou da prestação de serviços;

2º Ou quando tais danos resultarem de práticas anticoncorrenciais na seção do Título II do Livro IV do Código Comercial ou dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A ação coletiva pode relacionar-se apenas com a reparação do dano à propriedade resultante do dano material sofrido pelos consumidores.

Art. L. 423-2 - A ação de grupo é introduzida de acordo com os termos e condições estabelecidos por decreto do Conselho de Estado” (FRANÇA, 2014, tradução nossa).

⁹ “Art. L. 1143-21 - Qualquer cláusula cujo objetivo ou efeito seja proibir uma pessoa de participar de uma ação de grupo será considerada como não escrita” (FRANÇA, 2016, tradução nossa).

¹⁰ “Seção 6: Modalidades específicas para a ação de grupo no domínio da concorrência

Artigo L. 623-24 - Quando as alegadas violações do profissional dizem respeito ao cumprimento das regras definidas no Título II do Livro IV do Código Comercial ou nos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a responsabilidade do profissional não pode ser declarada no mesmo âmbito da ação mencionada no artigo L. 623-1, apenas com base numa decisão proferida contra o comerciante pelas autoridades ou tribunais competentes nacionais ou da União Europeia, e já não cabendo recurso da parte relativa à apuração da extensão das violações” (FRANÇA, 2018, tradução nossa).

similares (art. L. 1143-1¹¹ e seguintes do Código de Saúde Pública Francês – *Code de la santé publique*) (FRANÇA, 2016).

Conforme se observa, a legislação francesa impõe condições concretas ao exercício da representação dos membros ausentes nas ações coletivas. Tais requisitos estão sujeitos ao controle judicial e garantem a atuação adequada do representante e a efetividade do devido processo legal.

Enquanto o sistema de ações coletivas no âmbito da saúde pública é similar ao adotado no Brasil para a defesa de direitos individuais homogêneos, não há paralelo no Brasil ao procedimento adotado no âmbito das práticas anticompetitivas. No território brasileiro, não se exige decisão definitiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para que se discuta a prática anticoncorrencial em ação coletiva. Há, todavia, autorização legal¹² para a participação dos entes legitimados à propositura de ação civil pública nos processos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica no Brasil.

¹¹ “Art. L. 1143-1 - Uma associação de usuários do sistema de saúde aprovada de acordo com o artigo L. 1114-1 pode tomar medidas legais para obter compensação por danos individuais sofridos por usuários do sistema de saúde colocado em situação semelhante ou idêntica e tendo como causa comum a violação por um produtor ou fornecedor de um dos produtos mencionados no II do Artigo L. 5311-1 ou de um fornecedor que utilize um dos desses produtos em suas obrigações legais ou contratuais.

A ação não está aberta a associações cuja atividade seja acessória à comercialização de um dos produtos mencionados em II.

A ação só pode se referir à indenização por lesões resultantes de lesões corporais aos usuários do sistema de saúde” (FRANÇA, 2016, tradução nossa).

¹² Art. 50 da Lei nº 12.529/2011: “A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de:

I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou
II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990” (BRASIL, 2011a).

3.1.2 Colômbia

Os artigos 88¹³ e 89¹⁴ da Constituição Política da Colômbia (COLÔMBIA, 1991) normatizam o direito às ações populares, bem como às ações de grupo. A ação popular tem como objetivo a proteção de direitos e interesses coletivos, relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, à segurança pública, à livre concorrência e outros direitos e interesses similares. Sua natureza é preventiva e não reparatória. Propõe-se a restituição das coisas ao seu estado anterior quando possível – artigo 2º da Lei 472/1998 (COLÔMBIA, 1998).¹⁵ Nas ações de grupo, por sua vez, busca-se a reparação em razão de um dano perpetrado contra a coletividade ou múltiplos indivíduos claramente identificáveis – artigo 3º da Lei 472/98 (COLÔMBIA, 1998).¹⁶

São legitimados para o exercício da ação popular qualquer pessoa natural ou jurídica, os entes públicos e autoridades interessadas, bem como o Procurador-Geral da Nação e o Defensor do Povo – artigo 12 da Lei 472/98 (COLÔMBIA, 1998). Para as ações de grupo (artigo 48 da Lei 472/98), são legitimadas quaisquer pessoas naturais ou jurídicas que tenham sofrido um dano individual, sem prejuízo da legitimação do Defensor do Povo para aqueles que se encontrem indefesos ou em situação de desamparo.

A figura do Defensor do Povo, inspirada no modelo sueco do *ombudsman*, é estranha ao direito positivo brasileiro, mas foi objeto de discussão pelo constituinte

¹³ “Art. 88 - A lei regulamentará as ações populares de proteção dos direitos e interesses coletivos relacionados ao patrimônio, espaço, segurança e saúde pública, moralidade administrativa, meio ambiente, livre concorrência econômica e outros de natureza similar.

Também regulará as ações originadas de danos causados a um número plural de pessoas, sem prejuízo das ações específicas correspondentes.

Da mesma forma, definirá os casos de responsabilidade civil objetiva pelo dano provocado aos direitos e interesses coletivos” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa).

¹⁴ “Art. 89 - Além daqueles definidos nos artigos anteriores, a lei estabelecerá outros recursos, ações e procedimentos necessários para advogar pela integridade da ordem jurídica e pela proteção de direitos individuais, grupais ou coletivos. contra a ação ou omissão de autoridades públicas” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa).

¹⁵ “Art. 2º - Ações populares. São os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos. Ações populares são exercidas para evitar danos contingentes, para cessar o perigo, a ameaça, a violação ou dano a direitos e interesses coletivos, ou para restaurar coisas ao seu estado anterior quando possível” (COLÔMBIA, 1998, tradução nossa).

¹⁶ “Art. 3º. Ações do grupo. Essas ações são interpostas por um número plural ou por um grupo de pessoas que satisfazem condições uniformes referentes a uma causa comum que provocou danos individuais para essas pessoas. As condições uniformes também devem estar presentes em relação a todos os demais elementos que configuram a responsabilidade” (COLÔMBIA, 1998, tradução nossa).

originário de 1988, chegando a constar no artigo 56 do anteprojeto de Afonso Arinos, como autoridade responsável por zelar pelo respeito “do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões [...] e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição” (BRASIL, 1986, p. 8).

Essas relevantes funções, contudo, foram absorvidas pelo Ministério Público, em razão do acolhimento pelo constituinte da denominada “Proposta Pertence”, que obteve coeso acolhimento de líderes do Ministério Público à época, conseguindo a aprovação do texto constitucional que ampliava direitos e prerrogativas da instituição (MAZZILLI, 1998, p. 18-19). No sistema jurídico brasileiro, portanto, é possível afirmar que as funções exercidas pelo Defensor do Povo foram atribuídas ao Ministério Público.

Em suma, a leitura dos textos legais e constitucionais do Estado colombiano revela que aquele sistema jurídico conferiu ampla legitimação abstrata aos cidadãos e ao Defensor do Povo. Apesar da inexistência de previsão expressa do controle da representação adequada, a previsão de notificação prévia¹⁷ dos membros ausentes do grupo e a eficácia da sentença que atinge todos aqueles que não pediram sua prévia exclusão¹⁸ permitem concluir pela indispensabilidade de controle da atuação do legitimado, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, conforme se pretende demonstrar no curso da pesquisa.

3.1.3 Japão

Em 11 de dezembro de 2013, foi promulgada a lei que criou o novo sistema de *class action* no Japão, denominada “Lei sobre Disposições Especiais de Processo

¹⁷ “Art. 53 - Admissão, notificação e transferência. Dentro de dez (10) dias úteis após o arquivamento da reclamação, o juiz competente decidirá sobre sua admissão. Na ordem que admite o pedido, além de providenciar sua transferência para o réu por um período de dez (10) dias, o juiz ordenará a notificação pessoal aos réus. Os membros do grupo serão informados por meios de comunicação de massa ou por qualquer mecanismo efetivo, levando em conta os possíveis beneficiários. Desta forma, o juiz pode usar simultaneamente vários meios de comunicação. Se a demanda não tiver sido promovida pelo Defensor do Povo, ele será pessoalmente notificado da admissão da reivindicação com a finalidade de intervir nos processos em que considerar apropriado” (COLÔMBIA, 1998, tradução nossa).

¹⁸ “Art. 66 - Efeitos do julgamento. A sentença terá o efeito de coisa julgada em relação àqueles que fizeram parte do processo e das pessoas que, pertencentes ao grupo interessado, não expressaram sua decisão de se excluir do grupo e dos resultados do processo.”

Civil para Recuperação Coletiva de Dano de Propriedade dos Consumidores”, com previsão de vigência depois de editada ordem pelo Gabinete do primeiro-ministro, com prazo mínimo a partir de dezembro de 2016. O procedimento criado tem como objeto a regulação de ações coletivas consumeristas e apenas para recomposição pecuniária.

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação coletiva é conferida a associações previamente certificadas pelo primeiro-ministro (artigo 2, X, da Lei dos Atos de Consumo)¹⁹ (JAPÃO, 2001). A certificação pressupõe o cumprimento das condições estabelecidas no artigo 13, III, da referida Lei: a ausência de fins lucrativos, o objeto social compatível com a defesa do consumidor, a estruturação adequada, além de requisitos aplicados ao Conselho e à Direção (3, IV) (JAPÃO, 2001).

O procedimento é dividido em dois estágios: no primeiro, a associação certificada apresenta a demanda, e o Tribunal define as questões comuns. Em caso de improcedência da demanda coletiva, o consumidor ainda pode apresentar sua pretensão individual, em escolha legislativa diversa à do § 2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a), visto que se trata de juízo de mera admissibilidade da demanda coletiva. Na hipótese de reconhecimento da existência de questões comuns pelo juiz competente, o consumidor pode, após ampla divulgação da existência da ação, aderir ao procedimento (*opt in*), vinculando-se ao resultado final da demanda (MADERRA, 2014).

O sistema japonês, portanto, optou pela certificação *a priori* das associações legitimadas, cabendo ao Poder Judiciário o julgamento acerca da existência de questões comuns na primeira fase do procedimento, sem possibilidade de reavaliação dos requisitos de legitimação ativa já controlados pelo gabinete do primeiro-ministro em fase pré-processual (artigo 2, X, da Lei dos Atos de Consumo).

¹⁹ “Art. 2 - Nesta Lei, os significados dos termos estabelecidos nos itens seguintes são os prescritos, respectivamente: [...]”

X - Associação de Consumidores Qualificados: uma organização certificada pelo Primeiro-Ministro de acordo com as provisões do artigo 65 como uma Associação de Consumidores Qualificados (ou seja, a Associação de Consumidores Qualificados prescrita no Artigo 2, parágrafo 4 da Lei de Contratação do Consumidor 2000), que ostenta as qualificações necessárias para conduzir o processo judicial para reparação de danos” (JAPÃO, 2001, tradução nossa).

3.1.4 Alemanha

Conforme clássica definição de Michele Taruffo (2003), há dois principais modelos de tutela de direitos coletivos em sentido amplo: o modelo alemão, adotado primordialmente na Europa ocidental, e o das *class actions* norte-americanas, que inspirou o sistema jurídico brasileiro.

No referido sistema alemão, adotou-se o modelo conhecido no direito comparado como *Verbandsklage*, que privilegia o papel das associações na condução de processos coletivos, mormente no âmbito do direito à concorrência, do consumidor e do meio ambiente (CAPONI, 2014, p. 660). Para serem consideradas legitimadas ativas na condução de ações coletivas, as associações devem ser registradas perante o *Bundesverwaltungsamt*,²⁰ comprovando a existência de pelo menos 75 membros ou a congregação de outras associações de consumidores (KOCH, 2001).

Dado o risco da utilização inadequada de associações para a promoção de interesses escusos, a Diretiva 98/27/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1998) do Parlamento Europeu, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, prevê, em seu artigo 4º,²¹ a possibilidade de controle judicial da certificação do legitimado ativo.

Em outra vertente, em 2005, o legislador alemão instituiu a Lei de Introdução do Procedimento Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais

²⁰ Ministério da Administração Federal, em tradução livre.

²¹ “Artigo 4º

Das infracções intracomunitárias

1. Cada Estado-membro tomará as medidas necessárias para assegurar que, em caso de infracção com origem nesse Estado-membro, qualquer entidade competente de outro Estado-membro em que os interesses por ela protegidos sejam afectados pela infracção possa recorrer ao tribunal ou à autoridade administrativa referidos no artigo 2º, mediante a apresentação da lista prevista no nº 3. Os tribunais ou as autoridades administrativas aceitarão essa lista como prova da capacidade jurídica da entidade competente, sem prejuízo do seu direito de analisar se o objecto da entidade competente justifica que esta intente uma acção num determinado caso.

2. Para efeitos de infracções intracomunitárias, e sem prejuízo dos direitos reconhecidos a outras entidades pela legislação nacional, os Estados-membros comunicarão à Comissão, a pedido das respectivas entidades nacionais competentes, que essas entidades são competentes para intentar uma acção ao abrigo do artigo 2º Os Estados-membros informarão a Comissão do nome e objecto dessas entidades competentes.

3. A Comissão elaborará uma lista das entidades competentes referidas no nº 2, especificando o seu objecto. Essa lista será publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias; as alterações dessa lista serão publicadas sem demora e a lista actualizada será publicada semestralmente” (UNIÃO EUROPEIA, 1998).

(*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren – KapMuG*). A lei foi editada em resposta à decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão que julgou inconstitucional, por lesão à garantia de duração razoável do processo, a demora na designação de audiências nos processos movidos por acionistas da *Telekom* (CAPONI, 2014, p. 670).

No procedimento legal instituído pela *KapMuG*, o Tribunal de Apelação resolve questões de fato ou de direito controvertidas, vinculando os juízes de primeiro grau. Modelo semelhante foi adotado pelo legislador brasileiro ao instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDD)²² no Código de Processo Civil de 2015, limitando-se a controvérsia, no texto brasileiro, unicamente às questões de direito (art. 976, I, do CPC) (BRASIL, 2015a).

O *KapMuG* não se trata, pontua-se, de processo coletivo em sua natureza, mas da solução de um processo modelo (entre partes individuais e que não representam membros ausentes), cuja decisão vincula os juízes de primeiro grau, tudo a garantir a solução equânime e em tempo razoável. Por isso não é objeto de controle judicial, no procedimento modelo alemão, a legitimação ativa e seus requisitos. À semelhança do IRDD brasileiro, não há qualquer critério subjetivo ou objetivo para que o Tribunal escolha o processo modelo cuja decisão terá efeitos vinculantes.

Nas ações associativas em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, por sua vez, vige um critério de duplo controle exercido tanto pela Administração federal em abstrato como pelo Judiciário *in concreto*. Ou seja: para o reconhecimento de sua condição de legitimada adequada, a associação deve superar a barreira do registro perante o Ministério da Administração Federal, bem como comprovar, no caso concreto, que ostenta condições para a proteção dos interesses dos membros (consumidores) ausentes.

3.1.5 Itália

Em 1973, o Conselho de Estado Italiano, contrariando jurisprudência até então consolidada, reconheceu a legitimidade de uma associação para impugnar ato administrativo que colocava em risco a beleza natural do lago de Tovel, na Província

²² O IRDD é conceituado pela doutrina como “técnica para agrupar demandas de massa, partindo de um caso piloto, cujo julgamento possa se fundar em tese jurídica aplicável aos processos que compartilhem idênticas questões unicamente de direito” (THIBAU; NUNES, 2016, p. 330).

de Trento (ROMANO; ZANUTTIGH, 1974). No precedente invocado, o Conselho reformou decisão da Província que não reconhecia legitimidade à associação privada para a defesa de interesses ambientais e manteve a construção da estrada nas proximidades do lago (ROMANO; ZANUTTIGH, 1974). Atualmente, o art. 140-bis, nº 1 do Código do Consumidor²³ instituiu a *azione di classe* no ordenamento italiano, conferindo às associações a legitimidade para promover a defesa de direitos individuais homogêneos (ITÁLIA, 2005).

Diferentemente do modelo da *Rule 23* norte-americano, no sistema italiano, a classe é formada *após* a adesão dos interessados, dentro do prazo estabelecido pelo juiz, de modo que não se pode falar em representação adequada *a priori* (TARUFFO, 2014, p. 1.427). Todavia, na forma do art. 140-bis, nº 6,²⁴ o juiz pode declarar a demanda inadmissível (após a adesão dos interessados), caso o representante não pareça capaz de tutelar adequadamente os interesses da classe.

Em suma, também no sistema italiano, confere-se ao juiz a prerrogativa de controle da representação adequada no caso concreto, o que se dá após a formação da classe, com a devida adesão ao grupo dos membros interessados e a intervenção do Ministério Público (art. 140-bis, nº 5).²⁵

3.1.6 Argentina

Apesar da existência de previsão constitucional²⁶ da tutela coletiva e do reconhecimento da existência de direitos substantivos coletivos, o ordenamento

²³ “1. Os direitos individuais homogêneos dos consumidores e usuários mencionados no parágrafo 2º, bem como os interesses coletivos, também são protegidos por meio de ação coletiva, de acordo com as disposições deste artigo. Para este fim, cada membro da classe, também por meio de associações nas quais ele tenha um mandato ou comitês nos quais participa, pode agir para determinar a responsabilidade e para a sentença de compensação por danos e sua reparação” (ITÁLIA, 2005, tradução nossa).

²⁴ “6. No fim da primeira audiência, o tribunal decide sobre a admissibilidade do pedido, mas pode suspender a decisão quando os fatos relevantes estão sob investigação perante uma autoridade independente ou perante um tribunal administrativo. O pedido é declarado inadmissível quando é manifestamente infundado, quando há conflito de interesses ou quando o juiz não vê a homogeneidade dos direitos individuais protegidos nos termos do parágrafo 2, bem como quando o representante não parece capaz de cuidar adequadamente dos interesses da classe” (ITÁLIA, 2005, tradução nossa).

²⁵ “5. A demanda é proposta com o ato de citação, notificado também o Ministério Público que oficia perante o Tribunal, que pode intervir apenas no julgamento de admissibilidade.”

²⁶ “Art. 43 - A qualquer pessoa pode apresentar uma ação expedita, desde que nenhum outro remédio legal, contra qualquer ato ou omissão de autoridades públicas ou particulares que, de forma atual ou iminente, lesione, restrinja, modifique ou ameace, com manifesta ilegalidade, direitos e garantias

argentino (federal e local) não prevê um procedimento sistemático que discipline os conflitos envolvendo matérias afetas às coletividades (VERBIC, 2014, p. 1031). Diante da omissão legislativa, a possibilidade de defesa de interesses difusos e coletivos foi levada à Corte Suprema (CSJN), no julgamento da ação movida pelo advogado Ernesto Halabi, que discutia a inconstitucionalidade da Lei 25.873 e do Decreto 1563/04, que a regulamentava (OTEIZA; VERBIC, 2010).

Ao conferir efeitos vinculantes à decisão que acolheu a ação movida por Halabi, a Corte de Apelação consignou que, dado o caráter coletivo da controvérsia, a eficácia da decisão alcançaria todos os usuários que se encontrassem em condições idênticas ao autor da demanda (OTEIZA; VERBIC, 2010). A Corte Suprema, por sua vez, considerou cabível o ajuizamento de ações coletivas desde que preenchidos concomitantemente os seguintes requisitos:

- a) identificação precisa do grupo representado;
- b) o autor deve ser um representante adequado dos membros do grupo;
- c) existência de questões comuns de fato ou de direito;
- d) o procedimento deve garantir a notificação dos membros interessados no resultado da demanda;
- e) o procedimento deve garantir o direito de não se vincular ao resultado da demanda (*opt-out*) ou nela intervir;
- f) adequada publicidade, a fim de evitar a existência de ações idênticas e julgamentos conflitantes (VERBIC, 2014, p. 1034).

Especificamente quanto à representatividade adequada no *leading case* Halabi, a CSJN considerou que se deu a publicidade devida ao julgamento, a tese havia sido vencedora nas cortes locais e houve intervenção das corporações de advogado como *amicus curiae* (OTEIZA; VERBIC, 2010). Nesse ponto, vale ressaltar que condicionar o reconhecimento da adequação da representação ao sucesso da demanda inverte a ordem tradicional do controle da legitimização, pois obriga o juiz a

reconhecidos por esta Constituição, um tratado ou uma lei. No caso, o juiz pode declarar a inconstitucionalidade da norma em que se fundamente ou ato ou omissão.

A ação pode ser proposta contra qualquer forma de discriminação e com relação aos direitos de proteção ao meio ambiente, à concorrência, ao usuário e ao consumidor, bem como os direitos coletivo em geral, os afetados pelo ato, o Defensor do Povo e as associações constituídas para tal finalidade, registradas de acordo com a lei, que determinará os requisitos e formas de sua organização” (ARGENTINA, 1853, tradução nossa).

saber (antes do julgamento) como o processo irá transcorrer (OTEIZA; VERBIC, 2010).

O precedente da Corte Constitucional argentina invoca expressamente o sistema norte-americano de *class actions*, permitindo-se concluir que a regulamentação adotada nos Estados Unidos servirá como inspiração e referência para o julgamento de casos futuros em território argentino.

3.1.7 Estados Unidos da América

A representação adequada é um conceito da legislação norte-americana, que impõe ao representante das *class actions* o dever de “proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe” (BARROSO, 2007, p. 49). É preciso assegurar que as partes que figuram nos polos das ações coletivas ostentem condições que garantam a representação adequada dos membros ausentes, de modo a permitir que a defesa dos interesses seja feita de maneira vigorosa, eficiente e com rigor técnico. A verificação da legitimação ativa nas *class actions* permite reduzir a notória diferença material (de vigor técnico, recursos financeiros, etc.) entre as partes e impedir que um processo mal conduzido faça coisa julgada material, impossibilitando o ajuizamento de nova ação coletiva (GIDI, 2007).

A regra 23 do Código Federal de Processo Civil norte-americano estabelece quatro requisitos ao processamento de uma *class action*. Os requisitos, cumulativos, são:

- a) impossibilidade de formação de litisconsórcio, dada a numerosidade da classe;
- b) existência de questões comuns;
- c) similitude entre a pretensão formulada pelo representante e a pretensão de defesa da classe;
- d) representação adequada pelo representante dos membros ausentes.

Há ainda, na doutrina norte-americana, quem aponte a existência de requisitos implícitos para o processamento das denominadas ações de classe, tais como a possibilidade de averiguação da existência da classe; que o representante seja membro da classe; que a pretensão ainda seja viável, útil (KLONOFF, 2004, p. 21). Este último requisito serve como barreira a discussões inúteis, em que o

provimento jurisdicional não terá qualquer utilidade à parte, semelhante ao interesse de agir no sistema brasileiro. O requisito é inferido do artigo 3º, seção 2, da Constituição norte-americana,²⁷ que prevê o exercício da jurisdição em ações e controvérsias reais, ou seja, afasta-se a consulta ou mera pretensão acadêmica.

No caso das ações de grupo, ainda que a ação seja, após a certificação, inútil para o representante do grupo, tal fato não impede o prosseguimento do feito em âmbito coletivo (KLONOFF, 2004, p. 29). Klonoff cita o precedente da Suprema Corte *Sosna v. Iowa*, bem explicado por Gidi (2007, p. 92). Cuidava-se da discussão, no âmbito de uma *class action*, sobre a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Iowa, em que se exigia residência prévia no local por um ano para acesso aos tribunais estaduais em ações de divórcio. No curso da ação, o representante da classe já residia no Estado há vários anos, tornando inócua a pretensão por perda de objeto. Apesar disso, decidiu-se que, após a certificação, “o grupo passou a ter um *status* independente do interesse pessoal de seu representante” (GIDI, 2007, p. 92), autorizando-se a continuidade da ação coletiva.

A *Rule 23* garante ao juiz a prerrogativa de exercer o controle da representação adequada no momento da propositura de ações coletivas, a fim de que seja reconhecida, ou não, a legitimidade ativa do representante dos membros da classe. Isso assegura a tutela mais adequada do direito material das partes litigantes e impede a existência de antagonismos e conflitos de interesses entre representante e representados (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005).

Esse controle não é realizado apenas no momento que antecede a certificação (o reconhecimento do preenchimento dos requisitos legais para dar início a uma ação coletiva). O juiz tem o dever de “monitorar de perto a adequação do

²⁷ “Seção 2. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impedimento, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei” (ESTADOS UNIDOS, 1787, tradução nossa).

representante durante todas as fases do procedimento” (GIDI, 2007, p. 102), visto que a situação de fato pode se alterar no curso da demanda (ou o juiz pode mesmo retratar-se ou ainda concluir que foi conduzido a erro).

3.1.7.1 O requisito da representação adequada no sistema norte-americano

O requisito da representação adequada desdobra-se em dois elementos: “a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo” (GIDI, 2007, p. 104).

Em relação ao representante propriamente dito, os pressupostos são analisados em seu aspecto qualitativo e não quantitativo (ROQUE, 2009, p. 182). Significa dizer que um dos legitimados pode se revelar um melhor representante do que outros dez conjuntamente. O que importa não é, necessariamente, a escolha do melhor representante possível, mas de um que seja adequado. A defesa vigorosa pressupõe, ainda, atender às intimações legais, inclusive prestando depoimento quando necessário.

O primeiro requisito (a tutela vigorosa pelo representante) é aferido mediante avaliação da capacidade de o advogado do representante da classe atuar com vigor e tenacidade no exercício de suas funções. Isso significa a defesa das reivindicações dos clientes, a condução de um esforço tido como razoável para avaliar o valor do direito perseguido, sempre ponderando os riscos inerentes aos litígios judiciais (WOLLEY, 2010, p. 928).

É o advogado do representante, portanto, o verdadeiro *dominus litis* das ações de grupo, o que pressupõe a atuação do causídico constituído na defesa dos interesses dos membros, ainda que conflitantes com os do próprio representante. Deve o juiz avaliar, além da competência técnica, a boa-fé, a experiência prévia do advogado em lides de complexidade similar, bem como a existência de recursos financeiros para fazer frente aos custos (costumeiramente elevados) das *class actions* (GIDI, 2007, p. 110-111). Espera-se do advogado constituído o fiel patrocínio do mandato que lhe foi outorgado pelo representante do grupo, devendo sopesar os custos do litígio e agir com razoável prudência.

O segundo requisito é inerente às características da representação processual. Não há como se cogitar de um representante adequado que ostente

conflito de interesses em relação a outros membros do grupo. Ainda que relevantes as características do representante, o controle judicial, na prática, é exercido em relação à presença dos requisitos pelo advogado do representante (GIDI, 2007, p. 110).

O controle preciso da representatividade adequada nas ações coletivas garante que os pressupostos estabelecidos para a legitimação sejam certos e não presumidos (MULLENIX, 2004). Em outras palavras: há controle concreto pelo juiz de que o representante ostenta condições adequadas para a efetiva defesa dos interesses dos membros ausentes.

Nos processos em que não há representação adequada, vincular os membros ausentes a uma decisão desfavorável fere o princípio do devido processo legal, uma vez que não se pode admitir que um representante desleixado, fraudulento, relapso ou até mesmo incompetente prejudique os interesses do grupo supostamente representado (GIDI, 2007).

Na doutrina norte-americana, apesar da inexistência de grandes controvérsias quanto ao alcance do requisito da representação adequada e da evidente necessidade de sua aplicação para a certificação do demandante nas *class actions*, já se discute quão grande deve ser o conflito de interesse e qual a força da evidência probatória necessária para configurar a representação inadequada (TIDMARSH, 2009).

A doutrina adverte, ainda, quanto aos riscos da mera documentação do preenchimento dos requisitos legais abstratos sem a verdadeira participação efetiva do juiz no controle adequado da certificação; situação que pode ensejar questionamentos futuros acerca da validade de acordos celebrados (MULLENIX, 2004).

Um critério interessante foi proposto por Jay Tidmarsh (2009, p. 1.139): a representação adequada deve atingir um objetivo simples. O representante (e seu advogado) deve conseguir alcançar uma situação prática no mínimo equivalente àquela que seria obtida caso os demais membros do grupo se envolvessem em ações individuais.

Pode-se resumir a importância da matéria,²⁸ no ordenamento jurídico estadunidense, conforme a seguinte análise de Owen Fiss (2004, p. 130):

As normas Federais de Processo Civil, dos Estados Unidos, disciplinadoras da *class actions* nas cortes federais, exigem que tais grupos tenham um “representante”; este representante falaria em nome de todo o grupo, mas receberia esse poder pelo mais questionável de todos os procedimentos eletivos – a autonegação ou, se estivermos lidando com uma classe inserida no polo passivo da ação (*defendant class*), a nomeação pelo autor da ação. As normas estabelecem a necessidade de notificação dos membros do grupo acerca da pendência da ação e dos pedidos do representante, mas é difícil acreditar que a notificação possa alcançar todos os membros do grupo ou possa corrigir as deficiências dos procedimentos através dos quais o representante obtém seu poder. As forças que desencorajam a maioria dos membros do grupo a tomar a iniciativa de mover processos judiciais também os desencorajam a responder a qualquer notificação que venham a receber.

Há, contemporaneamente, forte movimento de repúdio ao sistema de ações coletivas consolidado nos Estados Unidos. As críticas e objeções, bem como alguns apontamentos sobre a controvérsia, serão objeto de exame no tópico seguinte.

3.1.7.2 O declínio das *class actions* nos Estados Unidos

Discute-se, atualmente, se o modelo das *class actions* chegou a um nível de esgotamento que exija uma reformulação completa ou a adequação procedimental aos desafios do século XXI. A eficiência do modelo de ações coletivas para afirmação dos direitos civis e consolidação das liberdades individuais é indiscutível. Todavia, notadamente no plano federal e a partir da década de 1990, teve início um movimento de contenção da capacidade de os demandantes ajuizarem ações coletivas. Os tribunais, preocupados com a grande pressão pela busca de um acordo, após a certificação, tornaram mais rigorosa a aplicação da *Rule 23*, a ponto de inviabilizar seu emprego. Por isso já se disse acerca da “morte” das *class actions* tal como a conhecemos (KLANOFF, 2013, p. 729).

Diante desse cenário, os advogados deslocaram suas atenções às cortes estaduais, que viram o número de litígios de grupo se multiplicar, até que o Congresso promulgasse o *Class Action Fairness Act* (CAFA) em 2005 (MULLENIX, 2014, p. 403);

²⁸ Este capítulo não tem a intenção de exaurir as inúmeras possibilidades de controle e os precedentes já consolidados acerca da matéria. Para isso, sugere-se a leitura das obras nele referenciadas, que realizaram estudos pormenorizados sobre o sistema de *class actions* norte-americano.

uma resposta a uma possível parcialidade das cortes estaduais e a fixação abusiva de honorários advocatícios (ROQUE, 2007, p. 101).

O próprio Congresso norte-americano declinou especificamente as causas que motivaram a edição do CAFA: assegurar recuperações justas e rápidas para os membros da classe que detenham reivindicações legítimas; estabelecer a Justiça Federal como foro adequado para a solução de lides que ostentem importância nacional ou natureza interestadual; trazer benefícios à sociedade, incentivando a inovação e reduzindo os preços ao consumidor (ESTADOS UNIDOS, 2005).

Quando o legislador expõe sua preocupação com os custos de pesquisa e desenvolvimento (e seu repasse ao consumidor final), evidentemente mostra sua preocupação com a ação coletiva disciplinada na *Rule 23 (b) (3)* (ou *class actions for damages*) de natureza eminentemente indenizatória, inspiradora das ações de defesa dos direitos individuais homogêneos no sistema brasileiro (GIDI, 2007, p. 161).

É exatamente essa espécie de ação coletiva que domina o cenário atual norte-americano, a maior fonte de controvérsia recente. Um dos motivos da celeuma é o baixo índice de recomposição dos valores de indenização ajustados com os fornecedores às verdadeiras vítimas. Estudos empíricos apontam que grande parte dos recursos não executados pelos titulares efetivamente lesados é revertida a fundos, cuja administração se converte em um novo negócio empresarial (MULLENIX, 2014, p. 419). Não por acaso, a referida lei (CAFA) foi aprovada durante o governo do presidente George W. Bush, o que revela a permanente tensão entre legisladores e juízes mais ou menos afinados a ideologias liberais (no sentido norte-americano)²⁹ ou conservadoras.

O papel da Suprema Corte norte-americana pode ser observado no julgamento do paradigmático *Wal-Mart v. Dukes* (ESTADOS UNIDOS, 2011), em que foi revertida a certificação para processamento de *class action* para afastar, promovendo indenização, a alegada discriminação contra mais um milhão e meio de mulheres trabalhadoras.

Em julgamento unânime, decidiu-se que os representantes da classe não apresentaram questões de fato comuns aptas a justificar o processamento coletivo da

²⁹ Há persistente confusão conceitual quanto à tradução da expressão *liberals* para o português. Enquanto, no contexto norte-americano, a expressão designa aqueles alinhados à esquerda do espectro ideológico clássico (oriundo da Revolução Francesa), no Brasil, os liberais professam as teses do liberalismo econômico (incentivo à propriedade privada e diminuição da intervenção estatal). Os liberais brasileiros, portanto, seriam os conservadores americanos.

ação. Dada variedade de circunstâncias individuais, o Wal-Mart teria inviabilizado seu direito de defesa. Foi vedada a aplicação de fórmulas estatísticas para realizar o julgamento em relação a um grupo de controle, estendendo os efeitos da decisão aos demais membros representados (ESTADOS UNIDOS, 2011).

Houve apertada divergência (5 a 4), contudo, em relação à interpretação dada ao alcance da *Rule 23*. No julgamento, a maioria concluiu que, para a certificação sob as regras da *Rule 23 (a) (2)*³⁰ é determinante a possibilidade de o processo apresentar respostas comuns (e não apenas questões comuns). No voto divergente, a juíza Ginsburg alertou que a conclusão da Corte criaria entrave intransponível, já no ponto de partida, para a certificação, deslocando requisitos para a *Rule 23 (a) (2)* que estão presentes apenas na *Rule 23 (b) (3)*.³¹

Com o falecimento do juiz Antonin Scalia, o equilíbrio da Corte³² foi alterado. Isso deu novo fôlego às ações coletivas.

Já no precedente *Wells Fargo vs. Gutierrez* (ESTADOS UNIDOS, 2016b), a Suprema Corte norte-americana foi acionada para decidir um litígio envolvendo os consumidores do banco Wells Fargo. Segundo a Corte da Califórnia, os membros do grupo foram indevidamente cobrados por transações a descoberto nos cartões de

³⁰ “Regra 23. *Class Actions*

(a) pré-requisitos: um ou mais membros de uma classe pode processar ou ser processado como representante de todos os membros do grupo apenas si: [...]

(2) existirem questões de direito ou de fato comuns para a classe” (ESTADOS UNIDOS, 1937, tradução nossa).

³¹ “Regra 23. *Class Actions* [...]

(b) espécies de *Class Actions*. Uma *class action* pode ser mantida se a Regra 23 (a) for satisfeita e se:

(3) o Tribunal considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre quaisquer questões que afetam somente os indivíduos, e que uma *class action* é superior a outros métodos disponíveis para permitir o julgamento justo e eficiente da controvérsia. Os assuntos pertinentes a estas considerações incluem:

(A) o interesse dos membros do grupo em controlar a acusação ou defesa em ações distintas;

(B) a extensão e a natureza de qualquer processo já iniciado relativo à mesma controvérsia pelos ou contra os membros do grupo;

(C) a conveniência ou inconveniência de concentrar as ações em um foro particular; e

(D) as dificuldades prováveis no gerenciamento de uma *class action*” (ESTADOS UNIDOS, 1937, tradução nossa).

³² Historicamente, os juízes da Suprema Corte nomeados por presidentes republicanos ou democratas tendem a tomar posições alinhadas às concepções ideológicas do partido. À época da morte de Antonin Scalia, a Suprema Corte estava dividida entre quatro juízes liberais e quatro juízes conservadores, com o voto pendular (*swing vote*) do juiz Anthony Kennedy, responsável pelo desempate nas matérias mais controvertidas.

débito, fruto da política contratual abusiva da instituição financeira. No *petition for writ of certiorari*³³ apresentado perante a Suprema Corte, o banco Wells Fargo pretendia discutir se uma corte federal poderia certificar uma *class action*, garantindo indenização a todos os membros do grupo, ainda que incluídos indivíduos que não teriam sido lesados ou que não teriam provável sucesso em uma demanda individual. Em 6 de abril de 2016, dois meses após a morte do juiz Scalia, a Suprema Corte norte-americana negou o pedido, recusando o julgamento da causa (ESTADOS UNIDOS, 2016b).

Dois dias antes, em 4 de abril de 2016, a Corte já havia negado pedido idêntico em *Wal-Mart v. Braun* (ESTADOS UNIDOS, 2016a). A parte rediscutia se a prova do dano produzida pelo representante adequado poderia ser estendida aos demais membros do grupo, dispensando-se a prova individual.

Após o empate presumido na composição da Corte, a Dow Chemical celebrou acordo em uma ação antitruste pendente na Suprema Corte, no valor de 835 milhões de dólares. No comunicado público, a empresa mencionou expressamente as incertezas e o risco advindo da morte do juiz Scalia, com a possibilidade de decisões contrárias a interesses corporativos em *class actions* (THIBAU; BRANT, 2016).

Com a eleição do presidente Donald Trump, o assento vago foi novamente preenchido por um juiz conservador, Neil Gorsuch. Os impactos do novo balanceamento da Corte foram imediatos.

Já em 21 de maio de 2018, em *Epic Systems Corp v. Lewis*, a Corte decidiu que os empregadores podem forçar seus empregados a utilizar a arbitragem individual para a solução de conflitos trabalhistas, afastando o uso de ações coletivas. O voto condutor, exatamente do recém-empossado juiz Neil Gorsuch, proclamou que a lei (*Arbitration Act*, de 1925) é clara ao determinar que os acordos de arbitragem sejam cumpridos conforme ajustados, tratando-se uma recomendação cogente do Congresso às cortes federais. Especificamente sobre as *class actions*, afirmou o voto condutor que, apesar de sua inequívoca função de dissolver os custos do litígio, há uma conhecida pressão para que os réus transacionem, ainda que o direito invocado seja discutível. Por isso, a questão acerca da funcionalidade de um ou outro método

³³ Pedido da parte recorrente para que a Suprema Corte norte-americana examine se há razões relevantes para que o caso seja julgado na instância superior. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2016/03/Wells-Fargo-v-Gutierrez-Petition-for-Writ-of-Certiorari.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

(arbitragem ou ação coletiva) deve ser resolvida pelo Congresso e não pelas cortes de justiça (ESTADOS UNIDOS, 2018).

Pela minoria, a juíza Ruth Ginsberg dissentiu, alertando sobre os riscos de resultados anômalos em relação a diferentes arbitragens individuais. Como os acordos de arbitragem, e seus resultados, geralmente são confidenciais, sem garantia de vinculação a precedentes, há chance de decisões conflitantes em casos de trabalhadores exercendo funções idênticas, inclusive perante o mesmo empregador. Para a referida juíza, a determinação de submissão à arbitragem não tem origem em decisão do Legislativo, sendo fruto de contratos de trabalho em que o empregado não negocia, simplesmente adere às suas cláusulas (ESTADOS UNIDOS, 2018).

Como se observa pela leitura dos argumentos dissonantes e dos precedentes invocados, há uma permanente tensão entre partidários e adversários do sistema de ações coletivas nos Estados Unidos. Não se pode, contudo, afirmar que o sistema está em franca decadência ou não serve mais a seus propósitos. A história se move como um pêndulo, e a simples alternância no poder central é capaz de modificar totalmente o panorama atual.

4 A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A expressão “devido processo legal” traduz, da língua inglesa, a locução *due process of law*, de larga utilização na tradição jurídica anglo-saxã. A cláusula (ou princípio) do devido processo legal remonta ao reinado de Eduardo III, na Inglaterra, e veio em substituição à *law of the land* (*per legem terrae* ou a lei local). A influência do direito inglês foi decisiva na formação dos constituintes e legisladores norte-americanos, provocando a incorporação do princípio na Constituição norte-americana (MACIEL, 1994, p. 84).

Em obra clássica sobre o direito constitucional norte-americano, Thomas Cooley (1898, p. 826-827) define o âmbito de proteção da cláusula do devido processo legal como garantia da vida e da liberdade, que somente podem ser restringidas em conformidade com procedimentos legais preestabelecidos e como resultado de um julgamento público, em que se viabilize o direito de ser ouvido.

O princípio do devido processo legal assume tamanha envergadura na ciência do Direito que funciona como verdadeiro eixo de interpretação de validade de normas jurídicas. Por isso, já assentou Ronald Dworkin (2007, p. 272) que as “proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Demonstrada a importância da cláusula do devido processo legal nos sistemas de origem anglo-saxã, busca-se revelar em que medida sua concepção foi incorporada aos sistemas jurídicos oriundos da tradição continental.

4.1 O direito continental e o *common law*

A importância do estudo do Direito comparado é indiscutível. Por meio da interpretação das normas pela doutrina, das decisões jurisprudenciais ou das inovações legislativas, é lugar comum falar-se em harmonização ou até mesmo uniformização dos institutos de Direito (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996).

Dadas as diferenças históricas na formação dos Estados nacionais, é possível identificar e distinguir sistemas jurídicos coexistentes: romano-germânico, o *common law*, o direito nos países de tradição socialista, muçulmanos, hindu, judaico,

Extremo Oriente (DAVID, 2014). Essa separação em “famílias” dos direitos é possível em razão da coincidência de elementos estáveis e fundamentais, relegando-se a um segundo plano diferenças secundárias.

A família romano-germânica agrupa os países em que as regras de direito são ligadas a imperativos de conduta, com influência direta de valores de justiça e moral. A partir das codificações do século XIX, países pertencentes a essa tradição editaram “códigos” para a normatização da vida em sociedade. Daí o papel preponderante, que antes era das universidades, que foi atribuído à legislação escrita (DAVID, 2014, p. 23).

O *common law*, por sua vez, reúne basicamente os países de língua inglesa. A expressão tem origem no “direito comum” (ou *comune ley*) (DAVID, 2014, p. 358). É um sistema fundado no direito costumeiro e no respeito às decisões pretéritas dos tribunais.

Se no sistema continental a lei garante a unidade e a segurança jurídica, tal papel é desempenhado pelo juiz nos países de tradição do direito comum. Há, portanto, para o Poder Judiciário nesse cenário, duas obrigações: a decisão não somente resolve o caso concreto como dialoga com os valores da sociedade. Apesar de não limitado pela produção acadêmica que o antecede, o juiz não pode decidir de acordo com suas convicções morais pessoais. Esse juízo de valor abstrato das regras de convívio social é estabelecido pelo Poder Legislativo (EISENBERG, 1991, p. 3).

Apesar das bases divergentes entre os sistemas, as alterações recentes nos países vinculados a tradições diversas aproximam a família romano-germânica do *common law* e vice-versa. Mauro Cappelletti (1993, p. 126) já observava o fenômeno ao descrever a eficácia vinculante das decisões das cortes supremas; verdadeiro precedente vinculativo. Do mesmo modo, o efetivo aumento da produção legislativa nos países da tradição do direito comum também revela a progressiva integração entre os sistemas jurídicos.

Uma crítica recorrente nos estudos doutrinários comparativos entre sistemas de direito anglo-saxão e romano-germânico relega a um segundo plano qualquer experiência adotada em países de tradição distinta, sob o simplório argumento de que não se trata de uma tradição do nosso direito, sendo inaplicável à nossa realidade. Contudo um exame mais aprofundado das origens comuns do sistema permite concluir que a crítica parte de premissas históricas equivocadas, o que evidentemente mitiga sua força persuasiva.

A organização do Direito nos dois principais sistemas ocidentais tem como fonte comum o direito romano clássico. Nele, a regra jurídica era extraída de casos cotidianos, classificada e replicada a casos análogos (CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 3).

Thomas Bustamante (2012, p. 9) também já apontou que, em diferentes passagens do *Digesto* romano, é possível observar que juristas distintos aplicam métodos típicos do *common law* (como técnicas de distinção e extensão por analogia) para tratar problemas de complexidade crescente, cuja resposta não se extrai diretamente do texto produzido.

É exatamente a partir da recomposição do *Digesto* pelos estudiosos de Bolonha que teve início o estudo jurídico em forma de anotações explicativas (denominadas glosas) que deram origem aos glosadores (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 189-190) e ao direito escrito tal como o conhecemos. Não é difícil aceitar, portanto, a origem comum dos sistemas de *common law* e o romano germânico. Indaga-se, já encerrando a digressão histórica: em que sentido haveria distinção metodológica entre eles?

Mais uma vez com base na sólida pesquisa apresentada por Bustamante, é possível concluir que, apesar das diferenças historicamente apontadas como irreconciliáveis – o método de *case law* dos saxões e a interpretação abstrata a partir do texto dos europeus continentais (BUSTAMANTE, 2012, p. 10-12) –, o Direito pode (deve) ser visto como “uma ordem racional que pode ser reconduzida a princípios gerais que a tornam racionalmente compreensível” (BUSTAMANTE, 2012, p. 122). Significa dizer que, nos dois sistemas (o continental e o *common law*), o Direito deve ser visto como uma prática que “obedece a certa ordem e se produz à luz de um sistema moral com pretensão de universalidade e um alto grau de racionalidade” (BUSTAMANTE, 2012, p. 122), deixando de lado a ideia de uma estrutura criada por ato unitário e inequivocamente arbitrário.

A obra de Bustamante ecoa a advertência já trazida por Gidi (2008, p. 31): o fato de uma legislação (ou projeto) se basear em disposições semelhantes já adotadas em países de *common law* não proíbe sua adoção no sistema brasileiro (de tradição continental). Se a experiência internacional é adequada e produziu bons frutos, não há motivos de ordem teórica ou prática que impossibilitem sua incorporação ao direito brasileiro.

Não por acaso, já se pode perceber a benéfica contribuição do sistema norte-americano não apenas no Direito processual civil (é evidente a influência saxã no sistema de precedentes incorporado ao Direito brasileiro), mas no Direito e no processo penal, seja por meio de acordos de colaboração premiada, seja por crescentes propostas de adoção do modelo de *plea bargain*.³⁴

Retomando o eixo principal do capítulo (o estudo do devido processo legal nos Estados Unidos da América), adianta-se que a cláusula é analisada em suas dimensões: procedimental e substancial. Uma conceituação pormenorizada de cada uma delas permite vislumbrar pontos de convergência entre a realidade brasileira e a norte-americana.

4.2 O devido processo legal procedimental nos Estados Unidos da América

Esta pesquisa pretende testar a hipótese de que a adoção da representação adequada no ordenamento jurídico brasileiro independeria de inovação legislativa, porquanto possível se extrair da cláusula constitucional do devido processo legal a sua incidência inequívoca. Para verificar a assertiva, portanto, faz-se necessário o estudo pormenorizado desse princípio, inclusive em seu nascedouro como norma constitucional (o sistema norte-americano), a fim de se verificar a pertinência e validade do raciocínio aqui defendido.

Historicamente, a principal função da cláusula do devido processo legal é garantir a existência de um procedimento justo em qualquer atuação estatal que implique restrição aos direitos à vida, liberdade ou propriedade. Essa é a dicção literal da 14ª emenda à Constituição norte-americana.³⁵ Como sistema umbilicalmente vinculado à persuasão e à vinculação a seus precedentes, os contornos da cláusula foram preenchidos pela atuação das cortes de justiça ao longo dos séculos de vigência da norma.

³⁴ O acordo no âmbito do processo penal (*plea bargain*) é mais um elemento de consolidação do modelo de justiça consensual.

³⁵ “Seção 1 - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (ESTADOS UNIDOS, 1787, tradução nossa).

Em precedente datado de 1856, a Suprema Corte norte-americana definiu o devido processo legal como uma limitação aos três poderes, aplicando-se inclusive ao Congresso, que não poderia criar arbitrariamente qualquer forma de devido processo legal (*Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*). Também nesse julgamento, demonstrou-se que, historicamente, a cláusula incluía o direito à petição, oportunidade de apresentar resposta e a um regular procedimento judicial previamente conhecido (ESTADOS UNIDOS, 1856).

Um século depois, a Corte ainda se debruçava sobre os contornos da cláusula do devido processo legal, ponderando que o conceito desta seria flexível, demandando proteções processuais de acordo com as exigências da situação concreta (*Schweiker v. McClure*, 1982). Daí se observa tratar-se de um conceito altamente flexível e insuscetível de definição precisa (REDISH; MARSHALL, 1986, p. 457).

Para os positivistas, as cortes de Justiça não teriam papel protagonista na definição dos requisitos necessários à satisfação do comando constitucional. Esse papel caberia, primordialmente, ao legislador, em uma leitura histórica dos significados das expressões utilizadas nas emendas constitucionais de 1791 (EASTERBROOK, 1982).

Essa é uma discussão recorrente em relação aos textos constitucionais norte-americanos. De um lado, colocam-se aqueles que defendem a aplicação da norma de acordo com as definições de linguagem da época (se é que isso é possível, tendo em vista a limitação dos próprios estudos de história). De outro, projeta-se a tese de que Constituição seja um texto vivo, cuja definição de sentido deve ser dada de acordo com as concepções atuais de significação.

Resta ainda a discussão a respeito de qual seria a medida do devido processo legal adequada para dar efetividade ao texto constitucional norte-americano. Questiona-se se é suficiente o atendimento ao procedimento previsto pelo legislador ou se Judiciário deve decidir qual a “medida” do processo adequado.

A ideia de que a norma constitucional seria cumprida pelo simples atendimento do procedimento previsto pelo legislador já foi rechaçada pela Suprema Corte norte-americana, no precedente citado (*Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*), sob o fundamento de que a cláusula do devido processo legal não deu ao Congresso o poder para efetivar qualquer processo arbitrariamente. Ao contrário, o texto seria exatamente um limitador dos poderes constituídos.

Durante longo período, a Corte decidiu “intuitivamente” as demandas em que eram questionados os limites do processo legal devido (REDISH; MARSHALL, 1986, p. 470). Os juízes, no contexto, tendiam a assentir que a cláusula era reconhecível, mas impassível de definição; circunstância que trazia insegurança jurídica e, mais do que isso, tornava os critérios de justiça dos juízes supremos como prevaletentes sobre os parâmetros morais de toda a nação.

Em *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* (ESTADOS UNIDOS, 1951), a Corte ponderou que a cláusula do devido processo legal era uma garantia para períodos de dificuldade e de calma, estendendo seus efeitos para nacionais e estrangeiros. E o princípio não seria uma concepção técnica, apta a ser decifrada mediante fórmulas fixas e imutáveis. Ao contrário, um conceito extraído de séculos da história constitucional anglo-americana. Ao representar uma garantia de justiça nas relações entre cidadãos e entre estes e o governo, a cláusula do devido processo legal seria “composta de história”.

Posteriormente, em uma posição mais equilibrada, na tentativa de moldar critérios objetivos de definição dos contornos do princípio do devido processo legal, a Suprema Corte norte-americana definiu três bases fundamentais (*Mathews v. Eldridge*) (ESTADOS UNIDOS, 1976): primeira, o interesse privado que será afetado pela ação estatal; segunda, o risco de uma privação equivocada de tais direitos individuais por meio dos procedimentos utilizados, ponderando-se eventuais salvaguardas adicionais, caso existentes; terceira, o interesse do Estado, o que inclui sopesar os encargos fiscais e administrativos que a criação de um requisito processual ou adicional implicaria.

Vale ressaltar que a decisão (*Mathews v. Eldridge*) foi tomada em processo judicial em que se discutia a legalidade de extinção de benefício previdenciário sem a realização de audiência prévia pelo Seguro Social. Revertendo as decisões das instâncias inferiores, a Corte Suprema decidiu que o cidadão tinha direito ao devido processo legal, mas tal circunstância não exigiria uma audiência prévia específica em que o reclamante pudesse apresentar seus argumentos para a continuidade do benefício (VERMEULE, 2016).

Com essa alteração de perspectiva, entra em vigor uma abordagem que visa a ser economicamente mais eficiente (e pragmática), deixando-se de lado os critérios fluidos de justiça e equidade, tão presentes na perspectiva mais “intuitiva” até então prevaletente.

A adoção do precedente cria, contudo, um paradoxo. O indivíduo é privado de seu patrimônio sem direito a nenhum procedimento legal; o que viola diretamente a cláusula constitucional (REDISH; MARSHALL, 1986, p. 472).

Pode-se dizer que a cláusula do devido processo legal é a expressão mais antiga e conhecida da Constituição norte-americana, mas cuja interpretação é a mais difícil em sua concepção moderna. Fundamentalmente, a ideia por trás da fórmula era a de garantir o Estado de Direito, evitando-se condutas arbitrárias e abusivas que pudessem privar o cidadão dos direitos à vida, liberdade e propriedade (CHAPMAN; McCONNELL, 2012, p. 1807).

Atualmente, é possível enumerar alguns exemplos em que a cláusula do devido processo legal é utilizada para garantir a salvaguarda de direitos fundamentais: o ônus da prova acima de dúvida razoável para a acusação nos casos criminais; o direito de se aconselhar com um advogado; o direito de ser ouvido na Corte; o direito de indagação direta às testemunhas e de se fazer presente no momento da apresentação das provas; o direito de ser indenizado por uma restrição indevida de liberdade; e o direito à revisão das decisões judiciais por órgãos imparciais.

Sob o enfoque norte-americano, portanto, o devido processo legal procedimental é uma garantia básica do cidadão (que alcança, inclusive, os estrangeiros em território nacional), mas cuja definição ainda depende das circunstâncias históricas e da composição da Suprema Corte. Apesar disso, é possível definir a existência de um núcleo fundamental que consiste na limitação dos poderes do Estado em relação ao indivíduo, concedendo ao Poder Judiciário a última palavra quanto à amplitude e a justiça dos procedimentos criados pelo Legislativo. Em outras palavras: essa cláusula não se restringe à simples existência de um processo, mas impõe que seja o procedimento adequado à situação específica e suficiente para a salvaguarda das garantias constitucionais.

4.3 A cláusula do devido processo legal substantivo nos Estados Unidos da América

O conceito de devido processo legal substantivo nos Estados Unidos da América é, ainda hoje, controvertido. Isso porque, já alertava John Hart Ely (1980), a própria definição de um *processo* substantivo seria uma contradição em termos, ou algo como um “pastel verde avermelhado” (ELY, 1980, p. 18).

De fato, as palavras detêm carga semântica relevante e, quando se invoca o processo, pressupõe-se a existência de um procedimento concatenado de atos. Daí a perplexidade justificável da doutrina norte-americana. E não se trata apenas de uma discussão estéril. Ao criar um conceito de devido processo legal substantivo, alterou-se o já consagrado entendimento acerca das hipóteses de incidência da cláusula do devido processo legal procedimental, restringindo-se sua aplicação no sistema norte-americano (ELY, 1980, p. 19-20).

A dificuldade de conceituação daquilo que seria um devido processo legal em seu aspecto substancial, portanto, resulta no estreitamento das hipóteses de aplicação da já consagrada fórmula do *due process of law*, em que a discussão historicamente se limitava à definição de qual a medida do processo judicial adequado. Não obstante a divergência conceitual, a doutrina norte-americana extrai da 4ª e 14ª emendas à Constituição do país os fundamentos da cláusula do devido processo legal substantivo (ou substancial).

A quarta emenda à Constituição norte-americana proíbe a efetivação de buscas e apreensões desarrazoadas, sem causa provável, garantindo o direito à inviolabilidade de pessoas e domicílios. A norma foi introduzida pelo *Bill of Rights* no contexto de reação contra práticas consideradas abusivas, de buscas governamentais arbitrárias e de escopo indeterminado (CARMEN; HEMMENS, 2010, p. 101).

Em *Chimel v. Califórnia* (ESTADOS UNIDOS, 1969), a Corte Suprema norte-americana limitou o alcance de execução dos mandados judiciais de busca e apreensão, a fim de que seu âmbito de incidência não ultrapassasse a pessoa do suspeito e as áreas que estariam sob seu controle imediato. Como se observa, a norma constitucional teve seu cerne inicialmente ligado a questões meramente procedimentais, de controle do arbítrio estatal em relação ao direito pessoal de inviolabilidade dos cidadãos e de suas residências.

A 14ª emenda, por sua vez, estabelece literalmente a cláusula do devido processo legal, proibindo a atuação estatal arbitrária em situações envolvendo a vida, liberdade e a propriedade dos cidadãos. É também a norma que garante a *equal protection*.³⁶

³⁶ A expressão *equal protection* não tem correspondência exata no direito brasileiro, sendo usualmente trazida como a proteção igual perante a lei (cf. nota 34).

O precedente da Suprema Corte norte-americana *Reno v. Flores* (ESTADOS UNIDOS, 1993) é paradigmático para explicitar as balizas que norteiam a aplicação da cláusula do devido processo legal substantivo no sistema estadunidense. Para entender a discussão, tendo em vista o sistema baseado em *case law*, é necessária uma breve digressão histórica sobre os fatos discutidos no citado caso concreto, o que se faz a seguir.

Jenny Lisete Flores, adolescente com 15 anos de idade, foi detida pelo serviço de imigração norte-americano e mantida sob custódia indefinidamente até a realização de uma audiência judicial. A regra vigente somente permitia a liberação de menores aos pais, parentes próximos ou guardiões legítimos. Apesar da presença da mãe da adolescente em território norte-americano, a genitora se recusava a se apresentar ao serviço de imigração, com receio de ser detida e deportada a El Salvador, país que sofria os efeitos de uma guerra civil à época.

A adolescente Flores,³⁷ representando o grupo em uma *class action*, ajuizou uma ação questionando os procedimentos do serviço de imigração em uma corte federal e, após julgamento pelo Tribunal Federal, o caso foi aceito para julgamento pela Suprema Corte, em 1992. Na ação, discutiu-se, perante a Suprema Corte, entre outras questões não afetas ao objeto desta pesquisa, acerca da violação ao devido processo legal substantivo, sustentando a liberdade individual contra condutas governamentais arbitrárias, ainda que o procedimento formalmente previsto em lei tenha sido observado (o devido processo legal procedimental).

Tradicionalmente, a doutrina norte-americana define a cláusula do devido processo legal substantivo como um óbice a condutas arbitrárias dos governantes, exigindo-lhes ações baseadas em vetores de bem comum e não por padrões egoísticos de comportamento (FALLON JUNIOR, 1993).

Apesar de reconhecer a existência do princípio, a Corte Suprema norte-americana lhe conferiu interpretação bastante restritiva, por considerar que as balizas para a tomada de decisão responsável nessa seara são abertas e indefinidas (*Collins v. Harker Heights*) (ESTADOS UNIDOS, 1992). No mesmo julgamento, lembrou-se que o devido processo legal não impõe obrigações positivas ao Estado.

³⁷ A adolescente foi representada na ação pelo *Center for Human Rights and Constitutional Law*, fundação privada dedicada à proteção dos direitos humanos, civis e constitucionais de imigrantes, refugiados, crianças, presos e pessoas pobres (disponível em: <<https://www.centerforhumanrights.org>>. Acesso em: 25 maio 2018.).

É possível dizer que, no sistema norte-americano, não se garante um remédio para toda e qualquer violação do texto constitucional. O que se persegue é a adoção de parâmetros e incentivos para que o governo, ordinariamente, mantenha-se nos limites da lei (FALLON JUNIOR, 1993, p. 311).

Em linhas gerais, a Suprema Corte adota um posicionamento de autocontenção, presumindo a validade dos atos governamentais, exceto quando violam um precedente ou (o que torna a tarefa mais tormentosa) quando se infere que a escolha impugnada diverge da moral compartilhada pela grande maioria da sociedade (FALLON JUNIOR, 1993, p. 320).

Retornando ao precedente *Reno v. Flores* (ESTADOS UNIDOS, 1993), é indiscutível a influência do originalismo³⁸ constitucional e do receio das práticas de ativismo judicial, que nortearam as decisões do falecido juiz Antonin Scalia e moldaram o que pode ser considerado o atual paradigma acerca da matéria na Suprema Corte norte-americana. No caso concreto em comento, o juiz Scalia afastou o argumento de que a questão constitucional controvertida seria o direito à liberdade contra a contenção física efetivada pelo Estado contra a adolescente. Segundo Scalia, a matéria realmente debatida pela Corte seria o direito de uma criança (sem a presença dos pais ou parente próximo) ser colocada sob a tutela do Estado ou sob os cuidados de um terceiro, bem-intencionado, custodiante.

Em seu voto, que se traduziu na opinião da Corte, Scalia observou que qualquer criança está sempre sob uma forma de custódia e que, no caso específico de *Flores*, não havia restrição física na forma de celas, correntes ou grilhões. Assim, a forma de detenção promovida pelo Estado não violaria qualquer direito fundamental da adolescente, um direito enraizado nas tradições e na consciência do povo norte-americano.

A Corte, portanto, decidiu que não se discutia um direito fundamental no caso concreto, dando liberdade de ação ao órgão estatal para definir a melhor forma de custódia da adolescente. Ou seja, a regulamentação estatal prevaleceria sobre a liberdade individual da menor nessa determinada circunstância.

³⁸ Originalismo é nome que se dá à teoria que perquire na intenção dos “pais fundadores” a chave para interpretação dos dispositivos constitucionais norte-americanos. A interpretação, portanto, dá-se em razão dos critérios do tempo em que a Constituição foi editada e não sob os parâmetros morais contemporâneos.

Em que pese vencida, a opinião declinada no voto divergente do juiz Stevens ajuda a demonstrar o âmbito de indefinição da cláusula do devido processo substantivo. No caso Flores, Stevens decidiu que, ainda que consideradas as boas condições de custódia a que estava submetida a adolescente, a agência responsável tinha o dever de minimizar seus custos administrativos, sendo inadequada a detenção de uma criança inofensiva, quando havia outros meios de custódia válida à disposição do Estado.

Stevens concluiu que a adolescente detinha proteção constitucional contra o confinamento institucional; o que se extrairia do núcleo da cláusula do devido processo legal. Em sua visão, o direito em questão não seria a mera definição do custodiante adequado, mas a garantia de que a criança não deveria sequer ser objeto de confinamento institucional (e o ônus da prova da necessidade desta custódia extraordinária recairia sob o Estado).

Em um resumo histórico, pode-se dizer que a cláusula do devido processo substantivo se divide em três momentos distintos na jurisprudência norte-americana. São eles: a ascensão e consolidação, do fim do século XIX até a década de 1930; o seu declínio vertiginoso ao fim da década de 1930; seu renascimento na Corte de Earl Warren, na década de 1950 (BARROSO, 2012).

O ápice da aplicação do devido processo legal substantivo se deu nos precedentes *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*, assim anotados por Luís Roberto Barroso (2012, p. 222-223), em sede doutrinária:

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez.

A dificuldade de aferição dos critérios de interpretação utilizados pela Suprema Corte norte-americana na definição do alcance de cláusulas de estatura constitucional revela o motivo da aceitação do realismo jurídico naquele sistema. O realismo jurídico é um movimento intelectual que se popularizou internacionalmente no início do século XX (LOPES, 2004, p. 300). Certo olhar cético problematizava como

os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Os magistrados, nesse cenário, decidem de acordo com seus próprios ideais e critérios de justiça moral, e não conforme regras gerais abstratas que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam mais aos fatos (*factresponsives*) do que às leis (*ruleresponsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente (GODOY, 2013, p. 14).

Os realismos escandinavo e norte-americano são considerados as fontes das primeiras manifestações pragmaticistas na ciência do Direito (STRECK, 2011, p. 325). Um dos precursores do realismo jurídico escandinavo, Alf Ross (2003), propõe a comparação entre um jogo de xadrez e o ordenamento jurídico. Ambos exigem coerência interna e respeito às regras do jogo. Um observador externo, desconhecedor das regras, não entenderia o xadrez. Mas ao conhecer previamente as normas, os movimentos dos jogadores passam a ter sentido e coerência. Nesse cenário, enquanto a teoria do jogo de xadrez busca revelar esquemas táticos para vencer a partida, a regra do xadrez disciplina “como deve ser jogado o jogo” (ROSS, 2003, p. 37).

No Direito, as regras do jogo são as socialmente obrigatórias, cujo descumprimento culmina no protesto do “adversário”. O movimento equivocado de peças causa espanto. A ação fora da regra de conduta na vida social gera reclamação imediata (THIBAU; BRANT, 2016).

Para Ross (2003), a validade da norma se dá quando psicologicamente aceita como obrigatória, enquanto a eficácia depende de sua aplicação pelos juízes. O sentido da norma, portanto, é dado apenas na decisão judicial (positivismo fático) (STRECK, 2011, p. 63).

Atualmente, o pragmatismo pode ser identificado na postura que confere protagonismo ao Judiciário (ativismo judicial), permitindo que o juiz resolva os casos que lhe são apresentados segundo argumentos finalísticos, ainda que desconsiderando a produção democrática do Direito. Em outras palavras, é a descrição do fenômeno (comumente repetido) de que o Direito seria aquilo que é dito pelos Tribunais. Nessa perspectiva, mais do que o garantia de sucesso em uma demanda judicial, o Direito traduzir-se-ia na procedência de uma pretensão judicial perante a corte mais elevada de determinado país (WALUCHOW, 1994, p. 54). Para Jeremy Waldron (2006), o poder de revisão judicial dos atos estatais implica dizer que as cortes supremas são o árbitro final que decidem seu próprio poder constitucional.

Esse é o quadro de dificuldade intrínseca de aplicação da cláusula do devido processo legal substantivo. A correção de atos estatais, mesmo os legislativos, é comumente necessária para se adequar o caso concreto a parâmetros mínimos de direitos fundamentais. Por outro lado, o *judicial review* é intrinsecamente problemático como instrumento democrático, por substituir a vontade dos parlamentares eleitos pela opinião dos juízes. E o produto das decisões judiciais não pode ser corrigido pelo processo democrático legislativo ordinário (ELY, 1980, p. 4), o que também é fonte de instabilidade no sistema.

5 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na ciência do Direito, os princípios são definidos “como espécie de normas jurídicas que prescrevem conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humana” (ÁVILA, 1999, p. 166). Para Lenio Streck, os princípios “instituem o mundo prático no direito” e impõem ao juiz o dever de decidir de forma correta, visto que possibilitam um “fechamento interpretativo” contra a discricionariedade judicial (STRECK, 2011, p. 57).

Os princípios “estabelecem fins a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios que devem ser escolhidos” (ÁVILA, 1999, p. 163). Nesse aspecto, diferenciam-se das cláusulas gerais, conforme conceituação de Judith Martins Costa (1991, p. 21):

Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial a medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz “a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controladas apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”.

No contexto desta pesquisa, é empregada a expressão cláusula como tradução do inglês da expressão *due process clause*, ou cláusula do devido processo legal. Nesse sentido, trata-se de um sinônimo de princípio³⁹ e não se confunde com as cláusulas gerais afetas ao estudo do Direito civil.

Definida a questão semântica, observa-se que a primeira Constituição brasileira a consagrar expressamente o princípio do devido processo legal foi a promulgada em 1988. Apesar disso, da origem histórica desse princípio já podia depreender-se a noção de que se trata do “poder do povo de fazer leis e ao dever de todos de respeitá-las” (RAMOS, 2007, p. 103). Antes da vigência do texto constitucional de 1988, “prevaleceu, na doutrina e jurisprudência, a visão formalística do princípio” (RAMOS, 2007, p. 108), o que será objeto de detalhamento adiante.

³⁹ As expressões “cláusula do devido processo legal” e “princípio do devido processo legal” são utilizadas como equivalentes na doutrina brasileira (STRECK, 2011, p. 86, 249).

5.1 O devido processo legal procedimental

Apesar de a Constituição do Império de 1824 não reproduzir a cláusula já existente na Constituição norte-americana, é possível extrair do texto brasileiro do século XIX algumas garantias de natureza processual. Nesse aspecto, destaca-se a vedação de prisão sem culpa formada (exceto nas hipóteses legais) no artigo 179, VIII; a necessidade de ordem escrita, à exceção do flagrante, para execução de prisão no artigo 179, X; a garantia de lei anterior prévia e da sentença proferida por autoridade competente (art. 179, XI) (BRASIL, 1824).

A esse respeito, já destacava José Antônio Pimenta Bueno (1857, p. 416):

Não é possível contar com liberdade, nem segurança alguma, desde que o homem possa ser julgado em virtude de leis *ex post facto*, ou que tenham efeito retroativo, ou que imponham penas arbitrárias, o que tudo vale o mesmo.

Semelhantemente, nenhuma segurança ou imparcialidade pode ser esperada de juízes de comissão, cuja escolha por si mesma já é suspeita.

O processo, sua forma e garantias devem também anteceder e não suceder aos fatos, por isso que importam muito à sorte dos indiciados.

Estas garantias são ao mesmo tempo base fundamentais do poder judicial, e tão valiosas que bem demonstram a importância e proteção que a ordem judiciária ministra aos cidadãos quando ela é bem organizada e independente (ortografia atualizada).

Conforme se extrai do trecho transcrito, a doutrina já se referia aos dispositivos como garantias do cidadão em relação ao Estado, anotando a importância de sua eficácia para a existência de um procedimento justo.

A Constituição de 1891, em seu artigo 72, §16, inovou ao erigir na cláusula constitucional o princípio da “plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”. Cuida-se de inequívoca inspiração liberal que influenciou o nascedouro na República recém-proclamada no Brasil.

Já na era Vargas, a Constituição de 1934 manteve a garantia da ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes (artigo 113, §24).⁴⁰ Daí afirmar a doutrina que, desde o tempo do Império, o Brasil já ostentava garantias de índole

⁴⁰ “Art. 113, 24 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (BRASIL, 1934).

constitucional relativas à justiça penal; embora ainda inexistente previsão equivalente quanto ao processo civil (MARQUES, 1979, p. 101).⁴¹

A situação quanto ao processo civil foi adequada com a inafastabilidade de jurisdição primordialmente descrita no artigo 141, §4º,⁴² da Constituição da República de 1946.

Nessa esteira, a Constituição de 1967 bem como a Emenda Constitucional nº 1/69 previam implicitamente o princípio do devido processo legal como garantia de um Judiciário imparcial, com a incumbência de dar a cada um o que lhe é devido (MARQUES, 1979, p. 103).

A Constituição da República de 1988 reproduziu literalmente o texto da Constituição norte-americana no inciso LIV do artigo 5º: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). O direito erigido à estatura de garantia fundamental abrange, portanto, a imposição de um processo (ou procedimento) que tenha expressa previsão legal. E é a invocação à tradição norte-americana que permite conceber a Constituição como moldura do pacto social, garantindo aos cidadãos autonomia e liberdade diante dos poderes estatais. É também dessa história constitucional que se extrai o poder de revisão dos atos legislativos pelo Judiciário; mais uma vez exurgindo a ideia de limite contra arbitrariedades e abuso de poder.

Dando concretude ao princípio, na perspectiva de que cabe ao Poder Judiciário interpretar o significado da expressão “devido processo legal”, o Supremo Tribunal Federal brasileiro invocou a cláusula constitucional em julgamentos relevantes para dimensionar o atual espectro de aplicação do princípio. No julgamento do HC 87.926 (BRASIL, 2008), o STF decidiu que a sustentação oral da acusação deve preceder à manifestação da defesa, circunstância que se extrai da cláusula do devido processo legal a exigir a estrita observância do procedimento especificado em lei.

⁴¹ Note-se que, no contexto do processo coletivo em sentido amplo, a Constituição da República de 1934 foi pioneira ao instituir a ação popular, conferindo legitimidade ativa a qualquer cidadão “para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934).

⁴² “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946).

Ao examinar a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o Supremo invocou a cláusula do devido processo legal, que assegura ao cidadão a defesa em juízo de sua liberdade, segundo a forma estabelecida em lei (BRASIL, 2000).

Daí se conclui que, num primeiro aspecto, o Supremo Tribunal Federal acompanhou os precedentes da Corte Suprema norte-americana, ao definir que o direito fundamental ao devido processo pressupõe a observância estrita de procedimentos previamente aprovados pelo Legislativo.

5.2 O devido processo legal substancial

A garantia procedimental é instintivamente extraída da cláusula do devido processo legal. Mas, para dizer o direito segundo um processo justo, é indispensável que o procedimento criado pelo Legislativo seja, também ele, justo (CANOTILHO, 2003, p. 493). Por isso a necessidade de superação da mera teoria procedimental (ou processual) que toma como preenchido o requisito do devido processo legal (ou processo justo) o mero cumprimento das balizas impostas pelo legislador. Surge, por isso, a teoria substantiva, bem definida por Canotilho (2003, p. 494):

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Essa última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo (grifos do autor).

Significa dizer que a questão ultrapassa o mero exercício de conformidade entre o procedimento legalmente previsto e aquele adotado no caso concreto. Isso porque a própria lei estritamente cumprida pode conter uma “injustiça” que contamine o procedimento por ela regulado. Por isso a atuação judicial não deve se limitar a declarar a reconhecer a existência de um procedimento válido, sendo obrigatório o controle quanto ao carácter justo ou equitativo do processo (CANOTILHO, 2003, p. 494-495).

Mais, o progressivo reconhecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991) e a evidência de que a interpretação é historicamente condicionada pela realidade e contemporaneidade (BARROSO, 2009) conduziram ao reconhecimento da possibilidade de aplicação direta da cláusula constitucional do devido processo legal independentemente de intermediação legislativa (ÁVILA, 2012). Exemplificando: já em 1993, menos de cinco anos após a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no AI 142.847 (BRASIL, 1993), que a ampla defesa se dá nas circunstâncias estabelecidas pela lei (o que conduz à tradicional aceção do devido processo legal procedimental). Além disso, avançou o Tribunal ao assinalar a hipótese de a própria lei inviabilizar a efetivação da garantia (o que seria remediado pela revisão jurisdicional).

Também no exame do MS 24.268 (BRASIL, 2004), o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de processo administrativo do Tribunal de Contas da União, destacou que o “exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica”. Significa dizer que o devido processo legal não se dá por satisfeito tão somente pela oitiva do interessado, mas pelo exame de seus argumentos pelo órgão julgador.

Ao julgar a medida cautelar na ADI 1.063 (BRASIL, 2001), o STF diferenciou o devido processo legal em suas dimensões formal e substancial. Enquanto o aspecto formal se conforma com o atendimento a questões de rito, o aspecto material protege o cidadão contra qualquer legislação opressiva “ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”.

Mais recentemente, no julgamento da medida cautelar, na ADPF 378 (BRASIL, 2016), que estabeleceu o rito do processo de impedimento do presidente da República perante o Congresso Nacional, o STF sedimentou o entendimento de que o processo é meio de concretização de ideais democráticos, o que perpassa pela necessidade de viabilização de um processo justo, que observe as garantias dos litigantes. Com esse fundamento, o Tribunal garantiu a participação do presidente da República, após o exercício da acusação, em toda a atividade probatória (ainda que omissa a lei quanto a esse aspecto procedimental).

Essa identificação entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o devido processo legal substantivo é bastante difundida nos precedentes da Corte Suprema brasileira. No voto condutor proferido no julgamento

da IF 2.915 (BRASIL, 2003), o ministro Gilmar Mendes apresentou como sinônimos o princípio da proporcionalidade, o princípio do devido processo legal em sentido substantivo e o princípio da proibição de excesso.⁴³

Nesse contexto, o devido processo legal substantivo estabeleceria uma proibição de excesso na restrição a direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade determinaria o limite da restrição legítima de um direito erigido à categoria de fundamental.

A jurisprudência brasileira foi influenciada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, pioneiro na utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle de leis restritivas de direitos fundamentais (SILVA, 2002). Adverte, porém, a doutrina que o conceito, na origem alemã, não é simplesmente de verificação da razoabilidade dos atos (ou do exame entre meio e fim). Anota Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 30-31):

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação [...].

Alerta-se que é necessário evitar que os conceitos fluidos de proporcionalidade e razoabilidade se tornem “enunciados performativos” (STRECK, 2011, p. 55), sob pena de aderir ao desenfreado ativismo judicial de um realismo à brasileira.

A recente Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para proibir, em seu artigo 20, que a autoridade decida, inclusive em processos judiciais, “com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 2018b).

Na tentativa de fixar padrões objetivos de aferição da razoabilidade dos atos do Poder Público, propõe-se um exame inicial de razoabilidade interna e externa em relação à lei. Na razoabilidade interna, afere-se a adequação racional e

⁴³ “O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do processo legal em sentido substantivo, ou ainda princípio da proibição de excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos” (BRASIL, 2003, p. 179).

proporcional entre os motivos, meios e fins da norma (incluindo-se a razoabilidade técnica). Na externa, busca-se avaliar a adequação entre a lei e os valores implícitos ou explícitos do texto constitucional (BARROSO, 2012, p. 207-210).

Em síntese, pode-se resumir:

A doutrina tanto lusitana quanto brasileira - que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos (BARROSO, 2012, p. 209).

Também Streck (2011, p. 536) leciona que a proporcionalidade não pode ser invocada como resposta rápida para solucionar casos não acobertados por outros princípios jurídicos. Ao contrário, deve estar presente em todo o processo de aplicação do direito. Vale dizer: toda decisão deve ser justa e razoável. Em outras palavras:

O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição, porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*); ou a lei poderá ser inconstitucional, porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermissverbot*. Não há um *locus privilegiado* para a aplicação da “devida/necessária proporcionalidade”. Necessariamente, ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermissverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, *ad hoc*, exsurta a (des)proporcionalidade. Isso implica afirmar que o “princípio da proporcionalidade” não é instrumento para decisionismos [...] (STRECK, 2011, p. 536).

A integridade mencionada por Streck deve ser entendida como uma virtude política não tradicional, ao lado das já conhecidas justiça e devido processo legal. A integridade no Direito obriga o juiz a dar continuidade ao “romance em cadeia”, pressupondo a criação da norma concreta como prolongamento natural das construções já realizadas nos precedentes. Há foco no caso concreto, com base naquilo já decidido pela comunidade jurídica no passado e sempre com o objetivo de manter a integridade para o futuro (DWORKIN, 2007).

Na criação e aplicação da jurisprudência, pois, o Judiciário deve se ater não apenas aos procedimentos adequados de restrições a direitos fundamentais como também às decisões pretéritas e sua base axiológica e argumentativa. É o que defende Thomas da Rosa Bustamante (2012, p. 541):

É pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada. Nesse “Constitucionalismo Discursivo”, na linguagem de Alexy, a técnica do precedente é considerada um importante aspecto da racionalidade prática, haja vista que a exigência de considerar as decisões anteriores encontra fundamento não mais apenas em fatores institucionais, mas também em fatores extrainstitucionais (intrinsecamente racionais), que são tão importantes como os primeiros.

Como se observa, na aplicação do devido processo legal substancial, há evidente distinção entre o modelo norte-americano e modelo germânico-lusitano-brasileiro. Neste, houve a tentativa de definição objetiva de um sistema processual considerado justo, abrindo-se para a experiência alemã de postulados de razoabilidade e proporcionalidade já testados pela jurisprudência. Naquele, também pelas consequências de uma Constituição sintética (DAVID, 2014), a utilização de conceitos vagos pela Suprema Corte norte-americana torna mais flexível e indeterminado o conceito de *substantive due process of law*.

Por isso, a doutrina alemã já fala explicitamente na existência de um verdadeiro positivismo do Tribunal Constitucional. Sua interpretação se sobrepõe à própria legislação constitucional e aos poderes do constituinte. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, que detém a última palavra, sob o pretexto de concretizar a Constituição, transmutou-se em poder soberano; ao mesmo tempo em que reduziu a importância do legislador constitucional (JESTAEDT, 2008, p. 289-290).

A possibilidade de conferir ao Judiciário o poder para a criação de regras nos denominados casos difíceis (*hard cases*) é também criticada por Dworkin (2006, p. 57), que enxerga, em tais situações, uma hipótese de aplicação retroativa da lei, o que fere o sistema democrático, visto que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo em função própria e exclusiva do Poder Legislativo.

A aplicação, portanto, do princípio do devido processo legal substancial como parâmetro de interpretação válido depende da utilização de balizas sólidas, que

permitam a manutenção da integridade do direito, conferindo ao Poder Judiciário limites claros de atuação. A cláusula do devido processo legal substancial não é fonte de inspiração para o ativismo judicial, mas para a consolidação da força normativa do texto constitucional e da deferência dos demais poderes aos comandos do legislador constitucional.

6 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

O emprego da palavra “representação”, no âmbito do Direito brasileiro, é polissêmico. No Direito civil, denomina-se representação a relação jurídica em que determinada pessoa se obriga diretamente perante um terceiro, por meio de ato praticado em seu nome por um representante. Na precisa conceituação de Arnaldo Rizzardo (2005, p. 431):

Representar significa estar no lugar de alguém, substituir uma pessoa, fazer o papel que lhe incumbia, projetar a sua vontade em uma relação jurídica. Envolve a noção de substituição da manifestação da vontade. Nesta visão, o ato de vontade de alguém que deve figurar na celebração de um negócio é expressado por uma pessoa distinta da que o celebra.

A representação no âmbito do processo civil, por sua vez, é disciplinada no artigo 18 do CPC/2015 e definida como a possibilidade de defender, nome do outro, direito alheio. O representante processual age em nome de terceiro, mas não é parte.

No âmbito processo civil, por meio da representação convencional, “são os próprios titulares da relação jurídica material que figuram na relação jurídica processual” (THIBAU; SILVA, 2018, p. 180).

Já no processo coletivo, o representante adequado não é propriamente um representante dos titulares do direito, mas um porta-voz (GIDI, 2007, p. 100) dos membros da classe ou, nos dizeres de Barbosa Moreira (1984b, p. 203), atua como “intérprete, em nome próprio, das pretensões de cada um deles”.

Por isso, Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira (2010) propõem a terminologia “atuação”, a fim de evitar confusões à representação processual convencional. Pela mesma razão, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2017, p. 207) sugerem a utilização da expressão legitimação adequada. No Projeto de Lei nº 3.034/1984, denominado Projeto Bierrenbach, previa-se a adoção de outra opção: representatividade adequada.⁴⁴

⁴⁴ “Art. 2.º - No processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com os poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como: I - estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil; II - incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos.

Parágrafo único. Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal (art. 29 CPP)” (BRASIL, 1984).

Na justificativa do mencionado Projeto de Lei, já se evidenciava a clara inspiração do modelo norte-americana e a preocupação com o controle contra abusos por parte dos legitimados ativos:

Buscaram-se na experiência estrangeira alguns parâmetros para a legitimação das associações às ações cíveis: assim se fez com o conceito de “representatividade adequada” das “class actions” do direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz (Federal Rules of Civil Procedure de 1966, nº 23), mas fixando na disciplina legislativa as condições para avaliá-las. Desse modo, acompanhando o modelo francês da Lei Royer, de 27.12.1973, a seriedade das associações é medida por sua existência jurídica há pelo menos seis meses e por seus objetivos institucionais (arts. 45 e 46 da Lei Royer, c/c Decreto de 17.05.1974), estendendo-se, ainda, a legitimação às pessoas jurídicas de direito público e a suas emanções. Mas foi na lei brasileira da ação popular (Lei nº 4.717, de 29.06.1965) que se buscou inspiração para uma série de controles contra os riscos decorrentes de abusos: a intervenção sempre obrigatória do Ministério Público, na qualidade de autor, só ou ao lado da associação ou do ente público, ou bem na qualidade de “custos legis”; o litisconsórcio, inclusive por parte do poder público, quer no polo ativo, quer no passivo, com a possibilidade de outras associações e o Ministério Público interporem recursos de decisões e tomarem a posição de autor, na hipótese de desistência e abandono da causa; a possibilidade de promoção da execução pelo Ministério Público e por outras associações legitimadas, no caso de inércia da associação autora; o desestímulo à lide temerária, com rigorosas sanções aplicáveis aos diretores; e a inteligente disciplina da coisa julgada “secundum eventum litis”. Pretendeu-se, com isso, acautelar as partes e a coletividade contra possíveis pressões e contra o conluio. Em contrapartida, para não desestimular o exercício da ação, excepcionou-se ao princípio da antecipação das custas processuais e dos salários de perito e se atenuou o ônus da sucumbência, restrita ao pagamento dos honorários advocatícios, desvinculados do valor da causa, apenas na hipótese de a pretensão ser julgada manifestamente infundada. Foi prevista a requisição de documentos ao poder público. E a suspensividade dos recursos, a critério do juiz, pareceu medida que se impunha, em um processo renovado (BRASIL, 1984).

A divergência terminológica não impede o estudo do conceito da representação adequada e da sua aplicabilidade no sistema processual brasileiro.

Ainda no contexto histórico, a rejeição do Projeto Bierrenbach (BRASIL, 1984) deu azo a uma interpretação inicial no sentido de que a representação adequada teria sido expurgada do sistema brasileiro, ficando o juiz adstrito unicamente aos critérios objetivos fixados na Lei nº 7.347/85 (DINAMARCO, 2001).

Nesse contexto, verificou-se verdadeiro dissenso doutrinário no Brasil sobre a forma de controle da representação adequada: se decorre do juízo abstrato do legislador (controle *ope legis*) ou se os requisitos devem ser avaliados pelo juiz no caso concreto (controle *ope judicis*).

Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery (2004) e Gregório Assagra de Almeida (2010) são os expoentes da teoria que, com base na leitura da

legislação ordinária, defende que a aferição da legitimidade ativa é abstrata e antecipadamente realizada pelo próprio legislador (*ope legis*). Para Assagra, a presunção de legitimidade é relativa, cabendo o controle pelo juiz no caso concreto (ALMEIDA, 2007, p. 137).

Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 927), superando entendimento sufragado em edições anteriores, pondera que a análise do requisito da representatividade adequado pelo juiz “não é proibida, mas antes é recomendada pelo sistema, *de lege lata* [...]”, ou seja, dispensa inovação legislativa.

Além de Ada Pellegrini Grinover, invoca-se a doutrina de Pedro Lenza (2008) e Antonio Gidi (2008) como principais defensores do controle realizado no caso concreto pelo juiz, sendo certo que este último critica o uso das expressões *ope legis* e *ope judicis* como “verdadeiro modismo [...] fruto de uma interpretação equivocada das *class actions* americanas” (GIDI, 2008, p. 87). Vale dizer: uma importação inadequada da terminologia utilizada nos Estados Unidos.

De fato, os ecos da tendência moderna que propugna por uma participação mais ativa do juiz na condução do processo ressoam também nos conflitos de massa e impõem que o magistrado não autorize o processamento de uma ação coletiva quando não preenchido o requisito da representação adequada (LENZA, 2008). É nessa perspectiva que se propõe o reconhecimento da capacidade para figurar como parte no polo ativo no processo coletivo mediante análise não só da legitimação legalmente estabelecida (critério abstrato) como também da representação adequada (aferida no caso concreto).

O exame da legitimação ativa pressupõe a análise de questões objetivas já definidas pelo legislador, com base em critérios gerais e abstratos. Tais questões são, evidentemente, sujeitas a controle judicial, dentro dos parâmetros estabelecidos pela própria legislação. Exemplificando, pode o juiz afastar o requisito temporal na definição da legitimidade ativa das associações.⁴⁵

⁴⁵ “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; [...]

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (BRASIL, 1985).

A representação adequada, por sua vez, é um conceito importado pela doutrina brasileira, com origem no sistema jurídico norte-americano, que impõe ao representante das *class actions* o dever de “proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe” (BARROSO, 2007, p. 49). Como as denominadas *class actions* são ações em que se representam membros ausentes da classe, o representante adequado é “cola” que mantém a classe unida e assegura o cumprimento do devido processo legal (KLONOFF, 2013, p. 780).

Não por acaso, o requisito é tido como o mais importante para a certificação de uma ação coletiva no sistema norte-americano. Nas palavras de Antonio Gidi (2007, p. 99):

O quarto e último requisito previsto na Rule 23 (a) para que uma ação seja aceita como coletiva é que o candidato a representante proteja adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo em juízo. Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada.

Esse é, sem dúvida, o requisito mais importante a ser avaliado pelo juiz, tanto do ponto de vista teórico, como prático.

No sistema norte-americano, busca-se assegurar que os autores das ações de grupo ostentem condições que garantam a representação adequada dos membros ausentes, de modo a permitir que a defesa dos interesses seja feita de maneira vigorosa, eficiente e com rigor técnico. Por meio da representação adequada, atingem-se três resultados importantes: “Minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os interesses dos membros ausentes” (GIDI, 2007, p. 100). A necessidade de um escrutínio judicial cuidadoso acerca das condições do representante do grupo é tão importante que o juiz tem a obrigação de realizar o controle, de ofício, ainda que não haja impugnação específica pela parte contrária (KLONOFF, 2013, p. 780).

Na realidade brasileira, como visto, discute-se primordialmente se o requisito pode ser exigido nas ações coletivas nacionais ou se a legitimação ativa já conferida pelo legislador seria suficiente para presumir que o legitimado ostenta as condições adequadas para representar os direitos coletivos dos membros ausentes,

ou seja, daqueles que não figuram como parte na ação coletiva. Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, há precedente do ministro Luiz Fux em mandado de segurança coletivo, em que se considerou a representação adequada como verdadeiro pré-requisito das *class actions* – RMS 20.654 (BRASIL, 2007).

Em *obiter dictum* no julgamento do RE 733.433/MG (BRASIL, 2016b), o ministro Dias Toffoli fez referência à expressão “representatividade adequada”, identificando-a como um “elemento essencial para a identificação da legitimidade” (BRASIL, 2016b, p. 29), por dela dependerem os efeitos da coisa julgada.

Na concepção do ministro, o sistema brasileiro adotou o modelo *ope legis* qualificado, cujos contornos foram assim delineados:

Por isso, mostra-se correta a afirmação de que o sistema processual coletivo brasileiro adotou o modelo **ope legis qualificado** relativamente à legitimação ativa nas ações transindividuais, uma vez que não afastou o controle judicial da representatividade adequada, tendo em vista que o controle **ope legis puro** se mostra insuficiente para evitar abusos e ineficácias no que tange ao resguardo, principalmente, dos direitos fundamentais dos cidadãos, dos interessados. [...] Ada Pellegrini Grinover sustenta, inclusive, que a possibilidade de controle jurisdicional do requisito da pré-constituição da associação importa em verdadeira exteriorização da representatividade adequada e que esse controle, no caso concreto, é um dever-poder do magistrado exercido na análise da legitimidade ativa do ente legitimado (BRASIL, 2016b, p. 30, grifos do autor).

Em síntese: há relevante divergência conceitual quanto à possibilidade de aplicação do conceito de representação adequada no modelo de processos coletivos brasileiro. Evidentemente, não se deve adotar uma ou outra corrente doutrinária em razão de seus expoentes ou da quantidade de seus defensores. Com isso em mente, opta-se nessa pesquisa pela interpretação que viabiliza o controle judicial, seja pela possibilidade de apresentar soluções mais adequadas a casos concretos, seja pela própria aplicação do princípio do devido processo legal.

A incidência da cláusula do devido processo legal como vetor de interpretação para a aplicação do conceito de representação adequada no sistema jurídico brasileiro foi invocada por Antonio Gidi (2007, p. 99-100) como suficiente para justificar a importação do requisito à realidade brasileira. Busca-se, agora, refletir sobre a veracidade de tal afirmação, concretizando-a de forma pormenorizada.

6.1 A representação adequada como corolário do devido processo legal substantivo

Apresentado o histórico e o conceito doutrinário e jurisprudencial da cláusula do devido processo legal em suas dimensões procedimental e substantiva, passa-se ao exame da conformação entre esse princípio de estatura constitucional e o controle judicial da representação adequada nos processos coletivos brasileiros.

Rodolfo de Camargos Mancuso (2012, p. 298-314) apresenta as linhas gerais daquilo que se convencionou denominar “devido processo legal coletivo”. O autor enumera os motivos que justificam a resistência ideológica⁴⁶ ao modelo de processo denominado coletivo: a efetiva representatividade do chamado “autor ideológico”; a extensão dos efeitos da coisa julgada “extra-autos”; a situação dos indivíduos ausentes, cujo interesse pode ser judicializado sem sua efetiva participação no processo (MANCUSO, 2012, p. 298). Esses empecilhos são superados apenas com uma compreensão mais adequada da cláusula do devido processo legal, ajustando-a às singularidades “do ambiente processual coletivo, onde o efetivo implemento de novas categorias e institutos deve fazer-se em paralelo a uma mudança de mentalidade [...]” (MANCUSO, 2012, p. 298-299).

Em uma análise histórica do *due process of law* nos Estados Unidos, Mancuso (2012, p. 301-302) alerta que o escopo da cláusula do devido processo legal vai além do contraditório e da ampla defesa, mas que o direito a ser ouvido e de ter a audiência perante o Juízo competente é temperado nas lides coletivas. O que se garante ao indivíduo, nas *class actions*, é o direito de aderir (ou não) à demanda coletiva, sendo inexigível, porque inviável, a presença de todos os sujeitos “concernentes ao objeto litigioso”. Significa dizer que a concepção individualista de processo (e também da leitura que se faz da cláusula do devido processo legal procedimental) deve ceder às exigências de ordem prática que norteiam o processo coletivo.

Daí a relevância da proposta de Gidi (2002), que já alertava para a distinção entre a interpretação da cláusula do devido processo legal no modelo individual e

⁴⁶ Há forte resistência ao modelo de processo coletivo, no Brasil e alhures, em razão das vantagens trazidas aos litigantes eventuais, que se igualam, na perspectiva processual, aos litigantes habituais (economicamente mais poderosos e, por isso, capazes de impor empecilhos à implantação e ampliação dos processos de massa) (GALANTER, 1974, p. 97).

coletivo. Dada a pertinência da citação, que será ponto de partida para o enfoque dado às questões subseqüentes, é necessária a transcrição da conclusão:

Se levado às últimas conseqüências, 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, o *devido processo legal coletivo*. Através desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar 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*.

Não somente no direito americano, portanto, mas também no direito brasileiro, não há que se falar em “representante inadequado”. Trata-se de uma contradição em termos. Todo representante é, por definição, adequado. Caso contrário, não houve representação legítima (GIDI, 2002, p. 69-70, grifos do autor).

No texto transcrito, são definidas duas premissas importantes: a primeira de que existe um devido processo legal coletivo, que se distingue da concepção individualista, tendo em vista às necessidades inerentes à representação de membros ausentes. Da segunda premissa extrai-se a conclusão de que, dada a impossibilidade fática da existência de um representante inadequado, o devido processo legal exige a representação denominada adequada dos membros ausentes.

Pretende-se demonstrar, avançando na interpretação do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro e tomando como pressuposto uma questão fática que se apresenta, insuperável, a impossibilidade momentânea de avanço legislativo na disciplina do direito processual coletivo. Explica-se: em 9 de dezembro de 2008, por meio da Portaria nº 2.481 (BRASIL, 2008), o Ministério da Justiça designou uma comissão especial com o objetivo de modernizar a legislação material e processual afeta aos direitos coletivos. A comissão foi composta por Rogério Favreto, Luiz Manoel Gomes Junior, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petronio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidte e Sergio Cruz Arenhart.

Essa comissão apresentou um anteprojeto, posteriormente convertido no Projeto de Lei nº 5.139/2009 (BRASIL, 2009), que estruturava um sistema único coletivo, com o intuito de modernizar o sistema para adequá-lo à realidade contemporânea. Entretanto houve a rejeição do projeto, ainda na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, o que se deu por razões de mérito, mais especificamente porque a maioria dos parlamentares desse órgão colegiado concluiu que a proposta criaria mais insegurança jurídica e fomentaria a proliferação de ações coletivas. É interessante notar que, no voto vencedor, o parecer faz menção expressamente à ausência de garantia de que os interesses defendidos em juízo estariam sendo “bem representados” (BRASIL, 2009). Desde abril de 2010, não há qualquer movimentação no projeto, em que foi apresentado recurso para deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados.

Por outro lado, mais recentemente, houve resistência para sistematização de um modelo coletivo⁴⁷ no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, exatamente para que não enfrentasse a resistência já demonstrada pelo Congresso Nacional na discussão anterior (DANTAS, 2016). No entanto, a restrição aos mecanismos de solução coletiva resulta em soluções heterodoxas que, a pretexto de fomentar a celeridade processual, aviltam direitos individuais e disposições expressas do Código de Processo Civil. Exemplificam-se situações inusitadas que retratam a crítica aqui tecida.

Em sentença proferida na Comarca de Araxá-MG⁴⁸, o Juízo da 3ª Vara Cível reuniu 517 ações indenizatórias individuais para julgamento conjunto. Examinando o relatório da decisão, verificou-se que as petições iniciais imputaram à Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração (CBMM) e à Vale Fertilizantes S/A a responsabilidade pela contaminação das águas da localidade denominada “Barreiro”, fato decorrente do vazamento da barragem de propriedade da CBMM.

⁴⁷ Conforme o ministro Bruno Dantas, a solução “foi dar atenção ao que eu chamei no meu livro de ‘tutela plurindividual’. É aquela tutela que não é nem a individual clássica, do processo de Tício contra Caio, com direito subjetivo, partes muito bem definidas e legitimidade muito bem delimitada, nem aquela tutela para direitos coletivos *strictu sensu*. Entre um e outro, o sistema tinha que ter uma sistemática aplicável para aqueles casos que discutem direitos individuais homogêneos. Portanto, o novo código veio para tratar dessa tutela plurindividual, que é o julgamento de casos repetitivos por meio de dois grandes institutos: o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos especiais e extraordinários. Foi daí que veio a minha tese, porque no Brasil o processo coletivo nunca chegou a ser popular, e os artigos 543-B e 543-C do antigo CPC surgiram dos tribunais” (DANTAS, 2016).

⁴⁸ Processo nº 004009084357-0.

Ao reunir as ações, a decisão invocou a existência de conexão e a necessidade de economia de recursos materiais, apontando inclusive os custos para a impressão das sentenças em cada um dos processos. A medida foi aplaudida pela direção do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.⁴⁹

Veja-se que da simples leitura do relatório, é possível verificar que não há risco de decisões contraditórias. Há risco de decisões divergentes proferidas por juízes distintos (ou incoerência na jurisprudência da Comarca).

De fato, o projeto original do Código de Processo Civil de 2015 pretendia solucionar a questão mediante o processamento simultâneo de demandas repetitivas, por meio da conversão da ação individual em coletiva, mas o dispositivo foi vetado (art. 333), sob o fundamento de que se poderia vulnerar o interesse das partes e o tema mereceria disciplina própria.⁵⁰

O sistema vigente disponibiliza ao juiz apenas a faculdade de oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e os demais legitimados quando se deparar com “diversas demandas individuais repetitivas” (art. 139, X, do CPC/2015).⁵¹ O que se admite, então, é o julgamento da questão mediante instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 979 e seguintes do CPC), mas não o processamento simultâneo de ações individuais semelhantes.

A menção ao caso concreto suprarrelatado justifica-se para demonstrar a necessidade de aprimorar os instrumentos para a solução de causas de repercussão coletiva. No precedente mencionado, a sentença julgou improcedente o pedido, estendendo os efeitos para as outras mais de quinhentas ações, sem que haja notícia da adequação do representante do grupo. Mais, a “ação-piloto” foi escolhida de forma aleatória, tal como consta na própria decisão.

A resistência ao processo coletivo, portanto, não implica sua extinção no cenário jurídico, mas, ao contrário, justifica a necessidade de se pensar em medidas

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/decisao-tomada-em-araxa-sera-replicada-em-517-processos.htm#.WvrPM0xFycx>>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁵⁰ Mensagem de veto nº 56. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁵¹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]”

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva” (BRASIL, 2015a).

corretivas nos casos concretos, com a observância do devido processo legal procedimental.

Atualmente, atenta-se para a crise do modelo de *class action* norte-americano, supondo-se que as críticas ao funcionamento deste se baseariam em fundamentos replicáveis no cenário brasileiro (DANTAS, 2016). Assim, observa-se que o modelo norte-americano, notadamente nas chamadas ações estruturais,⁵² obteve evidente sucesso, o que pode ser comprovado pelo êxito das ações em que se discutiam os direitos civis ainda incipientes nas décadas de 1950 e 1960.

Por isso, questionar os vultosos honorários advocatícios dos escritórios que patrocinam ações coletivas nos Estados Unidos (algumas vezes destoantes do direito material cuja satisfação é pretendida) não justifica a implosão do modelo em um país em desenvolvimento, em que ainda se discutem causas relativas a saneamento básico, educação infantil, trabalho escravo, danos ambientais decorrentes de grandes empreendimentos, falta de recursos no sistema de saúde e no penitenciário, bem como tantos outros problemas que podem afetar as coletividades alijadas do acesso a direitos dessa natureza.

Em outras palavras, é proveitoso antecipar a discussão sobre problemas já vivenciados nos Estados Unidos. É evidente que, se o sistema brasileiro de tutela dos direitos coletivos foi inspirado no modelo das *class actions*, as falhas lá corrigidas podem ser aproveitadas no Brasil. Todavia não se pode descuidar da realidade brasileira e da consolidação de um sistema integrado, ainda em construção, e que não ostenta carga de coercitividade suficiente sequer para transformar demandas potenciais em acordos prévios à judicialização.⁵³

Essas reflexões foram apresentadas porque esta pesquisa parte do pressuposto de que o processo coletivo deve se desenvolver por meio do avanço da interpretação da legislação já existente, visto que não há perspectiva de alteração das

⁵² As *structural injunctions*, também denominadas *prophylactic injunctions*, foram um instrumento concebido no sistema norte-americano para responder a demandas complexas, não lineares, cujos efeitos se propagam muito além das partes litigantes e em uma perspectiva futura. São ações em que se discutem valores caros à sociedade e onde a decisão judicial pode significar um problema maior do que a solução pretendida (ARENHART, 2013).

⁵³ Ao contrário do sistema norte-americano, em que o processo judicial é altamente dispendioso e a derrota dos litigantes provoca expressivas perdas econômicas, o baixo custo da litigância judicial no Brasil fomenta a manutenção reiterada de práticas ilícitas, em temas variados, como defesa do consumidor, efetivação de políticas públicas e até mesmo ações de improbidade administrativa.

regras processuais do sistema de demandas coletivas, no curto prazo, tal como se infere da rejeição integral do Projeto de Lei nº 5.139/2009 (BRASIL, 2009).

E a evolução da interpretação das normas legais já existentes depende da possibilidade de se exigir a representação adequada pelo legitimado ativo, mediante aplicação dos parâmetros de controle de constitucionalidade de normas no sistema difuso, ou seja, no caso concreto. A respeito, confira-se a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 129):

Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Que a lei possa (e deve) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitindo ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo adequadamente cumpridos. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva.

Por isso, para extrair a interpretação da possibilidade de controle judicial da representação adequada no âmbito da tutela coletiva de direitos no Brasil, serão utilizados os diplomas legais já existentes, obviamente filtrados pelo princípio do devido processo legal em suas dimensões procedimental e substantiva, socorrendo-se dos métodos aqui já apresentados por Barroso (2012) e Streck (2011).

Esse o quadro, passa-se ao exame de cada um dos legitimados para o ajuizamento de demandas coletivas, adotando como critério, porque mais abrangente, o rol do artigo 5º da Lei nº 7.347/85.⁵⁴

⁵⁴ “Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

7 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA PELOS ENTES LEGITIMADOS À PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS

Delineados os contornos do instituto da representação adequada no sistema jurídico brasileiro, passa-se ao exame da possibilidade de exigência do requisito em relação aos entes legalmente legitimados ao ajuizamento de ações coletivas. Esse instrumento, quando usado de forma responsável pelos legitimados, é robusto o suficiente para a solução das “ações de massa” desde que seus requisitos sejam devidamente controlados pelo juiz (KLONOFF, 2013, p. 830).

7.1 A representação adequada pelo Ministério Público

Inicia-se o estudo dos legitimados para a propositura de ações coletivas com o Ministério Público (e não por acaso). A estrutura topográfica utilizada pela Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) não é o único indicativo da escolha preferencial do legislador brasileiro pela instituição. Igualmente, a exclusividade no manejo do inquérito civil, meio mais eficiente para a produção de provas pré-processuais, reforça a ideia de que a lei conferiu os meios adequados para a otimização do exercício das atribuições do Ministério Público. Essa precedência para o ajuizamento de demandas coletivas foi confirmada empiricamente nos anos seguintes.

Em recente estudo contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018a) sobre ações coletivas em território nacional, a Sociedade Brasileira de Direito Público demonstrou que, entre os tribunais pesquisados, o Ministério Público figurava como parte na grande maioria das ações. Especificamente em relação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público estadual esteve presente em quase metade das decisões proferidas por esses tribunais superiores.

Quanto à percepção dos juízes ouvidos na pesquisa, observou-se novamente a primazia do Ministério Público, que alcançou índice de 94,4% quanto ao grau de legitimidade⁵⁵ para a propositura de ações coletivas, ao passo que a Defensoria Pública obteve 73,9% e as associações civis, 55,3%.

⁵⁵ A pesquisa esclarece que, a respeito dos legitimados ativos para o ajuizamento de ações coletivas, foi indagada a opinião dos magistrados “sobre sua legitimidade, em termos normativos ideais (a

Segundo a impressão dos magistrados ouvidos, a qualidade da fundamentação apresentada nas ações coletivas também é dissonante. A pesquisa apurou que 82,4% dos juízes consideraram ótima ou boa a atuação do Ministério Público, índice que caiu para 52,8% em relação à Defensoria Pública e 27,5% quando avaliadas as associações civis.

De simples fiscal da lei, o Ministério Público passou a officiar como protagonista nas demandas coletivas. Atualmente, não se questiona o papel da instituição como principal encarregada de promover as ações coletivas, seja pela sua independência funcional e estrutural, seja pelas prerrogativas que a Constituição Federal lhe outorgou.

Evidentemente, esse modelo, que propicia o protagonismo do Ministério Público, nunca esteve imune a críticas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth já alertavam que o Ministério Público (e suas instituições congêneres no sistema de *common law* ou continental)⁵⁶ é incapaz de assumir a defesa dos interesses difusos em sua integralidade, em razão da pressão política a que seus membros estão sujeitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51). Também se rememora que as questões discutidas em processos dessa magnitude muitas vezes exigem qualificação técnica⁵⁷ que extrapolam as ciências jurídicas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52).

De fato, apesar do alto grau de autonomia e independência conferido ao Ministério Público brasileiro pela Constituição de 1988, ainda há influência externa à instituição, tanto no processo de nomeação do Procurador-Geral (da República e da Justiça nos Estados) quanto na aprovação do orçamento e dos subsídios dos membros da carreira.

O contexto histórico atual de combate à corrupção nos altos escalões da República colocou à prova o sistema de garantias da instituição, seja pela tentativa de aprovação de projetos de lei que criminalizam a hermenêutica (projeto de Lei nº 7.596/2017, do Senado Federal), seja pelo congelamento dos subsídios dos membros

despeito do que diz a lei), para o manejo de ações coletivas na defesa de direitos coletivos, bem como a qualidade da fundamentação dessas ações segundo os diferentes atores legitimados" (BRASIL, 2018a, p. 29).

⁵⁶ São exemplos de instituições congêneres o *ombudsman*, de tradição escandinava, o Defensor do Povo, na América Latina, e o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ).

⁵⁷ Os variados temas objeto de ações coletivas exigem conhecimentos no campo da Economia, das Ciências Sociais, da Engenharia, de Medicina, das Ciências Agrárias, entre outros ramos ciência especializada.

do Ministério Público e do Poder Judiciário, em evidente defasagem quando comparados a outras carreiras de Estado.⁵⁸

A situação, longe de se tratar de pauta corporativista, já foi abordada por Alexander Hamilton, em “O Federalista”. Um dos pais fundadores⁵⁹ dos Estados Unidos da América já afirmava, no século XVIII, que dispor dos meios de subsistência de um homem é dispor de sua vontade. E que não seria possível cogitar da real separação entre Legislativo e Judiciário enquanto os recursos financeiros dos juízes dependessem dos parlamentares (HAMILTON; JAY; MADISON, 2006, p. 512).

Em razão desse alerta que remonta ao século XVIII, em 2012, o Tribunal de Apelação para o Circuito Federal dos Estados Unidos argumentou que o Judiciário, como o poder mais frágil da estrutura do Estado, deve ter sua independência protegida e não se colocar sob a tutela de caprichos políticos. Decidiu-se, assim, que o Congresso não poderia bloquear o reajuste dos salários dos juízes, violando a cláusula constitucional da irredutibilidade de vencimentos da magistratura (Beer v. United States) (ESTADOS UNIDOS, 2012). Posteriormente, em 2013, a decisão foi estendida a todos os juízes federais do país, ajustando o salário dos magistrados para incluir os reajustes anteriormente não concedidos pelo Congresso (Barker v. United States) (ESTADOS UNIDOS, 2013).

No Brasil, apesar de cláusula constitucional idêntica à norte-americana (art. 95, III e art. 128, §5º, I da CR/88), é permitido ao Congresso Nacional deixar de conceder reajustes anuais, uma vez que a irredutibilidade consistiria na vedação de redução dos subsídios, mas não de manutenção do valor de acordo com os índices inflacionários – STF, RE 327.621-AgR (BRASIL, 2006).

É fácil perceber, portanto, por que as críticas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth aplicam-se ao modelo brasileiro. A necessidade de constante rediscussão dos vencimentos dos magistrados e dos membros do Ministério Público vulnera a independência funcional pretendida pela Constituição e torna promíscuo o relacionamento entre as cúpulas das carreiras e o vértice do poder político.

⁵⁸ Já recebem subsídios superiores aos do juiz substituto, no âmbito da União, os membros da Defensoria Pública da União (cf. Lei 13.412/2016), os delegados de Polícia Civil nos Estados do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima (cf. MP nº 765/2016), os auditores do TCU (cf. Lei nº 13.320/2016), os consultores e advogados do Senado Federal (cf. Lei nº 13.302/2016).

⁵⁹ Os *Founding Fathers of the United States* são identificados como figuras essenciais no processo de independência e esboço do novo sistema constitucional norte-americano. Tradicionalmente, são citados John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison e George Washington.

A questão não passou despercebida no âmbito das pesquisas das Ciências Sociais, que questionam a extensão da autonomia do Ministério Público, em razão do controle político exercido pelos políticos que exercem mandato eletivo:

Afinal, é prerrogativa dos atores eleitos aprovar o orçamento, mesmo quando proposto pelo próprio órgão. Nessa linha de argumentação, o Ministério Público pós-Constituição de 1988 é muito semelhante ao Ministério Público da ditadura militar – afinal, os orçamentos, em ambos os casos, são aprovados, em última instância, por políticos. Além disso, seria possível argumentar que, como a iniciativa legislativa cabe aos atores eleitos, no limite, os políticos poderiam modificar a legislação para alterar os rumos de um órgão estatal, mesmo em casos em que o orçamento é administrado com relativa autonomia ou em casos em que um órgão possui verbas vinculadas (KERCHE, 2007, p. 262).

Essa fragilidade, no entanto, não impede que sejam reconhecidas as garantias próprias da magistratura ao Ministério Público e a necessidade de controle e prestação de contas da atuação de seus membros.

Conforme já mencionado, as características do Ministério Público brasileiro no modelo constitucional pós-1988 ainda são objeto de assombro. Não há paralelo no mundo de uma instituição dotada de autonomia e que tenha por objetivo funções distintas como o controle privativo da ação penal pública, a fiscalização de outros agentes estatais e o papel de garantir o cumprimento da lei pelo Estado e seus cidadãos (artigos 127 e 129 da CR/88).

Essa parcela do poder estatal deve ser, necessariamente, acompanhada de instrumentos de controle ou *accountability*. Isso já se verifica, inclusive, na supervisão de “colaborações premiadas” no âmbito do processo penal. A esse respeito, confira-se trecho do voto do Ministro Edson Fachin no julgamento da ADI 5.508:

Como visto, a atuação do Ministério Público não é imune a *accountability*. De tal modo, a despeito da titularidade do exercício da pretensão acusatória, é certo que, assim como ocorre nas representações policiais dirigidas ao implemento de meios de obtenção de prova, o Ministério Público não detém a prerrogativa de simplesmente ignorar a proposta formulada pelo pretense colaborador, sob pena de menoscabo ao direito constitucional de petição (BRASIL, 2017, p. 25, grifos no original).

A legislação infraconstitucional e a jurisprudência dos tribunais brasileiros criaram mecanismos para a monitoração da atividade-fim dos membros do Ministério Público. Já de plano, verifica-se que o artigo 9º da Lei nº 7.347/1985 estabelece procedimento de remessa do inquérito civil (ou peças de informação) ao Conselho Superior do Ministério Público na hipótese de arquivamento. Também a própria lei

autoriza a participação na decisão final, inclusive com a apresentação de razões escritas, de outros legitimados à propositura da ação.

A Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, regulamenta o procedimento da Lei de Ação Civil Pública e exige fundamentação idônea em todas as fases do inquérito civil.

No âmbito jurisprudencial, no julgamento do HC 75.343 (BRASIL, 2001), decidiu o Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, que submete ao Procurador-Geral a discordância de arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, às hipóteses de recusa pelo membro do Ministério Público de oferecimento da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995.

Na ementa desse precedente supracitado, ao determinar a remessa dos autos ao órgão máximo na estrutura do Ministério Público, o ministro Sepúlveda Pertence se apoiou na fórmula que garante a independência funcional dos membros, a unidade da instituição e o dever de motivação dos atos emanados dos agentes públicos. Não há possibilidade de o cidadão ficar ao alvedrio do agente ministerial local, pois a palavra final é transferida para o chefe da instituição.

Em razão de provimentos reiterados nesse mesmo sentido, a questão foi objeto da adição do seguinte enunciado de súmula do STF:

Súmula 696 - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2003).

Não há dúvida de que se trata de uma fórmula eficiente de fiscalização da atividade-fim do Ministério Público, em que a manifestação motivada do membro é sujeita ao controle judicial e, quando necessário, há reexame dentro da própria instituição.

Em que pese se tratar de matéria afeta ao processo penal, nada impede que a similitude que justifica a interpretação analógica seja aplicada no âmbito do processo coletivo, evidentemente preservada a palavra final ao órgão escolhido pelo legislador para tal finalidade: o Conselho Superior do Ministério Público. Significa dizer que todas as decisões proferidas pelo membro do Ministério Público, judicial ou extrajudicialmente, podem, em tese, ser submetidas à revisão pelo Conselho Superior, seja por meio de provocação do interessado, seja por determinação judicial.

Também na hipótese de intervenção como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do CPC), há possibilidade de divergência entre o juiz e o membro do Ministério Público que oficia na causa quanto à necessidade de intervenção do *Parquet*. Nesse cenário, há duas soluções: se o promotor de Justiça (ou procurador da República) afirma a ausência de interesse público ou social que justifique a presença do MP e o juiz discorda, os autos devem ser remetidos ao procurador-geral de Justiça (ou à respectiva câmara de revisão do MPF) para solução final. Quando, ao contrário, o órgão de execução do MP pretende intervir, mas tem sua pretensão indeferida, a palavra final é do Judiciário, por meio da solução dos recursos próprios cabíveis (GODINHO, 2015, p. 243).

Todos esses exemplos foram apresentados para revelar a existência de meios importantes de controle da atuação do Ministério Público, que podem ser utilizados como solução para eventual falha na instauração ou condução de inquéritos civis e ações civis públicas.

É o momento, portanto, de se analisar a possibilidade de controle judicial da representação adequada do Ministério Público nas ações coletivas, oferecendo alternativas para compatibilização da autonomia e independência funcional da instituição e as necessidades de respeito ao devido processo legal.

Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 509), em obra de referência sobre a temática do processo coletivo, defende a necessidade de se deslocar a natureza institucional do Ministério Público da sociedade política, como órgão repressivo estatal, para a sociedade civil, como verdadeiro defensor da sociedade. Por esse perfil constitucional, o Ministério Público sempre intervém nas demandas coletivas, por expressa determinação legal,⁶⁰ e para garantir a aplicação correta da ordem jurídica vigente.

É nesse contexto que parcela importante da doutrina sustenta a existência de uma verdadeira presunção absoluta de representação adequada do Ministério Público (VIGLIAR, 2001, p. 146). Para Assagra, a Lei e a Constituição da República de 1988 já aferiram previamente a representatividade adequada do legitimado, sendo possível o controle da legitimidade ativa, mas nunca da representatividade adequada

⁶⁰ “Art. 5º, §1º - O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei” (BRASIL, 1985).

pelo juiz; à exceção do requisito de pré-constituição das associações (ALMEIDA, 2007a, p. 112-113).

De outro lado, há críticas veementes quanto à atuação concreta do Ministério Público em lides temerárias e abusivas. Insurge-se, a respeito, Rogério Lauria Tucci (1992, p. 54-55):

Somando-se a tudo isso a equívoca interpretação (e conseqüente errônea aplicação) do disposto nos arts. 287 do CPC, e 11 e 12 da Lei n. 7.347, de 1985, de sorte a formularem-se, com frequência, petições iniciais tecnicamente ineptas, não temos dúvida em afirmar, embora com o respeito devido, que a utilização da ação civil pública, pelo MP, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva. Extrapolando comumente os seus membros, encarregados de aforá-las, dos limites estabelecidos na legislação específica em vigor, tem-na, conseqüente e infelizmente, desfigurado, vezes várias com o beneplácito de Juízes que, exacerbando suposto interesse público, fazem por ignorar a indispensabilidade de tratamento paritário das partes, corolário inafastável do devido processo legal.

Urge, pois, que a consciência jurídica nacional, especialmente dos chefes das respectivas instituições ministeriais e dos agentes do Poder Judiciário, tenha presente a necessidade de pôr-se cobro à insólita situação a que chegamos, tida na devida conta a real importância do MP na proteção do patrimônio público, considerado em seu mais largo senso.

Nesse ponto, é necessário ressaltar que os óbices quanto a eventuais erros e excessos em ações específicas não contaminam a instituição e seu perfil constitucional para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*. Do contrário, ter-se-ia de colocar em xeque a atuação do Poder Judiciário sempre que uma sentença não primasse pela boa técnica jurídica. Nos dois casos, o próprio sistema já apresenta o mecanismo adequado de correção: o recurso.

Antonio Gidi dedica um capítulo inteiro de sua obra para formular questionamentos razoáveis acerca da posição institucional do Ministério Público no contexto das ações coletivas e dos riscos de atrofia daqueles que o autor considera os principais legitimados: as associações (GIDI, 2008, p. 400-418).

Em relação às críticas acerca dos males da atuação atrofiada das associações, não há dúvida quanto à necessidade de redução do acionamento reiterado do Ministério Público, mormente nas hipóteses de conflitos em que o Estado está presente nos dois polos da lide (GIDI, 2008, p. 414-415). Também é pertinente a avaliação da necessidade de criação de incentivos à atuação de outros legitimados, o que consta expressamente no anteprojeto proposto por Gidi (2008, p. 447-459).

Um dos pontos que merece destaque nas reflexões de Gidi é a existência de conflitos de interesse entre a produção acadêmica e a condição de membro do

Ministério Público (GIDI, 2008, p. 401-402), a ponto de o referido autor questionar se se trata de ciência ou “instrumento de propaganda de teses ‘pró-MP’”. De fato, talvez o meio mais adequado de se afastar a sugestão de conflito de interesse formulada por Gidi seja a de não desenvolver pesquisas cujos resultados impactem a atuação profissional (ou corporativa) do pesquisador.

Na ciência jurídica, essa possibilidade é remota porque dá azo ao questionamento de qualquer posição acadêmica pela simples origem profissional do pesquisador. Seria possível desqualificar o trabalho de um advogado criminalista porque a conclusão apresentada seria instrumento de proteção de atuais/futuros clientes; um juiz que se rebelasse contra a teoria dos precedentes vinculantes estaria defendendo interesses corporativos da primeira instância; um professor de universidade pública que questionasse regras de reforma previdenciária estaria automaticamente excluído do debate. A discussão, portanto, longe do debate corporativo, deve se dar no plano de aceitação ou refutação das hipóteses testadas nas obras doutrinárias. Se a pesquisa é relevante, pouco importa a origem profissional do autor.

Ultrapassada a questão do conflito de interesses, indaga-se se a cláusula do devido processo legal é suficiente para justificar o controle da representação adequada pelo Ministério Público. De fato, em sua dimensão procedimental, o princípio do devido processo legal garante o cumprimento das regras abstratamente previstas pelo legislador, desdobrando-se nas garantias da ampla defesa e contraditório.

Nesse enfoque, é adequada a noção de que a lei, ao prever abstratamente os legitimados, realizou um controle prévio acerca da capacidade de levar a cabo uma ação coletiva de forma viável. Tanto é assim que, preocupada com a fragilidade das associações, exigiu o requisito da pré-constituição de um ano. Não se poderia impugnar como contrária ao procedimento a atuação do legitimado que se funda exatamente nos poderes que lhe foram outorgados pela lei.

Noutra perspectiva, contudo, pode-se avaliar concretamente se a atuação do legitimado não contraria o princípio do devido processo legal em sua dimensão substancial ou, na experiência brasileira, se a lei, no caso concreto de sua incidência, mostra-se razoável e proporcional à sua finalidade.

Assim é que não se podem interpretar as normas que regulamentam a legitimidade ativa das ações coletivas, de modo a oferecer uma proteção deficiente

aos membros do grupo ausentes. Ou dito de outro modo: a lei não atingiria o requisito da adequação, dentro do critério de razoabilidade, se permitisse que a representação do grupo se desse por representante manifestamente descompromissado, inapto ou omissivo.

Pretende-se apresentar situações concretas para testar a validade da interpretação aqui formulada. O teste de adequação nos casos concretos será repetido em relação aos demais legitimados ativos estudados nesta pesquisa, a fim de avaliar sua viabilidade prática para solução do problema de controle da representação adequada no processo coletivo brasileiro.

Exemplifica-se: em 8 de abril de 2013, nos autos do processo nº 22200-28.2007.5.15.0126, em trâmite perante o Tribunal Superior do Trabalho, foi homologado o acordo ajustado entre o Ministério Público do Trabalho (participaram também o sindicato e associações) e a Raizen Combustíveis S/A (conhecida pela sua marca Shell) e a Basf S/A. O acordo encerrou ação civil pública movida pelo MPT em Campinas, no ano de 2007, em que se imputava responsabilidade às empresas por negligência à proteção à saúde dos trabalhadores expostos a agrotóxicos no Município de Paulínia-SP.

Em relato publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (ALIAGA, 2016), uma das procuradoras do Trabalho responsáveis pelo inquérito civil (e pelos desdobramentos da ação civil pública) relata as dificuldades na obtenção de provas, o ineditismo de algumas questões jurídicas e o sucesso alcançado em duas instâncias da Justiça do Trabalho, fator preponderante para a obtenção de um acordo equilibrado no TST. Em passagem relevante ao objeto deste estudo, a autora relata a participação dos membros do grupo desde a instauração do inquérito até a formalização dos termos do acordo:

Assim, há que se reconhecer que o desfecho do processo, considerado o contexto e as limitações do sistema de proteção brasileiro, foi altamente satisfatório. Em grande parte, pode-se atribuir o êxito a uma construção coletiva, que envolveu o entrelaçamento de atuação de diversos protagonistas: os trabalhadores, os movimentos sociais, as entidades sindicais, o Ministério Público, o Ministério do Trabalho e Emprego, as entidades do Sistema Único de Saúde – SUS, com destaque para o Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Campinas e a Vigilância em Saúde Ambiental do Ministério da Saúde, a Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região e o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (ALIAGA, 2016, p. 92).

Cuidava-se, à época, da ação de maior valor da Justiça do Trabalho, tendo sido fixado o valor total de 400 milhões de reais, sendo 200 milhões de reais a título de compensação por danos morais coletivos.

Uma das cláusulas do ajuste previa a cobertura prévia, integral e vitalícia de assistência à saúde dos trabalhadores (inclusive das crianças já concebidas), independentemente da comprovação denexo causal. É dizer: as empresas se comprometeram a custear a assistência à saúde privada dos trabalhadores atingidos, sem limite de tempo ou de custos.

Após a homologação do acordo e a habilitação dos interessados, inclusive com o recebimento de indenização por danos morais individuais pelos trabalhadores, houve uma curiosa alteração no quadro fático: alguns trabalhadores (a imprensa noticia que cerca de 700 beneficiados de um universo de 1.058 pessoas) pretenderam a troca do “plano de saúde” por um valor fixo de um milhão de reais. O Ministério Público do Trabalho manifestou-se contra a homologação do acordo (BORLINA FILHO, 2015).

Como se observa, há casos em que o interesse dos membros de classe se “descola” das pretensões do Ministério Público. No exemplo, há preocupação não apenas com a saúde dos envolvidos, mas com os custos dos tratamentos que seriam imediatamente transferidos ao Sistema Único de Saúde, sem qualquer contrapartida das empresas envolvidas.

Veja-se que o MPT foi responsável pela destinação dos valores referentes à compensação por dano moral coletivo. O sítio eletrônico da instituição⁶¹ revela que foram destinados 70 milhões de reais para o Hospital do Câncer de Barretos e 50 milhões de reais para projetos como do Centro Infantil Boldrini, a Fundacentro, a Universidade Federal da Bahia e a Fraternidade São Francisco de Assis (esta última para a construção de um barco-hospital na Bacia Amazônica). Também a Universidade de Campinas recebeu 2,5 milhões de reais para adquirir equipamentos para o Hospital Estadual de Sumaré e a Associação Ilumina obteve outros 27,8 milhões de reais para a construção do Hospital Ilumina de Prevenção e Diagnóstico Precoce do Câncer, em Piracicaba-SP. A destinação direta do valor arrecadado viola

⁶¹ Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt+noticias/77a7b2db-c32d-41b1-961a-73030592ce74>. Acesso em: 20 maio 2018.

o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública,⁶² mas foi expressamente acertada pelas partes na cláusula nona⁶³ do acordo (e devidamente homologada por decisão judicial).

O que se extrai dos fatos narrados é um gradativo afastamento (ou conflito) dos interesses do grupo e de seu representante (o MPT). A própria origem social dos membros ordinariamente recrutados para os quadros do Ministério Público talvez explique os motivos da divergência sobre a importância dada à medicina privada pela instituição e a preferência pelo ativo financeiro imediato pelos trabalhadores.

É possível vislumbrar, pelo exame desse caso concreto, que a representação adequada deve ser rigorosamente controlada pelo juiz no curso do processo, inclusive na fase de execução, visto que hipóteses semelhantes podem ocorrer a qualquer tempo. Há evidente dificuldade na substituição do polo ativo da demanda, tendo em vista que a solução legal é exatamente a oposta⁶⁴ (o órgão de execução do MP assume a titularidade da ação). Nessa hipótese, coerente com a interpretação analógica já adotada em procedimentos cíveis e criminais, é viável o acionamento do Conselho Superior do Ministério Público, de modo a preservar não somente a independência funcional dos membros como a unidade do *Parquet*, que se pronunciará de forma definitiva sobre a matéria por meio de seu órgão de cúpula devidamente legitimado.

E não só a participação do Ministério Público, como parte, pode ser objeto de controle interno. A própria atuação como fiscal da ordem jurídica tem tamanha relevância no cenário da tutela de direitos coletivos que exige atuação uniformizada e a sujeição a *accountability*.

Sobre a questão, há, ainda hoje, amplo debate político e acadêmico:

A questão da *accountability* do MP se torna mais importante na mesma medida em que sua presença na vida política do país se torna mais intensa. Hoje o MP não se restringe a defender determinados interesses coletivos, mas ele interfere na realização de políticas públicas e busca controlar a própria conduta dos ocupantes de cargos públicos, nos mais diversos escalões da República. Sua presença se fez cotidiana, e nas comarcas de todo o país é comum assistirmos aos mais diversos casos de protagonismo

⁶² “Art. 13 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

⁶³ “Cláusula Nona – As Reclamadas pagarão indenização a título de dano moral coletivo no valor total final de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) que serão revertidos a pessoas jurídicas, de reconhecido saber na área, indicadas pelo Ministério Público do Trabalho por petição nos autos [...]”

⁶⁴ Art. 5º, §1º, da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985).

envolvendo promotores e procuradores na defesa do interesse público (AVRITZER, 2012).

Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do RESP 1.155.793/DF (BRASIL, 2013) que o Ministério Público, por ter participado de demanda anterior como fiscal da lei, sujeita-se aos efeitos da coisa julgada ali produzida, de modo que a sentença de mérito afasta qualquer alegação que a parte poderia opor em relação ao acolhimento ou à rejeição do pedido, vinculando sua atuação (dele MP) como parte em ação coletiva posterior.

No caso concreto supracitado, decidiu-se que, como o Ministério Público não se opôs à regularidade do domínio na ação anterior de desapropriação indireta, não poderia pedir o reconhecimento da nulidade dos registros imobiliários em ação civil pública subsequente relativa aos mesmos fatos.

A permissão de ação aos órgãos recursais internos do Ministério Público permite não somente a prestação de contas dos membros da instituição como obriga a apresentação de fundamentação válida para os atos praticados, inclusive quanto aos omissivos, os de controle mais árduo, mas que produzem efeitos reais como exercício de poder estatal (KERCHE, 2007).

Veja-se que a situação não é nova no âmbito da instituição. Em 10 de dezembro de 2015, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo arquivou inquérito civil⁶⁵ em trâmite na Promotoria de Defesa dos Direitos Humanos na capital. Nesse caso concreto, discutia-se a prática de “discriminação social” por clubes da capital paulista, que exigiam a utilização de vestes brancas por babás acompanhantes de crianças sócias nas dependências das instituições.

Os clubes interessados apresentaram recurso contra a instauração do procedimento perante o Conselho Superior, que arquivou o inquérito civil, por falta de justa causa, sob o fundamento de que a autorregulamentação de espaços privados seria lícita, tratando-se de tratamento razoável com o objetivo de tutelar a segurança, boa convivência e a ordem local. Essa decisão foi, por via transversas, homologada pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No julgamento do mandado de segurança⁶⁶, decidiu-se que a Promotoria de Justiça de Direitos Humanos não poderia instaurar novos inquéritos contra os clubes paulistanos, para

⁶⁵ Inquérito Civil nº 14.0725.0000489/2015-4.

⁶⁶ Mandado de Segurança nº 2011765-41.2017.8.26.0000.

apuração da mesma conduta, sem que houvesse fatos novos que justificassem a medida.

Da leitura das razões suscitadas no acórdão mencionado, verifica-se que o Conselho Superior do Ministério Público avalizou inquéritos posteriores individualizados contra cada um dos clubes paulistanos (associações civis). Não havia, contudo, circunstância nova a autorizar a abertura, superando a ausência de justa causa já reconhecida pelo próprio Conselho Superior anteriormente.

Significa dizer que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a atribuição do Conselho Superior para, ainda na fase preliminar do inquérito, obstar o seu processamento por falta de justa causa. O acórdão foi impugnado por embargos de declaração, rejeitados, e recurso extraordinário (admitido na origem em decisão publicada em 5 de junho de 2018). O recurso foi distribuído e aguarda julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.⁶⁷

De qualquer forma, tem-se que a solução de controvérsias no âmbito dos órgãos superiores do próprio Ministério Público foi acolhida pelo Poder Judiciário, reforçando-se a tese de que também o controle da representação adequada em casos concretos pode ser objeto de solução final na própria instituição. A interpretação proposta não enfraquece a independência funcional dos membros do Ministério Público, tendo em vista que tal garantia é concebida em favor da sociedade, que continua tendo a sua disposição a expressão de opiniões jurídicas livres e fundamentadas por parte da instituição, que, por sua vez, tem a prerrogativa de uniformizar entendimentos jurídicos nos órgãos superiores, garantindo a integridade do direito também no âmbito do *Parquet*.

O recurso administrativo à instância superior não permite, contudo, nova irresignação destinada ao Conselho Nacional do Ministério Público. Isso porque, em que pese se tratar de atuação administrativa dos órgãos internos, cuida-se de exercício efetivo da atividade-fim, o que não é objeto de controle pelo CNMP, conforme verbete sumular do próprio órgão de controle externo:

Enunciado nº 6 de 2009 – Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois,

⁶⁷ RE 1147752.

embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição (BRASIL, 2009).

Propõe-se, portanto, um modelo em que o controle judicial da representação adequada pelo Ministério Público seja realizado mediante aplicação de um sistema bifásico, em que o juiz, ao discordar do posicionamento do órgão de execução oficiante no âmbito de um processo coletivo, remeta o procedimento ao Conselho Superior da instituição, aplicando-se analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal, em consonância com o artigo 9º da Lei de Ação Civil Pública.⁶⁸

7.1.1 A “Carta de Brasília” e os novos rumos propostos para o Ministério Público

Não seria possível encerrar o capítulo dedicado ao Ministério Público sem enfrentar especificamente a compatibilidade entre a interpretação defendida neste trabalho e os rumos almejados pela instituição materializados no documento denominado “Carta de Brasília” (ANEXO A), aprovado em 22 de setembro de 2016, durante o VII Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público. O texto⁶⁹ se refere a um acordo de resultados firmado entre a Corregedoria Nacional e as corregedorias locais das unidades do Ministério Público brasileiro. Conforme consta da própria ementa, busca-se modernizar o controle da atividade extrajudicial da instituição e fomentar a atuação resolutiva dos membros.

Como se trata da consolidação de ideais daquilo que se recomenda como a nova face do Ministério Público contemporâneo, propõe-se a verificação de

⁶⁸ “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” (BRASIL, 1985).

⁶⁹ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Brasília-2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018. Vide anexo A no fim deste trabalho.

adequação entre as propostas ali consolidadas e o modelo de interpretação de representação preconizado neste trabalho.

De início, colhe-se das diretrizes estruturantes:

1 Diretrizes estruturantes

c) Estabelecimento de Planos, Programas e Projetos que definam, com a participação da sociedade civil, metas claras, precisas, pautadas com o compromisso de efetividade de atuação institucional em áreas prioritárias de atuação, valorizando aquelas que busquem a concretização dos objetivos fundamentais da República e dos direitos fundamentais (art. 3º da CR/1988) (ANEXO A).

A ideia de participação da sociedade civil nos rumos do Ministério Público é consentânea com a necessidade de a instituição se mostrar como representante adequado dos membros ausentes (da sociedade representada) tanto nos procedimentos judiciais como nos extrajudiciais. E exatamente se aproximando da sociedade e entendendo seus valores morais e suas necessidades é que o membro do Ministério Público poderá atuar aproximando a técnica jurídica, os valores fundamentais da República e os interesses efetivos da sociedade no caso concreto.

O mesmo se extrai da letra “n” das diretrizes estruturantes (ANEXO A), em que se privilegiam os mecanismos de prestação de contas; a ideia de *accountability*, tão presente no texto deste capítulo e que serve para situações em que a opinião pessoal do membro deve ser testada ante a noção de unicidade. Seja para um compromisso de ajustamento de conduta, seja para a celebração de um acordo de colaboração premiada, não é possível que o cidadão tenha obstado seu acesso a esses instrumentos sem a devida fundamentação e o posicionamento final do Ministério Público.

Na letra “o”, recomenda-se:

o) Implementação de meios eletrônicos para a tramitação de procedimentos extrajudiciais, com vistas, principalmente, aos seguintes benefícios: celeridade no cumprimento dos despachos e diligências; facilidade de acesso aos autos pelos membros, servidores e interessados; viabilidade de compartilhamento de atos e peças processuais; facilidade de realização do controle do prazo, combinado com a avaliação do conteúdo da investigação pelas Corregedorias, pelo Conselho Superior ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão [...] (ANEXO A).

A avaliação do conteúdo das investigações em tempo real pelos órgãos colegiados superiores, viabilizada pelos meios eletrônicos de tramitação de expedientes, reforça a noção de que os recursos internos devem ser mais bem

aproveitados e incentivados, de modo a permitir a unificação de entendimentos jurídicos e diminuir o âmbito de discricionariedade desregrada na condução dos procedimentos inquisitoriais.

Sobre as diretrizes direcionadas especificamente aos membros do Ministério Público, destaca-se:

2 Diretrizes referentes aos membros do Ministério Público

b) Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional, exigindo-se, para tanto: [...]

- construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais;

[...]

f) Realização periódica de audiências públicas para permitir ao cidadão o acesso ao Ministério Público para o exercício direto da soberania popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da CR/1988, de modo a viabilizar a participação e a deliberação social sobre prioridades que devam ser objeto da atuação da Instituição, assim como para prestar contas do trabalho ao cidadão interessado [...] (ANEXO A).

Também nesses trechos, observa-se a necessidade de aproximação do membro do Ministério Público da sociedade para a tomada de decisões mais consentâneas às necessidades dos cidadãos. Igualmente, está presente a imprescindibilidade de prestação de contas das atividades ministeriais, valores que se ligam ao modelo proposto neste capítulo.

O paradigma proposto para o Ministério Público, portanto, não destoa do modelo aqui sugerido. Ao contrário, o diálogo entre os textos revela a coexistência de dois valores essenciais: a aproximação da sociedade (dos membros do grupo representados pelo Ministério Público) e a prestação de contas.

7.2 A representação adequada pelas associações e sindicatos

As associações civis ostentam a conformação jurídica mais adequada, teoricamente, para a tutela de um direito coletivo *lato sensu*. Para Venturi (2007, p. 2007):

As associações civis apresentam-se, pois, na célebre lição de Capelletti, como verdadeiros corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, quebrando os velhos esquemas dogmáticos relacionados à legitimação ativa, na medida em que se apresentam como autênticas molas propulsoras da proteção dos interesses meta-individuais em juízo.

A reunião de membros de um grupo titular do direito violado, longe do âmbito de interferência estatal, revela-se, nesse sentido, como opção mais adequada como instrumento democrático de participação popular. Longe das limitações inerentes aos agentes públicos, inclusive naquilo que se refere às disputas de poder e pautas corporativas, os cidadãos organizados são a própria manifestação do poder a que alude o artigo 1º, parágrafo único,⁷⁰ da Constituição de 1988. Dada a importância e ligação estreita das associações com seus associados como entes intermediários, diz-se que sua atuação pode ser vislumbrada como “autêntico espelho da sociedade representada” (MIRRA, 2011, p. 126).

Marc Galanter (1974, p. 97) diferencia os atores do sistema de justiça, segundo suas distinções de tamanho, de capacidade econômica e da própria formatação jurídica, entre litigantes habituais e os ocasionais. Para esse autor, são litigantes ocasionais a parte que move uma ação de natureza familiar, o réu no processo criminal, ou seja, aquele cuja experiência junto aos órgãos do Poder Judiciário é ocasional e momentânea. Por outro lado, são litigantes habituais as companhias seguradoras, os membros do Ministério Público e os bancos. Ordinariamente, a pulverização das ações judiciais implica riscos menores em cada uma delas para os litigantes habituais, enquanto as apostas para o litigante ocasional são altas demais ou inexpressivas a justificar o acionamento da Justiça (GALANTER, 1974, p. 95-96).

Nesse cenário, as ações coletivas surgem como instrumento estratégico que eleva os riscos do litigante habitual e, ao mesmo tempo, eleva a condição dos litigantes ocasionais que, em conjunto, não precisam desembolsar expressivas quantidades de recursos financeiros em suas ações individualmente propostas. Daí a importância dos grupos organizados, tais como as associações, que criam uma unidade comunitária apta a se contrapor, de forma organizada, aos interesses dos litigantes habituais (GALANTER, 1974, p. 141-142).

As associações, portanto, reequilibram os riscos estratégicos processuais, reduzindo a ampla margem de vantagem organizacional e financeira que os grandes grupos empresariais e o Estado ostentam em suas relações com os indivíduos. A

⁷⁰ “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: [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

questão não passou despercebida por José Carlos Barbosa Moreira (1991) que, no fortalecimento do processo coletivo promovido pela Constituição de 1988, alertou sobre as dificuldades enfrentadas pelo litigante eventual diante dos habituais:

Tanto de um lado como de outro, tanto do lado ativo como do lado passivo, há evidentes vantagens práticas nas ações coletivas: o processo fica mais limpo, corre com maior tranquilidade. Por outro lado, essa evolução tem também um significado político e social. Político, evidentemente, no sentido mais nobre da expressão, sem nada de vinculado à política partidária, na medida em que a facilitação da Ação Coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes. Todos nós sabemos que o litigante individual sofre certas desvantagens, sobretudo quando luta contra adversário de grande poder político ou de grande poder econômico. Além disso, o litigante individual, em regra, é um litigante que eu chamaria de acidental; ele em geral litiga uma ou duas vezes na vida, ao passo que uma pessoa jurídica de direito público ou uma grande empresa são, em regra, litigantes habituais. Têm um grande número de processos, participam de uma imensa quantidade de litígios judiciais; e com isso naturalmente se beneficiam da experiência, têm seus fichários de jurisprudência, têm seus repositórios, têm suas bibliotecas, têm uma porção de pessoas que se conjugam, que trabalham em colaboração para colher elementos, para reunir subsídios. É evidente que tudo isso representa vantagem. Ora, quando afirmamos o princípio da igualdade das partes do processo, na verdade, devemos estar afirmando algo mais do que uma simples equiparação formal. Nós hoje não podemos mais contentar-nos com as declarações de direitos postas em plano puramente formal: as mesmas oportunidades formalmente consideradas, as mesmas chances formalmente consideradas, os mesmos riscos formalmente considerados, quando sabemos que a vida não é assim. A derrota num pleito, para o litigante individual, geralmente é muito danosa, muito mais prejudicial do que a derrota, digamos, para o Município, para o Estado, para a União, ou para a Brahma, ou para a Petrobrás, ou para a TV Globo (MOREIRA, 1991, p. 9).

Também nessa linha de raciocínio, Antonio Gidi defende a necessidade de desenvolvimento pleno da sociedade civil organizada, que deve se libertar das amarras do Poder Público e assumir a plenitude de suas funções. Para o autor, a legitimidade dos órgãos estatais seria, inclusive, subsidiária (GIDI, 1995, p. 36).

Infelizmente, a realidade brasileira apresenta obstáculos de ordem prática e jurisprudencial para a consecução desse nobre objetivo de autorrepresentação da sociedade em juízo. Os primeiros entraves se referem às dificuldades de organização e financiamento das associações. Afora casos de relativo sucesso, notadamente na defesa do meio ambiente e do consumidor, são raras as organizações que conseguem se erguer economicamente a ponto de se tornarem litigantes competitivos contra grandes grupos empresariais ou o Estado. Quando não obstaculizado em seu nascedouro, o acesso ao Judiciário é inviabilizado por entendimentos jurisprudenciais que vão contra a natureza das coisas, ao escopo do processo coletivo e a regras de celeridade e economia processuais, conforme se exemplifica adiante.

No julgamento do Recurso Extraordinário 612.043/PR (BRASIL, 2017), o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu os contornos da eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, de rito ordinário, patrocinadas por associações civis. O caso concreto referia-se à demanda proposta por associação de servidores, que pretendiam a repetição de valores descontados indevidamente, pela União, a título de imposto de renda. Julgado procedente o pedido, no momento da execução, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região exigiu que a inicial da execução fosse aparelhada com a comprovação de que a associação datava do ajuizamento da ação bem como que os membros substituídos tivessem domicílio no âmbito de competência territorial do órgão julgador.

Invocado o artigo 5º, XXI, da Constituição de 1988⁷¹ e a inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97 (BRASIL, 1997)⁷² no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal desproveu o recurso, cuja ementa foi assim lavrada:

EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial (BRASIL, 2017).

A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal restringe o alcance das ações coletivas ordinárias ajuizadas por associações civis, limitando a eficácia da sentença aos associados expressamente declinados na petição inicial bem como aos limites territoriais do órgão julgador. Na fundamentação, distinguiram-se as hipóteses de representação e substituição processual pelas associações, afirmando-se a atecnia da utilização do termo “substituídos” no artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97 (BRASIL, 1997). No entanto, são pertinentes as críticas formuladas por Thibau e Silva (2018, p. 184):

As associações possuem o poder de instaurar e conduzir o processo coletivo de forma válida, em busca da edição de provimento jurisdicional meritório. Portanto, é flagrantemente equivocado retirar-lhes a qualidade de parte que o ordenamento jurídico lhes confere, reservando-lhes a simplória condição de

⁷¹ “Art. 5º - XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente [...]”

⁷² “Art. 2º-A - A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

representante ou de gestor de interesses. Diante das disposições da CR/88 e das demais leis integrantes do sistema integrado de tutela das coletividades, não se pode duvidar de que as associações possuem legitimidade concorrente, disjuntiva e institucional à defesa de seus associados pela via do processo coletivo.

Ademais, o tratamento igualitário entre os associados somente será viabilizado se se admitir que a eficácia subjetiva das decisões proferidas nos processos conduzidos pelas associações abrange todos os membros do grupo, da categoria ou da classe, sem distinções, nos estritos moldes do regime de formação da coisa julgada do processo coletivo (art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor).

Na prática, a conclusão levada a efeito pelo STF no mencionado RE 612.043/PR (BRASIL, 2017) impõe que uma associação de âmbito nacional ajuíze tantas ações coletivas de rito ordinário quantas forem as comarcas do País para fazer valer o direito de todos os seus associados, circunstância que vai exatamente de encontro às balizas que norteiam o processo coletivo: economia processual e prevenção de decisões contraditórias. Além disso, exige-se que, uma vez alterado o quadro de membros, que a associação seja obrigada a ajuizar nova demanda idêntica, a fim de beneficiar novos associados, o que é um verdadeiro contrassenso.

Em julgamento anterior, datado de 10 de setembro de 2015, a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 901.963/SC (BRASIL, 2015), a Caixa Econômica Federal impugnou a ausência de autorização individual e específica dos exequentes à época do processo de conhecimento. O mesmo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não reconheceu a repercussão geral da matéria, por avaliar que a sentença havia sido proferida em ação civil pública na qual o magistrado determinava sua aplicabilidade a todos os poupadores do Estado de Santa Catarina. Entendeu a corte, nesse caso, que a discussão dar-se-ia sobre os limites da coisa julgada, matéria de âmbito infraconstitucional.

As teses mostram-se colidentes. Não é o comando da sentença que determina a natureza da representação pela associação, tampouco o nome dado à petição inicial (ação coletiva ordinária ou ação civil pública). Ou é admitida a representação dos membros ausentes pelas associações ou os entes intermediários simplesmente agem como representantes de associados previamente conhecidos e declinados.

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, há, inclusive, enunciado de súmula pela Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, assentando:

Enunciado n.º 4 - Não se exige das associações civis autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil pública que tenha por objeto a tutela de direitos difusos e coletivos, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, impossível seria a individualização de cada potencial interessado (MINAS GERAIS, 2018, p. 5-6).

A participação popular por intermédio das associações civis, portanto, não deve ser objeto de limitação por meio de entendimentos jurisprudenciais desapegados dos ecos da moderna teoria dos processos coletivos. Ao contrário, deve-se privilegiar a reunião de grupos de interesses convergentes, inclusive para controle dos demais legitimados.

A propósito, em recente julgamento, datado de 7 de junho de 2018, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação cível nº 0226270-59.2009.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2018), anulou acordo celebrado entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e as fabricantes de cigarros Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Souza Cruz S.A., após provocação da associação interessada: Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos (ACT).

A ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público estadual para coibir a venda conjunta, em pacotes promocionais, de maços cigarro e produtos não atrelados ao consumo de fumígenos. A ACT ingressou no feito como litisconsorte ativo. No curso da ação, foi celebrado acordo entre o Ministério Público e os réus, em que se permitia a venda promocional, em conjunto com os maços de cigarro, de produtos relacionados ao uso do tabaco, tais como isqueiros ou cinzeiros.

Após recurso da ACT, que discordava do conteúdo do acordo, o Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a homologação, por considerá-la manifestamente ilegal, ao violar o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.294/96 (BRASIL, 1996),⁷³ com a redação dada pela Lei nº 12.546/2011 (BRASIL, 2011b).

Houve, inclusive, parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso, o que reforça a necessidade de controle interno pelos órgãos do próprio Ministério Público. Caso adotado o entendimento de que seria possível o acesso aos

⁷³ “Art. 3º - É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo” (BRASIL, 1996).

órgãos colegiados superiores (no caso do MPSP, o Conselho Superior), a instituição se manifestaria por uma voz única. Ainda que encampado o ato da promotoria de justiça de origem, a matéria poderia ser levada aos Tribunais Superiores (o que parece inviável, no caso concreto, diante da discordância do parecer de segunda instância). Em síntese, as associações materializam a vontade popular de forma mais adequada, porque mais próximas do cidadão, ao mesmo tempo em que servem como controle⁷⁴ dos demais órgãos estatais legitimados à tutela de interesses coletivos em sentido amplo.

Também os sindicatos ostentam a natureza jurídica de associação civil, na forma do artigo 44⁷⁵ do Código Civil, mas extraem sua legitimidade para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria diretamente do artigo 8º, III, da Constituição de 1988.⁷⁶

No âmbito jurisprudencial, verifica-se que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 214.668 (BRASIL, 2007), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a atuação dos sindicatos se dá na forma de substituto processual na tutela de direitos coletivos ou individuais das categorias representadas. Por se tratar de substituição (e não representação processual), é desnecessária, segundo o STF, a autorização por parte dos substituídos. É o que se depreende, ademais, da leitura do artigo 3º da Lei nº 8.073/90.⁷⁷

⁷⁴ O exemplo de ingresso da ACT na ação civil pública ajuizada contra as fabricantes de cigarro demonstra como a atuação do Ministério Público de São Paulo foi controlada, no caso concreto, por uma associação civil.

⁷⁵ Art. 44 do Código Civil. “São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos;

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.”

⁷⁶ “Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (BRASIL, 1988).

⁷⁷ Art. 3º da Lei nº 8.073/90. “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”.

Assim é que os sindicatos são legitimados, na forma do sistema integrado de tutela processual coletiva, a promoverem ações na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Também se aplicam aos sindicatos as limitações de pertinência temática e pré-constituição previstas no artigo 5º, V, alíneas “a” e “b”⁷⁸ da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985).

No entendimento de Pedro Dinamarco (2001, p. 255), o sindicato não poderia tutelar direito cuja satisfação beneficiasse outras pessoas não abrangidas pela categoria. Exemplifica o autor, afirmando que o sindicato dos professores de Cubatão não poderia ajuizar ação coletiva pretendendo diminuir a poluição ambiental da qualidade do ar naquele Município. Ainda segundo a ótica de Pedro Dinamarco, apenas o interesse difuso que diga respeito exclusivamente à categoria, como a aplicação de normas afetas à segurança do trabalho dos associados, poderia ser tutelado pelo sindicato.

Tais conclusões, contudo, não se coadunam com a interpretação contemporânea. No exemplo citado por Pedro Dinamarco, outros munícipes seriam beneficiados pela ação judicial do sindicato que obtivesse provimento determinando a diminuição da poluição ambiental, porque isso é da natureza indivisível do direito reclamado (em uma concepção tradicional do processo coletivo) ou porque a representação do grupo por um representante adequado beneficia os ausentes, tendo em vista que o provimento pretendido, tal como explicado por Gidi (1995, p. 23), é do interesse de toda a coletividade. Em outras palavras: o grupo substituído pelo sindicato pode ser composto por todos os munícipes de Cubatão, desde que essa associação profissional ostente condições adequadas e sua atuação institucional seja compatível com a pertinência temática do direito invocado.

Nesse enfoque, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (1995, p. 23) salienta que a verdadeira vocação dos sindicatos não é uma “camisa de força” que o restringe ao ajuizamento de ações de natureza laboral. Na mesma obra, o autor afirma que os sindicatos ostentam perfil de verdadeiro órgão “aglutinador de interesses não só de

⁷⁸ “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” (BRASIL, 1985).

trabalhadores de uma determinada categoria como de órgão representativo dos anseios de toda a sociedade civil” (FIORILLO, 1995, p. 103).

Ronaldo Lima dos Santos (2008, p. 213) exemplifica largo campo de atuação sindical, tais como a geração de emprego e renda; a inserção das pessoas no mercado de trabalho, inclusive dos hipossuficientes como jovens e pessoas com deficiência; o combate a práticas discriminatórias e fraudulentas no âmbito das relações de trabalho. Por isso, Mazzilli afirma que os sindicatos “detêm hoje legitimação para a defesa judicial não só dos interesses individuais, mas dos interesses coletivos, em sentido lato, de toda a categoria” (MAZZILLI, 2016, p. 302). O alargamento das funções dos sindicatos amplia o acesso à justiça, mas deve ser objeto de rigoroso controle judicial, tendo em vista os riscos da improcedência de uma ação coletiva; ainda que não se produza coisa julgada *erga omnes*, não é possível repetir ação idêntica.⁷⁹ Assim, mais uma vez, mostra-se acertado o critério de controle da representação adequada no caso concreto, de acordo com o devido processo legal em sua dimensão substantiva.

Ao juiz cumpre observar, na lide que lhe foi apresentada, se o sindicato tem as condições adequadas de representação dos membros ausentes, inclusive daqueles não associados, de forma a propiciar a evolução de um processo justo e que respeite o devido processo legal.

7.3 A representação adequada pela Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conforme dicção do artigo 134 da Constituição de 1988. O constituinte derivado incumbiu o referido órgão da defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Carta Magna.

A norma constitucional supracitada dispõe que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de

⁷⁹ “O argumento de que a coisa julgada apenas beneficia os membros do grupo no sistema brasileiro, não os prejudicando é tecnicamente incorreto. Isso porque a ‘sentença de improcedência na ação coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma ação coletiva. É verdade que os membros individuais do grupo não serão atingidos (em suas esferas individuais) pela coisa julgada em uma ação coletiva improcedente e estarão livres para propor ações individuais’ [...]. Todavia, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta” (GIDI, 2007, p. 130-131).

recursos”. Esse é o vetor de interpretação do alcance e da forma de intervenção da Defensoria Pública nos processos individuais e coletivos. Ou seja, a assistência prestada pela Defensoria Pública é reservada àqueles necessitados economicamente.

A lei de ação civil pública foi alterada em 2007 para incluir a Defensoria como legitimado ativo para propor a ação principal e cautelar. Não há qualquer ressalva quanto à pertinência temática, mas, evidentemente, o dispositivo deve ser interpretado de acordo com a atual redação do artigo 134 do texto constitucional. É nessa perspectiva que se passa ao exame da atual interpretação jurisprudencial da matéria.

7.3.1 Os limites da atuação institucional da Defensoria Pública definidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943

Ainda em 2007, na vigência da redação original do artigo 134 da Constituição de 1988,⁸⁰ a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943 (BRASIL, 2015c), sustentando a existência de vício material de incompatibilidade entre o texto constitucional que atribuiria à Defensoria apenas a defesa de necessitados que comprovassem, individualmente, carência financeira.

Durante o julgamento, o Supremo Tribunal Federal afastou a preliminar de ausência de pertinência temática e ilegitimidade ativa, sob o fundamento de que a aferição de prejuízo institucional aos membros do Ministério Público, objeto de atuação da associação, seria a matéria de mérito a ser examinada.

Não é possível, no entanto, transferir o exame da pertinência temática para o exame de mérito. De plano, já se poderia discutir em que medida seria do interesse institucional de uma associação de membros do Ministério Público discutir o feixe de atribuições da Defensoria Pública. Essa questão não se confunde com o mérito da ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o controle concentrado de compatibilidade de normas em relação ao texto constitucional.

⁸⁰ “Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Também foi superada a prejudicialidade da ação direta pelo advento da Emenda Constitucional nº 80/2014 (BRASIL, 2014b), que alterou o parâmetro de controle impugnado (o artigo 134 da Constituição de 1988), em razão da necessidade de se determinar o modelo de acesso à Justiça com as atribuições relativas à Defensoria Pública.

Pela leitura do acórdão, extrai-se do voto vencido, do ministro Teori Zavascki, que, de fato, havia legislação superveniente, a Lei Complementar nº 132/2009, que também admitira a tutela de direitos coletivos e difusos pela Defensoria Pública em favor de pessoas necessitadas. Como não houve emenda à petição inicial, a ação direta estaria prejudicada, seja pela alteração do parâmetro constitucional (BRASIL, 2014b), seja pela superveniência de norma materialmente idêntica não impugnada.

Superadas as preliminares supramencionadas, a ministra Cármen Lúcia, relatora da ação direta, invocou as lições de Ada Pellegrini Grinover para ressaltar o contrassenso de se proibir a defesa individual de necessitados, dando margem a lesões coletivas mais gravosas. Citou, ainda, a doutrina de Rodolfo de Camargos Mancuso, que defende o aproveitamento máximo da relação processual instaurada, dando fim a litígios individuais da mesma ordem. No mérito, à unanimidade, foi rejeitado o pedido formulado na inicial, que pretendia o reconhecimento da impossibilidade de a Defensoria Pública patrocinar, em nome próprio, ações civis públicas.

Foram opostos embargos de declaração, a fim de que se esclarecesse se a atuação da Defensoria Pública nas ações civis públicas dependeria da comprovação da hipossuficiência econômica dos atingidos pela decisão judicial. O recurso foi rejeitado pelo Plenário virtual do STF, em 18 de maio de 2018. No acórdão, o Tribunal reiterou que a presunção de que no rol dos afetados pela decisão proferida em ação coletiva constem pessoas necessitadas é suficiente para autorizar a legitimidade da Defensoria Pública. Por outro lado, afirmou expressamente que a referida instituição não está “autorizada a promover ações cujo objeto esteja dissociado dos interesses das pessoas hipossuficientes” (BRASIL, 2018d), invocando expressamente o recurso extraordinário 733.433/MG, que reabriu a discussão acerca do tema.

7.3.2 O recurso extraordinário 733.433/MG e a defesa dos direitos difusos pela Defensoria Pública

Entre o julgamento do mérito da ação direta nº 3.943 (BRASIL, 2015c) e dos embargos de declaração, houve nova manifestação do plenário do STF sobre o limite de atribuições da Defensoria Pública, em julgamento com repercussão geral reconhecida, o recurso extraordinário nº 733.433/MG (BRASIL, 2016b). A questão foi submetida ao STF em recurso extraordinário interposto pelo Município de Belo Horizonte, que questionou a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação coletiva em que se pretendia impor ao ente público a obrigação de manter em funcionamento ininterrupto, inclusive nos meses de dezembro e janeiro, as creches e escolas de educação infantil municipais. O acórdão é paradigmático por enfrentar, ainda que não decisivamente, a controvérsia acerca dos limites impostos pelo próprio texto constitucional à atuação da Defensoria Pública.

Invocando precedentes do Supremo, o voto condutor do acórdão destacou:

Em todos esses precedentes, não fica qualquer nenhuma de que o **necessitado** a que se refere o art. 134, **caput**, da Constituição Federal é **aquele que comprovadamente não possui recursos econômicos para arcar sequer com uma defesa jurídica**. Sobre a importância da instituição da Defensoria Pública no Brasil e a sua missão, bem como sobre a necessidade de que não haja qualquer espécie de monopólio na defesa jurídica dos hipossuficientes, tive oportunidade de me manifestar no julgamento da ADI nº 4163/SP, Rel. Min. **Cezar Peluso**, por meio de voto em que acompanhei o desiderato indicado pelo eminente Relator. [...]

Podemos inferir, portanto, que **a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública existirá quando a defesa do direito difuso beneficiar, em sua essência, os economicamente necessitados**. [...]

Há que se pontuar que a defesa dos direitos dos **vulneráveis**, com o devido respeito, não faz parte da missão constitucional da Defensoria Pública, pois não faz a Carta da República referência a esse grupo quando trata de sua competência. Como se extrai do Dicionário eletrônico Houaiss, a palavra vulnerável significa aquele que é “frágil, prejudicado ou ofendido”. Neste ponto é que se sustenta que sob o aspecto semântico, não há que se confundir o economicamente necessitado com o vulnerável.

Embora muitos indivíduos possam-se encontrar, a um só tempo, nessa situação e na condição de hipossuficiência econômica, são diversos os grupos – necessitados economicamente e os vulneráveis. Não faz sentido a Defensoria Pública defender interesses de consumidores de classe alta econômica, ainda que os destinatários de serviços sejam crianças ou doentes (BRASIL, 2016b, p. 7-33, *sic*, grifos no original).

O voto condutor foi acompanhado, em sua conclusão, pelo ministro Edson Fachin. Todavia da leitura da fundamentação lançada no acórdão observa-se que o

ministro Fachin basicamente invocou a força do precedente da ADI 3.943 (BRASIL, 2015c), que teria garantido legitimidade ampla à Defensoria para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O ministro Teori Zavascki também acompanhou o voto do relator, mas ponderou que a execução das sentenças genéricas proferidas nas causas em que se discutem direitos individuais homogêneos somente poderia ser feita pela Defensoria Pública em favor dos necessitados. Nas demais hipóteses, em razão da própria natureza do direito (difuso ou coletivo em sentido estrito), a eficácia da sentença atingiria indistintamente aos demais membros do grupo.

No curso dos debates, há manifestações importantes, que infelizmente não foram objeto de deliberação específica dos demais ministros do STF. O ministro Luiz Fux questionou se a amplitude de legitimação da Defensoria seria idêntica à do Ministério Público. O ministro Dias Toffoli afirmou que não, dando a entender se tratar de uma legitimidade mais restrita, limitada pelo artigo 134 da Constituição de 1988.

O Plenário também cogitou acrescentar ao texto final da tese fixada a limitação de execução individual pelos necessitados, tal como observado pelo ministro Teori Zavascki, mas prevaleceu o texto mais enxuto: “A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas” (BRASIL, 2016b, p. 1). O texto inicial proposto pelo relator especificava a necessidade de comprovação da “pertinência temática e que a defesa do direito difuso vise a beneficiar, em sua essência, os necessitados, os carentes, os desassistidos e os hipossuficientes” (BRASIL, 2016b, p. 43).

Ao se optar pela simples replicação do texto constitucional, perdeu-se a oportunidade de se esclarecer o alcance da palavra “necessitados”. O debate chegou a ser iniciado, com a intervenção do ministro Luiz Fux, questionando se a “amplitude” de legitimação da Defensoria Pública estaria equiparada à do Ministério Público. O relator negou. O ministro Ricardo Lewandowski aparteu para indicar a limitação prevista no artigo 134 da Constituição de 1988, mas não houve prosseguimento na definição exata do significado do texto constitucional.

O preenchimento dos limites semânticos da expressão “necessitados” é objeto de discussão doutrinária vigorosa. Para Ada Pellegrini Grinover, a assistência judiciária não se confunde com a assistência processual. Necessitados, portanto, “não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela

jurídica” (GRINOVER, 1990, p. 246). Também Luiz Guilherme Marinoni destaca que as dificuldades das sociedades modernas de massa justificam uma compreensão da assistência jurídica afastada da ótica da pobreza para “passar a ser visualizada na perspectiva do cidadão envolvido na complexidade e, às vezes, nos conflitos da sociedade urbana em que vive” (MARINONI, 1993, p. 49-50).

A tese é, de fato, atraente, não fosse a restrição constitucional explícita. Isso porque o multicitado artigo 134 da Carta de 1988 faz remissão expressa ao artigo 5º, inciso LXXIV. Esse dispositivo, por sua vez, pressupõe a comprovação de insuficiência de recursos para a prestação de assistência judiciária integral e gratuita. A definição constitucional não é inócua e desprovida de eficácia. A respeito, o comentário de Lenio Streck (2013):

Note-se a palavra empregada pelo texto: necessitados. Já o artigo 5º, inciso LXXIV, afirma que o Estado prestará assistência jurídica — privilegiadamente através das defensorias — aos que comprovarem insuficiência de recursos. Que outra leitura podemos fazer desse texto: “LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”? Tem de provar. Portanto, “necessitados” não é um conceito qualquer (Gadamer diz: “se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo!). Não é relativo. Não há niilismo que salve. Há que provar. Ou seja: o Estado somente prestará assistência judiciária gratuita a quem comprovar ser hipossuficiente. Para os demais o Estado não garante essa assistência. Fosse eu um exegeta do século XIX, invocaria o *in claris cessat interpretatio*...! Ou ainda adágios rasos como “não há palavras inúteis na lei”. Assim, por uma questão de lógica elementar e de hermenêutica mesmo para iniciantes, tem-se que “se a CF diz que a Defensoria defende os necessitados, não pode defender os não necessitados”. Se eu quisesse ir mais fundo na questão, poderia dizer que não estamos em uma idealista/idealizada (não sei se seria bom ou ruim), em que, utopicamente, não haveria advogados privados.

Com efeito, não se trata da discussão acerca do modelo ideal para assegurar o direito dos hipossuficientes (econômicos ou jurídicos), mas do sistema constitucional adotado pelo constituinte originário e reafirmado pelo derivado (que manteve a remissão ao inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição de 1988). Aqui se esbarra, mais uma vez, na necessidade de se conferir interpretação que não se afaste do sentido literal da norma. Não se pode conferir à palavra “necessitado” o alcance de um signo flutuante (MEHLMAN, 1972), ou seja, de uma expressão de sentidos variados e vazios. Do contrário, qualquer alteração de texto normativo seria inócua, eis que possível ao intérprete adotar o sentido que lhe parecer mais conveniente.

Não se desconhece o conteúdo do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2015 (ERESP 1.192.577/RS) (BRASIL, 2015), no qual o Tribunal,

invocando precedente da ADI nº 3.943, estendeu o conceito de necessitado para abranger não apenas o necessitado econômico como o jurídico, ainda que não demonstrada a insuficiência de recursos financeiros.

Transcreve-se trecho da ementa, visto que elucidativa quanto à extensão da controvérsia:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária.

2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”): “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

4. “A expressão “necessitados” (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, “necessitem” da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa

de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 (“Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública”).

6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão (BRASIL, 2015).

Sobre o precedente, é importante destacar que se trata da interpretação do texto constitucional, precisamente do artigo 134 da Carta de 1988. Portanto a última palavra cabe, evidentemente, ao Supremo Tribunal Federal. A superveniência do acórdão proferido no RE 733.433/MG esvazia a importância da decisão, pois há nítida restrição do feixe de atribuições da Defensoria Pública pelo STF, notadamente pelo que se extrai do voto condutor do acórdão. O Superior Tribunal de Justiça também fez referência à atuação da Defensoria Pública na função de defensora dativa no processo penal e curadora especial no processo civil (funções em que a instituição atuaria sem a necessidade de comprovação de carência econômica).

Em relação ao artigo 263 do Código de Processo Penal (há erro na ementa quanto à remissão ao artigo 265 do CPP), observa-se que o próprio parágrafo único do dispositivo prevê a necessidade de arbitramento de honorários para pagamento pelo acusado “que não for pobre”. Cuida-se, portanto, não de assistência jurídica gratuita (função típica da Defensoria), mas do exercício de múnus público extraordinário. O próprio Conselho Superior da Defensoria Pública da União (DPU), ao regulamentar as condições para concessão da assistência judiciária, prevê, no artigo 7º da Resolução nº 133, de 7 de dezembro de 2016, que, nos processos em que não for demonstrado que a pessoa natural ou jurídica é necessitada econômica, deve o defensor público requerer o arbitramento de honorários perante o juiz da causa.

A nomeação de curador especial na forma do artigo 72 do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, vai ao encontro do texto constitucional, prevendo a atuação da Defensoria Pública para o patrocínio de incapazes (na inexistência de representante legal ou quando colidentes os interesses) e ao réu preso revel ou citado por edital, enquanto não constituído advogado.

A limitação do espectro de atuação institucional da Defensoria Pública, conforme seu perfil constitucional, ou seja, na defesa de economicamente

necessitados, é defendida por relevante doutrina,⁸¹ que pugna por uma verdadeira interpretação conforme a Constituição. A legitimidade ativa da Defensoria Pública limita-se, pois, às situações em que se pretenda tutelar pessoas economicamente necessitadas. Evidentemente, na defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, os membros do grupo atingido são mais amplos, circunstância que expande a possibilidade de atuação da instituição.

Não se pode, contudo, admitir situações de evidente violação do texto constitucional. Há registro, por exemplo, de atuação da Defensoria Pública do Estado do Ceará⁸² para liberação do transporte individual pelo aplicativo Uber (empresa americana avaliada⁸³ em aproximadamente 50 bilhões de dólares). Também já se postulou, em nome da Defensoria Pública da União, suspensão de imposto de importação de veículos automotores importados.⁸⁴

Os exemplos refletem circunstâncias extremas, mas importantes para justificar a necessidade de controle da atuação dos entes legitimados à propositura de ações civis públicas, a fim de que não se afastem de seus objetivos institucionais desenhados pelo constituinte.

Delineado o limite constitucional da legitimidade ativa da Defensoria Pública, cumpre indagar acerca do passo seguinte, isto é, o controle judicial da representação adequada, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

As reflexões acerca do controle exercido em relação à representação do Ministério Público aplicam-se integralmente à Defensoria Pública, com as limitações já mencionadas, ou seja, de exame prévio acerca das funções institucionais do órgão.

Não parece distópico imaginar hipóteses em que a atuação da Defensoria Pública entre em conflito com o interesse dos representados (e por idênticas razões àquelas já mencionadas no contexto do Ministério Público). Mais, considerando a notória carência de recursos humanos da Defensoria Pública e a necessidade de realização de perícias complexas em determinadas ações, pode-se antever a

⁸¹ A respeito, confira-se: Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 202-203), José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 156-157), Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 312-313), Pedro Lenza (2008, p. 207-208), Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 335), Teori Albino Zavascki (2007, p. 66).

⁸² Disponível em: <<http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-publica-ingressa-com-acao-civil-publica-para-a-liberacao-do-aplicativo-uber-em-fortaleza/>>. Acesso em: 12 maio 2018.

⁸³ Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2018/02/22/breaking-down-ubers-valuation-an-interactive-analysis/#b0f91064785c>>. Acesso em: 12 maio 2018.

⁸⁴ TRF 1a. Re., ApCiv 9501349560/DF, 4a. T., rel. Des. Ítalo Mendes.

dificuldade de manutenção de uma defesa eficaz dos interesses dos necessitados tutelados.

Nem se diga que, à semelhança do que ocorre com o Ministério Público, a obrigação de adiantamento de honorários periciais recairia sobre a Fazenda Pública a que estiver vinculado o órgão da Defensoria Pública (STJ/REsp 1253844/SC) (BRASIL, 2013). As dificuldades práticas na efetivação de tal comando são evidentes, tendo em vista a notória ausência de recursos orçamentários para tal finalidade, ainda que consideradas as balizas previstas no artigo 91 do Código de Processo Civil.⁸⁵

Num juízo de devido processo legal substancial aplicado ao caso concreto, infere-se que, nessas hipóteses de evidente carência de recursos orçamentários, a atuação da Defensoria Pública é manifestamente inapta para atingir os objetivos pretendidos pelo legislador. Ou noutra perspectiva: cuida-se de uma atuação (ou representação) inadequada sob a perspectiva da razoabilidade constitucional.

7.3.3 O exercício da função de custos vulnerabilis pela Defensoria Pública

Ainda se faz necessário o exame de prática, que vem se tornando frequente, de intimação da Defensoria Pública para intervenção no processo não como parte, mas como *custos vulnerabilis* (ou guardião dos vulneráveis). Por essa interpretação, a instituição deveria intervir em qualquer processo judicial em que se discutam interesses cujos titulares sejam vulneráveis e que, em tese, poderiam ser patrocinados pela Defensoria Pública. A ideia é de que a instituição possa intervir, em nome próprio, para agir em defesa do vulnerável (em sentido amplo, ou seja, não apenas o necessitado econômico), “de forma a possibilitar ao julgador uma cognição ampla e profunda da problemática posta, enfrentando com maior grau de certeza e confiança o mérito do pedido” (ROCHA, 2017), ainda que a parte tenha procurador particular devidamente constituído.

⁸⁵ “Art. 91 - As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.”

Exemplificando a situação retratada, tem-se que, nos autos do processo de número 0009520-65.2017.8.07.0018, em trâmite na Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, o juiz admitiu a intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em ação civil pública ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) contra o Distrito Federal e a Agência de Fiscalização do Distrito Federal (Agefis). Na ação, discute-se a suspensão de atividade de demolição em áreas objeto de regularização fundiária urbana. Na decisão que admitiu a intervenção, não houve qualquer fundamentação quanto aos motivos ou à norma legal que justificasse a alteração do procedimento previsto na Lei de Ação Civil Pública.

De fato, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, no artigo 554, §1º, a intimação da Defensoria Pública nas ações possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas. Mas a própria lei estabelece o requisito: a existência de pessoas em situação de hipossuficiência econômica.

Também não se pode transportar para o sistema integrado de tutela processual coletiva regra particular e específica voltada para situações de discussão possessória em que não se pode identificar todos os ocupantes do local. Para evitar a ausência de representação dos ocupantes não identificados e hipossuficientes econômicos é que a lei exige a intimação da Defensoria Pública.

Nas ações coletivas, por sua vez, caso não seja a própria Defensoria Pública a autora da ação, o grupo deve estar representado adequadamente por um dos legitimados previstos em lei. Se não o estiver, a hipótese é de controle judicial, tal como aqui defendido, e não de intervenção anômala e ilegal.

Além disso, a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica evidentemente pressupõe a defesa dos direitos das pessoas vulneráveis (em sentido amplo) envolvidas na lide. A sobreposição de atuações institucionais apenas onera os cofres públicos, destacando para o exercício de funções idênticas servidores que auferem altas remunerações.

A própria existência de previsão expressa no CPC de intervenção nas lides possessória indica que, quando o legislador entendeu pertinente, previu expressamente a necessidade de intimação da Defensoria Pública (art. 554, §1º do CPC/2015). Em síntese, a inovação legislativa que permite a atuação da Defensoria Pública em nome próprio para a defesa dos economicamente necessitados é

alvissareira, amplia o acesso à justiça aos mais vulneráveis e insere um importante ator estatal na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Como ocorre em qualquer atuação estatal, o escopo de intervenção da instituição é limitado pela Constituição e pela lei, de modo que seus indispensáveis serviços e seus recursos humanos escassos sejam aplicados em situações de efetiva necessidade e de forma racional e pragmática.

7.4 A representação adequada pelas pessoas jurídicas de direito público

A primeira controvérsia acerca de legitimação ativa dos entes de direito público refere-se à necessidade de demonstração prévia da pertinência temática de sua atuação. Para Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 164-165), há a obrigatoriedade de verificação, no caso concreto, da pertinência de atuação dos entes públicos,⁸⁶ tendo em vista seus limites de atuação e suas finalidades institucionais. Desse modo, há limitação à legitimidade, isto é, de acordo com o âmbito geográfico da competência constitucional exercida.

Assim é que o Município não pode tutelar bens de interesse da União e um Estado-membro não tem autorização para discutir os impactos da poluição ambiental em curso d'água que não interfira, ainda que indiretamente, em seu território. Uma autarquia ligada ao fomento do ensino e pesquisa não tem legitimidade para discutir questões afetas à segurança pública ou a probidade da Administração.

Perfila o mesmo entendimento Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 516), para quem “o âmbito de atuação desses entes públicos está circunscrito à verificação do interesse social do respectivo espaço territorial onde eles se constituem”. Para os entes da administração indireta, faz-se necessário exame de seus objetivos institucionais (ALMEIDA, 2003, p. 516), também na linha do entendimento de Barros Leonel.

Diversamente, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2004, p. 1320) salientam a ausência de exigência legal nesse sentido e defendem a possibilidade de um Estado-membro ajuizar a ação para a tutela de interesses difusos

⁸⁶ Excetua-se a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública que, em razão de suas características institucionais, independe de prévia comprovação de pertinência temática.

em outro território. Isso porque o ente público não tutela interesse próprio, mas transindividual e, se legitimado pela lei, pode ajuizar a ação respectiva.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, decidiu-se que os entes públicos da administração direta têm o dever-poder de defender o interesse público, de modo que a pertinência temática seria presumida – RESP 1.509.586/SC (BRASIL, 2018c). No caso concreto, autorizou-se o Município de Brusque a ajuizar ação coletiva na defesa de consumidores, especificamente questionando a tarifa de renovação de cadastro nas contas bancárias de servidores públicos municipais.

A questão acerca da exigência de pertinência temática nas ações coletivas movidas por entes públicos pode ser solucionada de forma mais eficiente pelo controle da representação adequada no caso concreto. Partindo para um exemplo de fácil compreensão, porque notoriamente conhecido: o Estado de Tocantins conseguiria representar adequadamente os membros ausentes atingidos pela tragédia ambiental de Mariana? Não se pode pretender que um ente público totalmente distante das questões locais tenha condições técnicas, e mesmo financeiras, para conhecer a extensão dos danos causados pelo desastre e as necessidades específicas da população local atingida. Observa-se, mais uma vez, a funcionalidade do sistema proposto, que abrevia discussões doutrinárias e conduz a uma efetiva solução da controvérsia, de modo a respeitar os interesses dos verdadeiros titulares do direito violado.

Voltando ao caso da Samarco em Mariana,⁸⁷ a magnitude da tragédia, o número de vítimas e a multiplicidade de Municípios e Estados envolvidos trouxe grande dificuldade para a solução judicial das questões relativas à recomposição do dano e indenização das pessoas atingidas. No caso concreto, logo após a ocorrência da tragédia ambiental, já em dezembro de 2015,⁸⁸ a União, o Estado de Minas Gerais (e diversos órgãos da administração direta e indireta) ajuizaram ação civil pública

⁸⁷ O desastre é considerado “a maior tragédia ambiental da história do país. Trata-se do trágico rompimento das barragens do Fundão e de Santarém, ambas no subdistrito de Bento Rodrigues, situado a 35 km do centro do município de Mariana/MG. O lamentável episódio ocasionou um ‘mar de lama tóxica’ de 35 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro (óxido de ferro e sílica) e do vazamento subsequente de outros 12 milhões de metros cúbicos que, após soterrar o subdistrito de Bento Rodrigues e matar 19 pessoas, percorreu 663 km de cursos d’água, deixando um rastro de destruição que atingiu o litoral do Espírito Santo, no Oceano Atlântico” (BATISTA JÚNIOR; VIEIRA; ADAMS, 2017, p. 48).

⁸⁸ Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte.

contra a Samarco Mineração S/A e suas controladoras, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda.

Foi formulado pedido de indenização no valor aproximado de 20 bilhões de reais, que seriam desembolsados em dez anos para custeio das necessárias ações reparatórias e compensatórias, além da indenização dos atingidos. Cautelamente, foram requeridas medidas para obstar o agravamento da situação, bem como o bloqueio imediato de valores para ulteriores desembolsos.

Em maio de 2016, o Ministério Público Federal ajuizou nova ação civil pública⁸⁹ contra a Samarco, Vale e BHP, bem como em face da União, os Estados de Minas Gerais e o Espírito Santo e seus órgãos ambientais. Deu-se à causa, utilizando como parâmetro o ressarcimento pelo vazamento de petróleo no golfo do México, o valor de 155 bilhões de reais.

O sistema vigente, em que há atuação concorrente e disjuntiva dos legitimados, sem o devido controle da representação adequada pelo Judiciário, resultou em verdadeira multiplicação de ações desconexas. Conforme narrativa de Onofre Alves Batista Júnior, Renato Augusto Vieira e Luís Inácio Lucena Adams (2017, p. 50):

Várias ACPs foram ajuizadas pelos mais diversos órgãos do Ministério Público (federal e estadual), bem como por órgãos da União e dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo; ações populares e centenas de ações ordinárias individuais, além de Termos de Ajustamento de Conduta isolados lançados pelos diversos legitimados dando ensejo a uma “colcha de retalhos”, incapaz de abrigar sequer os pés dos que tanto necessitavam de amparo.

Paralelamente, a União, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Agência Nacional de Águas (ANA), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Fundação Nacional do Índio (Funai), o Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual de Florestas (IEF), Instituto Mineiro de Gestão de Águas (IGAM), Fundação Estadual de Meio Ambiente (Feam), o Estado do Espírito Santo, e seu Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA), Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo (IDAF), Agência Estadual de Recursos Hídricos (Agerh) e as Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil

⁸⁹ Ação Civil Pública nº 0023863-07.2016.4.01.3800, em trâmite na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte.

Ltda. encetaram acordo, sem a participação do Ministério Público, que foi devidamente homologado.⁹⁰

Contra a homologação, insurgiu-se o Ministério Público Federal, endereçando a Reclamação nº 31.935 (BRASIL, 2016a) ao Superior Tribunal de Justiça. Em decisão monocrática proferida pela desembargadora convocada Diva Malerbi, suspendeu-se a eficácia da decisão que homologou o acordo. Entre outros fundamentos relacionados à competência, transcreve-se importante trecho da decisão:

Enfatize-se, por seu turno, que há cominações no sentido de que o Estado de Minas Gerais e o do Espírito Santo indicarão representantes dos municípios para integrar o citado comitê interfederativo. No entanto, repita-se, não há indicativo de que qualquer município atingido tenha participado das negociações em comento, não obstante as obrigações que foram atribuídas a esses entes da federação no âmbito da referida avença.

Nesse mesmo passo, também não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio, justamente entre aqueles atores locais mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia.

Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais (BRASIL, 2016a, p. 6).

Da leitura da decisão, observa-se que o acordo celebrado, notadamente pela União, Estado de Minas Gerais e Estado do Espírito Santo, teve a homologação judicial suspensa porque não precedido da oitiva dos membros ausentes, que estariam, *ipso facto*, inadequadamente representados pelos entes federativos.

Apesar de a decisão não fazer referência expressa acerca do conceito de representação adequada, se não existe a exigência legal de manifestação formal dos membros ausentes sobre o conteúdo de acordos firmados no âmbito de ações coletivas, a recusa na homologação somente pode ser entendida como decorrência do descumprimento da cláusula do devido processo legal, restando comprometido o vigor da atuação dos autores da ação em relação aos interesses das vítimas envolvidas.

⁹⁰ Audiência de conciliação realizada nos agravos de instrumento nº 0002453-41.2016.4.01.0000, 0002170-18.2016.4.01.0000 e 0002627-50.2016.4.01.0000, em trâmite no TRF da 1ª Região. Sobre o conteúdo do acordo, ver Batista Júnior, Vieira e Adams (2017).

A decisão revela-se de salutar importância por declinar, por vias transversas e em julgamento de caso de impacto real, os motivos que justificam a intervenção judicial no controle da representação adequada. Caso se entendesse como inviável a avaliação do preenchimento do requisito pelos demandantes, ao juiz caberia tão somente a avaliação das cláusulas ajustadas, mas não da efetiva participação dos membros ausentes na construção dos termos da transação.

Por outro lado, também em caso de relevante repercussão social, há notícia de atuação diferenciada da União, por intermédio de sua Advocacia-Geral, que mediou a realização de acordo entre associações de defesa do consumidor e a federação representante dos bancos nacionais, pondo fim a demanda coletiva⁹¹ que já durava décadas. Já em artigo publicado em 2016, Thibau e Reis (2016, p. 205) convocaram os integrantes, também da Advocacia Pública, a “desempenhar o papel de mediadores ou facilitadores nos conflitos que se lhes apresentassem no exercício das funções”.

O acordo foi realizado no âmbito do RE 591.797/SP (BRASIL, 2018e), em trâmite no Supremo Tribunal Federal, contando com a participação efetiva do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a Frente Brasileira pelos Poupançadores (Febrapo), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), além da interveniência do Banco Central do Brasil (BCB). A iniciativa encontra amparo nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil, que incentivam o ajuste amigável, indicando a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual como a forma mais adequada de pôr fim a controvérsias judiciais.

Como advertem Orsini e Pimenta (2015, p. 191), o ente legitimado para a tutela de direitos transindividuais “deve ter à sua disposição todos os meios para desempenhar fielmente esta missão, podendo inclusive transacionar ou conciliar, nos casos em que a solução acordada pode torná-los efetivos de imediato ou atingir resultados práticos equivalentes [...]”. Exatamente por respeitar essa orientação, o acordo obteve parecer favorável da Procuradoria-Geral da República e foi homologado, em 18 de dezembro de 2017, pelo ministro Dias Toffoli, abrindo a possibilidade para que milhares de consumidores pudessem obter a imediata satisfação de créditos oriundos de expurgos inflacionários.

⁹¹ Cf. STF, RE 591.797/SP (BRASIL, 2018e).

A solução amigável somente foi possível porque houve consenso entre associações de defesa dos consumidores e a federação representativa dos bancos nacionais, todos ostentando legitimidade adequada para a defesa dos membros ausentes, que não poderiam, evidentemente, tomar assento à mesa de negociações, mas tiveram seus interesses vigorosamente protegidos por seus representantes adequados nas ações coletivas.

Esgotado o exame dos legitimados, conforme o texto legal, faz-se necessário o teste da hipótese da pesquisa, a possibilidade de controle judicial da representação adequada nos processos coletivos, em procedimentos de amplo alcance social, que impactam diretamente na vida dos cidadãos, o controle de políticas públicas e dos atos de regulação estatal.

8 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATOS DE REGULAÇÃO ESTATAL: A INTERVENÇÃO EXTERNA DO PODER JUDICIÁRIO QUE EXIGE O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO LEGITIMADO COLETIVO

Não se pode discutir a representação adequada em processo coletivo sem o exame da pertinência desse controle em sede das ações mais relevantes no âmbito da tutela de interesses transindividuais (o controle de políticas públicas e do ambiente de regulação⁹² estatal pelo Poder Judiciário).

A delimitação do espaço entre o domínio público e o privado nas estruturas de poder no Brasil é historicamente conturbada. Sérgio Buarque de Holanda, em obra clássica sobre as origens nacionais, já alertava sobre “o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal” (HOLANDA, 1995, p. 146).

Felizmente, o arcabouço normativo brasileiro prevê instrumentos adequados à garantia de controle dos atos estatais. Ao lado da já mencionada ação civil pública, emerge a ação popular como forma de participação direta do cidadão nos espaços de poder do Estado, traduzindo-se em verdadeiro exercício de soberania popular e “um instituto de democracia direta” (SILVA, 2007, p. 85).

A dificuldade se dá na demarcação do espaço de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas e atos de regulação naturalmente afetos aos órgãos dos poderes Legislativo e Executivo. Este capítulo pretende apresentar um breve estudo de casos concretos para demonstrar as dificuldades dessa interferência judicial e sua interface com a premente necessidade de controle judicial dos legitimados para acionar esse importante instrumento democrático e de participação social.

⁹² A regulação é aqui entendida como “uma forma de ação do Estado no domínio econômico, que se traduz em regra em ação indireta, com fundamento no referido art. 174, perfazendo o modelo econômico escolhido pelo Brasil, em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade” (NEVES, 2012, p. 22).

8.1 Os desafios da regulação e a intervenção dos órgãos de controle e do Poder Judiciário

A efetivação de políticas públicas e o limite da discricionariedade dos responsáveis por essa implantação são desafios para os órgãos de controle e o Poder Judiciário. Ordinariamente, o controle dos atos da Administração Pública é exercido por seus órgãos internos. A fim de diferenciar a concretização do controle judicial das diversas nomenclaturas alusivas ao controle interno, adota-se a definição de Odete Medauar (1990, p. 41):

Mais adequado seria dizer que o controle interno da Administração Pública é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas. Essa noção aplica-se tanto ao controle interno da Administração Pública nos Estados unitários quanto ao controle interno nos Estados Federais ou Estados dotados de entes autônomos (por ex. municípios, regiões), pois nestes cada nível de poder político é dotado de aparelhamento administrativo próprio, com mecanismos próprios de controle.

A exceção exsurge quando o administrador viola o conteúdo da política pública definida pela legislação. A falha interna deve, nesse caso, ser corrigida mediante intervenção externa. Essa prática, de exceção, é a via do controle pelo Poder Judiciário.

Historicamente, o controle de mérito dos atos administrativos foi objeto de vigorosa resistência da doutrina, preocupada com a transferência de poderes do Executivo para o Judiciário, em afronta ao sistema de separação e harmonia proposto pela Constituição. Oportuna, portanto, a advertência de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 138):

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer o controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta Seabra Fagundes, com apoio em Ranelletti, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

A discricionariedade, evidentemente, não se traduz ou se confunde com arbitrariedade. O administrador público detém elevado nível de liberdade para, dentro do quadro normativo, tomar decisões de acordo com a conformação de conveniência e oportunidade. Todavia não é vedado, em abstrato, o controle de tais atos

administrativos, desde que observadas certas condicionantes excepcionais. Sobre o controle dos atos discricionários, invoca-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 161):

[...] o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor, e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que, ante um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal. Em Suma – e antes de precisões maiores -, cumpre, desde logo, suprimir a ideia, muito frequente, de que a outorga de liberdade discricionária na lei significa, inevitavelmente, que a matéria esteja isenta de apreciação judicial quanto à procedência da medida administrativa adotada.

Há hipóteses em que não há conduta comissiva, mas omissiva. Nessa seara, discute-se em que cenários seria permitido o cumprimento coercitivo de balizas definidas pelo legislador, mas não observadas no momento da efetivação da política pública pela Administração.

A promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe consigo a justa expectativa de efetivação das promessas estatais. Entre os diversos pactos celebrados entre o Estado e o particular, destaca-se a promoção de desenvolvimento equilibrado, servindo aos interesses da coletividade (art. 192 da CR/88). Resta à Administração, portanto, criar as políticas necessárias para dar concretude às normas constitucionais (BUCCI, 2002).

A interpretação inicial e prevalente foi de que tais normas revelavam meros enunciados programáticos. Na lição de José Afonso da Silva (2001, p. 137):

De grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.

No contexto do sistema financeiro nacional, que será objeto de breve estudo de caso concreto, a Constituição atua como verdadeiro eixo de aproximação entre a Economia e o Direito (ERLING, 2015), definindo prioridades e norteando a função dos agentes públicos responsáveis pela efetivação de seus preceitos normativos. O artigo 192 da Constituição da República não indica uma carta de intenções, mas corporifica norma dotada de coercitividade e, portanto, capaz de gerar obrigações ao destinatário da norma (o Estado) e sanção pelo seu descumprimento pelo agente público responsável.

A criação de normas abstratas por órgãos alheios ao Poder Legislativo é uma realidade das sociedades democráticas contemporâneas em que a complexidade das questões submetidas à discussão e a notória dificuldade na obtenção de maiorias parlamentares inviabilizam o processo regular de criação de normas gerais e abstratas. Também os custos envolvidos na criação de consensos pelos representantes eleitos (STIGLER, 2004) dificultam a sujeição ao Poder Legislativo de toda e qualquer matéria afeta à criação de direitos e obrigações, mormente no regime brasileiro de presidencialismo de coalizão (AVRITZER, 2016), caracterizado por efêmeras maiorias parlamentares, que não são conduzidas por um verdadeiro programa de governo.

É nesse contexto que permanece a tensão entre livre mercado e a intervenção do Estado. Tradicionalmente, diz-se que as “falhas do mercado” justificam a necessidade de regulação estatal. As regras da experiência revelam que a liberdade pura e simples dos agentes econômicos não produz os resultados esperados pela sociedade e de acordo com o interesse público (BALDWIN; CAVE; LOGDE, 2012, p. 15).

Na regulação do sistema financeiro nacional (SFN), optou o legislador (Lei nº 4.595/64) pela consolidação de poderes antes dispersos entre órgãos distintos (Sumoc, Tesouro Nacional, Banco do Brasil), outorgando poder normativo ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e criando o Banco Central do Brasil (BCB) na qualidade de verdadeiro “regulador de segundo nível e executor da política” determinada pelo CMN (PINTO, 2015, p. 80).

A política pública é, portanto, definida pelo Legislativo, cumprindo ao BCB normatizar, sem extrapolar ou mitigar as regras estabelecidas pela lei e pelo Conselho Monetário Nacional.⁹³ Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que o Banco Central age como executor da política econômica, mas não como órgão central do Sistema Financeiro Nacional.⁹⁴

No caso específico do Banco Central, a principal política pública já foi definida pelo constituinte (art. 192 da CR/88). Sua função primordial é a de promover

⁹³ Art. 9º da Lei nº 4.595/64: “Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

⁹⁴ ADI 2238 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 9 ago. 2007, publicado 12 set. 2008.

o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade. O constituinte também delegou ao legislador complementar a tarefa de regular o sistema financeiro nacional, sem se afastar dos objetivos já traçados pelo próprio legislador constitucional. A citada Lei nº 4.595/64 somente pode ser interpretada, portanto, em conformidade com o parâmetro já revelado pela própria Constituição, sendo esse o critério que deve nivelar a atuação do Judiciário na hipótese de seu acionamento.

Caminhando para o estudo específico do caso concreto, observa-se que, no contexto da regulação do mercado de câmbio, a lei outorgou ao Conselho Monetário Nacional⁹⁵ a competência para expedir normas que balizem operações de câmbio, incluindo *swaps*.⁹⁶

A Resolução nº 3.568/2008 do Conselho Monetário Nacional (CMN) (BRASIL, 2008), por sua vez, disciplinou a forma de controle em níveis normativo e operacional a ser exercida pelo Banco Central, conforme atribuição expressa estabelecida no artigo 9º da Lei nº 4.595/64.

A definição de mercado de câmbio é dada pelo próprio Banco Central, a saber (BRASIL, 2014a):

No Brasil, o mercado de câmbio é o ambiente onde se realizam as operações de câmbio entre os agentes autorizados pelo Banco Central e entre estes e seus clientes, diretamente ou por meio de seus correspondentes.

O mercado de câmbio é regulamentado e fiscalizado pelo Banco Central e compreende as operações de compra e de venda de moeda estrangeira, as operações em moeda nacional entre residentes, domiciliados ou com sede no País e residentes, domiciliados ou com sede no exterior e as operações com ouro-instrumento cambial, realizadas por intermédio das instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio pelo Banco Central, diretamente ou por meio de seus correspondentes.

Incluem-se no mercado de câmbio brasileiro as operações relativas aos recebimentos, pagamentos e transferências do e para o exterior mediante a utilização de cartões de uso internacional, bem como as operações referentes às transferências financeiras postais internacionais, inclusive vales postais e reembolsos postais internacionais.

À margem da lei, funciona um segmento denominado mercado paralelo. São ilegais os negócios realizados no mercado paralelo, bem como a posse de moeda estrangeira oriunda de atividades ilícitas.

⁹⁵ Art. 4º da Lei nº 4.595/64: “Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República [...] XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, taxas, prazos e outras condições”.

⁹⁶ Instrumento derivativo que permite a troca de rentabilidade dos ativos. Há um contrato padronizado e negociado na BM&F Bovespa.

Em uma das classificações das atividades financeiras apresentadas por Otavio Yasbek (2008, p. 133), o mercado de câmbio é gênero da espécie mercado financeiro, sendo caracterizado como o local em que se realiza troca de moedas, inclusive para financiamento à importação e exportação e remessa de capitais ao exterior.

O mandato outorgado pelo legislador aos diretores do Banco Central impõe aos agentes públicos o dever de adotar todas as providências necessárias ao fiel cumprimento da política pública prescrita no ordenamento jurídico. Para avaliar os resultados obtidos pelos órgãos reguladores, é necessário ter em mente que o processo de aplicação de normas legais envolve interpretação e, como tal, autoriza a discricionariedade no âmbito de sua implantação (BALDWIN; CAVE; LOGDE, 2012, p. 27).

Especificamente quanto ao mercado de câmbio, a Lei nº 4.131/62 (BRASIL, 1962) criou regras⁹⁷ para a autorização de remessas de valores ao exterior, impondo às pessoas físicas e jurídicas o dever de submeter ao órgão regulador (atualmente o BCB) os contratos e documentos necessários para justificar a transferência.

Em 27 de fevereiro de 1969, foi editada a Carta-Circular nº 5 (CC-5) pelo Banco Central do Brasil, autorizando-se os residentes no exterior (pessoas naturais ou jurídicas) a realizarem livre movimentação de valores entre as contas bancárias mantidas no Brasil e no domicílio de origem, desde que os saldos existentes nas contas nacionais fossem provenientes de operações em moeda estrangeira.⁹⁸ Todavia, com a edição da Carta-Circular nº 2.259/1992, o Banco Central ampliou a hipótese de livre transferência de recursos ao exterior, permitindo sua utilização por instituições financeiras não autorizadas a funcionar no Brasil.

A normativa adotada, segundo estimativas divulgadas na imprensa (LAVORATTI, 1995) à época, provocava perdas anuais de 5 bilhões de dólares, tendo

⁹⁷ Art. 9º da Lei nº 4.131/62: “As pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferências para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortizações, royalties assistência técnica científica, administrativa e semelhantes, deverão submeter aos órgãos competentes da SUMOC e da Divisão do Imposto sobre a Renda, os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa”.

⁹⁸ Alínea “c” da CC-5 do BCB: “é igualmente livre a transferência para o exterior do saldo que apresentar o subtítulo ‘3.01.031.01 — Contas livres (provenientes de vendas de câmbio)’ uso qual serão contabilizados exclusivamente os recursos resultantes de ordens de pagamento ou créditos em moeda estrangeira aqui negociados com bancos autorizados a operar em câmbio”.

em vista as projeções de prejuízos com sonegações de impostos, lavagem de dinheiro e remessas ilegais de lucros.

Partindo do exame dos fatos acima delineados, é possível avançar para identificar a responsabilidade da direção do Banco Central na regulamentação da matéria e a possibilidade de incidência das sanções da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). A sanção por ato de improbidade pelo descumprimento indireto do comando constitucional e que impõe ao SFN o dever de servir aos interesses da coletividade esbarra, todavia, em argumentos de ordem teórica.

Isso porque a comprovação do dolo (ainda que genérico) de que o desvirtuamento do mercado de câmbio e das remessas irregulares de valores ao exterior provoque danos concretos à coletividade seria circunstância extrema, que atrairia a incidência de uma infinidade de normas infraconstitucionais, inclusive de natureza penal, tornando despicienda a invocação direta da Constituição de 1988.

A incidência da LIA, inclusive como meio de controle de políticas públicas, deve ser reservada às hipóteses em que evidente descumprimento de uma política previamente definida. Repita-se: não é possível sancionar todos os atos cuja licitude seja abstratamente questionável, mas as omissões qualificadas que descumprem, injustificadamente, comandos normativos que exigem a implantação das balizas do sistema financeiro nacional. O que se deve evitar é a multiplicação de demandas judiciais sancionatórias envolvendo escolhas razoáveis do gestor, mas que porventura causem impactos danosos imprevisíveis ao sistema, sem que houvesse sequer previsibilidade de tais acontecimentos.

O caso específico da regulamentação das remessas internacionais por meio da autorização efetivada pela CC-5 do Banco Central revela enorme dissenso entre órgãos de controle do Estado e membros do Poder Judiciário. No julgamento do relatório de auditoria operacional realizado no Banco Central, o Tribunal de Contas da União⁹⁹ concluiu que os então diretores de assuntos internacionais e do departamento de câmbio do BCB cometeram graves irregularidades e violaram dispositivos das Leis n^{os} 4.595/64 e 9.069/95, além da Resolução CMN n^o 1.946/92 e da Circular n^o 2.677/96.

Na perspectiva do TCU, o Banco Central transferiu sua responsabilidade de fiscalização aos bancos comerciais, descuidando-se da identificação da origem dos

⁹⁹ Acórdão 130/2001, Rel. Min. Adylson Motta.

recursos transferidas pelos correntistas ao exterior. Também chamou a atenção do órgão regulador o fato de o Município de Foz do Iguaçu movimentar recursos correspondentes a mais da metade de todo o Estado de São Paulo e ao triplo do Estado do Rio de Janeiro, sem que as autoridades monetárias tomassem qualquer providência.

Posteriormente, contudo, o mesmo TCU reviu a decisão de 2001 que impunha multas aos diretores do BCB, afastando a responsabilidade dos gestores,¹⁰⁰ sob o fundamento de que não teria sido comprovado o dolo quanto à regulamentação insuficiente, além de ausente o nexo causal em relação aos desvios apontados em Foz do Iguaçu (imputados à conivência de instituições bancárias). O Ministério Público Federal (MPF), por sua vez, encontrou evidências da prática de atos de improbidade, em razão de condutas omissivas dos diretores do BCB, além de desvio de finalidade dos atos praticados, que teriam permitido a movimentação de recursos financeiros no montante de 219,2 bilhões de reais em transferências ao exterior.¹⁰¹ Como se não bastasse o desacordo entre os órgãos de controle, a questão submetida ao Poder Judiciário pelo MPF encontra-se ainda sem solução definitiva desde a distribuição, em 3 de dezembro de 2003.

A sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal de Brasília-DF amparou-se na decisão final do Tribunal de Contas da União para afastar o dolo dos diretores do BCB e negar a possibilidade de condenação pela violação de princípios na modalidade culposa. O Tribunal Federal Regional da 1ª Região¹⁰² manteve parcialmente a sentença de primeiro grau, sob o fundamento de que, apesar da aparente contrariedade entre os atos praticados e a legislação, as condutas teriam como objetivo um bem jurídico mais relevante: a estabilização do mercado paralelo de dólar, trazendo-o ao sistema oficial. A reforma parcial da decisão de primeiro grau deveu-se ao afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios; decisão correta sob o prisma do sistema integrado de direito processual coletivo, mas cuja análise foge ao escopo desta pesquisa.

¹⁰⁰ Acórdão 1.926/2007, Rel. Min. Guilherme Palmeira.

¹⁰¹ Cf. petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa nº 0041984-76.2003.4.01.3400.

¹⁰² Apelação Cível nº 2003.34.00.042032-2/DF.

Admitido o recurso especial,¹⁰³ instaurou-se a divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, posteriormente solucionada para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de analisar os embargos de declaração não solucionados de forma adequada. Em suma, até a presente data,¹⁰⁴ não houve julgamento, no âmbito do STJ, quanto à matéria de fundo.

Extrai-se do exame da matéria que se as políticas públicas já existentes fossem efetivadas, ao Judiciário caberia decidir os denominados *hard cases*. Se a gestão implantasse corretamente as políticas públicas definidas, apenas os casos excepcionais seriam revistos.

8.2 A importância do controle da representação adequada no controle de políticas públicas

O quadro fático acima delineado foi exposto para demonstrar a dificuldade de intervenção judicial no âmbito do controle de políticas públicas. Foi escolhido um tema de dificuldade técnica relevante, a fim de demonstrar os riscos da intromissão em setores estratégicos da governança.

No caso analisado, houve divergência entre órgãos técnicos e o Ministério Público Federal, mas a judicialização da matéria poderia se dar fora do âmbito da ação de improbidade e por intermédio de qualquer um dos outros legitimados ao ajuizamento de ação coletiva. Nesse contexto, exsurge com maior intensidade a necessidade de controle da representação pelo legitimado, tendo em vista as consequências advindas da ulterior decisão judicial.

Nos Estados Unidos, a atual normativa do sistema de *class actions* foi concebida na década de 1960 como meio instrumental para concretização dos direitos civis consolidados no governo do presidente Lyndon Johnson. Nesse período, conhecido como a “era de ouro” das ações coletivas norte-americanas, foram propostas demandas para integrar sistemas educacionais, adequar o sistema de saúde mental, reformar estabelecimentos prisionais e litigar contra formas variadas de discriminação (MULLENIX, 2014, p. 401-402). O modelo das ações estruturais obteve

¹⁰³ REsp nº 1.384.012 / DF (2013/0149847-4), autuado em 28 de maio de 2013.

¹⁰⁴ Texto revisto em 9 de agosto de 2018.

grande êxito, o que valida a opção do legislador americano pelo controle da representação adequada.

E o sistema das *class actions* ainda não se revela esgotado. Desafiando as políticas de imigração do governo do presidente norte-americano Donald Trump, a American Civil Liberties Union (ACLU) patrocinou uma *class action* de âmbito nacional, pretendendo representar todos os pais detidos (ou que serão detidos) na imigração pelo Departamento de Segurança Nacional e que tenham sido separados de seus filhos menores, desde que haja comprovação de riscos pela presença dos pais à criança (AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION FOUNDATION - ACLU, 2018, p. 7).

Curiosamente, uma das autoras da ação coletiva é uma cidadã brasileira, denominada Sr.^a “C”, que entrou em território norte-americano com o filho de 14 anos em busca de asilo, foi detida e processada por imigração ilegal, bem como separada do convívio com o adolescente. Mesmo após sua saída dos centros de detenção, a Sr.^a “C” ainda não havia retomado a guarda do filho, com quem somente mantinha contato por telefone (ACLU, 2018, p. 10-11).

Na petição apresentada à Corte Federal, a ACLU rememora sua atuação em casos similares, a fim de demonstrar sua capacidade para representar adequadamente os membros do grupo ausentes. Também informa o interesse das autoras na ação e a inexistência de interesses econômicos ou de conflitos com outros membros da classe representada (ACLU, 2018, p. 21-22).

O caso concreto demonstra a atualidade e a instrumentalidade das ações coletivas como meio de controle de políticas públicas nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que reforça a necessidade de verificação do preenchimento dos requisitos legais de representação justa e adequada dos membros ausentes.

No Brasil, há também exemplo recente *a contrario sensu*, acerca da impossibilidade de adiamento da implantação do modelo proposto neste trabalho. Em ação popular ajuizada perante a 4^a Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte,¹⁰⁵ o autor requereu tutela provisória de urgência para suspender o procedimento de emissão e distribuição de debêntures pela empresa MGI

¹⁰⁵ Ação Popular nº 5073969-24.2018.8.13.0024.

Participações S/A pelo governo do Estado de Minas Gerais para a cessão de créditos tributários. O Juízo de primeiro grau indeferiu a liminar.

Posteriormente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), em representação¹⁰⁶ formulada àquele órgão de controle, suspendeu¹⁰⁷ a distribuição de debêntures simples pela MGI Participações S/A, sob o fundamento de que a operação colocaria em risco a higidez financeira de empresas estatais, em benefício precário do Estado.

Apesar da gravidade dos argumentos invocados pela Corte de Contas, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais suspendeu, em mandado de segurança,¹⁰⁸ a eficácia de decisão do TCE/MG, sob o fundamento de que o indeferimento da tutela de urgência em âmbito judicial se sobrepõe à decisão administrativa de controle. Em outras palavras: decidiu que o indeferimento da liminar na ação popular produz efeitos em relação a outros órgãos da Administração Pública, inclusive ao Tribunal de Contas, de apoio ao Poder Legislativo. O que se vislumbra do caso concreto examinado é que a eficácia da decisão proferida no âmbito de uma ação coletiva não se restringe, na prática, ao legitimado, ainda que o juízo precário e provisório tenha sido pelo indeferimento da tutela de urgência.

Veja-se que a atuação do Tribunal de Contas, no exercício de função típica, foi obstada pelo indeferimento da tutela de urgência em uma ação popular, na qual o TCE sequer figurava como parte. Não é possível, contudo, garantir que o autor ostente as condições necessárias para patrocinar, com vigor e técnica adequada, o interesse de toda a sociedade mineira (os membros considerados ausentes no controle de atos de disposição do patrimônio público).

Essa narrativa justifica, por si só, a premente necessidade de discussão acerca do preenchimento do requisito da representação adequada. No caso noticiado, sequer foi possível o controle da representação pelo Ministério Público, porque o exame da liminar se deu sem prévia oitiva do membro oficiante perante o Juízo.

Portanto, independentemente do mérito do acerto da decisão do Tribunal de Contas, é certo que sua atuação foi impedida pelo ajuizamento de uma ação popular infrutífera. Evidentemente, não se pode presumir que o resultado da

¹⁰⁶ Representação nº 1041598 – TCE/MG.

¹⁰⁷ Decisão disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1504862>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

¹⁰⁸ Mandado de Segurança nº 0623456-63.2018.8.13.0000.

pretensão seria distinto com a atuação de outro legitimado, mas sempre que o controle de representação não for realizado será possível discutir a capacidade técnica da parte (e seu advogado) e mesmo eventual conluio ou conflito de interesses em relação aos membros ausentes.

Além disso, a ulterior sentença de mérito na ação popular vinculará também o próprio Ministério Público ao resultado do processo porque, conforme já explicitado na seção dedicada ao *Parquet*, a intervenção do órgão de execução do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica o sujeita aos efeitos da coisa julgada.

Em relação aos casos concretos noticiados, poderia o juiz, mediante interpretação do devido processo legal em sua dimensão substancial, verificar se o Ministério Público Federal representava adequadamente os interesses da sociedade (a defesa da probidade administrativa é um direito difuso) e igualmente avaliar as condições técnicas do autor popular para a condução do processo. Em uma hipotética situação de conluio entre um legitimado ativo de uma ação coletiva e um agente político, somente o controle da representação adequada no caso concreto permitiria que o processo não fosse utilizado como meio de fraude, a fim de afastar a atuação de outros órgãos de controle, vinculados a eventual insucesso da demanda.¹⁰⁹

No modelo proposto nesta pesquisa, em que as condições do representante dos membros ausentes na ação coletiva são objeto de avaliação pelo juiz, previne-se a intervenção judicial equivocada em temas sensíveis à coletividade, como o controle de políticas públicas e dos atos de regulação estatal. Sendo desnecessária qualquer inovação legislativa, a adoção de tal interpretação confere maior segurança jurídica e impede o prosseguimento de lides fraudulentas.

¹⁰⁹ Repisa-se aqui a impossibilidade de ajuizamento da mesma ação coletiva, salvo na hipótese de insuficiência probatória.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do requisito da representação adequada não é inédito na doutrina brasileira, apesar da ausência de previsão legislativa expressa. Historicamente, os partidários da corrente que admite a importação, do sistema das *class actions* norte-americanas, do conceito de *adequacy of representation* avaliam que se trata de um verdadeiro desdobramento do princípio do devido processo legal, sem adentrar em análises mais aprofundadas e comparadas entre o modelo constitucional estadunidense e o brasileiro.

Nesse contexto, a pesquisa buscou ampliar o objeto tradicional do estudo do instituto da representação adequada como corolário do princípio do devido processo legal, analisando o referido princípio em suas dimensões formal e substancial e propondo uma interpretação coerente com a história constitucional brasileira.

Como ponto de partida para tal finalidade, diferenciou-se o conceito de representação adequada das noções de pertinência temática e legitimidade ativa. Enquanto o reconhecimento da legitimidade ativa se dá pela mera verificação em abstrato da presença da parte no rol dos legitimados previstos no sistema integrado de tutela processual coletiva, a representação adequada depende de um controle realizado no caso concreto, com a participação efetiva do juiz para garantia de correta implantação da cláusula do devido processo legal. A pertinência temática, por sua vez, liga-se diretamente ao conceito de legitimidade ativa, aferindo-se a conformidade entre a missão institucional do legitimado e o direito a ser tutelado na ação coletiva.

Pode-se resumir a representação adequada como um requisito que impõe ao legitimado ativo o dever de proteção dos interesses da classe representada, de forma vigorosa, eficiente e ostentando rigor técnico. O controle desse requisito, a cargo do juiz da causa, engloba a credibilidade, a experiência técnica do legitimado em lides semelhantes e a inexistência de conluio ou conflito de interesses entre as partes antagônicas.

Por se tratar de conceito oriundo de um sistema jurídico estrangeiro, buscou-se apresentar a experiência internacional, com enfoque no modelo norte-americano. Apesar das diferentes origens históricas entre os sistemas romano-germânico e de *common law*, foram identificados pontos de convergência, demonstrando-se a origem comum dos referidos sistemas a partir do direito romano

clássico. Essa convergência, aliada à existência de um sistema universal, moral e racional, autoriza a importação de conceitos relevantes e que produziram bons frutos na experiência internacional, tal como o instituto da representação adequada.

Também no contexto do direito comparado, buscou-se delimitar o alcance da cláusula do devido processo legal, em suas dimensões formal e substantiva, nos sistemas norte-americano e brasileiro.

No sistema norte-americano, demonstrou-se que os contornos da cláusula do devido processo legal foram preenchidos pela atuação das cortes de justiça ao longo dos séculos de vigência da norma constitucional. Fundamentalmente, a ideia por trás da fórmula do *due process of law* é a de garantir o primado do Estado de Direito, evitando-se condutas estatais arbitrárias e abusivas. Em sua dimensão procedimental, tem-se que a cláusula é respeitada quando observados os procedimentos legislativos preestabelecidos, desde que tais formalidades sejam suficientes para não esvaziar a garantia constitucional. Em sua dimensão substantiva, admite-se a correção de atos estatais, mesmo os legislativos, quando tal providência se mostra necessária à salvaguarda de direitos fundamentais.

A possibilidade de substituição da vontade parlamentar pela opinião dos juízes, contudo, é fonte de vigorosa controvérsia, visto que as decisões judiciais não podem ser corrigidas pelo processo legislativo. Além disso, o congressista que toma decisões ruins tende a não ser reeleito. A decisão judicial errada, por sua vez, quando emanada dos órgãos de vértice, não permite correção pelo próprio sistema. Não há qualquer forma de prestação de contas que enseje a contenção do ânimo de intervenção de juízes vitalícios que optem por modificar a vontade parlamentar legalmente instituída.

Para evitar os riscos desse denominado *decisionismo judicial*, buscou-se, na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro, uma fórmula que permita a aplicação do requisito da representação adequada aos casos concretos sem que haja espaço para arbitrariedade. Na tentativa de fixar padrões objetivos de aferição da razoabilidade dos atos do Poder Público, foi proposto um exame de razoabilidade interna e externa em relação à lei. Na razoabilidade interna, afere-se a adequação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins da norma. Na externa, avalia-se a adequação entre a lei e os valores implícitos ou explícitos do texto constitucional. O requisito da representação adequada, nos casos concretos, pode ser validamente compatibilizado com as regras

legais que definem o rol dos legitimados ativos nas ações coletivas, já que se apresenta como meio pertinente e razoável para coibir a representação inadequada dos membros da classe ausentes, dá concretude ao princípio do devido processo legal e não colide com os demais requisitos para o processamento de ações coletivas. Com a finalidade de testar a viabilidade desse modelo proposto, buscou-se analisar em que medida o requisito da representação adequada seria pertinente ao controle de legitimação dos legitimados ativos previstos em lei.

Em relação ao principal legitimado ativo no sistema integrado de tutela processual coletiva brasileiro, o Ministério Público, buscou-se a adoção de um modelo que preserve a autonomia e independência funcional dos membros da instituição e as necessidades de respeito ao devido processo legal. Para tanto, sugeriu-se a possibilidade de controle das manifestações proferidas pelo Ministério Público, judicial ou extrajudicialmente, por meio de revisão pelo Conselho Superior da instituição, seja por meio de provocação do interessado, seja por determinação judicial. O mecanismo pode ser acionado quando evidenciado o conflito de interesses entre o órgão de execução do Ministério Público e os membros do grupo representado ou mesmo quando a atuação não se mostrar vigorosa e adequada. Em outros termos, a lei não atingiria o requisito da adequação, dentro do critério de razoabilidade, se permitisse que a representação do grupo se desse por representante manifestamente descompromissado, inapto ou omisso.

O exame de viabilidade do modelo de controle judicial da representação adequada foi testado em relação aos demais legitimados (Defensoria Pública, entes da Administração Pública, associações civis e sindicatos), revelando sua viabilidade prática para solução de problemas de representação inadequada, que podem ser corrigidos pela intervenção judicial no caso concreto.

Buscou-se, ainda, demonstrar a importância do controle do requisito em ações coletivas cujo objeto se refira à modificação de políticas públicas e atos de regulação estatal, de indiscutível repercussão social. Sendo desnecessária qualquer inovação legislativa, a autorização para que o juiz controle a representação adequada dos legitimados ativos confere maior segurança jurídica ao sistema e impede o prosseguimento de lides fraudulentas.

A pesquisa, portanto, com fundamento no princípio do devido processo legal, em sua dimensão substancial, demonstrou a possibilidade de controle judicial do requisito da representação adequada nos processos coletivos independentemente

de inovação legislativa. O poder conferido aos juízes, contudo, não se confunde com a arbitrariedade para remover um legitimado abstratamente definido pelo legislador. No caso concreto, é preciso perquirir objetivamente se a atuação do legitimado ativo é atécnica, inócua, inadequada ou se existe conflito de interesse apto a tornar inadequada a representação dos membros ausentes da classe representada em juízo.

O processo coletivo, mais por suas virtudes que por seus defeitos, é alvo de críticas constantes de setores ligados aos litigantes habituais. Por isso, seu fortalecimento, mediante implantação de critérios rígidos e seguros de representação adequada dos membros ausentes da classe, é medida importante para a concretização de direitos fundamentais e sociais, garantindo-se a máxima efetividade do princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2005.
- ALIAGA, Márcia Kamei López. Caso Shell/Basf: reflexões para um novo olhar sobre os acidentes ampliados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 49, p. 69-95, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103323/2016_aliaga_marcia_caso_reflexoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.
- ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.
- ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.
- AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION FOUNDATION (ACLU). Petição apresentada ao United States District Court Southern District of California, Case n.º 18-cv-00428-DMS-MDD, 9 mar. 2018. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/2018.03.09_35-1_memorandum_in_support_of_motion_for_class_certification.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARGENTINA. Constitución (1853). Constitución de La Nación Argentina. Buenos Aires: Infoleg. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 15 dez 2017.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jun./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2016.

AVRITZER, Leonardo. Ministério Público à brasileira. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 1 jun. 2012. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/ministerio-publico-a-brasileira/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LOGDE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; VIEIRA, Renato Rodrigues; ADAMS, Luís Inácio Lucena. O desastre de Mariana: atuação interfederativa para superação dos impactos da maior tragédia da história do Brasil. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 45-76, abr./jun. 2017.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos Direitos no Brasil e alguns aspectos das *class actions* norte americana. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 34-55, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORLINA FILHO, Venceslau. Troca de plano de saúde por R\$ 1 mi ameaça maior acordo trabalhista. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1702326-troca-de-plano-de-saude-por-r-1-mi-ameaca-maior-acordo-trabalhista.shtml>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, n. 185, 26 set. 1986. Seção 1, supl., p. 1-61.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Mercado de câmbio: definições*. Brasil: BCB, 2014a. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/mercCam.asp>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Enunciado de Súmula nº 6, de 28 de abril de 2009. Disponível em

<<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Enunciados/Enunciado-006.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 3.568*, de 29 de maio de 2008. Dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências. Brasil: CMN, 2008.

Disponível em:

<<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2008&numero=3568>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo Justiça pesquisa Direitos e garantias fundamentais: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Realização da Sociedade Brasileira de Direito Público; Coordenação de Conrado Hubner Mendes, Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018a.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*, 1824.

Brasília: Portal da Legislação, 1824. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição Política do Império do Brasil*, 1824.

Brasília: Portal da Legislação, 1891. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Brasília: Portal da Legislação, 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946.

Brasília: Portal da Legislação, 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967.

Brasília: Portal da Legislação, 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

Brasília: Portal da Legislação, 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Portal da Legislação, 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 80*, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília: Portal da Legislação, 2014b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.131*, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.595*, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Portal da Legislação, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e Direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.294*, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Brasília: Portal da Legislação, 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.494*, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1997. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Portal da Legislação, 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 2011a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.546*, de 14 de dezembro de 2011. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Portal da Legislação, 2015a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito público. Brasília: Portal da Legislação, 2018b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 2, p. 16, 10 dez. 2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/915599/pg-16-secao-2-diario-oficial-da-uniao-dou-de-10-12-2008>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.034*, de 26 de março de 1984. Disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, previstas no §1º do artigo 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 ou a valores artísticos estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 1984. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=064976DBDE19E4A09184507F86347AC3.proposicoesWebExterno1?codteor=1162170&file name=Dossie+-PL+3034/1984>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.139*, de 29 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&file name=PL+5139/2009>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 31935. Relatora: Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª Região), Brasília. 1 jul. 2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201601677297&dt_publicacao=01/07/2016>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1192577/RS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial. Brasília, julgado em 21 out. 2015b. *DJe*, Brasília, 13 nov. 2015c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402469723&dt_publicacao=13/11/2015>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1155793/DF. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, Brasília, julgado em 1 out. 2013, *DJe*, Brasília, 11 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1253844/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção, Brasília, julgado em 13 mar. 2013, *DJe* 17 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1509586/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, julgado em 15 maio 2018, *DJe*, Brasília, 18 maio 2018c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.654/SC. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, julgado em 22 maio 2007, *DJ*, Brasília, 21 jun. 2007, p. 273.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3, Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 7 fev. 1992. *DJ*, Brasília, 18 set. 1992, pp. 15407, ement. v. 01676-01, pp. 00001, RTJ v.00142-02, pp. 00363.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 138 MC. Relator: Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 14 fev. 1990b. *DJ*, Brasília, 16 nov. 1990, pp. 13058, ement. v. 01602-01, pp. 00001, RTJ v. 00133-03, pp. 01011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1063 MC. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 18 maio 1994, *DJ*, Brasília, 27 abr. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1157 MC. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 1 dez. 1994. *DJ*, Brasília, 17 nov. 2006, pp. 00047, ement. v. 02256-01, pp. 00035.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1873. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 2 set. 1998, *DJ*, Brasília, 19 set. 2003, pp. 00014 ement. v. 02124-03, pp 00457.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 7 mai. 2015, *DJe*, Brasília, 6 ago. 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943 ED. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 18 mai. 2018, *DJe*, Brasília, 1 ago. 2018d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5508. Voto do Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, voto proferido em 14 dez. 2017, pendente de publicação. Disponível em <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2017/12/ADI-5508.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378 MC. Relator: Ministro Edson Fachin, Relator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 17 dez. 2015, *DJe*, Brasília, 8 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 142847 AgR. Relator: Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma. Brasília, julgado em 1 dez. 1992, *DJ*, Brasília, 5 fev. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 752030. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgado em 26 set. 2013, *DJe*, Brasília, 3 out. 2014c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 901963 RG. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 10 set. 2015, *DJe*, Brasília, 16 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 75343. Relator: Ministro Octavio Galotti. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 12 nov. 1997, *DJ*, Brasília, 18 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87926. Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 20 fev. 2008, *DJe*, Brasília, 25 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 2915. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília julgado em 3 fev. 2003, *DJ*, Brasília, 28 nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24268. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 5 fev. 2004, *DJ*, Brasília, 17 set. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 193503. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 12 jun. 2006, *DJe*, Brasília, 24 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 268319, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma, Brasília, julgado em 13 jun. 2000, *DJ* 27, Brasília, out. 2000, pp. 00087, ement. v. 02010-04, pp.00775.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327621 AgR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 21 fev. 2006, *DJ*, Brasília, 27 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591797. Relator: Ministro Dias Toffoli. Decisão monocrática, julgado em 18 dez. 2017, *DJe*, Brasília, 1 fev. 2018e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 612043. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 10 maio 2017, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito. *DJe*, Brasília, 229, div. 5 out. 2017, publ. 6 out. 2017,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 733433. Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 4 nov. 2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito, *DJe*, Brasília, 063, div. 6 abr. 2016, publ. 7 abr. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 696. *DJ*, Brasília, 9 out. 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 82, p. 92-151, 1996.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPONI, Rene. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 649-676.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 1993.

CARMEN, Rolando V. del.; HEMMENS, Craig. *Criminal procedure and the Supreme Court: a guide to the major decisions on search and seizure, privacy, and individual rights*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAPMAN, Nathan S.; McCONNELL, Michael W. Due process as separation of powers. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 121 (2011-2012), n. 7, p. 1584-2031, maio 2012. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/essay/due-process-as-separation-of-powers>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of Constitutional Law in the United States of America*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>. Acesso em: 26 nov. 2016.

COLÔMBIA. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. *Ley 472*, de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3675_documento.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

COSTA, Judith Martins. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DANTAS, Bruno. Novo CPC foi a pá de cal na “ideologia coletivizante” das ações coletivas. Entrevista com o ministro Bruno Dantas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/entrevista-bruno-dantas-ministro-tcu-professor>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 4.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EASTERBROOK, Frank H. *Substance and due process*. The Supreme Court Review, Washington, n. 85, 1982.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: University Press, 1980.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional*. São Paulo: Almedina, 2015.

ESTADOS UNIDOS. *Class actions fairness act of 2005*. Washington: United States Congress, 2005. Disponível em <<https://www.congress.gov/109/plaws/publ2/PLAW-109publ2.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Constitution (1787). Constitution of the United States*. Washington: United States Congress, 1787. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Federal rules of civil procedure*. Washington: Supreme Court of United States, 1937. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/CV04-1937.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. *Beer v. United States*. Decisão em: 5 out. 2012.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. *Barker v. United States*. Decisão em: 9 jul. 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *Chimel v. California*. Washington. Decisão em: 23 jun. 1969.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *Collins v. Harker Heights*. Washington. Decisão em: 26 fev. 1992.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *Epic Systems Corp. v. Lewis*. Washington. Decisão em: 21 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath. Washington. Decisão em: 30 abr. 1951.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Mathews v. Eldridge. Washington. Decisão em: 24 fev. 1976.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. Washington. Decisão em: 30 abr. 1951.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Reno v. Flores, *nº 91-905*. Washington. Decisão em: 23 mar. 1993.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Wal-Mart Stores, Inc. et al., v. Michelle Braun, individually and on behalf of all others similarly situated, et al., *nº 14-1124*. Washington. Decisão em: 4 abr. 2016a.

ESTADOS UNIDOS, United States Supreme Court. Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al, *nº 10-277*. Washington. Decisão em: 20 jun. 2011.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Wells Fargo Bank v. Veronica Gutierrez, et al., individually and on behalf of all others similarly situated, *nº 14-1230*. Washington. Decisão em: 4 abr. 2016b.

FALLON JUNIOR, Richard H. Some confusions about due process, judicial review, and constitutional remedies. *Columbia Law Review*, New York, v. 93, n. 2, p. 309-373, mar. 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós; coordenação de tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA. *Code de la consommation*: version consolidée au 1 juillet 2018. Paris: Legifrance, 2018. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FRANÇA. *Loi nº 2014-344*, du 17 mars 2014, relative à la consommation. Paris: Legifrance, 2014. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FRANÇA. *Loi nº 2016-41*, du 26 janvier 2016, de modernisation de notre système de santé. Paris: Legifrance, 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo>>. Acesso em: 15 maio 2017.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kane; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2005.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, Hoboken, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, n. 61, p. 61-70, out./dez. 2002. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99932>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. São Paulo: Forense, 2008.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 227-263, out./dez. 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: edição do autor, 2013.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Nova York: Cosimo Classics, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ITÁLIA. *Codice del Consumo de 2005*. Roma: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.codicedelconsumo.it/parte-v-artt-136-141/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

JAPÃO. Agência do Consumidor. *The consumer contract act de 2001*. Disponível em: <<http://www.consumer.go.jp/english/cca/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

JESTAEDT, Mathias. El positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional Alemán: el poder del guardián y la impotencia del señor de la Constitución. In: MONTEALEGRE, Eduardo (org.). *La ponderación en el Derecho*. Bogotá: Universidade Externado, 2008. p. 238-289.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigations in a nutshell*. 2. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

KLONOFF, Robert H. The decline of class actions. *Washington University Law Review*, Washington, v. 90, n. 3, p. 729-838, 2013. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6004&context=law_la_wreview>. Acesso em: 15 jul. 2017.

KOCH, Harald. Non-class group litigation under EU and German law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Durham, v. 11, n. 2, p. 355-367, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/9>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LAVORATTI, Liliana. Brasil perde US\$ 5 bi por ano em remessas irregulares. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 fev. 1995, Caderno Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/2/28/brasil/4.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 45, p. 297-340, jul./dez. 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Due process of law. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 71-133, jul./dez. 1994.

MADERRA, Michael J. The new class actions in Japan. *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, Seattle, v. 23, n. 3, p. 795-830, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do Direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 84/85, p. 39-55, 1990.

MEHLMAN, Jeffrey. The "Floating Signifier": from Lévi-Strauss to Lacan. *Yale French Studies*, n. 48 (French Freud: structural studies in psychoanalysis), New Haven, p. 10-37, 1972. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2929621>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no Direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. Enunciados aprovados por unanimidade na reunião realizada em 12 de março de 2018. *Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 5-6, 5 maio 2018. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20180505.PDF>>. Acesso em: 30 maio 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 187, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984a. p. 27-42. 3. série.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela constitucional dos interesses coletivos ou difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984b. p. 193-221. 3. série.

MULLENIX, Linda S. Ending class actions as we know them: rethinking the American Class Action Rule. *64 Emory Law Journal*, n. 399; The University of Texas School of Law, *Public Law Research Paper*, n. 565, 21 jun. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2457429>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 57, n. 1687; The University of Texas School of Law, *Public Law Research Paper*, Austin, n. 261, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2206459>>. Acesso em: 25 maio 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil: novo CPC: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Rubia Carneiro. Limites da autonomia privada e a regulação dos negócios. In: FIUZA, César; NEVES, Rúbia Carneiro (orgs.). *Iniciativa privada e negócios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 13-29.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. O acordo nos processos coletivos: potencialidades e limites das soluções consensuais na tutela metaindividual trabalhista. In: GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho (orgs.). *Processos coletivos: ação civil pública e ações coletivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 179-191.

OTEIZA, Eduardo; VERBIC Francisco. La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso: el requisito de la representatividad adecuada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 185, 2010.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. *Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2015.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 46, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/Direito/article/view/14975>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

REDISH, Martin H.; MARSHALL, Lawrence C. Adjudicatory independence and the values of procedural due process. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 95, n. 3, p. 455-505, jan. 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Jorge Bheron. Tribuna da Defensoria. A Defensoria como *custös vulnerabilis* e a advocacia privada. São Paulo: Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

ROMANO, A.; ZANUTTIGH, Lorian. Sezione V; decisione 9 marzo 1973, n. 253; Pres. Lugo P., Est. Vaiano; Associazione “Italia Nostra” (Avv. Canestrini, M. S. Giannini) c. Giunta Provinciale Di Trento (Avv. Benvenuti, Lorenzoni). *Il Foro Italiano*, v. 97, p. 33-34; 45-46, 1974. Disponível em: <www.jstor.org/stable/23163898>. Acesso em: 12 nov. 2016.

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

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions* e reformas processuais: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 86-124, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23663/16719>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de Direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 171-198, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21625/15640>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 1. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0226270-59.2009.8.26.0100. Relator Desembargador Hugo Crepaldi. 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, São Paulo, julgado em 7 jun. 2018, publicado em 7 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

STIGLER, George G. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação? *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 fev. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 20 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêuticas e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. La tutela coletiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1415-1429.

TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (org.). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 53-66.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. 2003. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; BRANT, João Paulo Alvarenga. O sistema de precedentes no Direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41-59, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/1266/1942>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; NUNES, Leonardo Silva. Repercussões do Código de Processo Civil de 2015 no processo coletivo. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (org.). *Processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 319-332.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 195-209, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://revistaopiniaojuridica.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/917>>. Acesso em: 15 maio 2018.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SILVA, Luiz Felipe Gomes Silva. A anacrônica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o papel das associações na tutela jurisdicional dos Direitos coletivos “lato sensu”. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; ALVES, Lucélia de Sena (org.). *Reflexões acerca do acesso à Justiça pela via dos Direitos*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 137-177.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, n. 87, p. 1136-1203, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/531>. Acesso em: 13 jun. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *“Class action” e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, p. 35-55, nov. 1992.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 19 de maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0027&from=EN>>. Acesso em: 15 out. 2007.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERBIC, Francisco. Consumer class actions in Argentina and Brazil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1025-1067.

VERMEULE, Adrian. Deference and due process. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 129, n. 7, p. 1890-1931, 10 maio 2016. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2016/05/deference-and-due-process/>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, Danvers, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006. Disponível em: <<https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

WALUCHOW, Wil J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WILLGIN, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. An empirical analysis of Rule 23 to address the rulemaking challenges. *New York University Law Review*, New York, v. 71, n. 1, p. 74-185, abr./maio 1996. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-71-1-Willging-Hooper-Niemic.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

WOOLLEY, Patrick. Collateral attack and the role of adequate representation in class suits for money damages. *Kansas Law Review*, Lawrence, v. 58, n. 4, p. 915-977, 5 dez. 2010. Disponível em: <https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/20131/5_Woolley_Final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 jun. 2017.

YASBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: ASSIS, Araken de et al. (orgs.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 859-866.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1996.

ANEXO A - CARTA DE BRASÍLIA

MODERNIZAÇÃO DO CONTROLE DA ATIVIDADE EXTRAJURISDICIONAL PELAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após amplos debates e discussões no procedimento de estudos instaurado pela Corregedoria Nacional com fundamento no artigo 2º da Portaria CN nº 087 de 16 de maio de 2016, em sessão pública ocorrida no dia 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União celebram o presente acordo, aprovando e assinando a carta com os considerandos e diretrizes abaixo no sentido da modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público bem como o fomento à atuação resolutiva do MP Brasileiro

A) CONSIDERAÇÕES DA CARTA DE BRASÍLIA

1 Considerações gerais de fundamentação constitucional:

CONSIDERANDO que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º da CR/1988) que tem como Objetivos Fundamentais a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais (art. 3º da CR/1988);

CONSIDERANDO que o princípio da transformação social, consagrado no art. 3º da CR/1988, integra a própria concepção de Estado Democrático de Direito e, por isso, deve orientar as instituições de acesso à Justiça, como o Ministério Público, principalmente no plano da proteção e da efetivação dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais;

CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois sistemas de acesso à Justiça, sendo um deles o sistema de acesso à Justiça por adjudicação, viabilizado por decisões judiciais liminares ou finais (art. 5º, XXXV, da CR/1988), e o outro o sistema de acesso à Justiça pela resolução

consensual dos conflitos, controvérsias e problemas (Preâmbulo e art. 4º, inciso VII, da CR/1988);

2 Considerações relativas ao papel constitucional do Ministério Público e das suas Corregedorias:

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CR/1988);

CONSIDERANDO que o Ministério Público é uma das instituições constitucionais fundamentais para a promoção do acesso à Justiça, sendo certo que a defesa do regime democrático lhe impõe o desenvolvimento de planejamento estratégico funcional devidamente voltado para a efetivação, via tutela dos direitos e das garantias fundamentais, do princípio da transformação social, delineado no art. 3º da CR/1988;

CONSIDERANDO que o Ministério Público é uma garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça tanto da sociedade, no plano da tutela coletiva, amplamente considerada, quanto do indivíduo, no plano dos direitos ou interesses individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO que os direitos e as garantias constitucionais fundamentais são valores fundantes da Constituição e do Estado em uma democracia, compondo o conjunto essencial de direitos, com força irradiante em grau máximo sobre todo o sistema jurídico;

CONSIDERANDO que, nesse contexto constitucional, as Corregedorias do Ministério Público – a Nacional (CNMP), que exerce o controle externo, e as Corregedorias de cada Ministério Público, que exercem o controle interno – são garantias constitucionais fundamentais da sociedade e do indivíduo voltadas para a avaliação, a orientação e a fiscalização dos órgãos executivos, administrativos e auxiliares do Ministério Público brasileiro, de modo que é relevante que atuem de maneira qualificada para tornar efetivos os compromissos constitucionais do Ministério Público na defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais;

CONSIDERANDO que as Corregedorias constituem-se em Órgãos de Controle e Indução da Efetividade e de Garantia da Unidade Institucional do Ministério Público;

CONSIDERANDO, assim, que as Corregedorias, em razão das suas funções de controle e indução da efetividade institucional, são órgãos estratégicos do Ministério Público e garantias da sociedade;

3 Considerações relativas aos dois modelos constitucionais do Ministério Público:

CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127 e 129) consagrou dois modelos de Ministério Público, o que atua perante o Judiciário, objetivando geralmente a tutela por adjudicação e o que atua extrajudicialmente como intermediador da pacificação social, visando normalmente à resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas;

CONSIDERANDO que se faz necessária uma revisitação da atuação jurisdicional do Ministério Público, de modo a buscar a proatividade e a resolutividade da Instituição e, ao mesmo tempo, evitar a propositura de demandas judiciais em relação às quais a resolução extrajudicial é a mais indicada;

CONSIDERANDO que é imprescindível a priorização do modelo de Ministério Público de atuação extrajudicial para a efetividade da função resolutive, principalmente tendo em vista que o Judiciário está sobrecarregado, com aproximadamente 110 milhões de processos em tramitação;

CONSIDERANDO que é conveniente o aperfeiçoamento das ferramentas de controle e estratégicas de atuação do Ministério Público relativamente às demandas em tramitação no Judiciário, com objetivo de alcançar resultados que garantam a duração razoável dos processos em que o Ministério Público atua como órgão agente;

CONSIDERANDO que é imperioso o aperfeiçoamento do trabalho institucional nos Tribunais, principalmente com vistas à formação de precedentes favoráveis às teses sustentadas pelo Ministério Público para a adequada defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e os individuais puros indisponíveis;

CONSIDERANDO ainda que é necessário conferir-se melhor estruturação ao modelo de Ministério Público de atuação extrajudicial e materializar critérios e mecanismos de aferição de resultados no âmbito do Ministério Público Brasileiro;

4 Considerações relativas aos problemas já constatados pelas Corregedorias:

CONSIDERANDO que é imperiosa a estruturação das Corregedorias para que cumpram as suas funções estratégicas relativas ao controle e à indução da efetividade institucional e da garantia da unidade do Ministério Público;

CONSIDERANDO que é imprescindível às Corregedorias do Ministério Público a modernização dos seus instrumentos e dos seus mecanismos de orientação e de fiscalização para melhor valorizar a atuação resolutiva do Ministério Público;

CONSIDERANDO que é relevante a superação da valorização meramente formal e taxativa pelas Corregedorias do Ministério Público da atuação extrajudicial, geralmente amparada no controle quantitativo e temporal das causas em que atuam o Ministério Público;

CONSIDERANDO que as Corregedorias dos Ministérios Públicos devem se portar como garantias de boas sinalizações nas suas atividades de avaliação, orientação e fiscalização quanto à atuação funcional da Instituição;

CONSIDERANDO que é problemática a priorização da avaliação da atuação judicial e da limitação da fiscalização ao cumprimento dos prazos procedimentais;

CONSIDERANDO que, não obstante a importância da observância das formalidades procedimentais essenciais, principalmente no tocante ao cumprimento de prazos, as atuações de aspectos meramente formais das Corregedorias, em muitos casos, forçam o membro do Ministério Público a se enclausurar em seu gabinete, gerando, com isso, desilusão institucional, desestímulo e perda da criatividade por parte dos seus membros;

CONSIDERANDO que é relevante a implementação de sistemas de registro da tramitação eletrônica dos procedimentos extrajudiciais e de controle da tramitação de feitos judiciais em que o Ministério Público deva exercer suas atribuições constitucionais;

CONSIDERANDO que é importante conferir maior transparência à atuação institucional, de modo a facilitar o fomento ao controle social;

CONSIDERANDO que é insuficiente a divisão da atuação do Ministério Público somente com arrimo na base territorial das comarcas ou das seções ou subseções judiciárias e que é necessária a implementação de Promotorias ou Procuradorias Regionais, principalmente para atuar em ilícitos ou danos a direitos fundamentais de dimensão regional, estadual ou nacional, assim como para que possam atuar no acompanhamento e na fiscalização da implementação de políticas públicas efetivadoras dos direitos fundamentais;

CONSIDERANDO que a resolutividade da atuação do Ministério Público brasileiro pressupõe o alinhamento entre a atividade funcional qualitativa e regular de seus membros com a adoção de práticas institucionais estruturantes efetivamente ajustadas aos objetivos estratégicos pretendidos;

CONSIDERANDO que é imperiosa a adequação na divisão de atribuições, na gestão de recursos e de pessoas, na implantação de sistemas que permitam a aferição de resultados e na definição de prioridades institucionais;

CONSIDERANDO que é importante a intersetorialidade entre as Corregedorias-Gerais e as Procuradorias-Gerais, a fim de viabilizar medidas para solucionar os problemas constatados pelas Corregedorias-Gerais nas suas avaliações e fiscalizações institucionais;

CONSIDERANDO que os mecanismos de atuação extrajudicial são plurais e não taxativos (art. 5º, 2º, da CR/1988), de modo que o membro da Instituição poderá atuar, entre outros mecanismos, por intermédio de audiência pública para ouvir e prestar contas da atuação, além de inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendações, medidas de inserção social como palestras e reuniões, fiscalização do sistema prisional, casas de internação, bem como através dos projetos executivos do plano de atuação funcional e dos projetos sociais;

CONSIDERANDO também que são, entre outros, fatores de ampliação da legitimação social do Ministério Público como Instituição constitucional garantidora dos direitos fundamentais: *1 A priorização da atuação preventiva; 2 o exercício da função pedagógica da cidadania: um compromisso constitucional social do Ministério Público (arts. 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, caput, e 205 da CF/88); 3 a realização periódica*

de audiências públicas; 4 o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, caput, da CR): da perícia para as estatísticas e indicadores sociais — necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária; 5 a provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade; 6 a ampliação e estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo: necessidade de sistematização e maior investimento na atuação extrajurisdicional; 7 a atuação vinculada à especificação funcional da Instituição; 8 o acompanhamento da tramitação processual e fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; 9 a adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição; 10 a formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público; 11 a revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais; 12 a utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição;

CONSIDERANDO, por fim, que é necessária dar prevalência à avaliação qualitativa pelas Corregedorias do Ministério Público, com vista, principalmente, a aferir a eficácia social da atuação dos membros e servidores da Instituição e a contribuir para o aperfeiçoamento das boas práticas institucionais, visando a conformar o modelo de atuação dos órgãos de execução, sob a ótica funcional e estrutural, aos resultados pretendidos,

SÃO ESTABELECIDAS AS SEGUINTE DIRETRIZES:

B) DIRETRIZES DA CARTA DE BRASÍLIA

1 Diretrizes estruturantes

a) Desenvolvimento de uma nova teoria do Ministério Público, embasada nos direitos e nas garantias constitucionais fundamentais, que possa produzir práticas institucionais que contribuam para a transformação da realidade social;

- b) Concepção do Planejamento Estratégico como garantidor da Unidade do Ministério Público;
- c) Estabelecimento de Planos, Programas e Projetos que definam, com a participação da sociedade civil, metas claras, precisas, pautadas com o compromisso de efetividade de atuação institucional em áreas prioritárias de atuação, valorizando aquelas que busquem a concretização dos objetivos fundamentais da República e dos direitos fundamentais (art. 3º da CR/1988);
- d) Implementação de indicadores aptos a mensurar o cumprimento das metas e a resolutividade das demandas combinadas com atuação pautada em diagnóstico prévio das carências e necessidades da sociedade;
- e) Criação de mecanismos que possibilitem a atuação prioritária do agente político do Ministério Público, em consonância com as metas apontadas no Planejamento Estratégico, nos Planos de Atuação e nos Projetos Executivos;
- f) Distribuição e redistribuição das atribuições, de modo a potencializar e a tornar mais efetivas as atividades extrajurisdicionais do Ministério Público;
- g) Redimensionamento e redistribuição dos recursos materiais e humanos, de acordo com as prioridades elencadas no Planejamento Estratégico e nos Planos de Atuação;
- h) Reavaliação dos critérios de substituição automática ou nos casos de afastamentos de longa duração, com vistas a garantir a continuidade eficiente da atuação institucional;
- i) Valorização das Escolas Institucionais e capacitação permanente dos Membros e Servidores, estimulando o conhecimento humanista e multidisciplinar;
- j) Fomento à qualificação acadêmica voltada às áreas temáticas de interesse institucional e ao estabelecimento de mecanismos seguros para: 1) a democratização do acesso às qualificações e potencialização de expertises ao maior número possível de membros e servidores; 2) a garantia da difusão e da aplicação do conhecimento adquirido pelo membro nas áreas de atuação do Ministério Público;
- k) Estabelecimento da prática institucional de atuação por meio de projetos executivos e projetos sociais, de maneira regulamentada e com monitoramento para verificar a sua efetividade;

- l) Criação de canais institucionais que possibilitem o diálogo e a interação permanente com as organizações, movimentos sociais e com a comunidade científica;
- m) Aprimoramento da transparência da atuação institucional e fomento ao controle social;
- n) Aprimoramento dos mecanismos de prestação de contas à sociedade acerca das metas estabelecidas e dos resultados alcançados;
- o) Implementação de meios eletrônicos para a tramitação de procedimentos extrajudiciais, com vistas, principalmente, aos seguintes benefícios: celeridade no cumprimento dos despachos e diligências; facilidade de acesso aos autos pelos membros, servidores e interessados; viabilidade de compartilhamento de atos e peças processuais; facilidade de realização do controle do prazo, combinado com a avaliação do conteúdo da investigação pelas Corregedorias, pelo Conselho Superior ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão;
- p) Adoção de medidas para a superação da insuficiência da divisão da atuação do Ministério Público somente com arrimo na base territorial das comarcas ou das seções ou subseções judiciárias, considerando, para tanto, a necessidade premente de: 1) reequilíbrio da distribuição do número de unidades com atuações intervenientes judiciais em cotejo com as unidades voltadas às atividades investigativas e à defesa da tutela coletiva e do patrimônio público; 2) implementação de Promotorias ou Procuradorias Regionais, principalmente para atuar em ilícitos ou danos a direitos fundamentais de dimensão regional, estadual ou nacional, para que possam atuar no acompanhamento e na fiscalização da implementação de políticas públicas efetivadoras dos direitos fundamentais;

2 Diretrizes referentes aos membros do Ministério Público

- a) Adoção, pelos membros da Instituição, como agentes políticos, de postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise, exigindo-se, para tanto:
- clareza sobre o desenvolvimento das disputas que se travam na sociedade em torno dos objetos de intervenção do Ministério Público;

- capacidade de articulação política, sobretudo no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos;
- autoridade para mediar demandas sociais (capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade);
- capacidade de diálogo e de consenso;
- senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais;

b) Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional, exigindo-se, para tanto:

- atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais;
- realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada;
- uso de mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público;
- escolha correta dos ambientes de negociação que facilitem a participação social e a construção da melhor decisão para a sociedade;
- construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais;
- utilização racional do mecanismo da judicialização nos casos em que a via não seja obrigatória e indispensável, devendo o membro analisar se realmente a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso;
- atuação proativa do membro para garantia do andamento célere e da duração razoável dos feitos sob a responsabilidade de sua unidade ministerial e adoção das providências pertinentes ao alcance do precedente jurisdicional pretendido, inclusive mediante a interposição de recursos e a realização de defesas orais;
- e para efetiva aplicação das sanções impostas judicialmente pela prática de ilícitos, notadamente, nas causas em que o Ministério Público é autor.

- c) Priorização da atuação preventiva, de modo a atuar programaticamente para combater ilícitos que possam gerar situações de lesão ou de ameaça aos direitos fundamentais afetos à atuação do Ministério Público, priorizando, para tanto, medidas extrajudiciais e judiciais que sejam efetivas e eficientes para evitar essa prática;
- d) Na hipótese de inevitabilidade do dano, atuar tempestiva e efetivamente, garantindo uma resposta imediata, com vistas a: 1) estancar a continuidade ou a repetição dos ilícitos; 2) remover os ilícitos e potencializar a dimensão da eficiência na reparação dos danos eventualmente ocorridos e; 3) reduzir dados indicativos de impunidade;
- e) Utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas;
- f) Realização periódica de audiências públicas para permitir ao cidadão o acesso ao Ministério Público para o exercício direto da soberania popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da CR/1988, de modo a viabilizar a participação e a deliberação social sobre prioridades que devam ser objeto da atuação da Instituição, assim como para prestar contas do trabalho ao cidadão interessado;
- g) Atuação pautada no Planejamento Estratégico aprovado democraticamente com a participação tanto dos membros e servidores quanto da sociedade;
- h) Atuação com base em Planos de Atuação, em Programas Institucionais e em Projetos Executivos que estejam em sintonia com o Planejamento Estratégico Institucional;
- i) Realização de atividades extrajudiciais não procedimentais de relevância social, tais como palestras, participação em reuniões e outras atividades que resultem em medidas de inserção social;
- j) Coordenação e/ou participação em Projetos Sociais adequados às necessidades da respectiva comunidade e eficientes do ponto de vista de proteção e da efetivação de direitos fundamentais;
- k) Análise consistente das notícias de fato, de modo a ser evitada a instauração de procedimentos ineficientes, inúteis ou a instauração em situações nas quais é visível a inviabilidade da investigação;

- l) Delimitação do objeto da investigação, com a individualização dos fatos investigados e das demais circunstâncias relevantes, garantindo, assim, a duração razoável da investigação;
- m) Avaliação contínua da real necessidade de novas diligências e medidas nos procedimentos extrajurisdicionais, justificando, inclusive, a necessidade das novas prorrogações, em especial por ocasião da renovação dos prazos;
- n) Esgotamento das alternativas de resolução extrajudicial dos conflitos, controvérsias e problemas, com o incremento da utilização dos instrumentos como a Recomendação, Termo de Ajustamento de Conduta, Projetos Sociais e adoção do arquivamento resolutivo sempre que essa medida for a mais adequada;
- o) Acompanhamento contínuo da tramitação, instrução e fiscalização dos procedimentos judiciais e das suas respectivas execuções, promovendo as medidas necessárias para a efetivação desses procedimentos, com relação ao cumprimento e aplicação das sanções impostas aos condenados, nas ações das quais é autor o Ministério Público;
- p) Priorizar a atuação em tutela coletiva, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos necessários;
- q) Avaliar se a atuação individual não desestabilizará as políticas públicas sobre a matéria.

3 Diretrizes dirigidas à Corregedoria Nacional e às Corregedorias de cada um dos Ministérios Públicos para a avaliação, orientação e fiscalização das atividades extrajurisdicionais:

- a) Renovação dos métodos de avaliação, orientação e fiscalização da atividade-fim e das atividades administrativas pelas Corregedorias, para aferir a atuação resolutiva do Ministério Público e a sua relevância social;
- b) Avaliação, orientação e fiscalização do cumprimento do Planejamento Estratégico, do Plano Geral de Atuação e dos Programas de Atuação dos Órgãos de Execução e dos seus respectivos Projetos Executivos;

- c) Estabelecimento de orientações gerais e de critérios de avaliação, orientação e fiscalização com a priorização de demandas a partir do Planejamento Estratégico, do Plano Geral de Atuação e dos Programas de Atuação dos Órgãos de Execução e dos seus respectivos Projetos Executivos;
- d) Valorização do resultado da atuação das Corregedorias dos Ministérios Públicos, de modo a ultrapassar o controle meramente formal, quantitativo e temporal nas causas em que atuam o Ministério Público;
- e) Maximização das atividades de avaliação e de orientação das Corregedorias como fomento às boas práticas e à efetividade da atuação dos órgãos do Ministério Público como agentes políticos;
- f) Superação do critério de priorização da atuação judicial e da limitação da fiscalização ao cumprimento dos prazos procedimentais;
- g) Avaliação da atividade-fim, considerando a totalidade dos mecanismos de atuação extrajudicial, inclusive com a realização de audiências públicas e a adoção de medidas de inserção social como palestras, reuniões e atuação por intermédio de Projetos Sociais;
- h) Aferição da utilização eficiente de mecanismos de resolução consensual com a priorização dos mecanismos de resolução extrajudicial dos conflitos, controvérsias e problemas;
- i) Aferição da utilização eficiente e objetiva de instrumentos e métodos de investigação na determinação de diligências, bem como dos recursos extrajudiciais e judiciais visando à prevenção e à tempestiva correção de ilícitos;
- j) Participação das Corregedorias na definição dos Planos de Atuação e no seu acompanhamento;
- k) Avaliação da atuação dos membros e servidores do Ministério Público a partir da oitiva, em audiência pública ou não, dos cidadãos diretamente interessados ou da respectiva sociedade organizada;
- l) Participação das Corregedorias nas decisões administrativas relacionadas à definição de atribuições, ao aperfeiçoamento estrutural das Promotorias e das Procuradorias de Justiça e aos critérios de substituição ou cumulação de funções;

- m) Atuação das Corregedorias junto às Escolas Institucionais, para definição do conteúdo programático do curso de formação dos novos agentes políticos do Ministério Público, bem como dos temas de atualização profissional dos demais membros, fomentando uma cultura institucional de valorização da atividade resolutiva;
- n) Priorização da avaliação qualitativa dos procedimentos extrajudiciais em tramitação, considerando, entre outros, a natureza, a complexidade e o alcance social da matéria;
- o) Incentivar a participação dos membros e servidores, com sugestão para o aperfeiçoamento dos serviços institucionais e desenvolvimento de pesquisas institucionais;
- p) Elaboração de diagnósticos e prognósticos das atividades Institucionais;
- q) Divulgação periódica de relatórios dos resultados advindos das Corregedorias;
- r) Avaliação da duração razoável do processo, considerando, para tanto, principalmente, as necessidades do direito material, de modo a aferir se há hipótese concreta de necessidade de agilização do procedimento em situações de urgência ou se há necessidade de alargamento do procedimento nos casos em que a complexidade na matéria de fato e de direito o exigir;
- s) Criação de parâmetros não meramente formais para subsidiar a avaliação e a fiscalização do tempo de tramitação dos procedimentos extrajudiciais, considerando-se, para isso, a efetividade das diligências determinadas, os intervalos entre os impulsionamentos (períodos em que o procedimento resta concluso), assim como a adoção de instrumentos resolutivos e outras medidas;
- t) Verificação, nas correições avaliativas e nas inspeções, da regularidade e da resolutividade da atuação do Ministério Público na atividade extrajudicial, analisando, entre outros, o cumprimento do Planejamento Estratégico, do Plano de Atuação e dos Projetos Executivos, levando-se em consideração os seguintes fatores:

I Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios

- Instauração com amparo em fundamentos constitucionais ou legais;
- Delimitação de objeto adequado e relevante do ponto de vista da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais;
- Determinação somente de diligências necessárias;
- Eficiência quanto ao andamento e à conclusão;
- Apresentação dos fundamentos constitucionais e legais, em caso de tramitação com publicidade restrita;
- Permissão de participação social, legitimamente interessada;
- Priorização, sempre que possível, da resolução consensual;
- Adoção tempestiva e adequada das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis, com vistas à cessação do ilícito ou sua correção.

II Audiências Públicas

- Regularidade e periodicidade das audiências públicas;
- Acessibilidade do cidadão às audiências públicas;
- Audiências públicas realizadas com a demonstração de proatividade e eficácia na defesa dos direitos fundamentais.

III Termos de Ajustamento de Conduta

- Apresentação dos devidos fundamentos constitucionais ou legais;
- Delimitação do fato que resultou na existência ou na iminência do dano;
- Caracterização do dano;
- Descrição das obrigações de fazer e/ou não fazer, de forma a contemplar as circunstâncias de modo, tempo, lugar e outras;
- Estabelecimento de prazo para o cumprimento das obrigações;

- Cominação, nos casos de não cumprimento das obrigações pactuadas, de eventual sanção (multa) a ser aplicada;
- Demonstração de resolutividade e eficácia do ponto de vista jurídico e social;
- Participação social, por intermédio de pessoas ou entes representativos;
- Ampla publicidade dos termos de ajustamento de conduta do ponto de vista de sua elaboração e dos seus resultados para a sociedade;
- Efetividade na fiscalização e adoção de providências, no sentido de execução de termos de ajustamento eventualmente descumpridos.

IV Recomendações

- Apresentação dos devidos fundamentos constitucionais ou legais;
- Demonstração da utilidade social, principalmente por expressar a adequada defesa dos direitos e/ou garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivas;
- Efetividade na fiscalização sobre o acatamento das recomendações expedidas e adoção das providências eventualmente cabíveis na hipótese de descumprimento e manutenção do ilícito.

V Participação em Projetos Sociais

- Observância dos princípios da transformação social, publicidade ampla e irrestrita, participação social, eficiência, cooperação, utilidade social, priorização da prevenção, reparação integral, máxima coincidência entre o dano e a reparação, máxima precisão dos objetivos e metas, avaliação e monitoramento periódicos dos resultados e flexibilização da técnica para atender às necessidades dos direitos e garantias fundamentais;
- Definição de justificativa, objetivo geral, objetivo específico ou metas, metodologia, cronograma, acompanhamento e indicadores para monitoramento dos resultados;

- Relevância social e adequação dos Projetos Sociais à defesa dos direitos e garantias fundamentais afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público.

VI Outras atividades relevantes

- Participação em reuniões de interesse social relativas a temas afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público;
- Palestras em escolas e outros ambientes sociais com função, principalmente, pedagógica emancipadora;
- Participação em cursos, seminários, palestras ou em eventos institucionais ou não;
- Participação em grupos de trabalhos, em atividades de cooperação administrativa institucional;
- Publicação de livros, artigos e outros textos de relevância social.