

DÉBORA PALEO MOURÃO

**A LEGITIMIDADE ATIVA NAS
AÇÕES COLETIVAS *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA – PUC/SP
SÃO PAULO/2011**

DÉBORA PALEO MOURÃO

**A LEGITIMIDADE ATIVA NAS
AÇÕES COLETIVAS *LATO SENSU***

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor Luís Otavio Sequeira de Cerqueira

SÃO PAULO

2011

DÉBORA PALEO MOURÃO

A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS *LATO SENSU*

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor Luís Otávio Sequeira de Cerqueira

BANCA EXAMINADORA

*Como sempre: à Deus pela vida e à Nossa Senhora
Aparecida pela intercessão!
Aos meus pais e irmã por todo amor, carinho e apoio
incondicional.
Aos meus amigos, pela paciência na minha ausência.
À Dra. Ryanna Pala Veras, exímia Procuradora da
República e acadêmica, por toda esta amizade que
temos dividido ao longo dos anos.*

*Meus sinceros agradecimentos ao ilustre Prof.^º Luís
Otavio Sequeira de Cerqueira, que durante dois anos,
transformou meus sábados em inestimáveis e ricos
dias de estudo do Direito.*

ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
LACP	Lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/85)
LAP	Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65)
LIA	Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/92)
MSC	Mandado de Segurança Coletivo
DOU	Diário Oficial da União
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial

RESUMO

Neste trabalho analisa-se a legitimidade ativa nas ações que tutelam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, concentrando-se naquelas que fazem parte do chamado “direito processual coletivo comum”, quais sejam: ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação civil coletiva. Parte-se de uma análise tradicional de institutos do processo civil, passando por princípios processuais coletivos próprios, modernas posições doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, concluindo por maior legitimidade ativa para a defesa de tais direitos.

ABSTRACT

This study analyses the individuals and institutions which are entitled to set up a class action to protect collective rights and individual rights in a collective perspective, focusing in the specific types of Brazilian class actions: 'ação popular', 'mandado de segurança', 'ação civil pública' and 'ação civil coletiva'. In the first part it is examined the traditional rules of the civil process, including the principles of collective actions, then, the modern views and recent cases in this subject. In conclusion, it is affirmed that the agents and institutions entitled to defend collective rights in courts should be increased.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	vi
RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUÇÃO.....	01
1. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM.....	03
1.1 Conceitos do direito processual coletivo.....	05
2. FORMAS DE INTERESSES OU DIREITOS METAINDIVIDUAIS.....	08
2.1 Considerações preliminares.....	08
2.2 Interesses ou direitos difusos.....	09
2.3 Interesses ou direitos coletivos.....	12
2.4 Interesses individuais homogêneos.....	14
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM.....	15
4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	18
4.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	20
4.2 O interesse processual ou interesse de agir.....	21
4.3 Legitimidade de parte.....	23
4.3.1 Considerações preliminares.....	23
4.3.2 Formas de legitimidade na defesa dos interesses individuais – características gerais.....	25
4.3.3 As formas de legitimidade na defesa dos interesses metaindividuais.....	27
4.3.3.1 Histórico.....	27
4.3.3.2 Características gerais.....	30
5. LEGITIMIDADE ATIVA E AÇÕES COLETIVAS.....	40
5.1 Constituição Federal de 1988.....	40
5.2 Ação popular.....	42
5.2.1 Generalidades.....	42
5.2.2 Quanto ao objeto a ser tutelado pela ação popular.....	44
5.2.3 Legitimidade ativa na ação popular.....	48
5.2.3.1 Na defesa do patrimônio público e demais bens tuteláveis (exceto meio ambiente).....	48
5.2.3.2 Na defesa do Meio Ambiente.....	50
5.2.4 Da titularidade do legitimado ativo.....	51
5.2.5 Litispendência entre ação popular e ação civil pública.....	53
5.3 Mandado de segurança coletivo.....	54
5.3.1 Generalidades.....	54
5.3.2 Quanto ao objeto a ser tutelado pelo mandado de segurança coletivo.....	56

5.3.3 Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo.....	63
5.3.4 Da titularidade do legitimado ativo.....	63
5.3.4.1 Partidos políticos.....	63
5.3.4.2 Das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações.....	69
5.4 Ação civil pública.....	78
5.4.1 Generalidades.....	78
5.4.2 Quanto ao objeto tutelado pela ação civil pública.....	79
5.4.3 Legitimidade ativa na ação civil pública.....	84
5.4.3.1 Ministério Público.....	86
5.4.3.2 Defensoria Pública.....	91
5.4.3.3 Órgãos da administração pública direta e indireta.....	93
5.4.3.4 Fundações.....	94
5.4.3.5 Órgãos públicos sem personalidade jurídica.....	94
5.4.3.6 Associações.....	95
5.4.3.7 Sindicatos.....	97
5.4.3.8 Partidos políticos.....	98
5.4.4 A participação do cidadão na ação civil pública.....	99
5.4.5 Da titularidade do legitimado ativo.....	104
5.4.6 Comentários sobre o Projeto de Lei n. 5.139/2009 (nova lei da ação civil pública).....	108
5.5 Ação civil coletiva.....	110
5.5.1 Generalidades.....	110
5.5.2 Quanto ao objeto tutelado pela ação civil coletiva.....	111
5.5.3 A legitimidade ativa na ação civil coletiva.....	112
5.5.4 Da titularidade do legitimado ativo.....	115
 CONCLUSÃO.....	120
 BIBLIOGRAFIA.....	125

4 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a tutela jurisdicional no âmbito civil é, por excelência, o instrumento de proteção de situações jurídicas individuais.

Com o fenômeno da massificação das relações, surgiram novas formas de interesse, merecedores de proteção específica e tão ágil quanto as destinadas à tutela dos conflitos individuais: as ações coletivas.

O presente trabalho destina-se a desenvolver e apresentar a temática da legitimidade para agir pelo instrumento de proteção de interesses sob o pátio das ações coletivas.

Não é o objetivo, o estudo pormenorizado de todos os diplomas processuais que traçam regras procedimentais e regulamentadoras do direito processual coletivo comum, mas apenas de quatro ações reputadas de maior alcance social: ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação civil coletiva.

Desde logo consignamos que, doravante, a denominação *ações coletivas* será usada de forma genérica, de modo a englobar as quatro ações mencionadas que visam a tutelar direitos coletivos *lato sensu*, ou, mais propriamente individuais, exercitáveis coletivamente em face de sua homogeneidade e origem comum; sejam os coletivos propriamente ditos (*stricto sensu*) em que há uma relação base de agrupamento num dado ente associativo, classe ou categoria, sendo determinadas ou pelo menos determináveis as pessoas a ele relacionadas; sejam, por fim, os difusos, envolvendo, em virtude de uma situação qualquer, um número indeterminável de pessoas, disseminadas no meio social.

O problema da legitimação é que, uma vez reconhecida, expressa ou tacitamente, no plano do direito material, a efetiva proteção jurídica aos interesses superindividuais, e admitida a possibilidade de fazê-los valer autoritativamente, via Poder Judiciário, resta ainda solucionar uma questão fundamental: a quem deve o direito reconhecer qualidade para propor a ação judicial direcionada a tal tutela?

O legislador pátrio cercou-se de cautelas ao legitimar concorrentemente várias entidades, públicas e privadas. Todavia, os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária e, se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro, é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação.

Inúmeras soluções vêm sendo propostas em todo o mundo na busca de uma formulação que possa superar esses e os inúmeros outros problemas que se fazem sentir quando se procura dar efetiva proteção jurisdicional aos direitos coletivamente considerados. Propõe-se, por exemplo, a legitimação concorrente e disjuntiva de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações, entes despersonalizados) voltadas institucionalmente à defesa de tais interesses; a legitimação de órgãos do Poder Público (como o Ministério Público) etc.

Trata-se de saber, no caso dos interesses difusos, quais as pessoas ou entidades que detêm o poder de exercer a ação na justiça e a que título o exercerão; se podem fazê-lo disjuntiva ou concorrentemente; se tal será possível com a estrutura atual do processo ou se modificações serão necessárias.

Não obstante, busca-se, também, um sistema de pesos e contrapesos, evitando-se por parte dos legitimados, abusos e tiranias.

1. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM

É bem de ver que o objeto de nosso estudo insere-se no âmbito do denominado direito *processual coletivo comum*.

A autonomia do direito processual coletivo não nega a unidade do direito processual, tendo em vista que esta unidade é preservada constitucionalmente pelo que se tem denominado direito constitucional processual, que seria composto pelo conjunto de garantias e princípios constitucionais que se aplicam indistintamente a todos os ramos do direito processual, como por exemplo, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e XXXV da CF).

O direito processual coletivo tem respaldo constitucional, e a isto a doutrina chama de direito processual constitucional que é o conjunto de garantias, princípios e regras processuais que estão na Constituição, não obstante não sejam matérias essencialmente constitucionais.

A doutrina moderna divide o direito processual coletivo em: direito processual coletivo especial e direito processual coletivo comum.

O direito processual coletivo especial destina-se à tutela jurisdicional de direito objetivo, sendo este entendido como o controle em abstrato da constitucionalidade das leis e podem ser citadas: as ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade por ação ou por omissão e ação direta declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a” e regulamentadas pela Lei n. 9.868/1999) e argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º e regulamentada pela Lei n. 9.882 de 3.12.1999).

O direito processual coletivo comum se destina a tutela jurisdicional de direito subjetivo, sendo este entendido como a resolução das lides coletivas que ocorrem no plano da concretude e podem ser citadas: o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a ação popular (art. 5º, LXXIII); a ação civil pública (art. 129, III e seu § 1º), o dissídio

coletivo (art. 114, § 2º), a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11) e a ação direta interventiva (art. 36, III). É do direito processual coletivo comum que trataremos neste trabalho.

É dentro do sistema do direito processual coletivo que se vislumbra a existência de um novo ramo do direito, expressado de duas formas na Constituição Federal de 1988: como figuras específicas de tutela jurisdicional coletiva, bem como de regras e princípios genéricos e específicos que lhes são aplicáveis.

Para se comprovar a existência desse direito processual coletivo comum, observam-se basicamente três dispositivos constitucionais: art. 1º da CF, que consagrou o Estado Democrático de Direito, que é o Estado da justiça material ou da transformação da realidade social com justiça, o que somente ocorrerá com a existência de um instrumento potencializado de tutela jurisdicional dos direitos massificados; art. 5º, XXXV da CF, que consagra o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais em relação a qualquer direito e o art. 129, III da CF, que consagrou o princípio da não-taxatividade da ação coletiva, em plena consonância com o já mencionado art. 5º, XXXV.

Desta forma, existe com dignidade constitucional, o direito processual coletivo comum, como instrumento potencializado de resolução dos conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude e de efetivação material do Estado Democrático de Direito brasileiro¹.

Passemos à análise dos institutos estruturais, refletidos perante a concepção moderna da ciência processual.

¹ Gregório Assagra de Almeida, **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**, p.270.

5 1.1 Conceitos do direito processual coletivo

No campo do direito processual coletivo comum, a atividade jurisdicional assume papel ainda mais relevante, haja vista que o Poder Judiciário é o órgão transformador da realidade social.

Entende-se por *jurisdição coletiva comum* o julgamento das lides decorrentes dos conflitos coletivos levados à apreciação jurisdicional por intermédio de algumas das variadas espécies de ações coletivas previstas no nosso ordenamento jurídico, que, sob esse enfoque, é fundamentado pela existência de um conjunto de normas e princípios processuais de cunho coletivo e de um objeto próprio.

O fundamento primeiro da jurisdição coletiva comum se encontra no art. 5º, XXXV, da CF, o qual estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Desta forma, é possível de tutela qualquer lesão ou ameaça de direito, seja individual, seja coletivo em sentido amplo.

Nessa perspectiva, é latente hoje o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, o que deve ser conduzido como princípio constitucional decorrente do art. 5º, XXXV, da CF, em combinação com o § 1º do mesmo dispositivo, que impõe a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Deve, portanto, o Poder Judiciário valer-se de todos os princípios e regras interpretativas do direito constitucional como tratado adiante.

Tendo em vista que o objetivo deste estudo é a legitimidade ativa nas *ações coletivas*, necessário esclarecer o que seriam estas ações ditas coletivas.

Como a doutrina não é unânime nessa conceituação, adotamos o critério distintivo decorrente da aferição do objeto material da ação. Assim, toda ação que busque a tutela de alguma espécie de direito coletivo (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo), poderá ser considerada, ao menos em tese, como ação coletiva (ou também, *ação*

constitucional coletiva). Por outro lado, existem ações constitucionais que servem tanto para a defesa de direitos individuais, como coletivos *lato sensu* e, neste caso, serão as chamadas de *ações coletivas ambivalentes*².

Processo coletivo, por sua vez, é o instrumento pelo qual a jurisdição coletiva se efetiva, sendo seu objeto o próprio mérito decorrente da afirmação de direito deduzido na ação coletiva.

Tratando-se de um direito cuja titularidade pertence a uma coletividade de pessoas, surge como característica própria a sua *indisponibilidade*.

Discute-se, no âmbito doutrinário, se o legitimado a propor a ação coletiva poderia praticar em juízo atos que impliquem disposição do direito material difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Em tese, os direitos superindividuais (assim como os direitos individuais homogêneos, em sua globalidade) são indisponíveis, não se admitindo a renúncia por parte de quaisquer legitimados coletivos ativos ou a transação que possa lesar ou colocar em risco o respectivo direito coletivo.

No entanto, há aquelas disposições necessárias à melhor solução dos conflitos, cabendo ao magistrado, como aplicador do direito, ao Ministério Público, como *custos legis*, e a qualquer outro co-legitimado (litisconsorte ou assistente) o controle da oportunidade, da conveniência e mesmo do conteúdo do acordo, com o objetivo de evitar a formação de transações contrárias aos interesses tutelados.

Neste escopo, o “*termo de ajustamento de conduta*” disposto no art. 5º, § 6º da LACP (acrescentado pelo art. 113 do CDC) é interpretado por uns³ como transação, em razão de haver concessões mútuas e por outros, como o reconhecimento, pelo réu, de um dever jurídico

² Ibid., p. 271.

³ Fernando Grella Vieira, **A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Pùblico**, in Revista Justitia 161, p. 40-53.

de ajustar a sua conduta às exigências legais e um compromisso de cumpri-lo⁴, e por parte do legitimado ativo, de não ajuizar a ação como intentava fazer.

Muitas das normas processuais do CDC e da LACP revelam uma constante preocupação do direito com os riscos decorrentes da possibilidade de haver colusão entre as partes nas ações coletivas⁵.

⁴ Antonio Gidi, **Legitimidade para agir em ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 60; e Gregório Assagra de Almeida, op. cit., p. 545; João Batista de Almeida, **Aspectos controvertidos da ação civil pública**, p. 225

⁵ Neste sentido: não geração de efeitos *erga omnes ou ultra partes* na improcedência por insuficiência de prova (art. 103, I e II, do CDC); permissão a outro co-legitimado para promover a execução da sentença em caso de desídia do autor (art. 15, da LACP); a coisa julgada na ação coletiva não prejudica os direitos individuais daqueles que não intervierem no processo (art. 103, §§ 1º e 2º, do CDC); prosseguimento, por outro legitimado, da ação coletiva em caso de desistência ou abandonou pelo autor (art. 5º, § 3º, da LACP), ou mesmo recorrer como terceiro interessado; intervenção obrigatória do MP como *custos legis* em toda as ações coletivas (art. 5º, § 3º da LACP); desestimula-se a lide temerária (art. 17, da LACP; art. 87, parágrafo único, do CDC).

2. FORMAS DE INTERESSES OU DIREITOS METAINDIVIDUAIS

2.1 Considerações preliminares

Cabe notar que a própria divisão do Direito Positivo em dois grandes ramos – o Público e o Privado – não se faz em termos de exclusividade, e sim de predominância.

Essa questão concerne também ao Processo Civil: quanto sirva, normalmente, para veicular pretensões individuais. No sistema brasileiro, integra o Direito Público, sendo suas normas cogentes, indisponíveis no âmbito jurisdicional estatal.

Com a tendência globalizante entre o Público e o Privado, os interesses coletivos *lato sensu* foram se harmonizando entre estas duas balizas, de modo que o processo civil está recebendo o impacto do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa.

Na década de 1970, especificamente por intermédio dos estudos do consagrado jurista italiano Mauro Cappelletti, é que a dicotomia tradicional presente nos países de tradição românica do direito, entre interesse público (o indivíduo em relação ao Estado) e interesse privado (os indivíduos em inter-relação) sofreu críticas, o que veio a demonstrar a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam os interesses metaindividuais ou transindividuais referentes a uma comunidade de pessoas.

Com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), houve a divisão e a conceituação precisa dos direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais em duas categorias: os difusos e os coletivos. Foi criada uma terceira categoria, a dos direitos ou interesses individuais homogêneos.

2.2 Interesses ou direitos difusos

Os interesses difusos pertencem ao gênero *interesses meta ou superindividuais*, estando compreendidos aqueles que depassam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na *ordem coletiva lato sensu*⁶.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que são “*interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*” (art. 81, I).

Por serem difusos, tais interesses não comportam atribuição a um titular definido (exclusividade), sendo inerente a *todos* (insuscetíveis de participação em quotas), assim, *cada um* tem título para pedir a tutela de tais interesses.

Essa “difusão” vem da circunstância de que não estão unidos por um laime jurídico, mas sim, por ocorrências de fato, o que faz surgir uma intensa litigiosidade interna.

Cabe enfatizar que, se os interesses coletivos também apresentam certa conflituosidade, esta é menos intensa e de natureza diversa, porque são organizados e reunidos a grupos sociais definidos, bem como sua representação é de tipo convencional ou institucional, de modo que a área conflituosa torna-se mais restrita: somente um grupo determinado é portador legitimado desses interesses. Ao passo que, nos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos e a mobilidade e fluidez do objeto ampliam ao infinito a área conflituosa.

⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p.131.

Em razão de serem indeterminados, não podem ter por base a titularidade do interesse, mas a sua relevância considerada em si, isto é, sua relevância social. Isto é o que indica a doutrina mais moderna⁷.

Note-se que no campo processual, tanto no direito brasileiro quanto no italiano, é consagrado o princípio da coincidência entre a legitimação para agir e a afirmada titularidade da pretensão de direito material (art. 6º, CPC).

Desta forma, viu-se alterado o esquema tradicional, de modo que, a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas, ao contrário, do fato de que esse interesse concerne a uma pluralidade de sujeitos.

Também, essa ausência de aglutinação não se altera por surgir um portador adequado, já que isso concerne à legitimação para agir e não à natureza desse interesse⁸, de qualquer modo, os sucessos da ação compensarão todos os envolvidos e não somente aquele que se tenha investido em paladino da comunidade.

É possível que os interesses difusos, num determinado tempo e lugar, ganhem contornos mais nítidos, passem a ser referíveis a um grupo social determinado ou determinável, caso em que, naturalmente, deixarão seu estado natural, passando à interesse coletivo *stricto sensu*.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior utilizando como exemplo o acidente fatal ocorrido com os tripulantes do navio *Bateau Mouche* pontifica sobre a possibilidade de um interesse metaindividual ser enquadrável como espécie de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (art. 81 do CDC): a) haveria interesse difuso do Ministério Público ajuizar ação em favor da preservação da vida e segurança das pessoas, interditando-se a embarcação para evitar novos acidentes; b) haveria interesse coletivo da associação das empresas de turismo a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação e dotá-la de mais segurança; c) haveria

⁷ Ibid., p.85.

⁸ No direito norte-americano, mais precisamente nas *class actions*, é a pessoa que representa em juízo a coletividade afetada pela lesão aos interesses difusos: *ideological plaintiff*.

interesse individual homogêneo das vítimas do acidente, em razão da origem comum do pedido que pretendem fazer em Juízo⁹.

Constitucionalmente diversos são os interesses difusos tutelados como, por exemplo: assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 203, I e II); ensino fundamental gratuito (art. 208, I); proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 216); a propriedade como função social (art. 170, III); proibição de discriminações sociais (art. 5º, I e VIII); proteção à força-trabalho (art. 170, VIII e parágrafo único); proteção à liberdade de iniciativa (art. 170, IV e parágrafo único).

Por sua vez, no âmbito infra-constitucional, algumas legislações concernem, direta ou indiretamente, a esses interesses difusos; Lei n. 2.889/56: define e pune o crime de genocídio, consistente na “*intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, ético, racial ou religioso*”; Lei n. 1.521/51: dispõe sobre a economia popular; Lei n. 8.884/94: dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico; Lei Delegada n. 04/62: dispõe sobre o controle do abastecimento à população; Lei n. 7.853/89: defesa de interesses difusos e coletivos de deficientes físicos; Lei n. 7.913/89: proteção aos investidores no mercado de valores mobiliários; Lei n. 8.069/90: defesa dos interesses da criança e do adolescente (art. 208 *et seq.*); Lei n. 8.974/95: engenharia genética e biosegurança; Lei n. 9.433/97 (Lei das Águas): defesa dos recursos hídricos; Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) que incluiu no objeto da Ação Civil Pública a defesa da ordem urbanística, entre outras.

Além desses interesses, já normatizados, há espaço para outros metaindividualis: CF, art.129, III c.c Lei n. 7.347/85, art.1º, IV.

Por fim ressalte-se que, por serem os interesses difusos jungidos a situações contingenciais, deriva a consequência de serem mutáveis como essas mesmas situações de fato. De sorte que se não exercitados a tempo e hora, se modificam, acompanhando a transformação da situação fática que os ensejou, podendo ocorrer a *irreparabilidade da lesão*¹⁰, razão pela qual a doutrina evidencia a necessidade de criação de instrumentos processuais de natureza célere, para que a tutela desses interesses seja eficaz.

⁹ Nelson Nery Jr., **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 125.

¹⁰ A Lei n. 7.347/85 previu a possibilidade de concessão de mandado liminar, com ou sem justificação prévia (art.12), bem como os instrumentos processuais para uma tutela judicial diferenciada, calcada na verossimilhança da pretensão inicial ou recursal (arts. 273, 527, II, 544, §3º, do CPC) e o uso dos meios

2.3 Interesses ou direitos coletivos

O processo de formação dos interesses coletivos é constante e inevitável, sendo praticamente um instinto ou tendência do homem.

Coube à Constituição brasileira de 1988 dar guarida a esse reclamo jurídico-sociológico, acenando para uma democracia participativa (e não apenas representativa), permitindo aos modernos corpos intermediários (sindicatos, associações, órgãos de classe) integrarem-se na gestão da coisa pública, atuando tanto nas instâncias primárias (arts. 1º, V e parágrafo único; 205, 216, § 1º e 225), como na via judicial, esta última com o alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), os interesses coletivos vêm conceituados como os “*transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*” (art. 82, II).

Para o reconhecimento do interesse coletivo, o primeiro traço distintivo a ser firmado é o da organização, hábil a dar aos interesses a coesão e identificação necessárias. A falta de ponderação na análise deste requisito leva-se ao risco de sufocar interesses potencialmente coletivos.

Todavia, não se trata de mero reforço à tutela dos interesses individuais conferido ao grupo, mas da defesa de um interesse que ultrapassa a mera soma dos interesses pessoais, agrupados. Por vezes, depassam a esfera de atuação do grupo e alcançam já a própria sociedade civil como um todo.

coativos indiretos e de prestação específica do objeto (art.461 e §§ do, CPC). Ver também a Lei n. 8.437 de 30.06.1992, que dispõe sobre a concessão de liminares contra o poder público.

Um campo no qual recentemente se vêm detectando interesses metaindividuais de natureza coletiva é o das relações de trabalho, havendo legitimidade, em tese, do Ministério Público à sua defesa¹¹.

Assim, por intermédio da afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), estes se tornarão seus portadores (*enti esponenziali*), enquanto haja vínculo jurídico básico comum a todos os participantes será conferido situação jurídica diferenciada¹².

A fim de se estabelecer precisamente a diferença entre interesse difuso e coletivo, deve-se atentar que aquele abrange um número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto este é pertencente a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica.

No mais, ainda que ambos sejam espécies do gênero *interesses meta* (ou *super*) *individuais*, tudo indica que há entre eles uma diferença de ordem quantitativa e qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma *relação-base*, a um *vínculo jurídico* o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos. Sob o segundo enfoque, vê-se que no interesse coletivo o homem resulta de sua projeção corporativa, enquanto que no interesse difuso o homem é considerado simplesmente ser humano.

¹¹ Neste sentido, imperiosa a observação do que dispõe a Súmula de Entendimento n.º 15 do Ministério Público paulista: “O meio ambiente do trabalho também pode envolver a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estando o Ministério Público, em tese, legitimado à sua defesa”. Da mesma forma, a Lei Complementar federal 75/93 prevê uma ação civil pública “no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

2.4 Interesses individuais homogêneos

Os chamados interesses individuais homogêneos, que em sua essência ou natureza são individuais, apresentam, da mesma forma, um evento comum que lhes confere uniformidade (Lei n. 8.078/90, art. 81, III), sendo tutelado de forma *coletiva* (art. 90 a 100 da Lei n. 8.078/90), mormente ante a previsão legal para que o juiz coarte a formação do litisconsórcio ativo muito numeroso (art. 46, parágrafo único, do CPC)¹³.

Os direitos individuais homogêneos de origem comum, evidentemente, se exercidos de forma individual, mesmo por intermédio de uma ação plúrima, não destoarão dos padrões tradicionais de legitimação. As próprias pessoas que são seus titulares vão a juízo, solitariamente ou em grupo, pela via comuníssima da legitimação ordinária, ou, por representação, outorgam poderes a outrem para que o faça. Ou mesmo, em dadas e determinadas situações, poderão recair em hipóteses de legitimação extraordinária e substituição processual, que não ressaem dos lindes tradicionais da matéria¹⁴.

Diferencia-se dos interesses meramente individuais, pois naqueles a fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário; quer dizer, a qualificação para seu exercício é atribuída ao seu portador; o Estado, conforme o caso, não se interessará ou não poderá impedir aquele exercício.

Por fim, Nelson Nery Júnior¹⁵ evidencia o erro incorrido pela doutrina ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, sendo que, na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo ou individual puro ou homogêneo é: “*o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*”.

¹² Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p. 57.

¹³ Idem, p.48

¹⁴ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, **Mandado de Segurança coletivo: legitimação ativa**, p. 89.

¹⁵ Nelson Nery Júnior, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 125.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência no sistema jurídico, vinculando o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. São as vigas-mestras, os alicerces, sobre os quais se constrói todo o sistema jurídico.

Vejamos os princípios aplicáveis ao direito processual coletivo comum, seguindo-se modernas posições doutrinárias:

- **Princípios constitucionais fundamentais:** *princípio democrático* (art. 1º, *caput*, da CF), é o mais importante do Direito e da própria organização social, de onde se extraem todas as diretrizes principiológicas de efetivação do Estado Democrático de Direito; *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF), para tutelar o meio ambiente e outros direitos coletivos fundamentais; *princípio da igualdade substancial* (art. 5º, *caput*, da CF), como fundamento para se utilizar das espécies de tutelas jurisdicionais admissíveis no direito processual coletivo comum, evitando-se injustiças e discriminações sociais.
- **Princípios constitucionais processuais:** *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF), impondo a observância das regras dispostas no CDC e na LACP; *princípio do contraditório e da ampla defesa* (implícito); *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais* (art. 5º, XXXV, da CF), concebido como garantia e direito fundamental ao acesso à justiça, principalmente no que pertine ao direito processual coletivo comum.
- **Princípios específicos do direito processual coletivo comum brasileiro:**

a) *Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*: decorre da função própria do Poder Judiciário de pacificar os conflitos, na busca da efetivação dos valores democráticos dispostos nos arts. 1º e 3º da CF.

b) *Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva*: segundo o qual o controle do abandono infundado de uma ação coletiva é feita não somente pelo Ministério Público, como também pelos outros co-legitimados, que poderão assumir o pólo da relação jurídica processual (art. 5º, § 3º, da LACP); assim, o Ministério Público não pode abandonar a ação, tampouco requerer sua desistência de forma infundada (sem justo motivo), mas pode, segundo a doutrina majoritária, desistir do processo havendo justa causa para tanto.

c) *Princípio da presunção de legitimidade “ad causam” ativa pela afirmação do direito*: decorre da própria Constituição Federal, conforme se observa em relação ao Ministério Público, bastando a afirmação de direito social (art. 127, *caput*, da CF) ou de direito difuso e coletivo (art. 129, III, da CF), para que se configure a legitimidade constitucional do Ministério Público. Também se aplica aos outros legitimados coletivos ativos, por força do art. 129, § 1º da CF e arts. 82 do CDC e 5º da LACP.

d) *Princípio da não-taxatividade da ação coletiva*: pelo sistema jurisdicional coletivo atual, qualquer direito coletivo poderá ser objeto de ação coletiva (art. 5º, XXXV, e 129, III, da CF, e art. 1º, IV, da LACP). Limitações feitas por jurisprudência ou legislação infraconstitucional são eivadas de inconstitucionalidade.

e) *Princípio do máximo benefício da tutela coletiva comum*: está implícito no art. 103 do CDC (coisa julgada) e visa a extensão *in utilibus* da imutabilidade do comando emergente do conteúdo da decisão de procedência do pedido da ação coletiva. Por este princípio, ainda, não haveria a aplicação do princípio da correlação entre pedido e sentença (art. 460, do CPC) e haveria, também, prioridade na tramitação das ações coletivas.

f) *Princípio da máxima efetividade do processo coletivo*: segundo o qual o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes (implícito nos arts. 5º, XXXV e § 1º, da CF, e art. 83, do CDC c.c. art. 21, da LACP), tendo o Poder Judiciário poderes instrutórios amplos, atuando independentemente da iniciativa das partes. Segundo este princípio, o juiz não deve extinguir o processo coletivo por falta de

provas; deve ele determinar a sua realização pelo art.130, do CPC, que dispõe que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo.

g) *Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum:* são admissíveis todos os tipos de ações, medidas, provimentos, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado.

h) *Princípio da obrigatoriedade da execução (cumprimento de sentença) coletiva:* o cumprimento da sentença coletiva deverá ser feito pelo seu autor em até sessenta dias do trânsito em julgado da procedência, sendo que, vencido tal prazo, sem a devida execução cabe ao Ministério Pùblico promovê-la. Tratando-se de interesses individuais homogêneos, caberá ao titular do direito material promovê-lo em até um ano do transito em julgado.

i) *Princípio da gratuidade e preferência:* não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação em honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé. Ademais, ainda que as despesas venham a ser pagas ao final, se houver a necessidade de prova pericial em uma ação coletiva, o juiz não deve aplicar o art. 33, do CPC, que dispõe que os honorários serão pagos pelo autor se foi ele quem a requereu, ou quando ambos (autor e réu) requereram, ou quando o juiz determinou a sua produção. Isso porque, cabe ao juiz a aplicação do princípio da carga dinâmica das provas¹⁶ e não se pode impor ao autor coletivo este ônus, sob pena de desestimular o ajuizamento das ações coletivas; tampouco cabe a imposição do pagamento das perícias ao Fundo dos Direitos Difusos (art. 13, LACP), como ultimamente pretendem alguns juízes da magistratura paulista. É de se recordar que a teoria do risco da atividade não é apenas material, mas também processual.

¹⁶ Que defende o afastamento daquelas regras estáticas do CPC, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um, tudo em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo que ensejará, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário.

4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O direito de ação tem assento na Constituição Federal (art.5º, inciso XXXV) como garantia ao processo, assegurada às partes não apenas como resposta do Estado, mas também como direito de sustentar suas razões como resistência ao direito vindicado, na formação do contraditório.

Vivemos sob a égide da teoria da ação como um direito subjetivo público, abstrato (pois não depende da prolação de um provimento necessariamente favorável) e autônomo (independente do direito material)¹⁷.

Não obstante o direito de ação tenha matriz constitucional, é a ordem jurídica infraconstitucional processual que dispõe a respeito da ação, uma vez exercido o direito de acesso à jurisdição.

Trata-se do modelo adotado sob a inspiração da doutrina de Liebman¹⁸: de um lado um direito absolutamente abstrato (“direito constitucional de ação”, “direito de acesso à jurisdição”) e de outro, o direito processual de ação.

Neste sentido, para que haja o acesso ao Poder Judiciário, faz-se necessário a passagem por um “mecanismo de filtragem”, de sorte a impedir a passagem, para o campo da ação judicial, de assuntos estranhos à função jurisdicional. Tudo visando a higidez da relação jurídica processual.

São os chamados juízos de admissibilidade, separados em duas facetas: pressupostos processuais e condições da ação.

¹⁷ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, p. 256.

¹⁸ Liebman define o direito de ação como um direito subjetivo instrumental, revelado por um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Este conceito é trazido por Antonio

Os pressupostos processuais são “componentes” que dão validade à relação processual, ou seja, a possibilidade de desenvolvimento válido e regular do processo, sendo indispensáveis à sua formação.

As condições da ação são requisitos limitantes do exercício do direito mesmo de ação, em cada caso concreto, sem as quais não se justifica o integral desenvolvimento da atividade jurisdicional (arts. 4º, 6º, 267, VI, e 301, X do CPC)¹⁹.

São três as condições da ação no ordenamento pátrio (art. 267, VI, do CPC): a possibilidade jurídica do pedido, a legitimização (ou legitimidade) das partes e o interesse de agir. Ressalte-se que estas são as condições gerais da ação, o que não elide a presença obrigatória de outras condições específicas que podem ser exigidas em algumas ações em especial.

Tais quesitos representam, de um lado, um ponto de ligação do processo com a situação de direito material, como se fosse um cordão umbilical e, de outro lado, asseguram a autonomia do processo, garantindo que a jurisdição só se exercerá através de ação validamente posta, e não mediante qualquer ação.

Não preenchidas tais condições, ocorre o que se chama de carência de ação, levando à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Humberto Theodoro Júnior²⁰ destaca haver divergência no âmbito da doutrina quanto à natureza jurídica das condições da ação, informando a existência de correntes que as assimilam ao próprio mérito da causa, existindo apenas o binômio “*pressupostos processuais-mérito*”. Outras colocariam as condições da ação numa situação intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, formando um trinômio entre as três categorias do processo.

Estudemos as condições da ação na seguinte ordem: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte.

Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, p. 253.

¹⁹ Luiz Rodrigues Wambier (coord.), **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1, p.140.

²⁰ **Curso de direito processual civil**, vol. 1, p.52.

4.1 Possibilidade jurídica do pedido

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se o amparo da lei ao pleito formulado.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²¹ sustentam que existirá a possibilidade jurídica do pedido sempre que não houver, no ordenamento jurídico, proibição expressa a seu respeito, devendo a mesma ser analisada juntamente com sua causa de pedir.

Luiz Rodrigues Wambier²² compartilha do mesmo entendimento, não obstante entenda que haverá a existência da condição ainda que não exista previsão expressa na lei (norma material) e acrescenta que isto se dá na esfera do direito privado. Por sua vez, em sede de direito público - tendo em vista que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência -, a análise deverá levar em consideração as peculiaridades deste ramo do Direito. Finaliza, o autor, mencionado que:

Talvez seja preferível reservar a noção de impossibilidade jurídica do pedido apenas para os casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento (ex.: pedir a prisão civil do suposto devedor de uma obrigação pecuniária não-alimentícia; pretender promover execução por quantia certa comum, como penhora, contra a Fazenda Pública; pedir a condenação do réu ao pagamento de uma dívida de jogo). Nessa perspectiva, a possibilidade jurídica do pedido fica restrita a um aspecto processual – ainda que, para a aferição de sua presença, seja indispensável o exame da relação material subjacente (...)

²¹ Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, p.630.

²² op.cit., p.144.

Humberto Theodoro Júnior²³ entende por possibilidade jurídica do pedido “*a exigência de que deve existir abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação*”.

Segundo leciona Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁴:

Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p.ex.: constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam.

Em se tratando de ações coletivas, a possibilidade jurídica do pedido deverá ser concebida no sentido de que somente não estará presente, quando houver vedação na Constituição, uma vez que é admitido expressamente o cabimento de ação coletiva para a defesa de todo e qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo (art. 129, III). Isso se dá em decorrência da natureza processual constitucional do direito processual coletivo.

6 4.2 O interesse processual ou interesse de agir

Para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º, do CPC). Dessa disposição decorre outra condição da ação, que é o interesse processual ou interesse de agir em juízo, para a proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão.

O interesse processual é o que dá a necessária concreção ao direito de ação e faz com que este seja formado por uma determinada realidade material, evitando que a ação judicial se torne um fim em si mesma.

²³ **Curso de direito processual civil**, vol. 1, p.52.

²⁴ **Teoria Geral do Processo**, p. 258.

É configurado pela doutrina como o trinômio “*necessidade-utilidade-adequação*”.

A *necessidade* consubstancia-se no recurso ao Poder Judiciário, o que seria indispensável para a obtenção do bem da vida pretendido, que não poderia ser obtido de outra forma.

A *utilidade* consubstancia-se na utilidade prática do provimento jurisdicional, para o autor, de modo que acrescente algo à sua situação jurídica pré-processual ou removendo o obstáculo lamentado. Assim, é que a tutela tem que servir para alguma coisa, não servindo para atender a uma fantasia ou coisa que o valha²⁵.

A *adequação* é a relação existente entre a situação lamentada e o pedido mediato (bem da vida tutelado) e imediato (provimento jurisdicional) perseguidos em juízo, isto é, a pretensão deve adequar-se à proteção do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Embora se diga que o interesse processual é instrumental, secundário (em relação ao interesse material, dito substancial), nem por isso, apresenta uma menor grandeza ou relevância, pois são de natureza distinta, onde o conhecimento de uma pretensão de direito material, depende da verbalização da relação jurídica processual²⁶.

São três dados básicos que, analisados, levam aos componentes identificadores do interesse processual, ao menos nos quadrantes da jurisdição singular: a) a certeza, que significa dever o interesse processual ser atual, concreto; b) a individualização, que ele deve ser determinado ou determinável e afetado a um titular; c) existência de um interesse jurídico ou legítimo, e não qualquer interesse a justificar o acesso à justiça.

A individualização é a mais questionável, seja porque ela desbordaria do interesse processual para configurar, a legitimização para agir (medida em que tratar-se-ia de saber quem pode pedir a tutela jurisdicional), seja porque, exigindo-se a coincidência entre as figuras do titular da pretensão de direito material e a do autor, chegar-se-ia a um impasse quando da outorga de tutela a situações que, embora socialmente relevantes, não permitem, por sua própria natureza, a afetação a um titular.

²⁵ Raimundo Simão de Melo, *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, p.127.

²⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos: conceito e legitimização para agir*, p. 145.

Desta forma, a noção clássica do interesse processual (em seu caráter direto e pessoal, que o torna afetado a um titular, a personificação), carece da necessária concretude em se tratando de pretensões de natureza supraindividual, distanciando-se, assim, do critério da titularidade do direito subjetivo ameaçado ou violado.

Hoje se reclama a alteração deste quadro deslocando-se o enfoque para a *relevância social* do interesse a ser tutelado, a partir de dados *objetivos* e da realidade exterior como, por exemplo, certos *fatos objetivos* como a condição de eleitor ou de cidadão, ou o fato de habitar certa região ou de pertencer a certa etnia etc.²⁷

Já se vê que fica alterado também o próprio conceito de *jurisdição* que, deixando a concepção restritiva de órgão substitutivo das querelas individuais, passa a ser o instrumento de realização efetiva da ordem jurídica.

Em suma, trata-se de considerar que os direitos difusos constituem *situações diferenciadas*, na medida em que se apresentam como *relevantes e necessários* para toda uma coletividade ou ao menos para um segmento ou categoria desta.

6 4.3 Legitimidade de parte

7

8 4.3.1 Considerações preliminares

“Partes” são os sujeitos que pedem (autor) ou em relação as quais se propõe e pedem a tutela jurisdicional (réu).

“Parte legítima” corresponde, no processo civil individual, à correlação entre aqueles que figuram nos pólos opostos do conflito apresentado pelo autor e os que figuram no processo na oposição de autor(es) e réus(s)²⁸.

²⁷ Ibid., p.151.

²⁸ Luiz Rodrigues Wambier (coord.), **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, vol. 1, p.142.

Chiovenda²⁹ conceitua parte como “(...)*aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele que em face de quem essa atuação é demandada*”, reafirmando a independência da relação processual quanto à relação substancial.

Calamandrei³⁰ ensina-nos que: “‘partes’ são as pessoas, que competem entre si para a obtenção da vitória sobre o litígio apresentado ao magistrado; neste sentido, ainda que não haja necessariamente um conflito de interesses, o processo será necessário para garantir o interesse público”.

Este conceito difere do que pretendem outros autores, que entendem “parte” em seu sentido substancial, como o titular do direito material (parte ativa) ou aquele sujeito à obrigação (parte passiva), o que retrocede à teoria civilista da ação, ou, quando menos, recai num concretismo incompatível com o atual estágio da ciência processual.

A legitimidade para agir ou *legitimatio ad causam*, como condição da ação (art.267, VI, do CPC) no direito processual tradicional brasileiro, embasa-se no art. 6º do Código de Processo Civil.

Efetivamente, a legitimação *ad causam* caracteriza-se por essa relação de pertinência ou por essa coincidência na equação, em que um dos termos é formado pelo binômio “titular da pretensão/pessoa favorecida pela norma = autor”; e o outro termo é composto pelo binômio “titular da resistência/pessoa em situação de sujeição, pela norma = réu”, onde surge para àquela primeira, o *poder* de pleitear em juízo a tutela.

Em suma, define-se a legitimidade como a qualidade de que a parte se reveste, em decorrência de uma situação, e que a habilita como titular de um dos pólos da ação, devendo, essa qualidade, ser apurada através na lide processual, independente de correspondência ou não com uma lide pré-processual pertencente ao campo sociológico, real ou virtual, e da existência efetiva do direito substancial invocado.

²⁹ Giuseppe Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, p.278.

³⁰ Piero Calamandrei, **Instituições de direito processual civil**, p.232.

4.3.2 Formas de legitimidade na defesa dos interesses individuais – características gerais

A legitimidade de parte em nosso ordenamento jurídico, conforme vimos, segue os preceitos do art. 6º do Código de Processo Civil que impede que se pleiteie em nome próprio, direito alheio.

Desta forma, deflui, nas ações individuais, da afirmação de titularidade de uma situação jurídica (que é legitimante), aferível conforme a lide trazida à juízo, quer seja real ou virtual, pondo-se dessa forma como condição ao exame do mérito.

Trata-se da chamada legitimidade ordinária, onde as pessoas que se acham nos pólos da relação processual coincidem com aquelas que hipoteticamente estariam nos pólos da relação jurídica estampada na lide trazida ao processo.

Leciona Hugo Nigro Mazzili³¹ que:

(...) sob o sistema da legitimação ordinária – que constitui regra no Direito -, àquele que invoca a condição de titular do direito material supostamente lesado, é que cabe pedir sua proteção em juízo (ainda que o direito material possa efetivamente sequer existir; daí, pois, a autonomia do direito de ação).

Todavia, em razão de um dado normativo, vislumbram-se hipóteses, em que tal correspondência não ocorre, mas ainda assim, se chega ao exame de fundo.

Neste caso, a lei integra uma situação legitimante, conferindo legitimidade a alguém que, ordinariamente, não a teria, porque não haveria como encontrar correspondência entre tal pessoa e uma possível titularidade da lide discutida em juízo. É a legitimidade extraordinária que permite à alguém que se perquirá em nome próprio, direito alheio³².

³¹ Hugo Nigro Mazzilli, **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, p.56.

³² CPC, art. 6º, a contrario sensu.

Seguindo-se o modelo apresentado por Barbosa Moreira³³, temos que a legitimação extraordinária pode ser:

1. Legitimação extraordinária *autônoma*: quando o legitimado age com total independência do legitimado ordinário. É a chamada substituição processual e divide-se em duas sub-espécies:³⁴

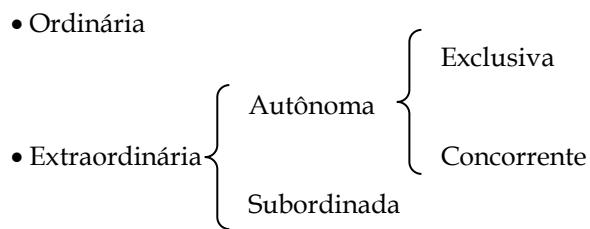
- a) legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*: apenas os legitimados ativos previstos em lei podem tutelar o direito e sua presença (do legitimado extraordinário) exclui a presença do legitimado ordinário (titular do direito material);
- b) legitimação extraordinária autônoma *concorrente*: há mais de um legitimado ativo, não sendo repelida a legitimação ordinária do verdadeiro titular da situação jurídica, onde há a possibilidade de assumirem posições equivalentes. Ex.: condomínio, onde o condômino pode integrar a lide. Subdivide-se em:
 - b.1) *Primária*: o legitimado extraordinário pode ajuizar a ação desde logo, independentemente de qualquer condição;
 - b.2) *Subsidiária*: o ajuizamento da ação sempre dependerá de uma condição ou termo.

2. Legitimação extraordinária *subordinada*: onde há a necessidade da presença do legitimado ordinário (titular do direito material), sendo que o legitimado extraordinário ocupa apenas o papel de interveniente (geralmente como assistente).

³³ José Carlos Barbosa Moreira, **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**, in Direito processual civil – ensaios e pareceres. p. 58 e ss., apud Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, op. cit., p.83 e ss.

³⁴ Para que tal ocorra, faz-se necessária a formação de demandas entre as partes que, de um ou ambos os lados da relação processual, nenhum vínculo tem com a situação material discutida.

Assim, graficamente:



Não há que se falar em substituição processual em legitimação extraordinária concorrente, pois, ambos, legitimado ordinário e extraordinário, podem figurar simultaneamente no processo como litisconsortes. Infere-se, portanto, que o tipo clássico e perfeito da substituição processual corresponde à legitimação extraordinária autônoma exclusiva, ou seja, existindo esta, haverá sempre substituição processual.

Não obstante, é possível haver substituição processual na legitimação extraordinária autônoma concorrente, desde que caracterizadas determinadas circunstâncias (por omissão do legitimado ordinário, que não ingressou como litisconorte); o que não é viável é substituição processual na legitimação extraordinária subordinada, pois trata-se de assistência (mera intervenção de terceiro).

4.3.3 As formas de legitimidade na defesa dos interesses metaindividual

4.3.3.1 Histórico

Mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, a renovação começou pela legislação ordinária através de normas protetivas dos direitos metaindividual, dentre as quais destacavam-se a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que concede legitimidade a qualquer cidadão, pleiteando a anulação de atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas.

Vieram a lume a Lei n. 6.938/81 (Programa Nacional do Meio Ambiente - PNMA), atribuindo ao Ministério Público, legitimação ativa para a ação de responsabilidade civil por

danos ambientais e, principalmente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), instrumento judicial para a proteção de direitos coletivos e difusos relacionados ao meio ambiente e a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, cuja legitimidade ativa foi atribuída não apenas ao Ministério Público, mas também à Defensoria Pública, à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações.

Havia ainda autorização a entidades de classe para postular interesses coletivos em juízo, como a do Estatuto da OAB (Lei n. 4.215/63, arts. 1º, parágrafo único e 129), ou da antiga Lei de Direitos Autorais (Lei n. 5.988/73, art. 104)³⁵.

Coube à própria Constituição Federal de 1988 ampliar o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, bem como o objeto das ações coletivas, pelos seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XXI, LXX e LXXIII; art. 8º, III; art. 103; art. 129, incisos III, IV e V, e § 1º; e art. 232

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio consagrar os maiores avanços na proteção judicial metaindividual, especialmente no que se refere à legitimidade.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 81 e 82, *in verbis*:

Art.81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisíveis, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³⁵ Para Hugo Nigro Mazzilli, **A defesa dos interesses difusos em juízo...**, p.60, tais normas criaram antes hipóteses quase que teóricas, sem maior eficácia concreta.

Art.82. Para os fins do art.81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art.91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado.)

§ 3º (Vetado.)

O Código de Defesa do Consumidor trouxe, ainda, os vigamentos que faltavam para a consolidação entre nós, de um sistema de tutela coletiva (*lato sensu*), tendo, entre outros, o grande mérito de admitir ações para proteger direitos difusos ainda que não admitidos em lei (o que está implícito em seu art. 83), o que, sem dúvida, confere a esse sistema uma abertura fabulosa.

O Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, serves como verdadeiro modelo processual para as ações coletivas em geral, mesmo as que não digam respeito a relações de consumo, porquanto suas normas podem ser aplicadas analogicamente aos demais casos em que se verificar lacunosidade nas regras tradicionais do processo.

É o que bem explicitou Marcelo Navarro³⁶:

Os sistemas processuais do CDC e da LACP são interligados, sendo aplicáveis indistintamente um ao outro reciprocamente, conforme determinam os arts. 90 do CDC e 21 da LACP, este último introduzido pelo

³⁶ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p.101.

art. 117 do CDC. Há, por assim dizer, perfeita interação entre os dois sistemas, que se completam e podem ser aplicados às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP.

Essa integração alargou as hipóteses de ação civil pública tratadas na Lei 7.347/85, que, por força do art. 83 do CDC, não mais se restringem às ações de indenização por danos causados ao meio ambiente etc. Para a defesa daqueles direitos é cabível toda e qualquer ação, como, por exemplo, a ação de invalidação de contrato administrativo que ofenda o meio ambiente.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou no sentido de que há um sistema único coletivo e havendo lacuna ou ausência de disciplina normativa em um texto legal, aplica-se a norma de outra lei pertencente ao sistema único coletivo, somente podendo ser invocado o Código de Processo Civil na ausência de qualquer disciplina específica ou caso haja expressa previsão legal³⁷.

9 4.3.3.2 Características gerais

A preocupação doutrinária com a legitimação para agir nas hipóteses de direitos ou interesses plurissubjetivos não é tão recente e remonta à Calamandrei³⁸.

O problema que se põe para o processo civil é o da admissibilidade das ações propriamente coletivas, isto é, aquelas cuja finalidade é um interesse social, público, quer sejam veiculadas por um indivíduo ou por um grupo.

Nos conflitos individuais, a correlação entre aqueles que figuram nos pólos do conflito e os que figuram no processo são de fácil visualização, todavia, nos conflitos superindividuais, ainda que se superem os obstáculos do interesse de agir (entendendo-se que

³⁷ STJ, Recurso Especial 610.438/SP, Relator para acórdão Ministro Castro Meira, j. 15.12.05, DJU 30.03.06.

basta um interesse legítimo, relevante, sem necessidade do quesito direto e pessoal), restará saber *quem* é idôneo, adequado, apto e, portanto, a *justa parte* para vir a juízo em nome daqueles interesses superindividuais.

Com efeito, a noção de justa parte, quando se trate de interesses metaindividuais, não pode ser encontrada a partir da titularidade do direito.

A doutrina mais moderna sustenta que justa parte será encontrada na *capacidade ou idoneidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente* (esses serão os títulos jurídicos); o portador desses títulos não o será em termos de exclusividade, mas de veículo idôneo a solicitar a tutela para aquele interesse³⁹.

Enquanto não se assenta um critério legal para esta identificação, verifica-se um obstáculo na compreensão do fenômeno da legitimidade ativa para a defesa dos interesses massificados, em razão da concepção ortodoxa liberal individualista do processo civil, partindo da divisão clássica entre legitimidade ordinária e extraordinária, adotada pelo art. 6º do CPC (Capítulo sobre *As formas de legitimidade na defesa dos interesses individuais, retro*).

A doutrina se divide em classificar se a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é feita por legitimidade ordinária ou extraordinária⁴⁰.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor surge, defendida por Nelson e Rosa Nery⁴¹, uma terceira corrente baseada na doutrina alemã, segundo a qual a legitimação nas ações coletivas para a defesa de direitos e interesses coletivos *stricto sensu* e difusos é uma *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis)*.

³⁸ **Instituições de direito processual civil**, p.287, a chamada *legittimazione per categoria* (ou sucessão dos legitimados por categoria), onde o ponto fundamental do instituto se dá em razão de se estar em juízo por um direito de que outro também está legitimado, em razão de categoria.

³⁹ No direito norte-americano, por sua vez, o juiz para obviar este inconveniente, é dotado da *defining function*: o poder de considerar idônea ou não a representatividade do portador dos interesses da classe (*ideological plaintiff*).

⁴⁰ Ada Pellegrini Grinover, Hugo Nigro Mazzilli, Cândido Rangel Dinamarco e Supremo Tribunal Federal preconizam ser de legitimação extraordinária, já que os legitimados substituiriam os titulares do direito material.

Diz-se legitimação autônoma para a condução do processo, pois independe do direito material a ser discutido em juízo; o que a lei faz é legitimar pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicialmente, sendo que esta legitimação se esgota na condução do processo.

Para que decorra a legitimidade, basta que se faça a afirmação de direito-interesse difuso ou coletivo, sem a necessidade de aferir quais seriam os titulares efetivos do direito massificado pleiteado.

Neste sentido, os ensinamentos de José Maria Rosa Tesheimer e Raquel Heck Mariano da Rocha⁴² para quem no caso dos chamados direitos difusos e também nos coletivos, tutelam-se direitos objetivos e não subjetivos próprios ou alheios, eis que o legitimado não está em juízo em defesa dele próprio ou de terceira pessoa, mas exercendo função pública processual. Aliás, segundo os autores, as “transindividualidade” de tais direitos (difusos e coletivos) exclui a subjetivação a que se refere a expressão “direitos subjetivos”.

Já para a defesa de direitos individuais homogêneos, a maior parte da doutrina entende tratar-se de legitimação extraordinária, sob a forma de substituição processual, pois o legislador teria legitimado outrem na defesa, em juízo e em nome próprio, de direito alheio, cujo respectivo titular é identificável e individualizável⁴³.

Em sentido contrário, Antonio Gidi entende haver uma espécie de substituição processual anômala, uma vez que não há a supressão da possibilidade de o substituído vir novamente a juízo, exceto quando tiver intervindo como litisconsorte na ação⁴⁴.

Desta forma, é possível concluir que mesmo no caso de interesses ou direitos individuais homogêneos também há uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo. É isso o que também assevera Gregório Assagra de Almeida⁴⁵:

⁴¹ Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, p. 1319.

⁴² Partes e legitimidade nas ações coletivas in Revista de Processo n. 180, p.13.

⁴³ Neste sentido, inclui-se Nelson Nery Júnior, op. cit., mesma página.

⁴⁴ Coisa Julgada e litispêndência em ações coletivas, p. 44.

⁴⁵ Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual ..., p. 500-501.

Essa assertiva se confirma, até que haja a habilitação das vítimas ou sucessores, para a liquidação e execução da sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC, a ação em questão é, sob o prisma processual, coletiva, e a afirmação de direitos individuais homogêneos nela sustentada é indivisível, pois até então o que se objetiva é que seja prolatado comando sentencial de conteúdo condenatório genérico. (grifo nosso)

Os sistemas jurídicos contemporâneos revelam, nessa esteira, a autonomia dos conceitos *legitimidade-interesse* – outorgando poder de agir *a uma pessoa*, dentre as várias que têm *interesse* na solução de um dado litígio, ficando as outras, privadas da legitimação para exercê-lo *per se* – através de um dos três tipos de modelos para a tutela dos interesses metaindividuais:

- a) Legitimação difusa aos particulares que individualmente podem demandar em juízo na qualidade não-egoística de *ideological plaintiff* (ação popular ou *class action* norte-americana);

Expoente do Direito moderno é a *class actions* norte-americana, que se trata de um *meio processual para resolver controvérsias afetando grande número de pessoas*⁴⁶, no qual se cunhou a figura do *ideological plaintiff*⁴⁷, derrogando-se o princípio inspirador do litisconsórcio necessário, permitindo-se a presença, em juízo, de um representante ideológico da categoria social afetada (não se buscando a coincidência entre titularidade do direito material e o autor da ação).

Busca-se, na oportunidade, o *adequacy of representation*⁴⁸, isto é, a **representatividade adequada**, que consiste em saber se o autor em juízo reúne as condições que o qualificam a representar a *class* (integrantes do grupo).

⁴⁶ José Rogério Cruz e Tucci, “**“Class Action” e mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais**”, p. 9.

⁴⁷ Também chamado de *class suitor*, ou seja, o demandante na *class action*.

⁴⁸ O *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado e pelo sistema vinculante de precedentes americano. São determinados, portanto, *ope iudicis*.

Essa constatação judicial ocorre logo no início do processamento da *class action*, e é um dos requisitos para seu recebimento, sendo feita dentro da *certification* da ação, ou seja, a emissão de um ‘certificado de ordem’ de que aquela é, de fato, uma ação de classe. Além da representatividade adequada, são requisitos da *certification*, também, a numerosidade da classe; existência de questões de fato e de direitos comuns à classe; e que os pedidos formulados sejam típicos de uma classe.

Esse juízo inicial da *certification* e, por via de consequência, da representatividade adequada, é chamado de *defining function*⁴⁹.

Em suma, a representatividade adequada é um dos requisitos da *class action* norte-americana, que significa a aptidão técnica, institucional e financeira do órgão ou entidade que se vale da tutela coletiva. Sua finalidade é qualificar o pólo ativo para fins de se evitar demandas coletivas aventureiras que poderiam prejudicar a coletividade, eis que a coisa julgada naquele sistema não é *secundum eventum litis*, como no direito brasileiro. Logo, o autor deve demonstrar que é potencialmente apto a defender direitos alheios.

b) Legitimação restrita a grupos sociais (associações legalmente reconhecidas ou ainda simples grupos de fato);

Quanto à admissão das *associações legalmente reconhecidas* e portadoras de interesses difusos, é possível identificar dois sistemas: em alguns casos, a lei se encarrega de conferir poder de agir a uma determinada associação, para defesa dos interesses difusos que ela representa; em outros casos, o legislador, mais cauteloso, prefere indicar os quesitos que uma associação deve preencher para se beneficiar daquele poder (art. 5º, V, a e b, da LACP e também do CDC, acrescido da vocação estatutária)⁵⁰.

⁴⁹ A referida figura da representatividade foi criada pela Rule § 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1923, reformada em 1966, refletindo a preocupação com os efeitos da sentença, que se projetará *erga omnes*, para todos os integrantes da categoria, ainda que ausentes da ação.

⁵⁰ Neste caso, o sistema adotado pelo CDC e pela LACP de legitimação, caracteriza-se por ser *ope legis*. No Brasil, o não aprovado Projeto de Lei n. 3.034/84 sobre a tutela de direitos difusos, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, apresentado à APAMAGIS e levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach, legitimava as associações que, a critério do juiz, fossem dotadas de “representatividade adequada” – velhas de seis meses. O texto que a final se converteu na Lei n. 7.347/85, de iniciativa do Executivo e encaminhado pelo MP, alterou o prazo de existência da associação para um ano e não mencionou a “representatividade adequada”, nem a *defining function* do juiz (art. 5º).

Não obstante nosso sistema adote o modelo de caráter mais objetivo (quesitos), há casos em que há a possibilidade de submissão ao magistrado, de aferir a dimensão do interesse tutelado (como ocorre no art. 5º, § 4º, da LACP e do art. 82, § 1º, do CDC). Nesta hipótese, verifica-se que a dispensa opera-se *ope legis* e não *ope iudicis* como poderia parecer⁵¹.

A outorga da legitimização para agir a grupos organizados, personificados, sobretudo às associações de *defesa*, permite um controle estatal a priori sobre a idoneidade e honestidade de propósitos dessas associações. É justamente aqui que repousa a razão de ser da *adequacy of representation* nas *class actions* do Direito norte-americano.

Há certa confusão em nosso sistema, seja na doutrina, seja na jurisprudência, confundindo a representatividade adequada, com a **pertinência temática**.

A pertinência temática é a coincidência entre as finalidades institucionais/estatutárias e o objeto tutelado na ação coletiva.

Para alguns autores, no sistema brasileiro o que se exige é o nexo entre a finalidade/objetivos institucionais do autor da ação coletiva e o objeto da demanda (pertinência temática), eis que quando da incorporação das normas processuais de tutela coletiva no Brasil, tentou-se adequar a legitimidade ativa nas ações coletivas às regras individualistas e tradicionais do processo civil brasileiro.

Por isso, a infundável discussão se estamos diante de caso de legitimização extraordinária ou ordinária.

Para demonstrar o embate doutrinário, note que o professor Rodolfo de Camargo Mancuso⁵² entende haver o critério de legitimização inspirado na *idoneidade* da representação dos interesses (como o *adequacy of representation*), citando como exemplos: a) art. 5º, XXI da CF; b) art. 5º, V da LACP (Lei n. 7.347/85); c) art. 82, IV do CDC. Este, todavia, não é o

⁵¹ Este é o entendimento esposado por Antonio Gidi, **Legitimidade para agir nas ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 61.

⁵² **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p.192/193, nota de rodapé n. 165.

entendimento de Rafael Pinheiro Aguilar⁵³ e, tampouco, de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes⁵⁴ que entendem inexistir em nosso sistema o controle do *adequacy of representation* consistente na avaliação, pelo órgão jurisdicional, se a defesa do interesse coletivo está sendo bem exercida, isto é, se o autor da ação coletiva poderá empregar todos os meios necessários para a melhor defesa da coletividade, como estabelece as regras do *common law (Federal Rules of Civil Procedures)*.

Assim, temos que há diferença teleológica entre as origens dos institutos da representatividade adequada e da pertinência temática: esta se refere à concepção ortodoxa liberal individualista do processo civil, partindo da divisão clássica entre legitimidade ordinária e extraordinária, enquanto aquela está mais próxima do conceito de legitimidade, como forma de assegurar o devido processo legal.

Observe-se que tanto no anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo elaborado por Antonio Gigi (art. 3º), quanto no elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP (art. 20) há a previsão para análise da representatividade adequada do autor coletivo.

No que tange às ações exercitáveis por *grupamentos diversos* o quadro da legitimação apresenta-se menos nítido, visto que, como antes observado, é preciso identificar quem está legitimado (a quem, no grupo, classe ou categoria compete o poder de agir) e à que título.

Em se tratando de *grupos sociais de fato ou não personificados*, é, no mínimo, contraditório exigir-se rigor formal na constituição de grupamentos que se pretendam portadores desses interesses difusos, uma vez que, ao contrário do que ocorre nos interesses coletivos *stricto sensu* - quando um sindicato, por exemplo, se apresenta como portador dos interesses da categoria de sua base territorial – não caberá arrogar-se a titularidade em termos de exclusividade.

Na linha da postura mais liberal, na Alemanha há cogitações em outorgar legitimação para agir em matéria de defesa dos consumidores de forma *ad hoc*; enquanto na França possibilita-se ao juiz reconhecer se o grupo é dotado ou não de personalidade⁵⁵.

⁵³ Por uma legitimação individual nas ações coletivas, in Jus Navigandi, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=349>>. Acesso em: 28 de março de 2011, p.4.

⁵⁴ Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC, p. 97.

⁵⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir, p. 198.

É claro que no Brasil não será uma realidade viável a curto prazo, caminha-se para uma segunda ruptura no processo civil: a descoincidência entre titularidade do direito e legitimação para agir, quando se trata de interesses superindividuais. Para que também os grupos ocasionais, espontâneos, tenham acesso à justiça em nome desses interesses, é preciso que vingue a tese de que a personalidade jurídica pode ser dispensada quando se trate de interesses metaindividuais, porque neste caso a qualificação para agir será buscada em critérios objetivos: a capacidade de expressão coletiva do grupo e a natureza socialmente relevante de seu objeto.

Dada a própria natureza do interesse, o que conta não é a existência legal do grupo portador, como *pessoa jurídica* e, sim, a existência de certos dados objetivos, como a relevância social do interesse e adequada representatividade do grupo (é a chamada teoria realista, pela qual a personificação não deriva *ex lege*, e sim da capacidade objetiva do grupamento de se impor como expoente de um interesse coletivo)⁵⁶.

Quanto ao temor, por parte do Estado, de que grupos assim formados ao influxo das contingências sociais persigam objetivos carentes de seriedade, sempre se poderá obviar tais riscos, instituindo-se sanções processuais importantes para os casos de colusão, de exercício temerário da ação ou com velado propósito de emulação ou de revanchismo político.

c) Legitimação a órgãos específicos ou agências governamentais.

Em vários países, a tutela dos interesses difusos, sobretudo no que concerne aos consumidores e ao meio ambiente, é cometida a órgãos ou agências especialmente criados para esse fim. Nossa sistema não fugiu da regra e adotou-se a titularidade mais recomendada pela doutrina, isto é, a atribuição de legitimação ativa tanto a órgão públicos como a entes privados.

A alternativa de tutela através de órgãos ou agências especializadas apresenta, basicamente como vantagem o fato dessas entidades, obterem, pela sua incumbência

⁵⁶ No mais, um ente desprovido de personalidade jurídica não é um pária na ordem jurídica, citem-se certas universalidades, como a massa falida, o condomínio, a herança, que não tem “personalidade jurídica”, mas, todavia, através de seus representantes legais, tem reconhecida a *legitimatio ad causam*.

específica, notável especialização. Todavia, de forma praticamente unânime, a doutrina ressalta que estes órgãos tendem a se burocratizar, o que seria um dos inconvenientes.

A solução, assim, estaria no *medio virtus*: a legitimação caberia às agências e entes públicos institucionalizados, mas com o concurso das associações representativas dos interesses difusos ocorrentes no caso concreto, em legitimação concorrente e disjuntiva.

É o caso do Brasil, no qual a Lei n. 7.347/85 permite às associações, tanto quanto à União, aos Estados, aos Municípios e ao Ministério Público e a Defensoria Pública, intentar a ação civil pública.

Instituiu-se, assim, a legitimação *concorrente, disjuntiva* e *exclusiva*, a que alude Barbosa Moreira⁵⁷:

É *disjuntiva* porque qualquer dos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 do CDC poderá propô-la, independentemente da presença dos outros legitimados.

É *concorrente* tendo em vista que todos os legitimados ativos poderão propô-la, conjunta ou separadamente, respeitando, no caso, os efeitos decorrentes da litispendência, conexão, continência e até mesmo da coisa julgada.

É *exclusiva*, pois, salvo as exceções legais (como a ação popular, no âmbito do direito processual coletivo comum), somente os legitimados ativos do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC podem ajuizá-las.

Essa atuação assim concorrente e disjuntiva harmoniza-se, de resto, com a diretriz estabelecida pela Constituição Federal, pela qual a legitimação reconhecida ao Ministério Público na tutela aos interesses metaindividuais *não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei* (§ 1º do art. 129). Sem embargo de o legislador brasileiro ter optado por configurar a representação adequada através de critério objetivo (constituição da entidade autora há pelo menos um ano; vocação estatutária para a

⁵⁷ Tendências contemporâneas do direito processual civil, in: Temas de Direito Processual: terceira série, p. 12.

defesa dos interesses metaindividuais socialmente relevantes – art. 5º, V da Lei n. 7.347/85), há de sempre prevalecer a razoabilidade na interpretação desse sistema.

10 5. LEGITIMIDADE ATIVA E AÇÕES COLETIVAS

É tarefa árdua conceituar o que são as ações coletivas.

O ponto em comum entre as definições apresentadas pela doutrina é a defesa, nas ações coletivas, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por um dado representante⁵⁸.

Devemos tecer algumas diretrizes constitucionais principiológicas sobre legitimidade ativa no direito processual coletivo comum brasileiro.

5.1 Constituição Federal de 1988

Tendo em vista os bons resultados obtidos pela Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal ampliou a defesa dos interesses transindividuais ou metaindividuais. Vejamos:

- Art. 1º, que consagra o Estado Democrático de Direito brasileiro que, para se manter e se efetivar, necessita de uma via jurisdicional potencializada fundamental, que é o direito processual coletivo comum;
- Art. 5º, XXI, conferiu às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, a legitimidade para representar seus filiados. Esse dispositivo, não delimita o tipo ou a espécie de direito em relação ao qual estão legitimadas as entidades associativas. Pode-se tratar de direito de um único associado, mas desde que compatível com os fins da respectiva entidade associativa (hipótese em que o tipo de legitimação seria extraordinária) ou de direito referente a todos os associados, que se constituiria no direito processual coletivo;
- Art. 5º, XXXV, esse dispositivo eliminou a limitação da garantia ao acesso à justiça somente a direito individual, que era prevista na anterior Constituição emendada de 1969 (art. 153, § 4º);

⁵⁸ Este é o posicionamento de Teresa Arruda Alvim, *Apontamentos sobre as ações coletivas*, in Revista de Processo, volume 75, p. 273; e Antonio Gidi, *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*, p.16.

- Art. 5º, LXX, cuidou do mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano;
- Art. 5º, LXXIII, ampliou as hipóteses de propositura da ação popular pelo cidadão;
- Art. 8º, III, cometeu ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria. Tal dispositivo confere aos sindicatos legitimidade ativa para a defesa, judicial ou administrativa, dos interesses coletivos ou individuais da respectiva categoria;
- Art. 103, aumentou o rol dos legitimados ativos da ação de inconstitucionalidade;
- Art. 127, *caput*, estabeleceu 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 e individuais indisponíveis.* Consagra a legitimidade do Ministério Público para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, além do patrimônio público e social;
- Art. 129, III, IV e V e seu § 1º, deu ampla legitimação ao Ministério Público para a propositura de ações civis públicas na defesa de interesses coletivos ou difusos;
- Art. 232, cometeu aos índios, as suas comunidades e organizações a legitimação ativa para as ações em defesa de seus interesses.

5.2 Ação popular

5.2.1 Generalidades

A ação popular está prevista no art. 5º da Constituição Federal, que estabelece, *in verbis*:

Art. 5º ...

(...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Nas palavras de Gregório Assagra de Almeida⁵⁹, a ação popular pode ser conceituada como:

(...) espécie de ação coletiva de dignidade constitucional colocada à disposição do cidadão como decorrência de seu direito político de participação direta na fiscalização dos poderes públicos, para o controle jurisdicional dos atos ou omissões ilegais ou lesivos: ao erário, inclusive em relação ao patrimônio de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, sem exclusão da tutela de outros direitos com ela compatível.

Sua origem remonta o direito romano, na vetusta *actio popularis*, através da qual os cidadãos – *civis de populo* – participavam da *res publica*, esta englobando o erário, a ordem pública, a família, a *gens* e os valores morais e religiosos – as *rei sacrae* da comunidade.

No direito brasileiro, a primeira Constituição a consagrar a ação popular foi a de 1934 (art. 113, XXXVIII), todavia, posteriormente ela foi retirada do sistema constitucional de

1937 em razão do autoritarismo implantado. Com a Constituição Democrática de 1946 (art. 141, § 38) ela ressurgiu e foi regulamentada em 29.06.1965 pela Lei n. 4.717 que está até hoje em vigor. Na atual Constituição Federal seu objeto foi ampliado e é o que se extrai da já transcrita redação do art. 5º, LXXIII da CF.

A ação popular mostra-nos três elementos caracterizadores da democracia: a) o Estado de Direito, subordinado à legalidade e o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; b) o Estado, com seu patrimônio voltado para a realização do povo; e c) a participação popular na administração pública.

Tem-se que no Brasil, a ação popular é de tipo corretivo (onde o autor atua na defesa do interesse da comunidade), mas poderá ter caráter preventivo (destinadas a evitar a ocorrência de um dano público) ou repressivo (corretivo de irregularidade praticada pelo Poder Público).

Tem dúplice natureza jurídica: a) de direito constitucional político de participação direta na fiscalização da administração pública e b) de garantia constitucional de agir no exercício deste direito político, e disso decorrem algumas regras interpretativas:⁶⁰

- Não é compatível qualquer interpretação restritiva, sob pena de se incorrer na inconstitucionalidade;
- As regras da ação popular não dependem de qualquer regulamentação, pois tem aplicação imediata, conforme se depreende do art. 5º, § 1º da CF;
- São aplicáveis à ação popular as tutelas jurisdicionais ordinárias, desde que compatíveis com sua finalidade e não restrinjam a sua efetividade.

⁵⁹ Gregório Assagra de Almeida, **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**, p. 389.

⁶⁰ Ibid., p. 393.

No plano infraconstitucional, a ação popular é regulada pela Lei n.º 4.717 de 29 de junho de 1965, permitindo aos cidadãos atuar em juízo contra atos lesivos ou potencialmente lesivos da Administração Pública.

Constitui uma espécie de ação coletiva em defesa de um direito difuso, aplicando-se a ela o que dispõe o regime jurídico processual do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública naquilo que for cabível⁶¹.

11 5.2.2 Quanto ao objeto a ser tutelado pela ação popular

Com a Constituição Federal de 1988, ampliou-se o objeto material da ação popular que, anteriormente, só tutelava o *patrimônio público*. Após, o constituinte ampliou-o acrescentando o *meio ambiente* e a *moralidade administrativa*.

Embora não seja objeto específico do presente trabalho, uma questão que também se coloca, é saber se para a ação popular é necessária a conjugação simultânea dos dois requisitos *ilegalidade* e *lesividade* do ato impugnado, ou bastaria a ilegalidade, estando presumida a lesividade ou, ainda, havendo lesividade estaria dispensada a ilegalidade?

Recorde-se que a lesividade pode ser efetiva (quando ocorre um dano efetivo) ou presumida/potencial (previstas no art. 4º, da LAP, bastando provar a prática do ato naquelas circunstâncias para que o mesmo seja anulado, dispensando-se a prova específica da lesividade – são presunções absolutas).

Da conjugação simultânea dos dois requisitos: a doutrina mais tradicional e ortodoxa, bem como a jurisprudência exige o cumprimento do binômio *ilegalidade* e *lesividade*, deixando claro que não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade ao patrimônio público.

⁶¹ Ainda neste sentido, Gregório Assagra de Almeida, op. cit., p.400, para quem é cabível, inclusive, ação popular para tutelar relações de consumo, desde que decorrentes de direito difuso, o que poderá ocorrer quando esteja em jogo prestação de serviços públicos essenciais e contínuos, a teor da conjugação do art. 5º, LXXIII, da CF, com os arts. 6º, X, e 22 do CDC. Isso se dá, pois, ainda que não haja previsão constitucional, os órgãos públicos e os entes que os compõem estão incluídos no conceito legal de fornecedores (art. 3º e 22 do CDC).

Em segundo lugar, quanto à lesividade, em julgado de 2005⁶² adotou-se o entendimento de que é indispensável a demonstração da lesão efetiva, já que na AP há dois efeitos: a) o desconstitutivo, relacionado à anulação do ato e b) o condenatório, referente à responsabilidade dos réus pelo ressarcimento ao erário. Contudo, referido julgado assentou que, constatada a ilegalidade do ato (vício de forma, incompetência do agente, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade), dispensa-se a prova da lesão, sendo decretada a nulidade do ato. Mas, para que haja o pedido condenatório, imperiosa a comprovação do prejuízo, já que o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial.

Mais recentemente (em 2008), outra corrente na jurisprudência do STJ, inaugurada pelo Recurso Especial n.º 799.588/PR⁶³, entendeu que a lesividade é pressuposto da ação popular, mas de acordo com a nova sistemática constitucional, esta lesividade não pode ser considerada apenas como ofensa material/visível/concreta/monetariável ao patrimônio financeiro, histórico e cultural (previstos na Lei da Ação Popular), mas também à moralidade administrativa - leia-se, lesividade moral - e ao meio ambiente (ambos previstos na Constituição Federal).

A ofensa à moralidade dá-se quando dirigida à principiologia que informa a boa administração e ao *due process* administrativo, e neste caso é a chamada lesão formal, que é a incursão indevida no terreno dos bens abstratos/imateriais, igualmente abrigados pelo Direito Público. Aliás, a ação popular protegendo a moralidade administrativa é um mecanismo relevante e deve sempre ser incentivada pelo Poder Judiciário⁶⁴.

Portanto, é necessária a presença dos requisitos da ilegalidade e lesividade, incluindo-se nesta a moral. Temos, ainda, que a lesividade poderá ser efetiva ou presumida; será presumida sempre que estivermos diante de uma das hipóteses (*numerus clausus*) do art. 4º, da Lei da Ação Popular (exemplo: contratação sem concurso), dispensando-se, consequentemente, a

⁶² STJ, EDiv Resp 260.821/SP, relator designado Min. Otávio de Noronha, j. 23.11.2005, voto vista do Min. Castro Meira.

⁶³ STJ, REsp 799.588/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.04.2008, DJ 21.11.2008, trecho do voto do Min. Herman Benjamin.

⁶⁴ STJ, AgRg no Resp 905.740/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 04.12.2008, DJ 19.12.2008.

prova da efetiva lesão, eis que o ato é nulo de pleno direito, contentando-se o ordenamento jurídico com a mera violação das exigências legais estabelecidas para o ato⁶⁵.

Da existência de lesividade, sem legalidade: autores sustentam que não seria possível admitir-se a ação popular sem que houvesse a ilegalidade do ato, ainda que ele seja lesivo, como ocorre nos atos discricionários do administrador público. Para tais autores, um órgão técnico (Poder Judiciário) não poderia substituir a vontade política⁶⁶. O Prof. José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷ também entende ser imprescindível o vício da ilegalidade.

No que pertine ao meio ambiente, ele tem sua proteção prevista no art. 225 da Constituição Federal o qual fornece critérios gerais e dispõe que “*todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. É o chamado princípio do desenvolvimento sustentável. A definição legal de meio ambiente está prevista na legislação infraconstitucional (Lei n. 6.938/81).

Entende-se por *patrimônio histórico e cultural* os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Verifica-se, desta forma, na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é permitir que cada um desses veículos legitime, individualmente, a propositura da ação.

Acrescente-se ao tema que a Súmula 101 do STF, segundo a qual *o Mandado de Segurança não substitui a Ação Popular*, visa respeitar a divisão das funções do poder, na medida em que, não caberá ao Poder Judiciário ditar regras, intervindo na esfera de outros

⁶⁵ STJ, REsp 799.588/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.04.2008, DJ 21.11.2008.

⁶⁶ Luiz Manoel Gomes Junior, Jussara Suzi A. B. N. Ferreira e Miriam Fecchio Chueiri. **O problema da natureza jurídica da lesividade na ação popular**, in Revista de Processo, n. 170, p. 188.

⁶⁷ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, in Revista de Processo, n. 61, p. 192.

Poderes⁶⁸. Desta forma, se já há um problema instaurado, caminha-se para a rota da ação popular e da ação civil pública, de modo que, se há uma ameaça utiliza-se o mandado de segurança coletivo.

Consigne-se, ainda, que a ação popular não substitui a ação de improbidade administrativa. Ainda que a ação civil pública permita esse elo, não é possível pleitear, em sede de ação popular, por exemplo, que um político se torne inelegível. Da mesma forma, não substitui a ação direita de constitucionalidade, ainda que jurisprudência e doutrina admitam a discussão incidental da constitucionalidade⁶⁹.

Note-se que também *não cabe mandado de segurança contra lei em tese*, ao teor da Súmula n. 266 do STF, doutrina e jurisprudência também firmaram posicionamento no sentido de não ser cabível ação popular para atacar lei em tese, pois a análise dessa questão fica a cargo do STF, corte ordinária para o controle concentrado da constitucionalidade das leis.

Porém, se a lei é de efeito concreto, nenhum obstáculo poderá encontrar o cidadão-autor para combatê-la via ação popular. Nesses casos, poderá ocorrer ameaça ou lesão concreta a direito difuso tutelável pela legítima via da ação popular e incumbirá ao juiz exercer, no caso concreto e incidentalmente, o controle difuso da constitucionalidade da lei combatida.

Não obstante a ação popular seja o instrumento de participação popular nos interesses difusos, infelizmente poderá ser utilizada para fins de retaliação (escamoteando interesses egoísticos) ou até mesmo ser intencionalmente mal proposta, para obter-se uma sentença de improcedência e inviabilizar a rediscussão do assunto. No Brasil, é de se louvar a sistemática da ação popular, assim é que o Ministério Público é legitimado a prosseguir na ação em caso de desistência, além de lhe caber zelar pela produção das provas; nos casos de improcedência em razão da precariedade probatória, não se opera o

⁶⁸ Confira-se como exemplo a destinação de verba orçamentária para dado setor, que tenha sido aplicado em outro. Neste caso, a decisão judicial deverá se ater a declarar a vinculação da verba orçamentária para onde havia sido anteriormente prevista.

⁶⁹ Nesta ocasião, a discussão incidental sobre a constitucionalidade no bojo de uma ação popular e ação civil pública, será a causa de pedir e não o pedido propriamente dito.

efeito da coisa julgada material, aplicando-se aí, a teoria da coisa julgada secundum eventum litis, nos casos de ações propostas temerariamente, o autor é condenado no décupo das custas, sem prejuízo de responsabilidade residual civil e penal, quando for o caso.

5.2.3 Legitimidade ativa na ação popular

5.2.3.1 Na defesa do patrimônio público e demais bens tuteláveis (exceto meio ambiente)

a) Cidadão

A legitimação ativa para a ação popular reside na condição do cidadão encontrar-se no gozo de seus direitos políticos.

Cidadão será aquele nascido no território brasileiro (brasileiro nato), bem como aquele que teve sua nacionalidade adquirida posteriormente (brasileiro naturalizado).

Da mesma forma, somente poderá ser conferida legitimidade ativa ao cidadão eleitor, ou seja, no gozo dos direitos políticos - direito de voto que a Constituição Federal atribui, obrigatoriamente, para os maiores de 18 anos e, facultativamente, para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis anos e menores de 18 anos (art. 14, § 1º inciso II da CF) -⁷⁰, vedado tal direito aos estrangeiros (art.14, § 1º, incisos e alíneas e § 2º) e aqueles com direitos políticos perdidos ou suspensos (cancelamento da naturalização, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, descumprimento de

⁷⁰ Em suma, na ação popular a “situação legitimante” é a constante no art. 5º, LXXIII da CF e nos arts. 1º e 4º da Lei n. 4.717/65, ou seja, a atribuição, a qualquer cidadão, do direito a uma gestão eficiente e proba da coisa pública (patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa).

obrigação a todos imposta ou da prestação alternativa e condenação em improbidade administrativa).

No tocante ao menor de 18 anos, autor da ação popular, entende-se que, constituindo exercício de direito político atribuído ao eleitor, estaria a regra do CPC derrogada, sendo que o menor poderá intentar ação sem assistência, bem como que não há necessidade de assistência dos pais ou representantes legais, pois o exercício dos direitos políticos não pode ser feito por representação, nem se coaduna com a submissão ao poder familiar⁷¹.

Essas duas condições são exigidas concomitantemente, pois só no gozo dos direitos políticos que assiste direito à fiscalização dos representantes eleitos⁷².

A outorga de legitimidade somente aos “cidadãos” é criticada, sob dois aspectos, pelos doutrinadores.

A primeira crítica refere-se à concepção do que seria “cidadão”. Gregório Assagra de Almeida entende que:

*Considerando que a ação popular é consagrada constitucionalmente como garantia fundamental, não é compatível que se faça interpretação restritiva em torno da concepção de cidadão. Assim, o § 3º do art. 1º da Lei n. 4.717/65, que restringe a concepção de cidadão para efeitos de legitimidade ativa na ação popular, não foi recepcionado pela Constituição atual.*⁷³

Neste contexto, aplica-se por força da interpretação dos arts. 1º, parágrafo único, e 5º, LXXIII, da CF, o já mencionado princípio da presunção da legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito, de sorte a ser

⁷¹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, nota 10 ao art. 7º do CPC, p. 348.

⁷² Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p.144.

⁷³ Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação), p. 303. Para o autor, o mandamento nuclear deveria ser o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), destarte, todos os que devem ser respeitados na sua dignidade de pessoa humana têm legitimidade ativa para o ajuizamento de ação popular.

suficiente a afirmação de direito difuso tutelável por ação popular pelo cidadão-autor, para naturalmente presumir sua legitimidade.

A segunda crítica se refere à legitimação somente do *cidadão*. Por vezes, sugere-se a elaboração de um rol de legitimados; já outros doutrinadores recorrem ao argumento topográfico de que a ação popular se encontra na sede dos direitos fundamentais (art. 5º, da CF) e não nos políticos⁷⁴. Por seu turno, Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁵, ressalta como contraponto que há outras ações deferidas ao Ministério Público, com finalidades análogas àquelas perseguidas na ação popular (defesa do erário e da moralidade administrativa, Lei n. 8.429/92, art. 16 a 18; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, *b*), para defesa de outros relevantes interesses difusos (Lei n. 7.347/85, art. 1º e 5º; Lei 8.625/93, art. 25, IV, *a*) e, para a ação civil pública, a legitimação ativa é concorrente-disjuntiva, alcançando, dentre outros legitimados, as associações (Lei n. 7.347/85, art. 5º e incisos).

No Direito brasileiro, em virtude da Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal, *pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular*. Não obstante, a Lei da Ação Popular confere uma peculiaridade: a de as pessoas jurídicas de direito público ou privado assistirem ao autor popular (art. 6º, § 3º, da LAP), apesar da imposição legal de serem citadas para a ação (art. 6º, *caput*).

b) Ministério Público

Embora não haja previsão constitucional específica legitimando o Ministério Público, o STJ acenou, em duas ocasiões, pela possibilidade da legitimidade ativa do Ministério Público na ação popular e no mandado de segurança coletivo, uma vez que a Constituição Federal é um microssistema formado por aqueles, acrescidos da ação civil pública e, desta forma, se o Ministério Público foi também legitimado para esta, também o será para o mandado de segurança coletivo e ação popular⁷⁶.

⁷⁴ Raquel Fernandes Perrini, *A ação Popular como instrumento de defesa ambiental*, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 11, p.191.

⁷⁵ *Ação Popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p. 147.

⁷⁶ STJ, RESP 401964 / RO, Recurso Especial 2001/0193702-1, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 22/10/2002, DJ 11.11.2002, p. 00155 e RSTJ vol. 00168, p. 00125. No mesmo sentido, RESP 427140 / RO,

5.2.3.2 Na defesa do Meio Ambiente

Renomados juristas utilizam a interpretação sistemática do texto constitucional, confrontando o art. 5º, *caput*, com o art. 225, *caput*, ambos da Constituição Federal, consagra que *todos [portanto, brasileiros ou não] têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que é *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* e, desta forma, o legislador constituinte não teria restringido a legitimidade para a propositura de ação popular para a defesa do meio ambiente.

Acrescente-se, ainda, que a defesa do meio ambiente é a defesa da vida, e a inviolabilidade do direito à vida está consagrada no art. 5º, *caput*, da CF, portanto, tanto os brasileiros quanto os estrangeiros residentes no país são legitimados ativos para o ajuizamento da ação popular ambiental.

5.2.4 Da titularidade do legitimado ativo

Recaindo, assim, a legitimidade sobre todos os cidadãos, cabe indagar a que título eles a exercem: se se trata de substituição processual ou legitimação ordinária.

Hugo Nigro Mazzilli sustenta haver substituição processual, pois o cidadão, embora também não seja representante da coletividade – pois age por direito próprio –, na verdade busca interesses pertencentes à coletividade⁷⁷.

De outro lado, Álvaro Luiz Valery Mirra⁷⁸ e Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁹ entendem ser o caso de legitimação ordinária, por agir em nome próprio e direito próprio,

⁷⁷ Recurso Especial 2002/0044157-0, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, julgamento 20/05/2003, DJ 25.08.2003, p. 263.

⁷⁸ A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, p. 60.

⁷⁹ Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: A legitimação ordinária do autor popular, in Revista dos Tribunais, vol. 618, p.45.

através de sua quota-parte; no mais, ao contrário do que ocorre na substituição processual, não há vínculo jurídico entre o autor e os demais cidadãos, o que permite que estes venham a juízo como litisconsortes (Lei n. 4.717/75, art. 6º, § 5º), sendo, inclusive, atingidos pelos efeitos da coisa julgada.

Foi José Afonso da Silva⁸⁰ quem mostrou, vantajosamente, que o autor popular age por legitimação ordinária, visto que exerce o direito primário decorrente da soberania popular, de que ele é titular, como qualquer outro cidadão.

Desta forma, a ação popular apresenta-se coletiva em sua finalidade, sendo seu exercício assegurado individualmente, embora de maneira concorrente-disjuntiva com os demais cidadãos, uma vez que é “*a manifestação direta da soberania do povo, detentor originário do poder, revelando-se como um instituto de democracia direta, onde o próprio titular exerce a função fiscalizadora da ação governamental*”⁸¹.

A legitimidade se diz concorrente porquanto a legitimidade de um, não exclui a de outro: são todos simultâneos e independentemente legitimados para agir; disjuntiva no sentido de não ser complexa, ou seja, não depende do concurso de um co-legitimado, independentemente de formação de litisconsórcio ou de autorização dos demais co-legitimados⁸². É necessário que quando o façam em grupo, dê-se a formação de um litisconsórcio voluntário, até porque a hipótese de um litisconsórcio necessário é excluída por tornar inviável a presença de todos no processo.

Não obstante haja discussão doutrinária, entende-se, por ser a ação popular espécie de ação coletiva, que não seria razoável a aplicabilidade da disposição do art. 6º do CPC, que trata da legitimidade ordinária e extraordinária, pois este dispositivo está voltado à tutela dos conflitos de interesses interindividuais. Melhor seria a adoção da tese de Nelson Nery Júnior,

⁷⁹ Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, p. 152.

⁸⁰ Ação popular constitucional, São Paulo: RT, 1978, p.195, *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir, p.175, nota de rodapé 113.

⁸¹ Raquel Fernandes Perrini, A ação Popular como instrumento de defesa ambiental, *in* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 11, p.187.

no sentido de que a legitimação para agir nas ações coletivas para a tutela de direitos difusos e coletivos é *legitimação autônoma para a condução do processo*.

Repitam-se os ensinamentos de José Maria Rosa Tesheimer e Raquel Heck Mariano da Rocha⁸² para quem no caso dos chamados direitos difusos, entre os quais os tuteláveis pela ação popular, tutelam-se direitos objetivos e não subjetivos próprios ou alheios, eis que o legitimado não está em juízo em defesa dele próprio ou de terceira pessoa, mas exercendo função pública processual, bastando que alegue a lesividade e a ilegalidade.

Imperioso ressaltar que o Ministério Público tem legitimidade ativa subsidiária incidental, para prosseguimento da ação, bem como legitimidade ativa subsidiária obrigatória, para promover a execução da sentença.

Ainda que se propugne pela ampliação da legitimação ativa na ação popular, de sorte que um indivíduo isolado se defrontará com adversários de grande poder político e econômico, devemos lembrar que a restritiva legitimação da ação popular, vem, de certo modo, compensada com a legitimação ampla, de tipo concorrente-disjuntiva da ação civil pública, já que ambas se prestam à tutela dos interesses metaindividuais, registrando sensível aproximação dos seus objetos, de sorte que objeto da Ação Civil Pública abrange, por continência, o da ação popular (Lei n. 8.625/93, art. 25, IV e alíneas).

12 5.2.5 Litispêndência entre ação popular e ação civil pública

No pólo ativo da ação coletiva estará sempre um legitimado coletivo, todavia, para efeitos de litispêndência ou de coisa julgada, parte na ação coletiva não é a entidade ou instituição legitimada ativamente para o seu ajuizamento, mas a respectiva comunidade titular do direito. Com efeito, os legitimados seriam parte – no que se refere a litispêndência e coisa julgada – somente no plano processual e não material.

⁸² Antonio Gidi, **Legitimidade para agir em ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p.55.

⁸³ **Partes e legitimidade nas ações coletivas** in Revista de Processo n. 180, p.13.

Portanto, só é possível ocorrer litispendência entre a ação popular e ação civil pública com fundamento no pedido e na causa de pedir, pois no plano material as partes são as mesmas.

Parece-nos mais razoável, a utilização do que dispõe o art. 105 do CPC e não o que prevê o art. 267, V, do CPC, a fim de que sejam decididas simultaneamente, preservando os interesses sociais guarnecidos.

5.3 Mandado de segurança coletivo

13 5.3.1 Generalidades

O mandado de segurança coletivo é um remédio constitucional trazido no art. 5º, LXX, da Constituição Federal de 1998, estando previstas as disposições correspondentes à legitimidade coletiva e ao objeto material, *in verbis*:

Título II

Dos direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º (...)

(...)

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;*
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.*

Não se trata de duas espécies de mandado de segurança: um individual e o outro coletivo, mas de uma nova modalidade da garantia constitucional fundamental, prevista no art. 5º. Assim, a Constituição Federal apenas ampliou o campo de aplicabilidade do mandado de segurança tornando-o uma ação constitucional adequada também para a tutela dos direitos ou interesses coletivos em geral. Por isso que, tecnicamente, o correto seria nominá-lo como “mandado de segurança para a tutela jurisdicional de direitos ou interesses coletivos”, mas tendo em vista a consagração da nomenclatura “mandado de segurança coletivo”, é esta que passaremos a utilizar neste Capítulo.

No âmbito infra-constitucional, aplica-se ao mandado de segurança coletivo os dispositivos da Lei n. 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança), no que se refere às generalidades do instituto.

São incompatíveis com o mandado de segurança coletivo, os seguintes dispositivos da Lei 12.016/09: a) art. 1º, parágrafo 3º, que dispõe que “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”; b) art. 3º, que dispõe que “o titular do direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”; c) Art. 7º, II, que dispõe que “ao despachar a inicial o juiz ordenará: II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja ela finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica”⁸⁴; d) Art. 12, parágrafo único, que autoriza o seguimento da ação sem a manifestação do Ministério Público, devendo ser afastado eis que a Constituição Federal exige a sua

intervenção nas demandas que discutem interesses sociais e individuais indisponíveis em juízo⁸⁵; e) Art. 14, §1º, que dispõe sobre a remessa obrigatória (no julgamento de procedência do mandado de segurança), mas sim o art. 19, *caput*, da Lei n. 4.717/65 (LAP), que exige a revisão pelo tribunal competente quando for julgado improcedente o pedido inicial ou extinto o feito sem julgamento do mérito⁸⁶.

O mandado de segurança coletivo difere do mandado de segurança individual, no que diz respeito à legitimidade, coisa julgada e concessão de liminar (após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas - art. 2º da Lei n. 8.437/92⁸⁷).

Conforme veremos adiante, o art. 21 trata do mandado de segurança coletivo, sendo que seu *caput* disciplina a legitimidade ativa e seu parágrafo único, arrola e conceitua os direitos ou interesses coletivos que poderão ser objeto da impetração coletiva.

Quanto à **natureza jurídica** do mandado de segurança, apesar de não ser pacífico, prevalece o entendimento de que o mandado de segurança é uma espécie de ação de dignidade constitucional consagrada no art. 5º, LXIX da CF, em procedimento sumaríssimo especial (não é permitido dilação probatória: inexiste produção de prova pericial ou oral), de tutela de urgência (possibilidade de concessão de liminar) com técnica de cognição exauriente (verticalmente exauriente *secundum eventum probationis*)⁸⁸.

O mandado de segurança coletivo, apesar de não ser uma ação especificamente do direito processual coletivo comum, pode ser utilizado para a tutela de todo e qualquer direito coletivo (como veremos adiante), o que sobreleva seu caráter de garantia constitucional fundamental instrumentalmente ambivalente.

⁸⁴ Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, **Ações Coletivas e Direitos Difusos**, p. 31, comentando a antiga redação do art. 7º, na vigência da Lei n. 1.553/51.

⁸⁵ André Ramos Tavares, **Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009**, p.165.

⁸⁶ Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto [et al.], **Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**, p. 168.

⁸⁷ Observe-se, contudo, que a referida audiência judicial não poderá acarretar a inelegibilidade do ato jurisdicional; nesta oportunidade o juiz não deverá se sujeitar ao regime deste artigo. Este é o entendimento de Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, **Ações Coletivas e Direitos Difusos**, p. 34.

⁸⁸ Gregório Assagra de Almeida, **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**, p. 276.

Desta forma, não é próprio ao Poder Judiciário conferir-lhe interpretação restritiva, seja quanto à legitimação para agir, seja quanto às hipóteses de cabimento.

5.3.2 Quanto ao objeto a ser tutelado pelo mandado de segurança coletivo

Na redação da revogada Lei n. 1.533/51 não havia disposição expressa se poderiam ser tutelados apenas os direitos individuais homogêneos, os coletivos ou também os difusos.

Assim, em razão do silêncio da lei, a doutrina já divergia quanto ao objeto de tutela do mandado de segurança. Vejamos alguns posicionamentos:

José Rogério Cruz e Tucci⁸⁹ comentando a lei revogada entendia que através do mandado de segurança coletivo tutelavam-se apenas direitos coletivos, pertinentes ao próprio motivo da associação, da categoria, ou do partido político, decorrendo, necessariamente de um laime jurídico que une os seus integrantes. Excetuando-se, entretanto, os partidos políticos, os quais poderiam impetrar o mandado de segurança coletivo para a proteção dos membros da comunhão social, desde que pertencentes à determinada categoria.

Já nas obras de Hely Lopes Meirelles⁹⁰, na vigência da lei anterior, sustentava-se que poderia ser impetrado na defesa de direitos ou prerrogativas de seus associados ou filiados, ou seja, se prestaria à defesa de direito da categoria, da totalidade de seus filiados e não de um ou outro isoladamente.

Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover⁹¹ sustentava serem passíveis de tutela os direitos difusos.

Sinalizava a ilustre autora que no tocante à alínea “b” (organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano,

⁸⁹ “Class Action” e mandado de segurança coletivo (diversificações conceptuais), p. 40.

⁹⁰ Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**, p.25.

⁹¹ **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Objeto**, in Revista de Processo n. 57, p.100. No mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida, **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**, p. 272.

em defesa dos interesses de seus membros ou associados) errôneo interpretar que somente os interesses coletivos e individuais homogêneos seriam passíveis de tutela - oportunidade na qual seriam absorvidos pelos arts. 8º, III e 5º, XXI da CF -, uma vez que, há a permissão para a tutela de direitos difusos através deste “instrumento potenciado”⁹².

Neste sentido, o entendimento da eminent processualista se coaduna com o silêncio eloquente do legislador, que preferiu a ausência de limitação constitucional; levando-se também em consideração o art. 83 do CDC (Lei n. 8.078/90), aplicável em razão do art. 21 da LACP (Lei n. 7.347/85), *in verbis*:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Configura-se, pois, o já explicitado *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva*, a que se refere Gregório Assagra de Almeida⁹³.

Nelson e Rosa Nery⁹⁴, da mesma forma, também entenderam que o mandado de segurança coletivo se presta à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Em particular, Nelson Nery defende que a diferença deste instituto com relação ao mandado de segurança individual se daria em relação apenas aos legitimados, constituindo a expressão “coletivo” tão somente a nomenclatura de um novo instituto jurídico⁹⁵ e explica:

(...)

O escopo da Constituição Federal quando criou o mandado de segurança coletivo não foi o de restringi-lo a que as entidades legitimadas defendessem

⁹² As expressões “instrumento potenciado” e “eficácia potenciada” são de Ada Pellegrini Grinover, que sustenta ser o mandado de segurança mais que uma simples ação, uma vez que se assim não o fosse, não haveria necessidade da Constituição Federal delinear, em separado, os referidos remédios. Sendo ação de “eficácia potenciada” traz como consequência, o sentido do processo ser aderente à realidade social e política subjacente e adequado para uma resposta eficaz às controvérsias que estão à sua base, cabendo ao legislador e ao intérprete extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade, não necessitando, as entidades legitimadas, daquela autorização expressa a que alude o inc. XXI do art. 5º da Constituição Federal (**Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Objeto**, *in Revista de Processo* n. 57, p.97).

⁹³ op. cit., p. 285.

⁹⁴ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, p.135.

⁹⁵ **Mandado de Segurança coletivo: legitimação ativa**, parecer publicado na RP, 57:152-3 *apud* Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, op. cit., p. 104.

somente direitos de seus associados, ou, ainda, os coletivos de uma categoria ou grupo de pessoas. Ao contrário, foi de estabelecer única e simplesmente regra processual de legitimação ativa para a causa.

Em outras palavras: mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança do inc. LXIX do art. 5º da CF de 1988, somado à particularidade de que a legitimatio ad causam para sua impetração é conferida a entidades e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, isto é, com uma legitimação não individual para a causa. Mesmo o interesse meramente individual pode ser defendido pelo mandado de segurança coletivo, que, frise-se, deve ser impetrado por associação ou partido político. O instituto presta-se, portanto, à defesa de interesses individuais, difusos e coletivos.

José Afonso da Silva⁹⁶ partilhou do entendimento de que é passível de tutela pelo mandado de segurança coletivo de interesses difusos e coletivos.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁹⁷, em obra sobre o tema (e com base na lei 1.533/51), defendeu que a expressão “direito” presente no *caput*, do inciso LXIX, do art. 5º, está sem qualquer qualificativo, portanto, abrange os direitos (líquido e certo) individuais, os difusos e os coletivos feridos por ato de autoridade pública ou particular no exercício de função delegada, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Alexandre de Moraes⁹⁸ prelecionou que o mandado de segurança coletivo está direcionado à defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, tutelando-se o direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante, porém, o direito defendido deverá estar compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.

Este entendimento inclusive foi acolhido pelo STF no Recurso Extraordinário 181.438/SP, de relatoria do ministro Carlos Velloso⁹⁹.

⁹⁶ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 459.

⁹⁷ **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p. 104.

⁹⁸ **Direito Constitucional**, p.159.

⁹⁹ STF, Pleno, julgamento em 28.06.1996, RTJ 162/1108.

Com a novel legislação, precisamente no parágrafo único, do art. 21, houve a disposição expressa sobre quais direitos seriam passíveis de tutela pelo mandado de segurança:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Atente-se, pois, que a lei excluiu expressamente os direitos difusos de proteção via mandado de segurança, adotando-se o posicionamento de Cruz e Tucci acima mencionado.

Manifestando-se sobre a nova lei, Athos Gusmão Carneiro¹⁰⁰ que já defendia a inadmissão do *writ* para a defesa dos interesses difusos, reafirma seu posicionamento anterior e preconiza que tais direitos devem ser protegidos pela ação civil pública.

Já em acertada crítica à atual disposição que tentou excluir (ou deixar de incluir) os direitos difusos, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹⁰¹ preconizam que a diferenciação entre o mandado de segurança e as outras ações coletivas reside na impossibilidade de produção de outros tipos de provas que não a documental, além desta ação

¹⁰⁰ **Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009**, in Revista de Processo n.178, p. 15.

¹⁰¹ **Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**, p. 192.

de dignidade constitucional ser apenas cabível contra ato autoridade. Ou seja, o requisito é apenas a existência de prova pré-constituída. No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim¹⁰².

Por sua vez, na obra de Hely Lopes Meirelles¹⁰³, seus atualizadores ainda sustentam que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo da totalidade ou parte dos associados, atuando a entidade como substituto processual, não o admitindo para interesses difusos, cabendo nessas hipóteses, ação civil pública.

Data vénia, ainda que tenha havido alteração legislativa excluindo expressamente os direitos difusos, necessária se faz uma interpretação que leve em conta a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais adotada pela Constituição Federal de 1988 e a sua importância para a correta interpretação da nova lei do mandado de segurança.

Não se pode olvidar que os direitos e garantias constitucionais fundamentais são como núcleos constitucionais e têm sua eficácia vinculante e irradiante, isto é, o poder Legislativo, Executivo e Judiciário o devem obediência. Ademais, os direitos e garantias fundamentais não devem ser interpretados, mas concretizados de forma imediata, já que diretamente ligados ao direito de acesso à justiça, na sua condição de acesso à uma ordem jurídica adequada e justa, tendo, pois, incidência tanto em relação aos direitos individuais, quanto aos direitos coletivos em geral.

Ainda, os direitos e garantias constitucionais fundamentais impõem que as técnicas processuais sejam adequadas e eficazes à promoção do direito material. Exige-se também que haja perfeita relação entre o direito material coletivo, como direito fundamental, a legitimidade ativa coletiva e o objeto do mandado de segurança coletivo; desta forma, a nossa Constituição erigiu os direitos coletivos como direitos fundamentais e, portanto, não há restrição a que o objeto do mandado de segurança coletivo proteja direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No mais, como lecionam Antonio Herman V. Benjamin e Gregório Assagra de Almeida¹⁰⁴ nossa Constituição utiliza o termo “Direitos e deveres individuais e coletivos”

¹⁰² Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09, in Revista Jurídica n. 392, p. 18.

¹⁰³ Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald, Gilmar Ferreira Mendes, **Mandado de Segurança e ações constitucionais**, p.131.

¹⁰⁴ Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo, in Revista dos Tribunais, p. 28.

(título II, Capítulo I) no plural e, portanto, refere-se a todas as espécies de direitos coletivos. Além do mais, pelo fato de estar inserido dentro dos “Direitos e Garantias Fundamentais” faz-se necessária uma interpretação constitucional pós-positivismo, isto é, uma leitura mais aberta e ampliativa.

Interpretar diversamente seria violar o princípio implícito da proibição do retrocesso social, que visa impedir que o legislador desconstitua pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio deu às normas constitucionais, seja através da revogação de uma norma, seja com qualquer medida prejudicial à sua efetivação, como, por exemplo, a imposição de exigências para o seu cumprimento.

Assim, o princípio da proibição do retrocesso evita que o legislador venha a revogar integralmente ou parcialmente um ou mais diplomas infraconstitucionais que já se concretizaram a ponto de efetivar o direito constitucional posto, sendo possível, na ocorrência, impugná-la perante o Poder Judiciário, face à inconstitucionalidade.

Como dantes afirmado, a interpretação sobre os objetos tuteláveis pelas ações coletivas deve prestigiar o princípio da *não-taxatividade da ação coletiva*, até porque, repita-se, a própria Constituição exige apenas a violação de direito líquido e certo, não restringindo a categoria do direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo).

Mencione-se, igualmente, que a nova lei comete equívocos ao relacionar e conceituar quais direitos seriam passíveis de proteção via mandado de segurança coletivo (coletivos e homogêneos). Veja, nesse sentido, que a definição dada aos direitos individuais homogêneos visa limitar a sua tutela aos direitos relacionados aos associados ou membros do impetrante, abrangendo a totalidade ou parte deles.

Ainda que a nova legislação tenha buscado conceituar os direitos de maneira a manter uma relação de adequação com a legitimidade ativa coletiva estabelecida no *caput*, do mesmo art. 21, objetivando a “pertinência temática”, a lei não poderá sofrer interpretações restritivas, pois como dito, os direitos coletivos (*lato sensu*) são direitos fundamentais constitucionais.

Ademais, a conceituação empregada não é a mais adequada, pois não leva em conta que a homogeneidade não ocorre só na “origem comum”, mas na prevalência das questões

comuns sobre as questões individuais, como realçado anteriormente quando discorremos sobre a *Federal Rules of Civil Procedures* norte-americanas (*Rule 23*), para o processamento da *class action*.

O ideal seria sua conceituação como propõe o Substitutivo ao Projeto de Lei n. 5.139/09 (nova lei da ação civil pública), onde os direitos individuais homogêneos são aqueles “divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendam tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.

14 5.3.3 Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo

Dispõe o art. 21, da Lei 12.016/09 que são legitimados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto autorização especial.

5.3.4 Da titularidade do legitimado ativo

15 5.3.4.1 Partidos políticos

Os partidos políticos têm personalidade jurídica de direito privado, nos termos do que dispõe o art. 17 da Constituição Federal e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, tendo autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, sendo por demais complexa sua natureza jurídica: uma espécie de associação civil, ao mesmo tempo em que, na defesa do interesse exclusivo dos seus integrantes, atuam como se fossem sindicatos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Gregório Assagra de Almeida, op. cit. p. 523.

Primeiramente, antes de discorrermos sobre a legitimação, é necessário fazermos um histórico jurisprudencial e doutrinário sobre a questão.

Em excelente obra coletiva sobre o tema, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹⁰⁶ traçam, didaticamente, as principais posições doutrinárias sobre quais interesses podem ser tutelados pelos partidos políticos, através do mandado de segurança coletivo.

Para isso colacionam e relembram os aqui citados ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁷, para quem o partido político tem a finalidade de defender interesses ou direitos previstos no programa partidário e isto inclui todas as pessoas destinatárias de algum ponto ou programa do partido.

Citam, ainda, dentre outras, a posição restritivas de Lucia Vale Figueiredo¹⁰⁸, para quem a tutela mandamental deve estar relacionada ao regime democrático e aos direitos humanos, ou seja, à finalidade estatutária conforme a Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Acresentamos, nesta oportunidade, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁹, admitindo o mandado de segurança coletivo quando para a defesa dos fins institucionais.

Mais restritiva, ainda, é a interpretação de Alfredo Buzaid que na clássica obra “Considerações sobre o mandado de segurança coletivo”¹¹⁰ menciona que “impeta-o partido político em nome individual e fundado em direito líquido e próprio” (grifo nosso), isto é, apenas admite o mandado para a defesa dos membros ou filiados partidários. Aliás, este é o entendimento de maior parte da doutrina, como a de Hely Lopes Meirelles¹¹¹, segundo o qual o partido político só pode impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de seus próprios filiados, em questões políticas e quando autorizado por lei e pelo estatuto, não lhe sendo possível tutelar os direitos da classe dos aposentados em geral ou dos contribuintes, em matéria tributária.

¹⁰⁶ Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 174/179.

¹⁰⁷ Ações coletivas na Constituição federal de 1988, in Revista de Processo n. 61, p. 189.

¹⁰⁸ Os partidos políticos e o mandado de segurança coletivo, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p.99-104, apud Comentários à nova lei do mandado de segurança..., p. 175.

¹⁰⁹ Direito Administrativo, p. 267.

¹¹⁰ p. 61.

¹¹¹ Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 136.

Assim é que foram estas interpretações mais restritivas, as adotadas pela jurisprudência, especialmente na década de 90. O entendimento, principalmente do STJ, era de que o partido político só poderia defender os direitos de seus filiados e em questões políticas, não podendo tutelar interesse setorial da sociedade, nem de um determinado grupo (salvo seus filiados)¹¹².

Em que pese os respeitáveis ensinamentos acima espostos, já havia na doutrina posições contrárias sustentando que a alínea “a” do dispositivo constitucional só poderia sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação do partido político, no Congresso Nacional, ou seja, bastaria apenas um único representante no Congresso Nacional, seja ele integrante da Câmara dos Deputados, seja integrante do Senado Federal.

Isto porque, na Constituinte de 1988, mais especificamente no Projeto de Constituição B, 2º turno, constava do texto: “LXXI – é assegurada a impetração de mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, por: a) partido político com representação no Congresso Nacional”, e na redação final, ora em vigor, retirou-se a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (que vincularia todos os legitimados), deslocando-a para a alínea b que trata das associações.

Até o advento da Lei n. 12.016/09, as discussões permaneciam no campo doutrinário e jurisprudencial. Contudo, a novel legislação, acolhendo as restritivas interpretações jurisprudenciais, trouxe expressamente no art. 21 que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso nacional, **na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária**, texto este, sem amparo na Constituição Federal, conforme mencionado.

Ao que se vê, a lei objetivou adotar o entendimento mais restritivo e encerrar a dissonância doutrinária a respeito da amplitude de atuação dos partidos (nos interesses partidários, apenas). Contudo, a alteração parece-nos eivada de inconstitucionalidade material,

¹¹² Já decidiu o STJ, MS 197/DF, 1B seção, Relator Min. Garcia Vieira, acórdão publicado aos 20 de agosto de 1990: “Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança, só pode ser no sentido de defender seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de

já que o partido político só poderia sofrer a restrição imposta constitucionalmente, isto é, a perda da representação no Congresso Nacional.

Aliás, ressalte-se que a expressão “representação no Congresso Nacional” deve ser lida como “representação na Assembléia Legislativa”, quando a matéria for estadual e “representação na Câmara dos Vereadores” quando tema exclusivamente local, sob pena de se esvaziar o conteúdo da norma¹¹³.

Até mesmo pelo histórico das constituições, percebe-se claramente que a Constituição de 1988 deu maiores poderes aos partidos políticos (até porque havíamos saído de uma ditadura). Neste sentido, observe-se que quando a Constituição Federal trata das ações de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (art. 103, CF), traz em sua **redação original**, que os partidos políticos são legitimados ativos ao processo de controle normativo abstrato, desde que tenham representação no Congresso Nacional, apenas.

Além disso, o STF prescreve que os partidos, assim como alguns outros, são legitimados neutros ou universais, isto é, não precisam demonstrar pertinência temática nas ações de inconstitucionalidade/declaratórias de constitucionalidade. Também, o próprio STF no julgamento da ADIN 2054, decidiu, em 20.03.2003, que nem mesmo a perda da representação no Congresso Nacional descharacteriza a legitimidade ativa para prosseguir no processo.

Mas acreditamos que mesmo com esse acréscimo [inconstitucional] de que mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, **na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária**, é possível contornar a situação, para admitir que o partido político possa tutelar qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, já que o mandado de segurança é um **direito fundamental à contenção da atividade estatal ilegal e abusiva**. Vejamos.

aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles”.

¹¹³ Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto [*et al.*], **Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**, p.178.

Primeiramente, não se pode olvidar de toda a exposição que fizemos sobre os direitos e garantias constitucionais fundamentais e sua correta interpretação (tópico sobre o objeto do mandado de segurança coletivo).

A partir de então, mas sem fugir do plano constitucional, sabemos que a Lei n. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) preconiza que os partidos políticos tem como finalidade partidária agir no interesse do regime democrático, assegurando a autenticidade do sistema representativo e defendendo os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Especificamente, temos que dentro do gênero “direitos fundamentais” englobam-se as seguintes categorias de direitos: a) direitos individuais e direitos coletivos (art. 5º, CF), b) direitos sociais (arts. 6º a 11 e 193, CF), c) nacionalidade (art. 12, CF), e d) direitos políticos (a partir do art. 14, CF).

Fazendo-se uma interpretação sistemática e a título de exemplo, sabe-se que o direito à vida é um direito individual. Para garantí-lo deve-se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe o art. 225, da Constituição Federal.

Assim, nada impede em âmbito constitucional, que um partido político – como defensor dos direitos fundamentais – impetre mandado de segurança coletivo contra ato administrativo que ponha em risco o meio ambiente (p. ex. por falta de licenciamento ambiental; inexigência de EIA/RIMA, entre outros), que repita-se: é um direito fundamental, difuso e não diz respeito apenas a seus integrantes. O mesmo na defesa do consumidor.

Ressalte-se, igualmente, que se incluem entre os direitos fundamentais não só os previstos nos artigos acima referidos, mas também outros, como o art. 150, III, b, da CF (anterioridade tributária)¹¹⁴, art. 16, da CF (anterioridade eleitoral) e que segundo o STF são chamados de “direitos análogos que se qualificam como direitos individuais” para fins de

¹¹⁴ O STF no Recurso Extraordinário 196.184/AM, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, j. 27.10.2008, discutiu a legitimidade dos partidos políticos para, através de mandado de segurança, impugnarem a majoração de IPTU. Embora a Corte tenha dado um resultado desfavorável aos contribuintes, entendendo que a questão (tributos) escaparia do âmbito coletivo ou difuso, devendo ser discutido em ação individual, a Ministra Ellen Gracie entendeu que se a Constituição Federal dividiu a legitimação em duas alíneas e só fez a ressalva quanto as organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas é porque não quis

cláusula pétreia. Ora, se são considerados direitos individuais para fins de cláusula pétreia (art. 60, IV, CF), com mais razão tais direitos também legitimam a atuação dos partidos políticos.

Por esta razão, defendemos anteriormente que o mandado de segurança coletivo pode, sim, tutelar direitos difusos. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover¹¹⁵ entendendo que para se dar eficácia máxima ao instituto, o partido político está legitimado à defesa de todo e qualquer direito, político ou não (ou seja, desnecessidade de pertinência temática)¹¹⁶.

Todavia, acrescente-se que na opinião de Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida¹¹⁷, os partidos políticos podem tutelar direitos individuais homogêneos, coletivos em sentido restrito e difusos que digam respeito, de alguma forma, aos interesses dos membros bem como para a tutela desses direitos coletivos, amplamente considerados, quando estejam relacionados, de alguma forma, mesmo que tênue, com as finalidades programáticas do respectivo partido.

Diante de tudo o que expusemos, cremos, assim como Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹¹⁸ que, inexistindo menção constitucional a que os direitos a serem tutelados pertençam exclusivamente aos seus filiados e, pela singular natureza dos partidos políticos, é de se crer que visando objetivos externos e só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados, podem os partidos políticos tutelar qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, ainda que de não-filiados. Portanto, não há que se falar em qualquer pertinência temática.

Quanto à natureza desta legitimação, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹¹⁹ sustenta que agindo em defesa de interesses de seus membros ou filiados, o partido político teria legitimidade (substituição processual), quando tais interesses dissessem respeito aos fins da agremiação; caso contrário, teria que obter autorização para agir por representação.

criar esta restrição. Mas antes, no julgamento da ADIN 939-7/DF, o Rel. Min. Sydney Sanches entendeu tratar-se de cláusula pétreia a garantia constitucional do art. 150, III, “b”, da CF.

¹¹⁵ **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Objeto**, in Revista de Processo n. 57, p.100.

¹¹⁶ No primeiro caso, age como legitimado ordinário, no segundo, como substituto processual.

¹¹⁷ **Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo**, in Revista dos Tribunais n. 895, p. 35.

¹¹⁸ **Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**, p.176/178.

¹¹⁹ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p.114.

16 5.3.4.2 Das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações

Primeiramente, há duas vertentes que tentam explicar a natureza jurídica da legitimidade para agir no mandado de segurança coletivo: a que considera que as entidades legitimadas o são extraordinariamente e a que as entende legitimadas ordinariamente.

A maioria da doutrina optou pela legitimação extraordinária, nela se incluindo Rogério Cruz e Tucci¹²⁰, que defende a desnecessidade de qualquer autorização dos membros.

Ada Pellegrini Grinover¹²¹ sustenta que a legitimação de entidades (alíneas "a" e "b") que ajam na defesa de interesses institucionais (interesses de toda a categoria; interesse próprio) constitui legitimação ordinária; ao passo que se o objeto é tutelar interesses não compreendidos em seus objetivos institucionais, ou no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados (que não seja comum a todos) haverá verdadeira substituição processual (legitimação extraordinária)¹²².

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas explicita que só haverá legitimação, qualquer que seja a natureza, quando da impetração de *mandamus* coletivo em defesa de direitos individuais homogêneos dos membros ou associados da entidade, se o objetivo da segurança estiver dentro dos fins da entidade. Caso contrário, terá de haver representação pura e simples¹²³.

a) Sindicatos

Os sindicatos são um grupo apto a captar os interesses das categorias profissionais, ficando autorizados pela Constituição Federal em seu art. 8º, III, a defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (sem prejuízo da atuação do Ministério Público do Trabalho – Lei Complementar federal 75/93, art. 83, III).

¹²⁰ “Class Action” e mandado de segurança coletivo, p. 43.

¹²¹ op. cit., p. 101.

¹²² Ada Pellegrini Grinover, **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Objeto**, in Revista de Processo n. 57, p.98.

¹²³ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p.114.

E neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou ser caso de substituição processual no art. 8º, III da Constituição Federal (Ag. Reg. RE 225.965/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJU de 05.03.1999)¹²⁴.

Primeiramente, observe-se que há divergência doutrinária se o requisito da pré-constituição ânua aplica-se tanto as organizações sindicais, quanto as entidades de classe e as associações. Adotamos a posição de Sergio Ferraz¹²⁵ e que também já foi objeto de interpretação jurisprudencial¹²⁶ segundo o qual se aplica apenas para as associações, já que elas não têm a estabilidade que o sindicato e as entidades de classe têm. Portanto, para nós está dispensada a pré-constituição para as organizações sindicais e entidades de classe.

Quanto ao direito a ser tutelado, posicionamentos menos ferrenhos se apresentam, já que a própria Constituição Federal traz que em seu texto que o mandado de segurança será impetrado pela organização sindical, entidade de classe ou associação “*em defesa dos interesses de seus membros ou associados*”.

Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹²⁷ entendem que o mandado de segurança coletivo deve tutelar interesses coletivos e individuais da respectiva categoria, mas isto não significa que deverá ser exclusivo dela (categoria), podendo atuar ainda que não haja benefício para todos os seus integrantes. No mesmo sentido Eduardo Arruda Alvim¹²⁸ para quem o necessário é que a impetração se dê no interesse dos associados, o que pode ser aferido através da correspondência do interesse que se pretende tutelar com os fins institucionais da associação, entidade de classe ou sindicado.

A nova lei, no que se refere aos sindicatos, às entidades de classe e às associações legalmente constituídas, acolheu a orientação doutrinária e jurisprudencial, principalmente a do STF, de que o mandado de segurança deveria ter vínculo com o objeto da entidade

¹²⁴ No mesmo sentido: STJ, RESP 624340 / PE, Recurso Especial 2003/0228872-0, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, julgamento 29/06/2004, DJ 27.09.2004, p. 260.

¹²⁵ **Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos**, p. 46.

¹²⁶ TRF 1ª Região, AP. em MS 89.01.09409/DF, 3ª Turma, j. 27.11.1989, Rel. Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, DJ 05.03.1990.

¹²⁷ *op. cit.*, p. 180.

¹²⁸ **Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09**, in Revista Jurídica n. 392, p. 34.

impetrante¹²⁹ ou com a atividade de seus associados¹³⁰, mas não se exigiria que fosse direito peculiar e próprio daquela classe. Reconheceu, portanto, a necessidade de pertinência temática.

Por fim, acabou dispensando a exigência da Lei n. 9.494/97 (art. 2º-A) que dispõe que a petição inicial das ações coletivas propostas contra qualquer dos entes federados ou contra suas autarquias e fundações, deverá estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou e a relação nominal dos respectivos endereços.

A nova lei recebeu elogios¹³¹ quando permitiu a defesa da totalidade ou de parte dos associados, adotando a Súmula não vinculante n. 630 do STF que dispõe que “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria” e quando incorporou a Súmula não vinculante n. 629, do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”, pois atuam como

¹²⁹ Nesse sentido STF: “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – LEGITIMAÇÃO – NATUREZA DO INTERESSE. O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas prevista na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia está relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso e concluir pela existência do indispensável nexo.” (RE n. 157234 / DF, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 12/06/1995, DJ 22/09/95, p. 30608), bem como RE 175401/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamento 10/05/1996, DJ 20.09.96, p. 34546.

¹³⁰ Nesse sentido STF: CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA – DESNECESSIDADE – OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA – C.F., ART. 5º, LXX, b, - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. SÚMULA 266-STF. I – A legitimização das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. II – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação. III – O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe. IV – Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo. V – Mandado de Segurança não conhecido. (STF, MS 22132 / RJ, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento 21/08/1996, DJ 18.11.1996, p. 39848) e STF, RE 181438-1/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado aos 20.06.1996: “O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do “writ”, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe”.

¹³¹ Antonio Herman V. Benjamin e Gregório Assagra de Almeida, **Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo**, in Revista dos Tribunais n. 895, p. 36.

substitutos processuais, os quais permaneceriam “indeterminados” na inicial, embora determináveis quando da execução da segurança, se concedida fosse.

Recorde-se que os sindicatos podem, ainda, impetrar mandado de segurança para a tutela de direitos individuais puros de seus filiados que tenham alguma pertinência temática com os seus fins institucionais, oportunidade na qual estarão atuando como *representantes processuais* (art. 5º, XXI da CF), e por isso, pendentes de autorização expressa dos associados.

Mas é de ressaltar que não se pode admitir o manejo do mandado de segurança coletivo para a defesa de um único filiado, sem qualquer reflexo coletivo, pois se pressupõe que as ações coletivas objetivem a proteção de direitos de natureza coletiva.

b) Associações e entidades de classe

Estudaremos estes dois legitimados de forma conjunta, eis que muitas decisões jurisprudenciais e sumuladas de um, aplicam-se ao outro. Comecemos pelas associações.

Nas associações os direitos remanescem individuais, mas a fruição se dá pela própria associação.

No Brasil, a Constituição Federal dispõe em seu art. 174, § 2º que a “lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”. A filiação é facultativa, de modo que maiores são as resistências para nelas se reconhecer o poder de representação do interesse coletivo de que elas se fazem portadoras.

Já a entidade de classe pode ser voluntária ou compulsória (por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil); as associações podem ser regidas pela lei civil, por regras de direito administrativo ou mesmo por outras normas legais (p. ex., associações de servidores ou associações sindicais).

Retomando o que dissemos anteriormente sobre a pré-constituição que está dispensada para as entidades de classe e para as organizações sindicais, as associações submetem-se, portanto, a dois requisitos: ao da pré-constituição e quanto à espécie de direito tutelável.

O requisito da pré-constituição anual poderá ser dispensado pelo juiz, embora não haja previsão expressa na nova lei, isto porque se aplicam subsidiariamente as disposições dos arts. 5º, §4º, da LACP e o art. 82, §1º, do CDC, já que se trata de um microssistema de processo coletivo.

Quanto à espécie de direito tutelável, a questão da pertinência temática nunca foi pacífica, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina.

Como visto anteriormente (na legitimação dos sindicatos) a jurisprudência dos tribunais inclinava-se no sentido de que o mandado de segurança deveria ter vínculo com o objeto da entidade impetrante ou com a atividade de seus associados, mas não se exigia que fosse direito peculiar e próprio daquela classe.

Mesmo antes do advento da nova lei, Ada Pellegrini Grinover sustentava, por exemplo, que na alínea “b”, a única restrição que decorre da Constituição é a ausência de pré-constituição da associação há pelo menos um ano¹³², e a falta de observância das condições legais para sua constituição, e nada mais (não haveria que se falar em pertinência temática)¹³³.

Agora com a nova legislação, vê-se que ela acolheu a orientação doutrinária e jurisprudencial até então manifestada e exige, atualmente de forma expressa, que os direitos sejam pertinentes às finalidades da associação. Portanto, o objeto do mandado de segurança, deve guardar, sim, vínculo com os fins próprios da entidade impetrante.

¹³² Neste caso, conforme preleciona Antonio Gidi, **Legitimidade para agir nas ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p.62, a dispensa do requisito da pré-constituição pelo magistrado (*ope iudicis*) torna-se problemática em razão de tratar-se de exigência expressa da Constituição Federal.

¹³³ Neste sentido, o STF já se pronunciou “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PETIÇÃO INCIAL DESACOMPANHADA DE DOCUMENTO ESSENCIAL – FALTA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A IMPETRANTE É ENTIDADE LEGALMENTE CONSTITUÍDA E EM FUNCIONAMENTO HÁ PELO MENOS UM ANO – IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO” (STF, MS 21098 / DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Rel. Acórdão Min. Celso de Mello, julgamento 20.08.1991, DJ 27.03.92, p. 3802).

O prof.^o André Ramos Tavares¹³⁴ preconiza que quando a Constituição Federal se refere a interesses (“LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: (...) b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”) significa apenas que o mandado de segurança deve proteger aquilo que tem relevância, o que importa para o associado, não tendo conteúdo teórico-científico.

Contudo, para Gregório Assagra de Almeida¹³⁵, a legitimidade ativa tanto dos sindicatos, quanto das associações dependem sim da *pertinência temática* com as suas finalidades associativas. Este mesmo entendimento é esposado por Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, bem como por Eduardo Arruda Alvim, como já demonstrado anteriormente.

Como bem pondera Cássio Scarpinella Bueno¹³⁶, a exigência da pertinência temática não deve ser interpretada de forma rigorosa e engessada, mas entendendo-se que o objeto deve se relacionar com as finalidades institucionais do impetrante.

Seja de que modo for, para contornar a situação e configurar a pertinência temática, as associações poderão constar em seus estatutos um rol complexo e longo de todas as finalidades institucionais secundárias (tendo em vista que as primárias dizem respeito a sua área de atuação) e direitos que estão aptas a tutelar judicialmente, sendo vedado ao juiz examinar a sua conveniência ou não.

Como dito anteriormente, a nova regra também dispensou a exigência da Lei n. 9.494/97 (art. 2º-A: instrução da petição inicial com a ata da assembleia da *entidade associativa*), adotou a Súmula não vinculante n. 630 do STF que dispõe que “A *entidade de classe* tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria” e incorporou a Súmula não vinculante n. 629, do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por *entidade de classe* em favor dos associados independe da autorização destes”.

¹³⁴ **Manual do novo mandado de segurança**, p. 176.

¹³⁵ **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**, p. 288.

¹³⁶ **A nova lei do mandado de segurança**, p. 127.

As associações podem, ainda, impetrar mandado de segurança para a tutela de direitos individuais puros de seus filiados que tenham alguma pertinência temática com os seus fins institucionais, oportunidade na qual estarão atuando como *representantes processuais* (art. 5º, XXI da CF), e por isso, pendentes de autorização expressa dos associados.

c) Ministério Público

A nova lei do mandado de segurança perdeu a oportunidade de ampliar o rol de legitimados ativos.

Em que pese não ter procedido desta forma, entendemos que o rol do mandado de segurança coletivo é apenas exemplificativo, tendo legitimidade para sua impetração todos os legitimados ativos do art. 5º, da LACP e os do art. 82 do CDC.

Isto porque a legitimidade ativa coletiva é fator e instrumento de acesso à Justiça, não admitindo interpretações restritivas, mas sim aquelas que favoreçam a aplicação do princípio da presunção de legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito

Especificamente quanto à legitimidade do Ministério Público, a doutrina debate a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas sustenta que o elenco de legitimados do inciso LXX do art. 5º não exclui o Ministério Público, pois sua titularidade está disposta na Constituição Federal para a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127), bem como a defesa dos direitos difusos e coletivos (art.129, III), eis que esse inciso (LXX) não traz uma disposição de direito material, mas apenas de direito processual e a autoridade processual para tanto, quanto ao *Parquet*, a Constituição a concedeu em local próprio, isto é, nas normas de definem o Ministério Público e suas atribuições¹³⁷.

Embora essa seja uma posição minoritária no plano doutrinário é a que se coaduna com o maior avanço na interpretação sistematizada do Texto Constitucional, à luz dos princípios que regem a instituição ministerial.

Assim entende também Nelson Nery Jr.¹³⁸ referindo-se a direitos coletivos e difusos originários do Código de Defesa do Consumidor:

O Ministério Público pode, inclusive, impetrar mandado de segurança para a defesa dos direitos previstos no CDC, pois o art. 5º, LXIX, da CF, garante a utilização da via do mandamus quando houver ofensa a direito por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Esse direito violado pode ser individual, coletivo ou difuso, de sorte que, estando o Ministério Público legitimado para agir em Juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos (art.129, III, CF) e individuais homogêneos (art.127, caput e 129, IX, CF e arts. 1º e 82 do CDC) tem, ipso facto, legitimação para impetrar ordem de Mandado de Segurança.

(...)

O Ministério Público está legitimado, inclusive, para o ajuizamento das ações para a tutela de direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, II) e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III), conforme expressa autorização do art. 82 do Código. Essa autorização se encontra em perfeita consonância com o mandamento constitucional do art. 129, IX, que confere à lei a possibilidade de cometer outras funções ao Ministério Público, que sejam compatíveis com sua finalidade institucional. E a defesa do consumidor, por meio da ação coletiva – quer para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – é a questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1º do CDC, interesse social esse cuja proteção é objetivo institucional do Ministério Público, segundo o art. 127, caput, da Constituição Federal. Está, portanto, na Carta Magna, a legitimação do Ministério Público para a defesa, em Juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos individuais puros não podem ser defendidos pelo Ministério Público. Apenas os individuais homogêneos, assim entendidos os que têm origem comum.

Interessante o entendimento de Maria Fátima V. R. Leyser¹³⁹, no tocante ao interesse social do mandado de segurança coletivo:

¹³⁷ **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p.105.

¹³⁸ **O processo civil no Código de Defesa do Consumidor**, in Revista de Processo n. 61, p.27/28.

¹³⁹ **Ações Coletivas e Direitos Difusos**, p. 38.

É função institucional do Ministério Públíco a defesa do interesse social. Assim, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará aí presente o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Públíco (artigos 127, caput e 129, inciso IX da Constituição Federal).

Portanto, temos que o Ministério Públíco poderá impetrar o mandado de segurança coletivo, estando presentes os pressupostos do art. 5º, LXIX, da CF, para a tutela de direitos individuais indisponíveis ou de direitos ou interesses sociais (coletivos, difusos ou individuais homogêneos), consoante disposto nos arts. 127 e 129, da Constituição Federal.

5.4 Ação civil pública

5.4.1 Generalidades

Vimos que no modelo brasileiro, a ação popular pode e deve continuar a servir como instrumento de tutela dos interesses difusos, embora essa ação apresente certas deficiências, visto que ela é direcionada ao controle dos atos do poder público (v. art. 1º da Lei n. 4.717/65). Ela só abrange os conflitos metaindividuals quando estes envolvam, reflexa ou indiretamente, um ato ou omissão da autoridade, suscetível de ser guerreado por essa ação; ficariam, assim, excluídos de seu âmbito de incidência conflitos puramente metaindividual, envolvendo tão-somente grupos ou categorias portadores de interesses difusos e antagônicos. Por outro lado, restrita a *legitimatio ad causam* ao cidadão eleitor, é claro que as pessoas jurídicas, e a fortiori, os “grupos ocasionais” não poderão interpô-la.

Daí verificou-se a importância da criação de sucedâneos que venham a suprir tais deficiências.

O nome ação civil pública, advindo da tradição do direito processual, era de aplicação exclusiva do Ministério Público pleiteando a aplicação da atividade jurisdicional em matéria civil.

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública, o conceito restou ampliado, deixando de levar em conta a parte que nela figurava (Ministério Público), passando a considerar seu objeto, como o determinante, sendo ajuizável na forma concorrente e disjuntiva¹⁴⁰.

Seu conceito não é preciso. Gregório Assagra de Almeida¹⁴¹ conceitua ação civil pública como:

(...) *um dos instrumentos constitucionais colocados à disposição do Ministério Público e de outros legitimados coletivos arrolados pela lei (art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 da Lei n. 8.078/90), para a tutela jurisdicional de quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.*

A natureza jurídica da ação civil pública é de verdadeira ação de dignidade constitucional, funcionando como instrumento processual constitucional de acesso à justiça dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

¹⁴⁰ Nesse sentido, de Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p.246.

A ação civil pública oferece um instrumento para a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos mencionados no seu diploma legal (Lei n. 7.347/85), ou seja, meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico, artístico, estético e paisagístico.

17 5.4.2 Quanto ao objeto tutelado pela ação civil pública

Dispõe o art. 1º da Lei n. 7.347/85, *in verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística.

Proteção ao meio ambiente (inciso I): trata-se de um conceito determinado pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências:

Art.3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Proteção ao consumidor (inciso II): conceito determinado pela Lei n. 8.078/90, nos arts. 2º, e seu parágrafo único,17 e 29.

¹⁴¹ Direito Processual Coletivo Brasileiro..., p. 338.

Constituem o patrimônio cultural brasileiro disposto no art. 216 da Constituição Federal:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticos-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico;

A lei de ação civil pública contempla o patrimônio cultural, a dizer “os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

A Constituição Federal reservou ao tema o art. 216, onde há em seus incisos a conceituação do que seria o patrimônio cultural brasileiro.

Para que referidos bens sejam protegidos, não há necessidade de que sejam tombados, já que o tombamento não é condição da ação. Essencial é que haja interesse público na preservação de determinado bem.

No tocante ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) que em seu art. 53 renumerou e acrescentou a “defesa da ordem urbanística” pela Ação Civil Pública, atente-se que por força da MP 2.180-35/2001, a eficácia de referido inciso restou suspensa (inciso III e VI).

A expressão “outros interesses difusos e coletivos” (inciso IV) deve ser interpretada em sentido amplo, como é próprio de toda a interpretação constitucional.

Poderão ser tutelados por meio da ação civil pública tanto os direitos e interesses difusos, coletivos como os individuais homogêneos, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor é posterior à Constituição Federal atual.

Diga-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor criou uma nova ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos. A nova figura não se limita à defesa dos consumidores, mas se estende ao âmbito da lei da ação civil pública, agora ampliado a todo e qualquer interesse ou direito (art. 89 CDC, vetado). Ada Pellegrini Grinover¹⁴² ensina que “(...) permaneceu integral o artigo 117 do CDC, que determinava a aplicabilidade dos dispositivos processuais do Código à defesa dos ‘direitos e interesses difusos, coletivos e individuais’ que se faça pela Lei n. 7.347/85”.

O Código de Defesa do Consumidor modificou a Lei da Ação Civil Pública, estendendo a legitimação daquelas entidades à tutela jurisdicional de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 110 do CDC que acrescentou norma de encerramento ao art. 1º da LACP), bem como admitiu a interação entre os dois diplomas.

A ordem econômica vem regulada no art. 170 da Constituição Federal, onde se busca limitar a interferência do Estado no domínio econômico, observando-se os princípios da propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, entre outros.

Presentemente, o art. 88 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste) ampliou o objeto da ação civil pública, modificando o *caput*, do art. 1º, da LACP que agora abrange os danos morais e patrimoniais causados (...) por infração da ordem econômica e da economia popular (inciso V do art. 1º da Lei 7.347/85, alterado pela MP 1.984-22/2000).

As infrações e os atos que caracterizam infração à ordem econômica estão dispostos no art. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 e a defesa pode ser feita tanto individualmente (pelos lesados) como coletivamente, nos termos do art. 82 do CDC, mediante ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos (art. 29 da Lei n. 8.884/94).

A proteção da economia popular foi inserida pela Medida Provisória 2.180-35/2001. Os crimes e as contravenções contra a economia popular estão descritos na Lei n. 1.521/51, sendo que nessa categoria incluem-se também os crimes e contravenções nas incorporações imobiliárias (Lei n. 4.591/64, arts. 65 e 66); crimes na administração de sociedades

¹⁴² As novas ações coletivas nos tribunais, in Folha de São Paulo, de 3 de novembro de 1991, p. 44, apud Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, **Ações Coletivas e Direitos Difusos**, Campinas : Aptd Edições, 2004. p. 27, nota de rodapé n.º 34.

seguradoras (Decreto-lei n. 73, de 21.11.1966, arts. 110 e 121) e as infrações relacionadas com a gestão de entidades de previdência complementar (LC 109, de 29.05.2001).

Não obstante as evoluções legislativas, verificou-se, infelizmente, por parte do governo federal tentativas de se limitar o alcance da Ação Civil Pública, através de alterações legislativas inconstitucionais no que diz respeito aos efeitos da coisa julgada¹⁴³, bem como da vedação da ação civil pública para a tutela de pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS – ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (parágrafo único, do art. 1º, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35 de 24.08.01)¹⁴⁴.

Diz-se que tais alterações são eivadas de inconstitucionalidade sob dois aspectos: formal - porque contraria o art. 62 da Constituição Federal que admite o extraordinário expediente da Medida Provisória apenas para o caso de relevância e urgência, bem como por contrariar o que dispõe a Lei Complementar n. 75, de 20.05.93 (LOMPU), ofendendo o princípio da hierarquia das leis -, e material – no primeiro caso em razão da confusão entre regras de jurisdição e competência com os efeitos da coisa julgada; no segundo caso em razão de limitação do art. 129, incisos III e IX e §1º da Constituição Federal¹⁴⁵.

O art. 129, III da CF, em consonância com o art. 5º, XXXV do mesmo diploma, consagra o *princípio da não-taxatividade da ação civil pública*. Assim, decisões judiciais que restringem o campo de aplicabilidade da ação civil pública, sob o argumento de que ela não

¹⁴³ Medida Provisória n. 1.570-4 de 22.07.97, convertida na Lei n. 9.494/97.

¹⁴⁴ Vide *leading case* RE 195.056-1/PR, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento 09.12.1999, v.m., decisão publicada DJ 17.12.1999, onde negou-se a legitimização do Ministério Público por considerar inadequada a ação civil pública para veicular pleito envolvendo matéria tributária, sob o argumento de que o direito tutelado não se trata de relação de consumo, que seria um direito individual homogêneo e que, tampouco, seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, caput)”. No mesmo sentido: STF, RE 248.191 AgR/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento 01/10/2002, DJ 25/10/2002, p. 64. No mesmo sentido, STJ, RESP 506000/RS, Recurso Especial 2003/0001456-9, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, julgamento 05/06/2003, DJ 08/09/2003, pg. 00240.

Devemos discordar uma vez que o Ministério Público é legitimado à defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 129, III), bem como há notável e relevante interesse social. É o que ocorre com a discussão sobre o aumento das mensalidades escolares, onde reconheceu-se a legitimidade do Ministério Público. Desta forma, tratando-se de direitos individuais homogêneos não haveria porque deixar de se reconhecer legitimidade para a discussão de tributos.

¹⁴⁵ João Batista de Almeida, **Ação Civil Pública em matéria tributária – reflexões sobre a posição do STF**, in Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília : ESMPU, ano I, n.º 3, abr./jun., 2002, p.46.

poderá ter como objeto o erário ou matéria tributária, estão ferindo frontalmente o texto e o espírito constitucional.

No que tange ao controle difuso (ou incidental) da constitucionalidade em sede de ação civil pública, grande parte da doutrina entende ser inadmitido a utilização da ação civil pública que pretenda discutir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, sob o argumento de que se estaria ferindo competência originária (controle abstrato/concentrado) do Supremo Tribunal Federal.

Deve-se discordar deste posicionamento. A inconstitucionalidade da lei é discutida *incidenter tantum*, ou seja, na causa de pedir e não no pedido, de sorte que a decisão sobre ela não produzirá os efeitos da coisa julgada¹⁴⁶.

Há muitos aspectos polêmicos quanto ao objeto da ação civil pública. Questiona-se, por exemplo, da possibilidade de utilização da ação civil pública para atacar vícios de atos

¹⁴⁶ Nesse sentido STJ: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE LIMPEZA URBANA - DIREITOS DE CONTRIBUINTES. 1. É lícita a argüição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. 2. Deveras, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Limpeza Urbana, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. 3. Recurso Especial a que se nega provimento." (RESP 478944/SP, Recurso Especial 2002/0122999-0, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 02/09/2003, DJ 29/09/2003, p. 00153)

Ainda nesse sentido, STJ: "PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA - LEI INCONSTITUCIONAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O Ministério Público tem legitimidade para exercer ação civil pública contra a cobrança de Taxa, e pedir a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei que criou o tributo malsinado." (AGA 515808 / RJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2003/0065544-0, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado,

administrativos. Verifica-se certa resistência da jurisprudência, todavia, entendemos ser cabível tendo em vista *o princípio da não-taxatividade* da ação civil pública e *o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva* (art. 83 do CDC).

A diferença entre a ação popular e a ação civil pública se verifica quanto ao objeto de ambas, pois o objeto da ação civil pública é mais amplo, ao passo que a ação popular estabelece de forma mais fechada e restrita. Contudo, não são ações excludentes, ao passo que é possível a existência de litispendência entre ambas. Basta, para tanto, a coincidência entre as causas de pedir e os pedidos, pois a diferença entre as partes promoventes é somente formal, uma vez que, materialmente, as partes são as mesmas, ou seja, uma comunidade titular do direito difuso que se pretende seja tutelado. Todavia, não implica na aplicabilidade do estabelecido no art. 267, V, do CPC, sendo mais lógico a aplicação do art. 105 do CPC, com a reunião das respectivas ações coletivas para o julgamento simultâneo.

5.4.3 Legitimidade ativa na ação civil pública

São legitimados ativos, conforme dispõe a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), *in verbis*:

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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obreigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 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.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

No cotejo entre o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC, percebe-se não haver correspondência entre ambos¹⁴⁷.

Segundo Antonio Gidi¹⁴⁸, há uma explicação racional para o fato de o art. 82 do CDC - mais amplo e liberal que o art. 5º da LACP - não incluir as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista. Para o autor, este grupo se opõe ao dos consumidores, fazendo parte do “empresariado”, sendo predominantemente fornecedores.

5.4.3.1 Ministério Público

¹⁴⁷ São legitimados pelo art. 82 do CDC: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta (ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor), as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano (que incluem entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor) dispensada a autorização assemblear.

¹⁴⁸ Legitimidade para agir em ações coletivas, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p.63. Acrescenta, ainda, que por mais que uma ação seja proposta com base no CDC e a outra com base na LACP, se seus elementos forem os mesmos (art. 301, §§ 1º a 3º), não é lícito que uma ação civil pública promovida em defesa do consumidor por um ente excluído do art. 82 do CDC obste, seja por litispêndência, seja por coisa julgada, a propositura de uma ação coletiva por um legitimado do referido art. 82.

Para o Ministério Público, a amplitude do rol das ações decorre da Constituição Federal, em seu art. 129, III, que lhe atribui como função institucional a defesa, em juízo, dos direitos difusos e coletivos, sendo vedado ao legislador infraconstitucional a limitação das ações para a tutela desses direitos.

Ainda que haja diversos pontos críticos quanto a atuação do Ministério Público¹⁴⁹, há, todavia, vozes favoráveis a sua atuação em tema de tutela dos interesses difusos. Integrantes do Ministério Público paulista defendem a instituição e citam a crescente legitimização para agir a ele atribuída em sede de tutela de interesses difusos: em reparação por dano ecológico (Lei n. 6.938/81, art.14, § 1º); em tema de ação civil pública (Lei federal n. 8.625/93 e Lei Complementar estadual n. 734/93; Lei n. 7.347/85, art. 5º e § 1º); criação de curadorias especializadas, em cada comarca de São Paulo, para proteção e defesa, no plano administrativo, do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e do patrimônio cultural e natural do Estado (Lei Complementar estadual n. 734/93, art. 47, § 3º, I)¹⁵⁰.

De outra parte, parece que a solução de se atribuir em via exclusiva ao Ministério Público a promoção tendente à tutela dos interesses difusos não se afigura desejável, pois poderia arrefecer a espontaneidade do *processus* de revelação e de reivindicação desses interesses.

Essa solução pluralística de legitimização foi a escolhida pelo constituinte brasileiro, ao estabelecer no art. 129, § 1º, da Constituição Federal de 1988: “A legitimização do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Não obstante o pluralismo feito pelo constituinte e perfilhado pelo legislador ordinário, nota-se que acabou por ficar aquém da expectativa, uma vez que os números que

¹⁴⁹ Basicamente soem ser alinhados estes pontos críticos: a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos “tradicionais”, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou coletiva; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e combatividade desejáveis quando se trata de tutela aos interesses supra-individuais; c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infra-estrutura indispensáveis à tutela desses interesses “especiais”.

¹⁵⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses Difusos: conceito e legitimização para agir**, p.221.

apontam para uma notória prevalência do Ministério Público, como portador de interesses metaindividuais em juízo.

A legitimidade do Ministério Público foi reafirmada pelo art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor que conferiu legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

Conforme ensina-nos Nelson Nery Júnior¹⁵¹, a obrigatoriedade do Ministério Público em ajuizar a Ação Civil Pública é temperada com a conveniência e oportunidade. Não obstante, para os demais co-legitimados a propositura da ação é facultativa.

No tocante à atuação do Ministério Público, o art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, trata da obrigação do órgão do Ministério Público assumir a promoção da ação, em caso de desistência infundada ou abandono por associação co-legitimada (o que não acarreta a disposição do direito material discutido em juízo).

Nessa ocasião, “*deve-se entender que o Ministério Público assumirá a ação, quando for o caso, ou seja, com o mesmo critério que utiliza para propor a ação civil pública consistente em identificar a presença de justa causa para sua intervenção*”¹⁵².

Questiona-se a delimitação das áreas de atuação do Ministério Público, no âmbito da Justiça Federal e Justiça Estadual, bem como se o Ministério Público de um Estado poderia ajuizar ação civil pública em outro Estado, em razão do interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo por ele defendido não encontrar limitação territorial, diferentemente do que ocorre quando se trata de direito individual puro.

Não obstante haja respeitável posição a favor (Nery), entendemos não haver essa possibilidade.

O próprio sistema constitucional faz a bipartição da justiça comum em Federal (art. 106/110) e Estadual (art. 125 e 126), bem como a especialização por áreas, Trabalho, Eleitoral

¹⁵¹ Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, p.1319.

¹⁵² Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, Ações Coletivas e Direitos Difusos, p. 74.

e Militar (art. 111 e 124). Por esta razão, houve a subdivisão do Ministério Público em duas principais vertentes: o da União (Federal, Eleitoral, Militar e Trabalho) e dos Estados. Suas funções institucionais estão previstas em lei.

A alegação de que o Ministério Público é regido pelos princípios da unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º) não pode ser acolhida posto que tais princípios referem-se tão somente a que os membros de determinado seguimento do Ministério Público integram um só órgão (chefia), podendo ser substituídos uns pelos outros.

Acrescente-se, ainda, que se aceitássemos a hipótese de unidade e indivisibilidade como pretendem certos autores não haveria necessidade de se fazer litisconsórcio, uma vez que o pedido feito por um abrangeeria o outro ente. Além do mais, para isto ocorrer far-se-ia necessário que ambos os Ministérios Públicos tivessem autorização para conduzir o processo autonomamente naquela Justiça competente para julgar o feito¹⁵³.

Já a propositura pelo Ministério Público de um Estado em outro, parece-nos que se estaria invadindo competências e atribuições de outros Estados.

Outras questões se apresentam quanto à legitimidade do Ministério Público:

- (a) Está excluída constitucionalmente a defesa dos direitos individuais homogêneos?
- (b) Pode o Ministério Público defender direitos disponíveis?
- (c) Pode atuar em defesa de um só indivíduo se indisponível este direito?

Passemos a analisar cada uma das proposições:

Quanto à defesa dos direitos individuais homogêneos e a defesa de direitos disponíveis (itens *a* e *b*) as rejeições não prosperam. Sobre a questão existem três entendimentos. Vejamos:

¹⁵³ Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.135, que defende a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre os Ministério Públicos.

- daqueles que negam tal possibilidade, por entender que os direitos individuais homogêneos são divisíveis e disponíveis¹⁵⁴;
- daqueles - especialmente a 5ª Turma do STJ - que entendem que há a legitimidade do Ministério Público apenas quando se trate de direitos individuais homogêneos indisponíveis ou direitos do consumidor, negando, por exemplo, nos casos de direito previdenciário.
- daqueles que defendem a possibilidade do Ministério Público ser legitimado para a ação coletiva de direitos individuais homogêneos, sob o argumento de que quando a Constituição Federal, em seu art.129, inciso III, tratou da legitimação do MP para a ação coletiva, mencionou apenas direitos difusos e coletivos. Já a terceira categoria (direitos individuais homogêneos) foi criada pelo CDC em 1990, e, desta forma, não poderia estar no texto constitucional de 1988. No entanto, a CF (art.129, inciso IX) abre a possibilidade para o legislador ordinário, dizendo que podem ser atribuídas outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com seu perfil constitucional¹⁵⁵.

O STF já se manifestou algumas vezes, tendo admitido a legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, sempre que estes, tomados em conjunto, ostentem dimensão de grande relevo social, ligada a valores e preceitos constitucionais, que sejam pertinentes a toda a sociedade¹⁵⁶.

Da mesma forma, o STJ ao admitir a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando haja repercussão social dos fatos e relevância social¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Neste sentido Rafael Pinheiro Aguilar, **Por uma legitimação individual nas ações coletivas**, in Jus Navigandi, p.6, apresenta-nos os argumentos de que: “i) a Carta Magna refere-se tão-somente a ‘interesses difusos e coletivos’ quando elenca as funções institucionais do MP, não podendo ampliar o legislador ordinário suas funções; e ii) não pode o Ministério Público atuar para a defesa de direitos individuais disponíveis, pois cabe ao titular do direito material valorar se quer ou não defender tais direitos”, ressaltando que sua legitimidade deve ser aferida em cada caso concreto, notadamente pela Súmula n.º 07 do MP paulista, que tem o seguinte teor “O MP está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou o acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; e c) que convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social e jurídico”.

¹⁵⁵ Este é o entendimento de Nelson Nery Júnior, **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**, p.1326; e de Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.128.

¹⁵⁶ EDcl no AgRg no RE 470.135, 2ª Turma, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 22.05.2007.

¹⁵⁷ EResp 644.821/PR, Corte Especial, Relator Ministro Castro Meira, j. 04.06.2008, oportunidade em que a Corte se manifestou sobre o Sistema Financeiro da Habitação.

Assim, parece-nos que o *Parquet* deve se restringir àquelas demandas em que se verifique o interesse social, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, não importando se disponível ou não o direito.

O grande problema que se põe é sobre o real alcance de “grande interesse social”, o que ocasiona dentro dos próprios tribunais, decisões ora admitindo a legitimidade do Ministério Público, ora afastando-a.

O Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula de Entendimento n. 7, que dispõe que o “Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g. dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g. dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implantação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária”.

Desta forma, ao menos se tem um parâmetro sobre quais direitos individuais homogêneos disponíveis o Ministério Público poderá ajuizar a competente ACP.

Quanto à defesa de um só indivíduo se indisponível este direito (item *c*), entende-se que há a legitimação do Ministério Público para a propositura das ações civis públicas. Isto ocorre em muitas situações como fornecimento de medicamentos e nas ações previstas pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) em que o art. 81 traz expressamente a possibilidade de defesa, pelo Ministério Público, de direitos individuais indisponíveis, assim compreendidos os que decorram de normas de ordem pública e por esta razão, sejam insuscetíveis de renúncia ou disposição, como ocorre com o direito à proteção da vida, da saúde e a titularidade de qualquer direito fundamental¹⁵⁸. O fundamento para a legitimidade é que o art. 127 atribui poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁵⁸ Gianpaolo Poggio Smanio e outros (coordenador Damásio de Jesus), **Estatuto do idoso anotado: Lei n. 10.741/03: aspectos civis e administrativos**, p. 196.

Por fim, acrescente-se que haverá, ainda, a intervenção obrigatória do Ministério Público como *custos legis*, toda vez que a ação foi intentada por outro co-legitimado (art. 5º, § 1º da Lei n. 7.347/85).

5.4.3.2 Defensoria Pública

Com a edição da Lei n. 11.448/07 que deu nova redação ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, conferiu-se à Defensoria Pública a legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas.

De imediato, vozes ministeriais propugnaram pela inconstitucionalidade do novo dispositivo, sob o argumento de que os arts. 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal estariam violados, eis que impediria o exercício normal das atribuições do Ministério Público e contraria norma constitucional que vincula a atuação da Defensoria à defesa jurídica dos necessitados.

Deste modo, a Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 3.943 de Relatoria da Ministra Cármem Lúcia) requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo ou que, no mínimo, seja dada interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, para excluir a defesa de direitos difusos já que por estes serem indetermináveis, abrangeriam também as pessoas não necessitadas.

Em parecer elaborado a pedido da Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), a ilustre Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁹ elaborou detalhado histórico sobre a legislação de proteção aos direitos coletivos *lato sensu*, mencionando a prevalência ministerial na defesa de tais direitos.

Em continuidade, manifestou-se sobre a tentativa do Ministério Público em evitar a concorrência da Defensoria Pública, pretendendo com a ADIn estabelecer uma *reserva de mercado* a seu favor.

¹⁵⁹ Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública, in Revista de Processo n. 165, p.299-317.

Preconizou, ainda, que a legitimidade do Ministério Público é concorrente e autônoma com a de outros órgãos, como dispõe a própria Constituição Federal no §1º, do art. 129; bem como que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública não interfere nas atribuições do Ministério Público, já que àquela só viria a somar esforços na conquista dos interesses coletivos *lato sensu*, configurando um maior acesso à justiça. Ressalta que os diversos órgãos que se manifestaram na ADIn propugnaram pela falta de pertinência temática do Ministério Público ao ajuizar a ação declaratória.

Quanto à interpretação que deveria ser dada ao art. 134, da Constituição Federal, que dispõe “*A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”, a ilustre processualista entende que tal tarefa não é a única do órgão, e mesmo que assim fosse entendido, o termo “necessitados” é muito mais amplo do que a mera referência ao *minus habendes*, isto é, aos economicamente fracos.

Além disso, como nos faz recordar Luiz Manoel Gomes Junior, Jussara Nasser Ferreira e Daniele Regina Nagai Carnaz, o “necessitado” a que aduz a Lei n. 1.060/50 não está, do mesmo modo, vinculado a um limite específico de valor da renda mensal ou do patrimônio; mas é delimitado pela impossibilidade de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou de sua prole¹⁶⁰.

Portanto, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, necessitados são todos aqueles também do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis (os consumidores, os usuários de serviços públicos etc).

Ainda que se entendesse, *ad argumentandum*, que os necessitados são apenas os economicamente carentes, nada há no art. 5º, LXXIV, que dispõe que “*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” determinando que a defesa dos necessitados só possa ser individual, deixando ao acaso lesões coletivas.

¹⁶⁰ Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas, in Revista de Processo n. 163, p. 287-295.

Logo, mesmo que se pretendesse enquadrar as funções da Defensoria Pública apenas na defesa dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição Federal autorizam a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo, portanto, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por fim, note-se que o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em seu art. 20, IV, elenca o rol de legitimados ativos, incluindo a Defensoria Pública para a defesa de interesses difusos ou coletivos quando os necessitados o forem do ponto de vista organizacional e para a defesa dos individuais homogêneos, quando os integrantes do grupo, categoria ou classe, forem, ao menos, hipossuficientes.

5.4.3.3 Órgãos da administração pública direta e indireta

Na legitimidade outorgada à órgãos da administração pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aplica-se o *princípio constitucional da presunção de legitimidade pela afirmação do direito*¹⁶¹. A representação desses órgãos se dá na forma do art. 12, I e II, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao direito processual coletivo comum por falta de disposição especial sobre a matéria e, com relação à União, o que dispõe o art. 131 da Constituição Federal.

Os órgãos e entidades da administração pública indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) também detêm legitimidade ativa no direito processual coletivo comum, desde que a atuação pretendida se inclua nos seus respectivos objetos institucionais.

Quanto a esta representação adequada, há entendimento de que, diferentemente do que ocorre com o Ministério Público - onde suas atribuições estão delineadas seguindo-se o modelo de distribuição de competência trazido pela Constituição Federal -, não há que se falar

¹⁶¹ Neste sentido STJ, RESP 181580/SP, Recurso Especial 1998/0050249, 3^a Turma, Relator Ministro Castro Filho, julgamento 09/12/2003, DJ 22/03/2004, que reconheceu a legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária em ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que comercializava fogos de artifício, uma vez que a intenção do

em limites territoriais (esfera de atuação) como entendem alguns autores¹⁶², uma vez que os bens difusos, por serem indeterminados, não possibilitam aferir a quem compete tal proteção de modo que todos são legitimados ativos.

5.4.3.4 Fundações

As fundações poderão ser tanto públicas, quanto privadas, que terão sua legitimidade ativa reconhecida, desde que esteja incluído nos seus fins institucionais o ajuizamento da ação coletiva.

18 5.4.3.5 Órgãos públicos sem personalidade jurídica

19

20 Os órgãos públicos também terão legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva, como prevê expressamente o art. 82, III, do CDC, que, por força da completa interação existente entre esse diploma e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21), aplica-se à nossa ação civil pública. Para tanto deverá estar inserido nas finalidades institucionais do respectivo ente público, essa tutela.

21

22

23 5.4.3.6 Associações

¹⁶² legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa (art. 82 e incisos do CDC e artigo 5º, XXXII da CF), cabendo ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹⁶² João Batista de Almeida, **Aspectos controvertidos da ação civil pública : doutrina e jurisprudência**, p. 141/142.

A Constituição Federal no seu inciso XXI, do art. 5º, preleciona que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente.

Esse dispositivo não delimita o tipo ou a espécie de direito em relação ao qual estão legitimadas as entidades associativas. Pode-se tratar de direito de um único associado, mas desde que compatível com os fins da respectiva entidade associativa - pertinência temática - (hipótese em que o tipo de legitimidade seria extraordinária, e não “representação”, como teria dito o legislador constituinte) ou de direito referente a todos os associados, que se constituiria no direito coletivo objeto material do direito processual coletivo¹⁶³.

Na legislação infraconstitucional, há o art. 5º da Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, IV, regulamentando a legitimação das associações civis para defenderem mencionados interesses.

Para tanto, deverão estar constituídas há pelo menos um ano e que haja dentro de suas finalidades a defesa do bem jurídico coletivo (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo) que se pretende tutelar jurisdicionalmente. Trata-se de um critério *ope legis*, o que, todavia, não é absoluto, ante a possibilidade de ser dispensado o pré-requisito da constituição (*ope judicis*)¹⁶⁴.

É aqui na legitimidade das associações que se sobressaem as maiores críticas a este sistema brasileiro. Questiona-se, por exemplo, se uma associação que tudo inclua e tutele dentro da sua finalidade institucional seria, de fato, defensora de algum valor.

¹⁶³ Neste sentido, STJ: “AÇÃO COLETIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONSÓRCIO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. - A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, sejam eles seus associados ou não. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido. Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.” (RESP 132502/RS, Recurso Especial 1997/0034698-6, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, julgamento 26/08/2003, DJ 10/11/2003, p. 193)

¹⁶⁴ STJ, RESP 399859/ES, Recurso Especial 2001/0176310-5, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento 02/12/2003, DJ 15/03/2004.

Por esta razão, alguns autores¹⁶⁵ defendem a existência da representatividade adequada (*adequacy of representation*) no nosso sistema - embora este não o afirme expressamente -, em que o juiz analisa a *idoneidade* da representação dos interesses, isto é, se o autor em juízo reúne as condições que o qualificam a representar a *class* (vide capítulo 4.3.3.2 retro).

No que pertine à autorização assemblear, já tivemos a oportunidade de nos manifestar quando dissertamos sobre o mandado de segurança coletivo.

Recordemos que a Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 2º-A, da Lei n. 9.494/97 (lei sobre a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública), dispõe que a petição inicial das ações coletivas propostas contra qualquer dos entes federados ou contra suas autarquias e fundações, deverá estar instruída com a ata da assembléia da *entidade associativa* que a autorizou e a relação nominal dos respectivos endereços.

Na oportunidade, nos pronunciamos no sentido de que a exigência não se aplica ao mandado de segurança coletivo, em razão do art. 21, da Lei n. 12.016/09 ter acatado reiterado entendimento jurisprudencial e sumular sobre o tema.

Contudo, como não há novel legislação quanto à ação civil pública, entendemos que para afastar esta absurda exigência, devemos nos posicionar pela mácula ao princípio da igualdade processual. Isto porque, deste “privilégio” não decorre a facilitação da atividade defensiva estatal, tampouco foi instituído com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização estatal; nem em virtude da complexidade dos serviços públicos, ou em razão do seu desaparelhamento. São estas situações que fundamentam as verdadeiras prerrogativas processuais e não este privilégio injustificado e eivado de constitucionalidade.

5.4.3.7 Sindicatos

¹⁶⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p.192/193, nota de rodapé n. 165.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos não são mais controlados pelo Estado, de sorte que têm natureza e personalidade jurídica de associação, podendo, igualmente, promover as ações coletivas para a defesa do meio ambiente, observados os demais requisitos legais para que se reconheça essa legitimidade.

Estabelece, ainda, a Carta Maior, no art. 8º, inciso III, que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

O sindicato tem dupla função: a primeira seria a defesa dos direitos e interesses coletivos, e a segunda, a defesa dos direitos e interesses individuais.

Por outro lado, as Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90 reconhecem aos sindicatos, como associações civis que são, a legitimidade concorrente para ajuizar ação civil pública (art. 5º e 82, IV, respectivamente) na defesa dos interesses coletivos das correspondentes categorias.

Não obstante, há entendimento restritivo sobre a legitimidade dos sindicatos para o ajuizamento da ação civil pública trabalhista, sob o argumento de que na defesa dos interesses coletivos das categorias profissionais, somente podem, os sindicatos, utilizar-se do dissídio coletivo. Esse entendimento, segundo Raimundo Simão de Melo¹⁶⁶, afronta a Constituição Federal (art.129, §1º) e a Lei n. 7.347/85, já que os sindicatos, na área trabalhista, são legitimados ativos para essa importante ação.

Baseado no entendimento do STF, o direito a ser defendido deve estar relacionado com as atividades desenvolvidas pelos integrantes das categorias profissionais ou econômica. É a chamada *pertinência temática*. Neste caso, o sindicato defenderá os direitos coletivos (incluindo os direitos individuais homogêneos)¹⁶⁷.

A jurisprudência, em situações específicas, vem admitindo a possibilidade de propositura da Ação Civil Pública, mesmo quando o estatuto do sindicato não contenha

¹⁶⁶ Raimundo Simão de Melo, *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, p.118.

¹⁶⁷ Ainda neste sentido: STJ, RESP 228507/RR, Recurso Especial 1999/0078330-1, 2ª Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Relatora para acórdão Ministra Eliana Calmon, julgamento 16/10/2001, DJ 05/05/2004, p. 125.

autorização expressa para tanto, em circunstâncias especiais: quando a matéria for de interesse próprio da associação, ou seja, contar de suas finalidades. No mais, os sindicatos receberam tratamento diferenciado das entidades associativas em geral, sendo inerente a sua finalidade, a defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria, judicial e extrajudicialmente, como dispõe o art.8º, III da CF.

Ressalte-se que entendemos ser dispensável, para os sindicatos, o requisito da prévia constituição de que dispõe o art. 5º, I da Lei n. 7.347/85, tendo em vista que seus objetivos são perenes, não sendo constituídos apenas para atuar na defesa de determinado e circunstancial interesse.

Como alternativa viável a fim de que não se fique vulnerável ao entendimento do magistrado, os sindicatos e associações poderão estabelecer em seus estatutos, finalidades institucionais secundárias, acrescidas àquelas de natureza primária, sendo vedado ao juiz a análise da pertinência temática.

24 5.4.3.8 Partidos políticos

Não obstante a ausência de previsão expressa para os partidos políticos ajuizarem a ação civil pública, entendemos ser possível, uma vez que tem caráter de associação civil (art. 5º, LACP e art. 82, IV do CDC).

Acrescente-se, ademais, a opinião de Gregório Assagra de Almeida¹⁶⁸:

Se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade ativa, expressa no próprio texto constitucional, para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADin), seja por ação ou seja por omissão (art. 103, VIII, da CF), pela mesma razão terão legitimidade para o ajuizamento de qualquer ação coletiva pertinente.

¹⁶⁸ Direito processual coletivo comum brasileiro..., p. 524.

Desta forma, tem-se que não é compatível qualquer interpretação restritiva, sob pena de enfraquecimento do processo de democratização e ausência de fortalecimento das instituições sociais.

5.4.4 A participação do cidadão na ação civil pública

Importante observar que não foi adotada pela Lei da Ação Civil Pública a tese da legitimação individual para a defesa dos direitos nela protegidos. O mesmo se diz para as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor.

No direito norte-americano, seria o *ideological plaintiff* já mencionado. No direito brasileiro, referido instituto está presente na ação popular, onde se legitima qualquer cidadão a pleitear a anulação ou a declaração de atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º, § 3º da Lei n. 4.717/65).

Ainda que alguns defendam que, na experiência da ação popular, existam demandas de caráter meramente político, poder-se-ia corrigir tais desproporções, com a aplicação dos já existentes art. 5º, §§ 1º e 3º da Lei da Ação Civil Pública.

A própria coerência da ordem legal exige uma legitimação individual nas ações civis públicas. Vejamos:

O art. 1º da Lei n. 4.717/65, informa que poderão ser objeto de tutela, os pleitos visando à anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico) da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, entre outros.

Por sua vez, o art. 1º, III da Lei n. 7.347/85, dispõe que será objeto de tutela “os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Cotejando-se ambos os dispositivos, verifica-se que esses bens são duplamente tuteláveis.

Não obstante, se houver uma ação popular, abandonada no curso pelo cidadão legitimado, outra associação não poderá assumir a titularidade ativa desta ação, como ocorre com a Ação Civil Pública que permite, em seu art. 5º, § 3º, que outro legitimado assuma o pólo ativo.

O mesmo se diz para os casos de litispendência, conexão, assistência, litisconsórcio em relação às ações populares e ações civis públicas nas matérias em que se cruzam.

Como lembra Rafael Pinheiro Aguilar¹⁶⁹:

(...) mesmo que o objeto seja idêntico em ambas, apenas porque de nomes jurídicos diversos, teríamos a absurda impossibilidade do fenômeno da legitimação subsidiária às associações, em caso de desistência ou abandono da ação popular pelo autor originário. O que evidentemente revela-se um contra-senso.

Em suma, faz-se mister a adoção do instituto da legitimação individual no rol dos legitimados da Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor para que se dê unidade e congruência aos estatutos de defesa dos interesses metaindividuais.

Para Nelson Nery Júnior¹⁷⁰ em lição sobre o princípio do direito de ação, ensina-nos que:

(...) deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial.

Também neste sentido Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁷¹ nos brinda com o seguinte exemplo:

¹⁶⁹ Por uma legitimação individual nas ações coletivas, in Jus Navigandi, p.6.

¹⁷⁰ Princípios do processo civil na Constituição Federal, p.123.

¹⁷¹ Ações coletivas no direito comparado e nacional, p. 255.

Suponha que determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provoque poluição sonora em uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, e cuja promotoria esteja com cargo de Promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo? E completa o autor:

A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal. (...) E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.

Enquanto não se verifica a existência de outorga de legitimação ao cidadão na ação civil pública, questiona-se a possibilidade deste vir integrar o pólo ativo. A doutrina diverge.

Passemos a entender o litisconsórcio em nosso sistema.

Litisconsórcio é a possibilidade que a lei concede de mais de um litigante figurar no pólo ativo (vários autores) ou passivo (vários réus) da demanda, ocasionando a chamada cumulação subjetiva de ações.

Primeiramente, ressalte-se que o Código de Processo Civil confunde os dois critérios de classificação do litisconsórcio: a) o que se refere ao momento inicial da formação, que pode ser necessário ou facultativo e b) o que ao resultado do julgamento final para os litisconsortes, que pode ser unitário ou simples.

O litisconsórcio será **necessário** quando houver estipulação legal (ex. ações reais imobiliárias, usucapião) ou em razão da natureza da relação jurídica que é una, com mais de um titular e indivisível (ex.: casamento, os contratos em geral)

Quando o litisconsórcio for necessário em razão da lei, seu resultado será do tipo simples. Toda vez que o litisconsórcio for necessário em razão da natureza da relação jurídica (unidade e indivisibilidade), seu resultado será do tipo unitário. Assim, em uma anulação de casamento, além de ambos os cônjuges constarem no pólo passivo, a invalidade afetará ambos, pois inconcebível que haja casamento anulado para um dos cônjuges e não para o outro.

Acrescente-se que as hipóteses de litisconsórcio necessário com resultado unitário, o são em razão da legitimidade ordinária (em que não há lei permitindo a defesa do direito por apenas um dos titulares do direito material).

O litisconsórcio será **facultativo** quando o autor que propõe a ação poderia não tê-lo formado.

Seu resultado será simples (grande maioria dos casos) quando estivermos diante do art. 46, do CPC: a) quando entre os litisconsortes houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide: é a responsabilidade solidária do direito civil; b) quando os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito: é a análise da causa de pedir; c) quando houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir: esta hipótese é mais ampla que a anterior e, portanto, poderia ocasionar a exclusão daquela; d) ocorrer afinidade de questões por um ponto em comum de fato ou de direito: é o chamado litisconsórcio impróprio, em que a critério do juiz será analisado se há alguma semelhança entre os fatos ou o direito narrado pelo autor da ação.

O litisconsórcio facultativo poderá ser do tipo unitário quando estivermos diante de uma relação una e indivisível (que a princípio exigiria a formação ‘necessária’, isto é, a presença de todos no pólo), mas que a lei autoriza expressamente que seja defendido por apenas um dos titulares. Neste caso, estaremos diante da legitimação extraordinária já mencionada. Assim, se os titulares se agruparem, será porque o quiseram, já um dos titulares do direito material estaria legitimado a defender a quota-parte dos outros. É o que acontece, por exemplo, em um imóvel com quatro proprietários, onde a lei permite que cada um defenda a propriedade como um todo contra invasão (art. 1.314, do Código Civil).

Portanto, podemos concluir que haverá:

- **Litisconsórcio necessário e simples:** em razão da LEI;
- **Litisconsórcio necessário e unitário:** UNIDADE, INDIVISIBILIDADE e vários TITULARES => Legitimação ordinária;
- **Litisconsórcio facultativo e unitário:** UNIDADE, INDIVISIBILIDADE e vários TITULARES => Legitimação extraordinária;
- **Litisconsórcio facultativo e simples:** art. 46, do CPC.

Há, ainda, em nosso sistema, a assistência litisconsorcial, que pressupõe a existência de legitimação extraordinária, onde o interveniente também é titular da relação jurídica controvertida e, conseqüentemente, será atingido pela coisa julgada. Seria, pois, o típico caso do litisconsórcio facultativo unitário, já estudado. Por esta razão, pleiteia ulteriormente seu ingresso no processo, para auxiliar o autor em um resultado favorável (art. 54 do CPC).

Já na ação civil pública (art. 5º, §2º da Lei n. 7.347/85), o litisconsórcio será sempre facultativo – uma vez que se trata de legitimação concorrente e disjuntiva –, e unitário – porque haverá decisão uniforme aos vários litisconsortes que defendem, na verdade, o mesmo direito transindividual –. Pode ser formado ulteriormente, mediante a permissão de aditamento à petição inicial por um deles, obedecendo-se ao estabelecido no art. 246 do CPC e do § 1º do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

Desta forma, tem-se que somente os legitimados ativos para a ação civil pública poderão se habilitar como assistentes litisconsorciais em ação civil pública já ajuizada, pois a admissibilidade da assistência por parte de cada cidadão individualmente traria o caos à ordem processual, outros entendem que não seria justo negar-lhe o ingresso em juízo como assistente litisconsorcial em ação civil pública já ajuizada com o mesmo pedido e causa de pedir que poderiam estar presentes em uma ação popular¹⁷².

5.4.5 Da titularidade do legitimado ativo

¹⁷² Não discutiremos a existência de litisconsórcio ulterior, que se verifica como exceção do princípio da *perpetuatio legitimatonis* e só pode ter lugar em se tratar de litisconsórcio necessário, tampouco de

Atualmente, os interesses difusos passaram a ser açãoáveis, visto que o legislador reconheceu sua existência e a possibilidade de fazê-los valer em juízo. Com isso, alguns doutrinadores crêem que não mais padece dúvida quanto à sua legitimidade, nem há porque considerar o tema sob a rubrica de legitimação extraordinária.

Este é o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷³. Basta, portanto, que se interprete com a devida abertura e atualidade o art. 6º do CPC, e se poderá concluir que é ordinária a legitimação das entidades referidas no art. 5º da citada Lei sobre os interesses difusos¹⁷⁴.

Uma vez admitida em juízo, presume-se que a associação tem representatividade adequada e assim agem em nome próprio, defendendo os interesses difusos nela representados e simbolizados.

Conforme mencionado, a questão é extremamente controversa. Se nos ativermos à concepção rigidamente individualista do processo civil, e assim interpretarmos o art. 6º do CPC, concluiremos que não se trata de legitimação ordinária, chegando-se à conclusão de que o texto em questão abriga uma forma anômala ou extraordinária de legitimação, ou ainda um caso de substituição processual. Ocorre que, observando-se mais atentamente a espécie, constata-se que, ao se admitir uma tal qualificação, tornar-se-ia necessário acrescentar que se trata de legitimação anômala de tipo misto, porque as entidades nominadas no texto em questão excederiam legitimação ordinária (na “parte” em que são portadoras de um “interesse próprio”) e legitimação extraordinária (na “parte” em que agiriam como representante ou substituto dos demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos).

Por esta razão, Nelson e Rosa Nery¹⁷⁵ comentando o art. 5º da Lei n. 7.347/85 aduzem que:

assistência litisconsorcial, onde o assistente tem interesse jurídico próprio, qualificado pela circunstância de que sua própria pretensão poderia ter sido deduzida em juízo contra o adversário do assistido, mas não o foi.

¹⁷³ **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**, p.228.

¹⁷⁴ Barbosa Moreira alude à necessidade de se “alargar os limites, às vezes demasiado estreitos, da açãoabilidade, quer pelo ângulo objetivo – abrindo a hipóteses injustificadamente excluídas a via de acesso à cognição judicial – quer do ponto de vista subjetivo – rompendo as barreiras erguidas pela acanhada concepção tradicional da legitimação para agir (**Tendências contemporâneas do direito processual civil**, in Temas de Direito Processual: terceira série p. 9, nota 2).

¹⁷⁵ **Código de Processo Civil Comentado**, p.1319

Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis). Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC, 81, par. ún., III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária. A norma comentada encerra legitimação concorrente e disjuntiva (Grinover, Watanabe e Nery. CDC Coment. P. 516, 544 e 647) e o litisconsórcio ativo que pode ser formado entre os co-legitimados é facultativo. (grifo nosso)

No sentido da não aplicação da divisão em legitimidade ordinária ou extraordinária, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁷⁶ preconiza:

No âmbito dos legitimados previstos no art. 5º, da LACP, e no art. 82 do CDC, no entanto, não se pode dizer que os legitimados, entes políticos, Ministério Público, órgãos estatais e associações, estejam defendendo direitos que lhes são próprios. O interesse é ideológico, no sentido da pessoa, jurídica ou formal, estar exercendo um papel de verdadeiro paladino do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio histórico etc., cuja atribuição foi conferida pela lei e, no caso das associações, também pelos respectivos estatutos.

Em sentido contrário, Hugo Nigro Mazzilli¹⁷⁷ entende haver legitimação extraordinária na Ação Civil Pública e nas ações coletivas, sob o argumento de que até mesmo nas ações civis públicas que versem a defesa de interesses difusos, o legitimado ativo não está apenas defendendo interesse próprio, mas sim está agindo no zelo de interesses compartilhados por cada um dos integrantes do grupo de indivíduos lesados. Ressalta, o autor, que esta não é a posição adotada por todos os doutrinadores, uma vez que há alguns que entendem haver legitimação ordinária (ou autônoma), quando se defende direito próprio, bem como o de terceiros lesados.

No mesmo sentido, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas sustenta haver legitimação extraordinária, nas ações intentadas pelo Ministério Público, uma entidade da Administração direta ou ainda uma associação estão indo defendê-los, não estarão, no pólo ativo da demanda,

¹⁷⁶ **Ações coletivas no direito comparado e nacional**, p. 245.

¹⁷⁷ **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, p. 59.

os verdadeiros titulares da relação jurídica material discutida, mas outras pessoas autorizadas pela lei¹⁷⁸.

No tocante à tutela de interesses individuais homogêneos, a própria lei consigna que os legitimados à ação coletiva poderão propô-la, em nome próprio e no interesse das vítimas ou de seus sucessores (art. 91 do CDC), o que confere a essa ação coletiva os contornos efetivos da legitimação extraordinária¹⁷⁹.

Cotejando-se a nossa ação civil pública e a *class action* norte-americana, primeiramente devemos dispensar um cuidado especial com relação ao momento vivido por esses institutos nos dois países.

No direito norte-americano, as ações coletivas tiveram o seu apogeu em 1950 com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, ocasião em que a Suprema Corte transformou o sistema escolar em unitário para as duas raças (brancos e negros) e como consequência deste resultado iniciou-se um ativismo judicial enorme, onde havia intervenções judiciais em várias áreas sociais.

Já no Brasil, o grande marco foi a ação civil pública, que foi promulgada em 1985, ou seja, com trinta e cinco anos de atraso em relação à *class action*. Desde, então, vê-se a crescente expansão das ações coletivas, enquanto que no sistema norte-americano vive-se uma moderação dos institutos processuais.

Em segundo lugar, comparando-se a nossa ação civil pública e a *class action* norte-americana verifica-se que duas relevantes questões imanentes a esta última não guardam perfeita correspondência com o modelo brasileiro, a saber:

(a) *justiciability*: cumprem funções semelhantes às condições da ação do direito brasileiro, e nela ao Judiciário americano é dado conhecer de todos os casos e controvérsias ligados a relações jurídicas de partes, devendo a lide fundar-se em um caso concreto; dentro da *justiciability* há outros requisitos e o mais importante dele é o de *standing* que seria

¹⁷⁸ **Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa**, p.108.

¹⁷⁹ Neste sentido: Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.113.

equivalente, nas devidas proporções, à “legitimidade” do direito brasileiro, onde o autor deve demonstrar que sofreu uma lesão e, por isso, tem interesse pessoal na resolução do conflito¹⁸⁰;

(b) a demonstração do *certification* da ação, isto é, a emissão de um ‘certificado de ordem’ de que aquela é, de fato, uma ação coletiva. Além da representatividade adequada, são requisitos da *certification*, também, a numerosidade da classe; existência de questões de fato e de direitos comuns à classe; e que os pedidos formulados sejam típicos de uma classe. Como dito anteriormente, esse juízo inicial da *certification* é chamado de *defining function*;

(c) o problema da comunicação do efeito coletivo aos integrantes da classe, mormente para o eventual exercício do direito à exclusão da eficácia da coisa julgada (*right to opt out*) que ocorre quando verificadas que as questões de direito ou de fato comum á classe predominam sobre as individuais e a *class action* for um método superior a outros de resposta judicial¹⁸¹. Ademais, no modelo brasileiro (art. 5º da Lei n. 7.347/85; art. 82 da Lei n. 8.078/90), tem-se que: (i) de um lado, os representantes agem *ex lege* e são inequívoca e taxativamente indicados no art. 82; (ii) de outra parte, no que diz respeito à extensão da eficácia negativa da sentença e respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano de ação coletiva, não virá essa afetar a esfera individual (art.103, § 1º, referente aos incisos I e II, do mesmo art. 103, inciso III).

Cite-se, ainda, que a questão do contraditório e do princípio da prévia e ampla defesa. É evidente que os princípios *audiatur et altera pars* e *res inter alios acta alii nec nocet nec prodest*, se tomados em todo o seu rigor, conduzem a um impasse quando se trate de conflitos discrepantes do clássico esquema de lides individuais.

Trata-se, então, de indicar sucedâneos, a par de conferir-se interpretação elástica aos princípios da defesa e do contraditório, adaptando-os às novas exigências. O Direito norte-americano fornece bons subsídios a esse respeito, com a disciplina das *class actions*. Nessas ações, ante a impossibilidade da presença real de todos os interessados, o enfoque é deslocado

¹⁸⁰ Carlos Alberto de Salles, *Class actions: algumas premissas para comparação*, in Revista de Processo n. 174, p. 215-236.

¹⁸¹ Não há a possibilidade de *right to opt out*, conforme a Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, quando as ações forem daquelas em que da decisão de numerosos casos individuais possam resultar decisões inconsistentes e contraditórias impostas ao demandado, nem quando haja risco de numerosas ações individuais que impeçam o atendimento de interesses individuais, tampouco quando o remédio judicial pretendido pela ação seja destinado a corrigir atos ou omissões do demandado.

para outro ponto: o que interessa é saber se aquele que se apresenta como representante (parte ideológica) do grupo ou segmento social é realmente um representante idôneo, adequado. Presente que seja esse requisito, está validamente instaurada a lide, porque tratando-se de interesses plurissubjetivos, a coincidência não pode ser buscada no binômio “titularidade do direito subjetivo – autor da ação” (como sucede nos conflitos individuais), mas deriva de outra circunstância: a presunção de que naquele representante idôneo estão subsumidas as situações subjetivas dos integrantes da *class*.

Essa interpretação especial que devem merecer esses princípios tradicionais, quando se trate de ações à finalidade coletiva, repousa em duas ordens de argumentos: em primeiro lugar, nos interesses difusos e em segundo lugar as garantias individuais do *due process of law* (especialmente as referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) hão que ser vistas sob a ótica de garantias de índole coletiva, consentâneas com a natureza e finalidade dessas novas exigências sociais. Daí porque, nessas ações, o conceito da “representação adequada” veio substituir o critério da legitimação fundada na coincidência entre titularidade do direito subjetivo material e autor da ação.

5.4.6 Comentários sobre o Projeto de Lei n. 5.139/2009 – nova lei da ação civil pública

O Projeto de Lei n. 5.139/2009 propõe adoção do sistema único coletivo, passando a lei da ação civil pública a ser uma norma disciplinadora de todo o sistema coletivo, atuando como regra geral e, salvo regras específicas em outros diplomas, como por exemplo, a ação popular, a lei de improbidade administrativa, terá aplicação ampla e de forma integradora e sistemática¹⁸².

O projeto propõe de forma ampla e clara a autonomia do direito processual coletivo com a adoção de diversos princípios, dentre eles (Art. 3º): amplo acesso à justiça e participação social; duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; isonomia, economia processual, flexibilidade procedural e máxima eficácia; tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos

¹⁸² Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, **Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações**, in Revista de Processo n. 176, p. 174-194.

materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo.

Quanto aos legitimados, o legislador pretende adotar uma ampla legitimação processual coletiva, mas exclui a presença do cidadão como legitimado. Contudo, inclui expressamente a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões; e os partidos políticos.

Observa-se, no projeto, que novamente adotou-se o critério da pertinência temática, especialmente quanto às entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, dispondo que a defesa deve ser restrita aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; bem como quanto às associações civis e as fundações de direito privado para a defesa de direitos relacionados com seus fins institucionais.

Verificamos, assim, que o Projeto de Lei novamente exige o nexo entre a finalidade/objetivos institucionais do autor da ação coletiva e o objeto da demanda (pertinência), que já havia sido adotado quando da incorporação das normas processuais de tutela coletiva no Brasil e que tentava adequar a legitimidade ativa nas ações coletivas às regras individualistas e tradicionais do processo civil brasileiro.

Permaneceremos, assim, com infundável discussão se estamos diante de caso de legitimação extraordinária ou ordinária.

5.5 Ação civil coletiva

5.5.1 Generalidades

O Código de Defesa do Consumidor, disciplinado pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, previu as ações individuais e coletivas.

A defesa coletiva (*lato sensu*) abrange a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ao estabelecer o Título “Da defesa do Consumidor em Juízo”, o Código de Defesa do Consumidor evidencia a sua preocupação em alcançar a efetiva concretização dos direitos dos consumidores, tanto em nível singular quanto coletivo.

A parte especificamente processual do Código de Defesa do Consumidor (Título III) contém quatro capítulos: o Capítulo I trata das disposições gerais (arts. 81 *ut* 90), com regras sobre a conceituação dos direitos ou interesses coletivos, com a adoção de critério tripartido sobre a classificação dos direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 81), bem como sobre legitimidade ativa no direito processual coletivo comum (art. 82); o Capítulo II trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91 *usque* 100); o Capítulo III dispõe sobre as ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços (arts. 101 e 102); e o Capítulo IV versa sobre a coisa julgada (arts. 103 e 104).

Vimos que a concepção do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor é tripartite (direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos) e se apresenta como norma de superdireito coletivo, ou seja, seu teor pode ser extraído para a tutela de todo e qualquer direito ou interesse massificado, seja relacionado ou não com as lides decorrentes das relações de consumo.

No mais, além das disposições constantes do art. 83 do CDC, que admite toda e qualquer ação para a tutela dos direitos dos consumidores, o art. 90 do mesmo Diploma estatuiu regra sobre a aplicabilidade às ações nele previstas, não só a LACP como também do CPC, naquilo que não contrariar suas disposições. Quanto ao CPC, a aplicabilidade é subsidiária, mas em relação à LACP (art. 21), a aplicabilidade é integrada.

Ressalte-se que tendo em vista que o CDC adotou o critério tripartido sobre o objeto material do processo coletivo (art. 81, parágrafo único), convém consignar que, para os direitos ou interesses coletivos ou difusos, respectivamente definidos nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC, a ação coletiva prevista segue as disposições processuais previstas na LACP, com a aplicabilidade, no que couber, das disposições constantes do Título III do CDC e do CPC. Para a ação coletiva que visa à tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos, o CDC reservou o Capítulo II do Título III, que é a denominada ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (art. 91). Portanto, para essa espécie de tutela coletiva, as disposições processuais a serem observadas estão previstas nos arts. 91 *ut 100* do CDC, com a aplicabilidade, no que couber, das disposições processuais dos outros capítulos do Título III do CDC, da LACP e do CPC.

Nosso ordenamento, que era tão ressentido diante da ausência de um instrumento processual apto a tutelar coletivamente direitos individuais, foi brindado com a então Ação Civil Coletiva.

5.5.2 Quanto ao objeto tutelado pela ação civil coletiva

A ação civil coletiva como espécie do gênero ação civil pública, é um instrumento novo de defesa dos interesses metaindividual, destinado especificamente à tutela de interesses individuais homogêneos¹⁸³, criado a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e da Lei Complementar n. 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (art.6º, inciso VII, letra *d*¹⁸⁴).

Reza o Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 e 91) que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a

¹⁸³ Segundo Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.207, essa ação tem cabimento na Justiça do Trabalho por força do que dispõe o art. 21 da Lei n. 7.347/85 (LACP) que manda aplicar a esta, subsidiariamente, as disposições do CDC (tudo porque o processo do trabalho é omissa a respeito e o art.769 da CLT autoriza o uso suplementar do direito processual comum). Exemplo: ação civil coletiva em razão de descontos ilegais nos salários dos trabalhadores.

título coletivo e que os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos sofridos. Por sua vez, o parágrafo único do art. 81 diz que a defesa coletiva do consumidor em juízo pode ser efetivada na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, criando, desta forma, a primeira *class action* brasileira¹⁸⁵.

Enquanto a ação civil pública tem caráter genérico e abstrato, na defesa de interesses difusos e coletivos, buscando o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer e uma indenização genérica pelos prejuízos causados, a ação civil coletiva tem natureza reparatória concreta, visando justamente à obtenção de reparação pelos danos sofridos individualmente pelos lesados, mediante reconhecimento genérico da obrigação de indenizar¹⁸⁶.

De acordo com o art. 95 do CDC, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. A extensão da indenização ficará para a fase de liquidação de sentença, pelos destinatário do direito ou pelos legitimados coletivos.

Entendemos, todavia, que deve ser analisado a conveniência do ingresso da ação civil coletiva, uma vez que pode ocorrer de após um longo tempo de litígio, as partes serem submetidas a uma nova demanda e liquidação de sentença, que poderá levar mais alguns anos.

5.5.3 A legitimidade ativa na ação civil coletiva

Antes de adentrarmos à análise da questão da legitimidade para propositura das ações coletivas, devemos lembrar que as ações voltadas para a defesa de direitos difusos e coletivos têm caráter preventivo, enquanto a voltada para a defesa de direitos individuais homogêneos tem normalmente escopo reparatório¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Ao Ministério Públco da União compete promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de interesses indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos, conforme estabelece o art.6º, inciso VII, letra d, da Lei Complementar n. 75/93.

¹⁸⁵ Nelson Nery Júnior, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p.124.

¹⁸⁶ Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.207.

¹⁸⁷ Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, **Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 96.

No que tange à legitimação ativa, dispõe o Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e segs., quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

(...)

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

De acordo com os arts. 129, § 1º da Constituição Federal; 5º da Lei n. 7.347/85 (LACP) e 82, inciso IV do CDC (Lei n. 8.078/90), estão legitimados para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações¹⁸⁸.

Trata-se de um rol de entidades, cuja legitimidade é concorrente, disjuntiva e exclusiva.

¹⁸⁸ Quanto às associações, no campo do Direito do Trabalho, deve-se entender como *sindicatos*.

Conforme já foi visto no Capítulo referente à Ação Civil Pública, não há correspondência entre os legitimados ativos da Lei da Ação Civil Pública (art. 5º) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 82).

Não obstante, o legislador alargou o rol previsto no art. 5º da Lei n. 7.347/85, conferindo às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Estatuto do Consumidor, a legitimidade ativa para postular judicialmente a efetiva concretização das três espécies de direito coletivo¹⁸⁹.

Essa inovação merece aplausos, não pelo fato de estender a legitimidade concorrente e disjuntiva às ações coletivas, mas também em razão da abertura de diversos órgãos destinados à defesa do consumidor, como por exemplo, o PROCON.

As associações - reunião de um número determinado/indeterminado de membros sem fins lucrativos – devem incluir entre seus fins institucionais a defesa de quaisquer direitos coletivos ou difusos, podendo-se dispensar o requisito da pré-constituição¹⁹⁰; as sociedades - reunião de um número determinado de membros com fins lucrativos -; fundações - conjunto de patrimônio destinado a uma dada finalidade -; e sindicatos - representantes do interesse de uma categoria – teve sua legitimidade para defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria outorgados pela Constituição Federal (art. 8º, III).

5.5.4 Da titularidade do legitimado ativo

¹⁸⁹ A legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos do consumidor deflui da própria Constituição que dispõe que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII).

¹⁹⁰ São hipóteses, por exemplo, os casos de calamidade pública e acidentes com grande número de vítimas.

Para responder a questão, buscou-se durante muito tempo perquirir a titularidade do direito material versado na ação coletiva¹⁹¹.

No caso de direitos difusos, os interesses são pertencentes a uma coletividade indeterminável de pessoas que, segundo o CDC, são os consumidores.

Desta forma, tendo em vista que o direito é de natureza transindividual, impossível de ser singularizado, faz-se necessária a defesa destes direitos através de algum ente ou órgão eleito pela lei para desempenhar esta função.

Partindo-se deste entendimento (de que a titularidade do direito difuso pertence à coletividade e que a legitimidade *ad causam* foi conferida a órgão ou ente específico), alguns doutrinadores defendem a tese de que se está diante do fenômeno da substituição processual, sendo que o substituto (legitimado extraordinariamente) agiria em nome próprio, pleiteando direito alheio (no caso, o do substituído, a coletividade). É o caso de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes¹⁹².

Seguindo o entendimento acima esposado, devemos tecer considerações sobre a coisa julgada, bem porque, ela se projetará além dos limites da relação processual, alcançando não tão somente os substitutos (ente ou órgão legitimado), mas também os substituídos (coletividade).

Foi por esta razão (extensão subjetiva da coisa julgada) e como demonstrado anteriormente, que o ordenamento norte-americano criou a figura da representatividade adequada¹⁹³ nas denominadas *class actions*, onde se volta à criteriosa escolha daquele que será o responsável por defender os interesses da coletividade. Neste caso, o representante atuará como substituto processual, defendendo em nome próprio, direito alheio¹⁹⁴.

¹⁹¹ Explica-nos Antonio Gidi, **Legitimidade para agir em ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 57, que a questão era mais crítica no passado (antes da LACP de 1985), havendo duas fortes correntes: a primeira preconizada por Barbosa Moreira, segundo a qual havia legitimidade extraordinária (substituição processual), a segunda defendida por Kazuo Wanatabe, que tratar-se-ia de legitimidade ordinária (através de uma interpretação aberta e flexível do art. 6º do CPC).

¹⁹² **Breves Considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC**, in Revista de Direito do Consumidor vol. 14, p. 96.

¹⁹³ Disposta na Rule § 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1923, reformada em 1966.

¹⁹⁴ Para que possamos extirpar qualquer equívoco, devemos esclarecer que “representante” (*stricto sensu*) refere-se à atuação de alguém, em nome de terceiro e não em nome próprio, diferente, portanto, do que ocorre com a substituição processual.

No que concerne ao direito coletivo (em sentido estrito), cuja característica também repousa na indivisibilidade e metaindividualidade do interesse, devemos tecer algumas considerações.

A titularidade do direito coletivo pertence a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base. O direito material tem por sujeito ativo, ainda que despersonalizado, aquele universo de pessoas, não podendo se vislumbrar a existência de direitos individuais que pertençam a seus componentes.

A figura dos interesses individuais homogêneos foi introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí não fazer a Constituição Federal alusão à ação civil coletiva, a exemplo do que dispõe sobre a ação civil pública. No entanto, essa nova figura processual encontra respaldo na norma constitucional que trata da ação civil pública como gênero, assegurando ao Ministério Público a promoção de quaisquer medidas necessárias ao exercício das suas funções institucionais e estabelecendo, por outro lado, que a legitimação do *Parquet* não impede a de terceiros, na forma do disposto na Constituição e na lei (art.129, inciso III e §1º), o que evidentemente, agasalha a ação civil coletiva criada por lei, bem como a atuação concorrente do Ministério Público e demais co-legitimados¹⁹⁵.

Para a defesa de direitos individuais homogêneos, a maioria dos doutrinadores considera hipótese clássica de legitimação extraordinária.

Em posição antagônica, Antonio Gidi - em que pese os próprios dizeres do art. 91 do CDC (“Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o dispositivo nos artigos seguintes.”), em tudo e por tudo correspondentes ao art.6º do CPC (“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”) -, entende não ser caso clássico de legitimidade extraordinária¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p.210.

¹⁹⁶ Antonio Gidi, **Legitimidade para agir em ações coletivas**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 58.

Para o autor não há qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos, pois em ambos os casos, há um titular (conjunto de vítimas, por exemplo) e um outro legitimado (LACP, art. 5º e CDC, art. 82). No mais, é regra da substituição processual e mesmo da sua própria razão de ser, suprimir a possibilidade do substituído ir a juízo, vez que já foi atingido pelos efeitos da coisa julgada, e isto não ocorre, pois as vítimas poderão propor a sua ação individual independentemente da improcedência da ação coletiva (considerando-se as próprias vítimas como titulares dos direitos individuais homogêneos), a menos que se considere como sendo uma espécie anômala de substituição, onde o substituído apenas é atingido pela coisa julgada da sentença favorável (art. 103, §§ 2º e 3º do CDC).

Quanto ao mesmo art. 91 do CDC, Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser¹⁹⁷ entende que:

A legitimação deste dispositivo refere-se à ação coletiva de responsabilidade civil, por danos individualmente sofridos, mas tão somente nas hipóteses de danos individuais considerados homogeneous (artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor). Assim, a legitimação, in casu, também é autônoma para a condução do processo, conforme já analisado.

O direito individual sempre pode, e continua podendo ser exercido individualmente pelo próprio titular (o que não ocorre com os direitos difusos e coletivos) e, neste caso, nos defrontaremos com a hipótese de legitimidade ativa ordinária. Não obstante, os direitos individuais homogêneos só poderão ser tutelados pelos co-legitimados previstos no art. 82 do CDC¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. Esta é a posição majoritária da doutrina.

Em casos específicos de ação coletiva destinada à busca de indenizações pelos danos causados individualmente aos trabalhadores, tal remédio é mais adequado e vocacionado à atuação sindical, que já defende os interesses dos trabalhadores nesse campo por meio da substituição processual²⁰⁰.

¹⁹⁷ **Ações Coletivas e Direitos Difusos**, p. 67.

¹⁹⁸ Isto é uma diferença da *class action* do direito norte-americano, que permite seja intentada por um único indivíduo titular do direito material.

¹⁹⁹ Ressalvado o direito do particular aderir como litisconcorde nos termos do art. 94 do CDC.

²⁰⁰ Trata-se de uma substituição processual reconhecida explicitamente pela lei, já que aquela substituição tradicional, de caráter individual, equivocadamente embasada no art. 6º do CPC, não tem aplicação no

Atualmente, a questão sobre a que título se dá a proteção jurisdicional aos direitos superindividuais, vem perdendo espaço, sendo introduzida a teoria de Nelson Nery Júnior, segundo a qual há uma “legitimação autônoma para a condução do processo”²⁰¹, uma vez que, não se utiliza o critério da titularidade do direito material invocado, mas na possibilidade de o autor coletivo se tornar o adequado portador dos interesses superindividuais.

No tocante ao rol dos legitimados, o sistema brasileiro não admite a propositura da ação coletiva por intermédio de qualquer membro da coletividade, não cabendo ao juiz senão analisar se o autor encontra ou não sua legitimidade prevista no ordenamento jurídico (art. 6º do CPC)²⁰².

Antonio Gidi²⁰³ escrevendo sobre o tema, entende tratar-se de uma legitimidade exclusiva porque somente aquelas entidades taxativamente previstas em lei (art. 5º, da LACP e art. 82 do CDC, v.g.) poderão propor uma ação coletiva. As pessoas físicas e as demais pessoas jurídicas, portanto, não terão legitimidade para propor uma ação coletiva, exceto nos estritos casos de ação popular (art. 5º, LXXIII CF) em que somente a pessoa física no gozo de seus direitos políticos tem legitimidade.

Não obstante a legitimidade seja concorrente e disjuntiva, não se afigura contraditório afirmar que os entes do art. 82 do CDC são concorrentes e exclusivos legitimados para a ação coletiva.

Interessante e fundamental ressaltar da previsão expressa do art. 94 do CDC que dispõe que “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla

processo do trabalho. Acrescente-se, ainda, que a legitimação extraordinária dos sindicatos é extraída da Constituição Federal (art. 8º, III) e do texto da Lei n. 8.073/90 que regulamentou referido dispositivo constitucional com a redação: “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria” (Raimundo Simão de Melo, **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**, p. 212 e 219).

²⁰¹ É o chamado *selbständige Prozessführungsbefugnis*, ou seja, é instituto do direito alemão destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material (**Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p.125).

²⁰² Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, **Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC**, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, p. 98.

²⁰³ **Legitimidade para agir em ações coletivas**, p. 54.

divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. Não se trata de qualquer daquelas hipóteses de litisconsórcio previsto nos arts. 46 e ss. do CPC, mas de uma figura especial de litisconsórcio, que mais se aproxima da assistência litisconsorcial, uma vez que esses interessados não teriam legitimidade para figurar no pólo ativo.

Não haverá litispêndência entre a ação coletiva e a ação individual nos termos do art. 104 do CDC.

CONCLUSÃO

1. O objeto de nosso estudo é o direito processual coletivo comum brasileiro, que se destina à resolução das lides coletivas, no qual se reúnem as regras específicas para a tutela coletiva, como de regras e princípios genéricos que lhes são aplicáveis.

2. O Código de Defesa do Consumidor trouxe a divisão precisa e conceituada dos diferentes interesses, ultrapassando a clássica dicotomia “público e privado”, para incorporar também os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, proclamados no art. 81 e incisos do CDC.

3. Identifica-se uma ação coletiva por seu objeto, ou seja, o pedido que abarcará um dos três interesses: difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

4. Os princípios regedores da matéria são os constitucionais fundamentais, os constitucionais processuais e os específicos do direito processual coletivo comum brasileiro, dentre os quais se destacam o “princípio da presunção de legitimidade ‘ad causam’ ativa pela afirmação do direito” (art. 127, *caput* c.c. art. 1º, IV da LACP); o “princípio da não taxatividade da ação coletiva” (art. 5º, XXXV e 129, III CF c.c. art. 1º, IV da LACP) e o “princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum”, admitindo-se todos as espécies de provimentos para tutelar o direito coletivo.

5. O direito de ação tem assento constitucional (art. 5º, XXXV) e se trata de um direito absolutamente abstrato, que se contrapõe ao direito processual de ação, dividido em pressupostos processuais e condições da ação (arts. 4º, 6º, 267, VI e 301, X do CPC). São condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte e o interesse de agir.

6. A legitimidade nos direitos puramente individuais caracteriza-se pela tradicional exigência de que o interesse de agir seja pessoal e direto com relação a *ei qui agit*, e, bem assim, que derive da coincidência entre titularidade da pretensão de Direito material e a pessoa que a pretende fazer mediante o exercício do direito de ação. Bem por isso, o direito de ação é específico e bastante condicionado.

7. A legitimidade nos interesses metaindividuais tem proteção constitucional (art. 5º, XXI, LXX e LXXIII; art. 8º, III, art. 103, 129, III, IV e V e § 1º e art. 232) e infraconstitucional, no Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 e 82) que traz vigamentos

para a tutela coletiva e na Lei da Ação Civil Pública, que traz o modelo para as ações coletivas em geral.

8. A legitimidade não pode ser encontrada a partir da titularidade do direito, mas na idoneidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente.

9. Diante dessa coincidência entre o titular do direito material e o titular do pólo ativo da ação presente nas lides individuais, divide-se a legitimação em ordinária e extraordinária. Todavia, busca-se a adaptação da referida classificação aos interesses metaindividuais.

10. Para aqueles que entendem tratar-se de legitimação ordinária, esta se daria em razão do legitimado ativo atuar em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo.

11. A legitimação extraordinária se daria, sempre por expressa previsão legal, quando o legitimado age em nome próprio para a tutela de interesses que são de terceiros. É o entendimento que prevalece nos tribunais.

12. Segundo nova corrente, apregoada por Nelson Nery Júnior, a entidade legitimada por lei a defender direito não individual (difuso ou coletivo), não agirá na defesa de direito alheio porque não se pode identificar o titular. É a chamada legitimação autônoma para a condução do processo.

13. O legislador brasileiro optou pelo modelo de legitimidade concorrente, disjuntiva e exclusiva, adotando o caráter de legitimação objetiva, ou seja, por intermédio de quesitos.

14. A ação popular é um instrumento (ação) de dignidade constitucional, de dupla natureza jurídica: direito constitucional político de participação direta na fiscalização e de garantia constitucional de agir no exercício deste direito político. É prevista no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e regulada pela Lei n. 4.717/65. Tem como objeto anular ato lesivo ao

patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

15. Critica-se a legitimidade outorgada somente ao cidadão no gozo de seus direitos políticos (eleitor), bem como o fato de constar somente ele (cidadão) como legitimado. Entendemos ser possível o ingresso por qualquer pessoa para a proteção do meio ambiente, já que a Constituição Federal assegura que “todos” tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Sugerimos a mudança para que qualquer pessoa possa tutelar os bens objeto da ação popular, suprimindo-se o critério “eleitor”, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil.

16. Quanto ao título a que é exercida, tendo em vista o que dispõe o art. 6º do CPC, entendemos tratar-se de legitimação ordinária. Não obstante, a tese da legitimação autônoma para a condução do processo mostrar-se mais adequada.

17. O mandado de segurança coletivo tem como base o mandado de segurança individual, disposto no art. 5º, LXIX, para a proteção de direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, podendo ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação constituída a mais de um ano para a defesa dos interesses de seus membros ou associados.

18. A doutrina diverge quanto ao objeto a ser tutelado. Entendemos ser possível a tutela de qualquer interesse, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo.

19. Quanto ao título a que é exercido entendemos ser: a) para interesses difusos com pertinência temática, legitimação ordinária; sem pertinência temática, caso de substituição processual (legitimidade extraordinária); b) para interesses coletivos com pertinência temática, legitimação ordinária; sem pertinência temática, caso de substituição processual (legitimidade extraordinária); c) para interesses individuais homogêneos (súmula 630 STF) com pertinência temática, substituição processual; sem pertinência temática,

dependendo de autorização nos termos do art. 5º, XXI da CF. Atentando-se que em todos os casos de substituição processual aplica-se a súmula 629 do STF (independe de autorização).

20. A ação civil pública foi criada em 1985, pela Lei n. 7.347 para a defesa coletiva do consumidor e outros bens tuteláveis, enquadrados nas categorias de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (com caráter social).

21. A legitimidade ativa está prevista no art. 5º da Lei n. 7.347/85, tratando-se de uma legitimação autônoma para a condução do processo.

22. A ação civil coletiva criada pelo CDC destina-se unicamente à defesa do consumidor, vítimas ou sucessores (e não de outros bens tuteláveis) e é adequada para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum, inclusive em matéria tributária.

23. Há completa interação entre o CDC e a LACP, formando um microssistema de normas gerais e principiológicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC) aplicado a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas.

24. Aplicam-se, no que couberem, as regras constantes do CPC, exigindo-se para tanto, que não haja violação das disposições ou valores principiológicos próprios e específicos do direito processual coletivo comum.

25. Tendo em vista a necessária adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, bem como o direito ao acesso a justiça adequadamente organizada, no sentido da preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos, concluímos ser necessária uma “adaptação criativa” do arsenal processual existente aos interesses metaindividuais, na qual se conjugue a adaptação dos recursos existentes na ciência processual com a criação (quando a adaptação não for possível ou eficaz) dos institutos e categorias necessários à tutela desses interesses. Não é demasiado

lembrar que a ciência não dá saltos, mas avança apoiando-se sobre as bases conquistadas precedentemente.

25 BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Rafael Pinheiro. **Por uma legitimação individual nas ações coletivas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=349>. Acesso em: 28 março 2011.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública** : doutrina e jurisprudência. 2^a edição, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Ação Civil Pública em matéria tributária – reflexões sobre a posição do STF.** In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, n.º 3, ano I, abr./jun, Brasília: ESMPU, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação).** São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda. **Apontamentos sobre as ações coletivas.** In: Revista de Processo, n. 75, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 19, Julho/Setembro de 1994. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09.** In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, n. 392, ano 58, junho. Sapucaia do Sul/RS : Notadez, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra. **Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo.** In: Revista dos Tribunais (RT) vol. 895, ano 99, maio de 2010, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo (CF/88, art. 5º, LXX).** In: Revista de Processo n. 88, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 22, Outubro/Dezembro de 1997, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança.** São Paulo : Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo.** São Paulo : Saraiva, 1992.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil** / Piero Calamandrei: - Traduzido por Douglas Dias Gerreira. – 2ª ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009.** In: Revista de Processo n. 178, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 34, Dezembro de 2009, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 2002, v.II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de Segurança coletivo: legitimação ativa.** São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 12ª edição. São Paulo : Atlas, 2000.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1995.

FERNANDES, Sergio Ricardo de Arruda. **Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no CDC.** In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Publicação do

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Abril/Junho de 1995, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Objeto.** In: Revista de Processo n. 57, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 15, Janeiro/Março de 1990. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública.** In: Revista de Processo n. 165, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 33, Novembro de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GIDI, Antonio. **Legitimidade para agir em ações coletivas.** In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Publicação do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Abril/Junho de 1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **O problema da natureza jurídica da lesividade na ação popular.** In: Revista de Processo n. 170, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 34, Abril de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. **Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas.** In: Revista de Processo n. 163, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 33, Setembro de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações.** In: Revista de Processo n. 176, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 34, Outubro de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JUNIOR, Sidney. **Comentários à nova lei do mandado de segurança: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Ações Coletivas e Direitos Difusos.** Campinas/SP: Apta Edições, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 4^a ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir.** 5^a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, 16^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**, 20^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 33^a edição, atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo : Malheiros Editores, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. In: Coleção Temas atuais do direito processual civil, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil. A legitimação ordinária do autor popular**. In: Revista dos Tribunais (RT) vol. 618, ano 76, abril de 1987, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 5^a ed., rev. ampl. e atual. com a EC n. 19/98. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. In: Revista de Processo n. 61, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 16, Janeiro/Março de 1991, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro**. In: Temas de Direito Processual: terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: Temas de Direito Processual: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo : Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. **O processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. In: Revista de Processo n. 61, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 16, Janeiro/Março de 1991. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante** : atualizado até 07 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo : Quartier Latin, 2007.

PERRINI, Raquel Fernandes. **A ação popular como instrumento de defesa ambiental**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 11, Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 3, abril/junho de 1995, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça coletiva: legitimidade ativa e pertinência temática**. In: Revista de Processo n. 167, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 34, Janeiro de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. **Class actions: algumas premissas para comparação**. In: Revista de Processo n. 174, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 34, Agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; ROSA, Marcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha; KÜMPEL, Vitor Frederico [coordenação Damásio de Jesus]. **Estatuto do idoso anotado: Lei n. 10.741/03: aspectos civis e administrativos**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Partes e legitimidade nas ações coletivas**. In Revista de Processo n. 180, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ano 35, Fevereiro de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. 22.^a ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1 / Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini [coordenação Luiz Rodrigues Wambier] 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22^a ed., rev. e atual, nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

(SEM AUTOR) **Interesses Difusos e Coletivos**: curso de adaptação do 80º Concurso de Ingresso à Carreira do Ministério Público, 2º módulo. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

VIERA, Fernando Grella. **A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público**. In: Revista *Justitia*, vol. 161, ano 55, Janeiro/Março, São Paulo: Publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, 1993.

WALD, Arnold. **A nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009)**. In: Revista dos Tribunais (RT) vol. 894, ano 99, abril de 2010, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.