

DISSERTAÇÃO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* (Mestrado)

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direito Processual Civil: constitucionalização e
tendências atuais do Processo Civil contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues

TÍTULO: A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DA COISA JULGADA NO MANDADO DE
SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELAS ASSOCIAÇÕES CIVIS PARA
DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito Processual
Civil. Banca examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues (UFES)

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge (UFES)

Prof. Dra. Carolina Bonadiman Esteves (FDV)

Autor: Claudio Ferreira Ferraz

Vitória, 01 de abril de 2013.

RESUMO: O presente estudo objetiva identificar os limites subjetivos da coisa julgada da sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado por associação civil. Procurou-se primeiramente descrever a natureza jurídica e as razões da legitimidade conferida às associações civis para propositura de ações coletivas, passando-se, em seguida, a análise das fontes do mandado de segurança coletivo, incluindo regras legais e princípios. Também foram analisadas as características do mandado de segurança coletivo, com fins de evitar-se confusão entre ele e um *writ* individual. Após, foi sugerida a correta interpretação do artigo 22, da Lei nº 12.016/09, utilizando-se diversos métodos de hermenêutica jurídica, finalizando-se com a análise da jurisprudência relacionada ao assunto e opinião sobre a tendência do posicionamento dos tribunais superiores sobre a matéria. Concluiu-se no estudo que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações civis produz efeitos erga omnes, para atingir todos os membros do grupo prejudicado pelo ato coator, independentemente de sua qualidade de associado.

Palavras-Chaves: Associações Civis – Mandado de Segurança Coletivo – Limites Subjetivos da Coisa Julgada.

ABSTRACT: This study aims to identify the subjective limits of res judicata on the judgment of collective writ of mandamus filed by civil association. It was first described the legal nature and the reasons of the legitimacy conferred to civil associations for bringing collective actions, going up to the analysis of the sources of collective writ of mandamus, including legal rules and principles. We also analyzed the characteristics of the collective writ of mandamus, for purposes of avoiding confusion between it and an individual writ. After it, we suggested the correct interpretation of Article 22 of Law No. 12.016/09, using various methods of legal interpretation, ending with the analysis of the case law relating to the topic and opinion on the trend of the superior courts on matter. It was concluded in the study that the res judicata in collective writ of mandamus filed by civil associations produce *erga omnes* effects, to reach all members of the harmed class, regardless of membership.

Key Words: Civil Associations – Collective Writ of mandamus – Subjective Limits of *res judicata*.

SUMÁRIO

1.	Introdução (Apresentação do tema e sua importância)	5
2.	A legitimação extraordinária das associações civis e seu funcionamento como <i>private attorney general</i>	16
2.1.	Importância e objetivo do capítulo	16
2.2.	O surgimento da tutela coletiva e a escolha brasileira dos legitimados coletivos. Breve histórico	16
2.3.	Associações civis como <i>private attorney general</i>	28
2.4.	Síntese do capítulo	33
3.	Fontes do Mandado de Segurança Coletivo	35
3.1.	Importância o objetivo do capítulo	35
3.2.	Constituição da República	35
3.3.	Lei nº 12.019/2009	38
3.4.	Microsistema de Tutela Coletiva	39
3.5.	Princípios da Tutela Coletiva	43
3.5.1.	Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional Coletiva	46
3.5.2.	Princípio do Amplo Acesso à Justiça	48
3.5.3.	Princípio da Indivisibilidade da Tutela Coletiva e Princípio da Isonomia	51
3.5.4.	Reflexos da Aplicação dos Princípios na Pacificação Social e na Economia Processual	52
3.6.	Síntese do capítulo	55
4.	O Mandado de Segurança impetrado pelas associações civis no interesse de seus associados pode ser ação coletiva ou ação individual em litisconsórcio multitudinário	56
4.1.	Importância e objetivo do capítulo	56
4.2.	O juízo de identificação do mandado de segurança coletivo	57

4.3.	Representação de Associados e Substituição Processual de Grupo ou Categoria Econômica pelas Associações	70
4.4.	Mandados de segurança individual e coletivo	77
4.5.	Síntese do capítulo	80
5.	A correta interpretação do artigo 22, da Lei nº 12.016/09. Eficácia <i>erga omnes</i> da coisa julgada no mandado de segurança impetrado pelas associações	81
5.1.	Objetivo do capítulo	81
5.2.	Interpretação literal	82
5.3.	Interpretação histórica	88
5.4.	Interpretação sistemática	90
5.5.	Interpretação teleológica	94
5.6.	Interpretação conforme a Constituição	96
5.7.	Síntese do capítulo	98
6.	Tendência jurisprudencial	99
6.1.	Objetivo do capítulo	99
6.2.	A interpretação da eficácia da coisa julgada no Mandado de Injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	99
6.3.	A natureza jurídica da legitimidade das associações segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em uma interpretação “conforme a Constituição”	105
6.4.	Impacto da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores na interpretação do <i>caput</i> , do artigo 22, da Lei nº 12.019/09	116
6.5.	Síntese do capítulo	119
7.	Conclusões	120
8.	Referências	122

1. INTRODUÇÃO (Apresentação do tema e sua importância)

O Mandado de Segurança é instituto tradicional no ordenamento jurídico brasileiro, inserido por meio da Constituição de 1934¹ e que, antes da Constituição de 1988, vinha sendo regulamentado na legislação infraconstitucional pela Lei nº 1.533, de 21 de Dezembro de 1951.

O referido diploma regulamentou somente o mandado de segurança individual, sendo que a espécie coletiva do *writ* surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988², que a expressamente previu no inciso LXX, de seu artigo 5^o³.

Não obstante a falta de regulamentação infraconstitucional do instituto, havia possibilidade de manejo do mandado de segurança para tutela de direitos coletivos em razão da autoaplicabilidade do citado dispositivo constitucional⁴, utilizando-se, subsidiariamente, o procedimento previsto na Lei 1.533/51.

Contudo, a utilização adaptada do procedimento do mandado de segurança individual vinha causando problemas em relação a alguns institutos cuja natureza coletiva reclamavam regulamentação específica⁵.

¹ Conf. FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro 2010, p. 131.

² *Ibidem*, p. 131.

³ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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.”

⁴ Conf. §1º, LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição da República, que confere aplicação imediata às normas referentes a direitos e garantias fundamentais.

⁵ “O caráter individualista que permeava a Lei n. 1.533/1951, revelava-se deficiente à regulação para dar conta de todas as particularidades inerentes a uma ação coletiva, tais como a legitimação ativa, os objetos tuteláveis e os efeitos da coisa julgada. Impunha-se, aplicar, então, subsidiariamente ao Mandado de Segurança coletivo a disciplina das ações civis públicas e ações coletivas em geral (em especial, a lei da Ação Civil Pública, e as regras do Código do Consumidor acerca do processo coletivo). Por esta razão, tornou-se extremamente importante o exercício exegético desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de conferir segurança e operacionalidade ao Mandado de Segurança coletivo, enquanto o mesmo não fosse regulamentado, tendo em vista o seu enquadramento no importante microsistema de tutela coletiva.” (FUX, Luiz, *Op. Cit.*, p. 133).

Para resolver esses problemas, a doutrina sugeriu a utilização das regras existentes no microsistema de tutela coletiva⁶, o que acabou sendo adotado pela jurisprudência⁷.

De qualquer forma, manteve-se a necessidade de regulamentação específica do *writ* coletivo, o que somente veio a ocorrer em 2009, quando finalmente foi promulgada a Lei nº 12.016/09, originária de um projeto de lei que já se arrastava no Congresso Nacional desde 2006⁸.

Na nova lei do mandado de segurança, o legislador procurou disciplinar a espécie coletiva em apenas dois artigos (artigos 21 e 22), que abordam somente as questões concernentes à legitimidade, aos limites subjetivos da coisa julgada e da litispendência entre o *writ* individual e o coletivo, deixando de regulamentar diversos outros temas⁹ que continuaram a demandar utilização subsidiária das regras existentes no microsistema de tutela coletiva.

A disciplina do mandado de segurança coletivo, além de ter decepcionado pela singeleza e pouca amplitude, não recebeu uma redação clara. Os enunciados normativos contidos nos artigos 21 e 22 da Lei nº 12.016/09 são confusos e, em alguns aspectos, deixam margem para mais de uma interpretação, fato que provocou dissenso na doutrina e novos problemas em relação à sua aplicação.

Um dos problemas provocados pela má redação da lei diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações civis. Neste ponto, a interpretação da lei dividiu a doutrina.

⁶ Sobre microsistema de tutela coletiva conf. capítulo 3.3.

⁷ Por todos os julgados, confira o seguinte paradigma: STJ, Primeira Turma, REsp 510.150/MA, relator Min. Luiz Fux, julgado em 17/02/2004 e publicado no DJ de 29/03/2004, p. 173.

⁸ Conf. capítulo 3.2.

⁹ “É preciso definir qual é a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A Lei n. 12.016/2009 nada disse a respeito deste tema. A ausência de regramento pode ser constatada após confrontarmos o texto do art. 22 com o texto do inciso II do art. 103 do CDC, que cuida do regime da coisa julgada para os processos em que se discute direito coletivo (que também pode ser objeto de um mandado de segurança coletivo).” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes, *O mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/09*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre, p. 32, disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/revistas/revista10/omandadodeseguranca.pdf>).

No que interessa às associações civis¹⁰, o *caput* do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, diz que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por 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, sendo que o *caput* do artigo 22 estabelece que no mandado de segurança coletivo a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo substituído pela associação impetrante.

O conteúdo normativo do *caput* do artigo 21 estabelece requisitos para que uma associação civil possa propor mandado de segurança coletivo, substituindo processualmente os membros do grupo cujo direito líquido e certo esteja sendo ou esteja em vias de ser violado (no caso de *writ* de natureza preventiva), ilegalmente ou com abuso de poder, por autoridade pública¹¹. São, para a maioria da doutrina, requisitos de legitimação. Contudo, existe doutrina que sustenta que a norma exprime regras de capacidade processual¹², que devem ser preenchidas pela parte antes mesmo da ocorrência da situação jurídica litigiosa (*ope legis*), e não de legitimidade, que somente

¹⁰ Neste trabalho, procuraremos não utilizar termos como “entidades associativas” ou outro qualquer que possa ser entendido como um termo genérico para designar as espécies associações e sindicatos. A distinção entre sindicato e associação é fundamental para o resultado da pesquisa, pois para cada um deles podem incidir regras próprias que não devem ser aplicadas para ambos, como, por exemplo, as derivadas do inciso III, do artigo 8º, da Constituição da República, aplicáveis somente aos sindicatos. Assim, utilizaremos os termos específicos “sindicato”, para as entidades de representação da toda categoria profissional, constituídas na forma dos artigos 511 a 513, da CLT e com a missão estabelecida no artigo 8º, III, da Constituição Federal e o termo “associação civil”, para as entidades constituídas na forma do artigo 53, do Código Civil, que poderá, inclusive, ser uma associação de caráter profissional, que se diferencia do sindicato pelo fato de representar ordinariamente apenas os interesses de seus associados, e não de toda a categoria. O citados artigos de lei dizem que: “Art. 51. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”. “Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas”. Amauri Mascaro Nascimento (*Compêndio de Direito Sindical*. Editora LTr, 5ª ed. p. 294/5), distingue os sindicatos das associações profissionais porque estas não representam a categoria, mas apenas os associados, não podendo assinar acordos e convenções coletivas de trabalho, eleger representante da categoria ou mesmo impor contribuição sindical. Aliás, as regras existentes no microsistema de tutela coletiva mencionam expressamente sindicatos e associações, diferenciando-as corretamente no texto legal.

¹¹ A regra do cabimento do mandado de segurança vale tanto para a espécie individual, quanto para a coletiva, estando prevista no artigo art. 1º, da Lei nº 12.016/09, que diz: “Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

¹² Tempo mínimo de constituição, finalidade temática e dispensa de autorização especial para a impetração do *writ*.

pode ser verificada no processo (*ope judicis*), com a análise dessa situação discutida no processo¹³.

Já o artigo 22 estabelece os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

A redação de ambos os dispositivos merece críticas e a sua interpretação não é tão simples quanto possa parecer à primeira vista. A leitura conjugada é traiçoeira e pode facilmente levar a equívocos gravíssimos, especialmente em relação aos limites subjetivos da coisa julgada nos mandados de segurança coletivos impetrados pelas associações civis.

Neste ponto, existem duas interpretações possíveis, que dividem a doutrina.

A primeira delas é a de que a sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações civis produz coisa julgada *erga omnes*, atingindo indiscriminadamente todos os membros do grupo de pessoas prejudicados pela situação litigiosa discutida em juízo.

Em outro caminho, os dispositivos também podem ser interpretados no sentido de que tal decisão somente faz coisa julgada em relação aos membros da associação civil impetrante.

¹³ Como se sabe, a legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial. A legitimidade é uma capacidade que se atribui a um sujeito de direito tendo em vista a relação que ele mantém com o objeto litigioso do processo (a situação jurídica afirmada na demanda). Para que se saiba se a parte é legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do processo, a situação concretamente deduzida pela demanda. Não se pode examinar a legitimidade *a priori*, independentemente da situação concreta que foi submetida ao Judiciário. Não existe parte *em tese* legítima; a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário. Esta construção nova auxilia a resolver dois problemas sempre presentes na disciplina do processo coletivo: a) o confronto entre as correntes da legitimação autônoma para a condução do processo (*Prozessführungsrecht*) e da legitimação por substituição processual; b) a dissociação entre os momentos *ope legis* e *ope judicis*, para controle da adequada representação. Assim, o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nele afirmada, ou seja, *ope judicis*. A norma constitucional, na verdade, atribui capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*). (DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, volume 4, Salvador, Editora Jus Podivm, 6ª edição, 2011, p. 222)

A primeira interpretação foi logo adotada por parcela da doutrina especializada em ações coletivas, que pensou ser tal interpretação tão óbvia e intuitiva, que sequer cogitou em outra¹⁴. Nesse raciocínio, leva-se em consideração a premissa de que o objeto do mandado de segurança coletivo é um direito coletivo *lato sensu*, que deve ser tutelado integral e coletivamente, não cabendo fracionamento para tutela apenas dos associados. Além disso, o artigo 22 fala expressamente em “membros do grupo substituído”, em momento algum limitando os efeitos da coisa julgada aos associados.

Além disso, ao dispensar autorização especial para impetração do *writ*, o *caput* do artigo 21 prestigia o entendimento de que, nos mandados de segurança coletivos, assim como em qualquer ação coletiva, a legitimidade é ampla para defesa de todas as pessoas atingidas pela situação litigiosa discutida em juízo, e não somente dos associados.

Contudo, surpreendentemente logo surgiram na doutrina vozes respeitadas que sustentaram que no mandado de segurança proposto por associações, a coisa julgada da sentença produzirá efeitos tão somente em relação aos associados. Deu margem a esse entendimento restritivo o fato do *caput* do artigo 21 mencionar que o *writ* coletivo somente poderá ser proposto pela associação quando “em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados”, bem como o fato do artigo 22 utilizar o termo “limitadamente” ao se referir sobre a coisa julgada da sentença, o que causou uma certa confusão. Afinal, a hermenêutica jurídica clássica ensina que a lei não contém palavras inúteis¹⁵ (*verba cum effectu sunt accipienda*), devendo ser presumido que estas se revestem de algum sentido e eficácia. Portanto, interpretando literalmente o dispositivo, indagou-se a razão pela qual o artigo 22 utilizaria a expressão “limitadamente” se não tivesse a intenção de limitar, de alguma forma, os efeitos da sentença.

¹⁴ Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. ao escreverem sobre a matéria, tratam a questão com muita naturalidade e sequer cogitam que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo poderia não atingir pessoas em situação idêntica aos associados pelo fato delas não estarem formalmente ligadas a associação impetrante: “O *caput* do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 cuida dos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo: ‘No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante’. O texto normativo não é uma inovação: limita-se a afirmar que a coisa julgada vincula o grupo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança. Nada demais, portanto.” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; Op. Cit.)

¹⁵ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262.

Com essa interpretação, a doutrina de ARRUDA ALVIM:

Se se imagina a hipótese de um mandado de segurança impetrado por uma associação, tem-se o seguinte quadro: [...]; do pólo ativo, estão sujeitos à eficácia os associados – e dessa são os beneficiários porque o Mandado de Segurança Coletivo foi concedido –, por causa do vínculo com a associação, ou seja, são os seus membros e associados. [...]. A eficácia da decisão e sua coisa julgada, pois, atingem a pessoa jurídica de direito público e, de outra parte, se direcionam beneficentemente – como no caso de mandado de segurança coletivo concedido – para os membros da associação. A finalidade colimada e obtida neste mandado de segurança coletivo foi, precisamente, a proteção dos membros e associados. É por isso que são os associados ou membros os beneficiários dos efeitos da decisão e da coisa julgada, [...]. Por isso é que se afirma, com inteiro acerto, que quando uma associação atua em relação àqueles pelos quais essa atuação é realizada, são esses os beneficiários dos efeitos favoráveis, que resultem protegidos pela coisa julgada. Na hipótese aqui cogitada – mandado de segurança coletivo impetrado com fulcro no artigo 5º, LXX, ‘b’ –, é o próprio texto constitucional (artigo 5º, LXX, letra ‘b’) que estabelece aqueles que são beneficiários do atuar da associação (entidade de classe ou organização sindical), ou seja, essa age ‘em defesa dos interesses de seus membros ou associados’. (ALVIM, Arruda. *A abrangência da coisa julgada no mandado coletivo impetrado com fulcro na alínea ‘b’, LXX, artigo 5º da CF*, In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. 1ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. , p. 147-148).

No mesmo sentido, TEORI ZAVASCKI sustenta que:

Referindo-se especificamente ao mandado de segurança coletivo, o art. 22 da Lei 12.016/2009 estabelece que ‘(...) a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Essa norma tem sentido duplo: (a) o de limitar a eficácia subjetiva (ao universo dos membros da entidade impetrante) e (b) o de vincular aos seus efeitos esses membros, substituídos no processo.’ (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direito Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 207).

Esse também é o entendimento da maioria dos administrativistas, a exemplo de Hely Lopes Meireles e Sérgio Ferraz. Confira-se:

“Assim, por ex., sendo o *writ* ajuizado por sindicato, não só seus associados mas toda a categoria econômica ou operária por ele tutelada são atingidos pelos efeitos da coisa julgada. Por isso, a decisão concessiva da segurança, aqui, terá cunho declaratório amplo, normativo mesmo, e beneficiará toda a gama de componentes do universo que o sindicato, por força legal, tutela, e não apenas seus efetivos associados. Diversamente, contudo, ocorrerá se o remédio coletivo tiver sido ajuizado por outras modalidades de entidades, de representatividade estrita: aqui, só os reais associados serão beneficiados”. (FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança individual e coletivo – aspectos polêmicos*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996).

O entendimento é o mesmo para muitos constitucionalistas de escol, a exemplo de Alexandre Moraes, para quem:

“De acordo com a doutrina consolidada: A situação individual de cada um deverá ser analisada no momento de execução da sentença, devendo a autoridade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, exigir que cada beneficiário comprove pertencer à entidade beneficiária, bem como que se encontra na situação fática descrita no mandado de segurança coletivo. (Moraes, 2001:170) Vale ressaltar a observação de Sidou (1998:263): A sentença firme, concedendo a garantia, reveste a condição de coisa julgada material, e beneficia todos os componentes da entidade postulante; mas a sentença denegatória passada em julgado gera apenas, como em todo mandado de segurança, a coisa julgada formal, e não exclui a possibilidade de qualquer deles pleitear individualmente mandado de segurança; a menos que, ostensivamente, haja assumido a condição de litisconsorte.” (MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 23ª Ed., 2008, p. 162.)

Apesar da redação inadequada dos citados dispositivos realmente dar margem a dúvidas e a interpretações conflitantes, pensamos que a melhor interpretação é a que confere eficácia *erga omnes* a sentença proferida em *writ* coletivo impetrado pelas

associações, não obstante respeitarmos a posição e reconhecermos a importância dos doutrinadores que defendem uma limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada.

O mandado de segurança coletivo – não obstante ainda seguir o mesmo rito do mandado de segurança individual, que está enraizado em nossa cultura jurídica por meio de uma legislação antiga e elaborada em época de convicções jurídicas, políticas e filosóficas muito diferentes da que vivemos atualmente – é, acima de tudo, uma ação coletiva, e como tal deve ser pensada.

O objetivo do presente trabalho é sustentar adequadamente essa posição, identificando a natureza jurídica da coisa julgada da sentença proferida em mandado de segurança coletivo e a melhor interpretação dos artigos 21 e 22, da Lei do Mandado de Segurança, em confronto com as normas encontradas no microsistema de tutela coletiva e na Constituição da República. Na tarefa, utilizaremos todos os métodos de hermenêutica jurídica clássica, analisando o texto legal em seus elementos literal, histórico, teleológico e sistemático, e, por fim, numa interpretação conforme à Constituição, para chegarmos à melhor conclusão.

Preocupa-nos na pesquisa, em maior grau, a extensão da coisa julgada em processos que tiverem por objeto direitos individuais homogêneos (previstos no inciso II, do PU, do artigo 21, da Lei nº 12.016/09), pois o efeito *erga omnes* produzido por sentença proferida em processos que tenham por objeto direitos coletivos *stricto sensu* e difusos¹⁶ é inerente à própria natureza indivisível destes direitos e, por esta razão, na prática, tais efeitos não sofrerão limitação.

De qualquer forma, as respostas obtidas valerão tanto para os direitos individuais homogêneos, quanto para os direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, o que é algo relevante, já que, nesses últimos, caso adotado um entendimento restritivo, uma pessoa

¹⁶ Não obstante a Lei do Mandado de Segurança não mencionar expressamente os direitos difusos como tuteláveis via mandado de segurança, a doutrina entende também ser cabível a proteção dos mesmos através do writ coletivo. Conf. ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*, série processo coletivo, comparado e internacional, coordenação: Antonio Gidi, Salvador, Editora Jus Podivm, 2013, p. 95-100).

que não seja associada poderá ser atingida pelos efeitos da sentença, mas não pela eficácia da coisa julgada¹⁷.

Na investigação do tema procuramos perquirir o verdadeiro papel das associações como legitimado coletivo, bem como percorrer todas as principais fontes do mandado de segurança coletivo, desde as suas regras básicas, passando pelos seus princípios e objetivos mais caros, até as normas contidas na Constituição.

O tema é de elevada importância. Em período que se discute a conveniência de aprovação de um novo Código de Processo Civil, o Poder Judiciário Brasileiro ainda discute¹⁸ soluções para problemas crônicos na prestação jurisdicional, acreditando que alterações na lei processual possam trazer melhorias no que se refere ao descongestionamento das cortes brasileiras, propiciar ao jurisdicionado uma duração razoável do processo, assim como ampliar o acesso à justiça.

¹⁷ Não obstante os termos “eficácia” e “efeitos” serem utilizados indiscriminadamente pela doutrina e pela jurisprudência, a diferenciação entre ambos é importante porque sofrer os efeitos significa ser atingido, remetendo-se, contudo, a um aspecto exterior. Já ser atingido pela eficácia significa sofrer os efeitos do conteúdo interno da sentença, com todas as consequências jurídicas dela decorrentes. No ponto, a lição de Barbosa Moreira: “A cada elemento (eficácia) corresponderá um (ou mais) efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embuir no conteúdo da sentença aquilo que ela projeta no mundo exterior.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença variações sobre o tema. AJURIS, Porto Alegre, nº 35, p. 204-212, 1985)

¹⁸No mês de agosto de 2012 foi publicado na página do Superior Tribunal de Justiça na internet a seguinte notícia¹⁸: “**INSTITUCIONAL. Ministros alertam deputados: sem tratar de causas coletivas, novo CPC não resolverá lentidão judicial.** Em reunião com deputados relatores do projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC), 20 dos 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicaram os pontos que consideram críticos do texto em tramitação na Câmara dos Deputados. Um dos principais alertas foi em relação à expectativa de que o NCPC venha a ser um instrumento de agilização processual, que não seria realista. Não acredito que a simples mudança na lei processual possa representar uma mudança significativa em termos de duração do processo. O que precisa ocorrer é uma redução no número de litígios, criar mecanismos judiciais que tornem desnecessário repetir tantas vezes o mesmo julgamento. Isso sim reduz o tempo da prestação jurisdicional e inibe a judicialização demasiada que ocorre hoje”, alertou o ministro Teori Zavascki. **Autoridade dos julgados.** Zavascki também apontou que a oportunidade de elaborar um código legal é rara, já que essas normas são feitas para durar e dar novos caminhos para o futuro. Segundo o ministro, o texto, até o momento, preocupa-se mais em consolidar do que em renovar o sistema. ‘O projeto atende em parte a essa necessidade de redução dos litígios, mas nós podemos avançar mais. Tivemos hoje aqui várias ideias nesse sentido, de prestar mais autoridade às decisões já tomadas e inibir o aparecimento de novas ações’, avaliou. ‘Não dá para pensar em processo atualmente sem considerar as ações coletivas’, concluiu. **Ações coletivas.** A preocupação com os processos de massa também foi tratada pelo ministro Sidnei Beneti. Ele apontou que uma questão sobre planos econômicos soma milhares de ações individuais e centenas de coletivas. Para o ministro, é preciso avançar para procedimentos que inibam o ingresso de outras ações individuais ou coletivas sobre os mesmos temas e que formem teses em tribunais superiores de forma rápida, definitiva e por salto. Segundo Beneti, é necessário ‘desjudicializar’ processos como execução e vincular de forma capilar a administração pública às decisões jurisprudenciais, de modo a evitar, também, a dispersão jurisprudencial. Para ele, ao evitar abordar as ações repetitivas, o texto do NCPC corre o risco de não dar celeridade aos procedimentos nem limpar a massa de lides ‘a varejo.’” (http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106724).

Nesse quadro, o processo coletivo, nele inserido o mandado de segurança coletivo, se torna peça fundamental, já que tem como uma de suas principais aspirações a diminuição do número de litígios individuais.

Não obstante a sua importância, algumas questões ligadas à tutela coletiva continuam a ser tratadas de forma tormentosa no dia a dia forense. Não obstante o alerta dos autores que se dedicam à tutela coletiva, temas como “legitimidade” e “eficácia subjetiva da coisa julgada” ainda são mal analisadas, com interpretações influenciadas pelos ranços da teoria geral do processo individual, o que certamente dificulta uma harmonização do entendimento dos institutos do processo coletivo.

Não foram raras as oportunidades em que a doutrina especializada chamou a atenção para o fato de que ao processo coletivo devem ser aplicados princípios jurídicos próprios¹⁹, de modo a possibilitar a formação de um verdadeiro instrumento de tutela dos direitos de massa, levando em conta a especialidade desses “novos direitos” e também o escopo político, social e econômico do seu aparecimento.

O presente estudo é relevante porque pretende responder a uma questão fundamental para a funcionalidade do sistema de tutela coletiva, qual seja a da eficácia subjetiva da coisa julgada nos mandados de segurança impetrados pelas associações civis. Tal questão deve ser respondida com total desapego aos dogmas da tutela

¹⁹ Conf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11951>>. Acesso em: 16 mar. 2012. “Em nossa dissertação de mestrado, defendida em junho de 2000 e depois publicada (2003), sustentamos que o direito processual coletivo é, no Brasil, um novo ramo do direito processual. É um novo ramo do direito processual que surgiu a partir da CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos. ‘(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutela, no ‘plano abstrato’, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no ‘plano concreto’, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social.” Conf. tb. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107: “Não se trata – ressalte-se – de indevidamente supervalorizar o escopo jurídico do processo em detrimento dos demais, mas sim de redimensioná-lo, compreendendo que o processo não pode ser idealizado ou desenvolvido mediante uma perspectiva puramente técnica. Mais que isto, a própria técnica deve tomar em conta as peculiaridades do direito material objeto de tutela, operando uma verdadeira mitigação entre o os escopos políticos, sociais e econômicos, inseridos na aspiração jurídica do sistema processual coletivo.”

individual, o que, aliás, deve ocorrer com todos os institutos do direito coletivo, mormente o mais famoso e heroico que é o mandado de segurança, sob pena de fracasso da tutela de massa neste país, que, de outra forma, se tonará ineficiente e incapaz de alcançar suas aspirações.

2. A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS E SEU FUNCIONAMENTO COMO *PRIVATE ATTORNEY GENERAL*

2.1. Importância e objetivo do capítulo.

Para efeito de tutela coletiva, as associações civis não devem ser enxergadas como meras representantes dos interesses de seus associados. Essa visão estreita não se coaduna com as escolhas feitas pelo legislador brasileiro em relação aos legitimados coletivos, muito menos com a importância com a qual o legislador constituinte tratou as associações na Constituição da República, erigindo-as ao *status* de representantes da sociedade na missão de promover a defesa coletiva via mandado de segurança.

Para entender essa concepção se faz necessário um breve passeio pela história²⁰ do surgimento da tutela de massa no mundo e do modelo de tutela coletiva adotado no Brasil, comparando-o com outros modelos adotados em diferentes países.

O presente capítulo objetiva despir o leitor de todo e qualquer preconceito²¹ contra as associações, como entidades privadas que são, passando a encará-las, na tutela coletiva, como verdadeiras protetoras da coletividade. Abandonemos, portanto, a visão individualista que resulta na dificuldade de se encontrar no interesse coletivo a motivação de uma entidade particular.

2.2. O surgimento da tutela coletiva e a escolha brasileira dos legitimados coletivos. Breve histórico.

²⁰ “As mutações que a ciência jurídica vem sofrendo, através da verificação de novos ramos e novas tendências, são diretamente proporcionais à evolução da sociedade, Isso faz com que seja impossível compreender o direito sem análise de elementos históricos.” (MAZZEI, Rodrigo. *Ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. Org. DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2009, P. 374).

²¹ “A ideologia, aliás, constituiu integrantes essencial da pesquisa ora empreendida, permeando-a e a direcionando no sentido de um inegável e necessário pragmatismo. De fato, antes e para além da necessidade da relativização ou do abandono de diversos dogmas inscritos em nossa cultura jurídica, da descoberta de novos princípios que se revelem adequados à tutela jurisdicional coletivamente considerada, exigem-se preparo, aptidão e interesse do jurista para lidar com as notáveis perspectivas abertas pela implementação de um sistema normativo que se predispõe a distribuir a justiça em dimensões consentâneas à intenção da afirmação do Estado Democrático de Direito, (...). (...) muitas das perplexidades apontadas, em larga escala, derivam de uma sentida resistência quanto a se considerar o modelo processual coletivo efetivamente diferente (qualitativa e quantitativamente) insistindo-se na estéril tentativa de simplesmente se transpor ao referido sistema de proteção dos direitos meta-individuais as mesmas premissas nas quais se funda o sistema processual de tutela dos direitos individuais.” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19 e 20)

A ascensão dos ideais cartesiano²² e iluminista, que precederam a independência dos Estados Unidos e a revolução francesa, trouxe o indivíduo para o centro do universo, elevando-o a categoria de titular do poder soberano. Essa valorização do indivíduo — agora considerado ser com autonomia de espírito, liberdade de razão e exercício da vontade — é característica marcante na transição da idade média à modernidade, tornando possível a sua afirmação como valor.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais do que qualquer outra carta política, parte da concepção liberal-individualista de que o indivíduo isolado é o fundamento da sociedade e proclama direitos pertencentes aos indivíduos considerados singularmente²³. O texto da declaração exalta que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”. A associação política tem como principal finalidade assegurar o bem maior da liberdade, passando a lei a ser considerada como “expressão da vontade geral”²⁴.

Com a instalação dessa filosofia liberal individualista²⁵, rompeu-se de vez qualquer resquício de coesão e de homogeneidade social²⁶ outrora presente no medievo²⁷, abandonando-se a ideia de homem social desde as origens.

²² Conf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 286.

²³ “Para formação dessa concepção (segundo a qual o indivíduo isolado, independentemente de todos os outros, embora juntamente com todos os outros mas cada um por si, é o fundamento da sociedade, em oposição à ideia, que atravessou séculos, do homem como animal político e, como tal, social desde as origens), haviam contribuído quer a ideia de um estado de natureza, tal como esse fora reconstruído por Hobbes e Rousseau, ou seja, como estado pré-social; quer a construção artificial do *homo oeconomicus*, realizada pelos primeiros economistas; que tem a ideia cristã do indivíduo como pessoa moral, que tem valor em si mesmo enquanto criatura de Deus.” (BOBBIO, Norberto, “A Era dos Direitos”, Editora Campus, 17ª edição, p. 90).

²⁴ Neste aspecto, destaca-se a definição de liberdade tomada por Kant numa passagem de sua obra *Paz Perpétua*: “A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento”, bem como a definição de Rousseau, para quem liberdade jurídica é a “obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos.” (Contrato Social).

²⁵ Conf. GARCIA, Claudia Amorim e COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo. *Psyche* (Sao Paulo), jun. 2004, vol.8, no.13, p.125-140.

²⁶ Conf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001, p. 39.

²⁷ “Claro está que nos referimos a indissociação entre os membros da comunidade, não ao estado de evolução política, queremos dizer, não havia preocupação com a representação dos indivíduos (conceito ainda juridicamente desconhecido naquela época), apenas uma unidade de fins e interesses decorrente da coexistência em comunidade. Essas afirmações podem ser identificadas, entre outros, nos trabalhos de Yaezell e Maitland como refere a seguinte passagem: “O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e unitária (de certa forma, um indivíduo), fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros. A coesão do grupo medieval era observada pela proximidade geográfica de seus integrantes, pela homogeneidade social, econômica e cultural entre seus membros e pelo compartilhar dos

A entrada da humanidade na era moderna e a concepção individualista do mundo também produziram profundos reflexos no Direito. Um desses reflexos refere-se a noção de titularidade do “direito de ação”, que passou a ser tratado como uma propriedade do indivíduo titular do direito subjetivo²⁸. Segundo o pensamento contratualista que inspirou a Revolução Francesa, são os indivíduos os portadores de direitos, e, conseqüentemente, titulares de eventual ação que visa perseguir tais direitos. Ocorreu, portanto, uma ruptura do ponto de vista tradicional do Direito²⁹.

Em termos de procedimentos judiciais, em contraste com o informalismo característico da era medieval, após a revolução francesa os procedimentos foram inteiramente burocratizados, com rígida observância de aspectos formais (formalismo processual), inclusive no que diz respeito à legitimidade para figurar nas demandas. Assim, somente o indivíduo poderia perseguir um direito que, segundo a filosofia liberal instalada, era sua propriedade privada.

Foi neste contexto político-filosófico que foi desenvolvida a teoria da ação, onde, dividindo-se a relação jurídica processual em dois planos – material e processual – ocorreu uma grande valorização das formas e pressupostos processuais. Tal fato importou em um enrijecimento dos procedimentos e impediu qualquer forma de flexibilização da legitimidade de agir, limitando-a aos sujeitos de direito (“proprietários” do direito), partícipes da relação jurídica de direito material discutida em juízo.

O processo era tratado como de iniciativa exclusiva das partes ou do titular do direito, com exceção dos casos onde tradicionalmente o interesse público primário³⁰

mesmos valores. Diz-se mesmo que a vida em comunidade era uma característica do medievo”. (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 26 APUD DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr, Hermes. *Op. Cit.*, p. 204)

²⁸ *Ibidem*, p. 205.

²⁹ “O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação de obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não de direitos.” (BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 100 e 101).

³⁰ Sobre o conceito de interesse público primário e sua distinção em relação ao interesse público secundário conf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo:

impunha que o Estado conduzisse o processo³¹. Nesse período, a divisão público e privado nunca esteve tão nítida, criando-se um abismo entre os direitos privados que poderiam ser perseguidos pelos indivíduos, enquanto seus titulares, e a atuação do Estado. Na doutrina de CAPPELLETTI:

*Tertium non datur*³²! Entre ‘público’ e ‘privado’ há um profundo abismo, uma *mighty cleavage*, como foi dito por um notável jurista inglês (T. E. Holland). Entre os dois termos da *summa divisio*, não se vêem pontos de ligação: a dicotomia parece ter caráter exclusivo, como ou *aut aut* que não admite pluralismo. (CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 133).

A difusão mundial dos efeitos da revolução industrial iniciada na Inglaterra no século XIX trouxe para a civilização complexos mecanismos de produção em massa e uma imensa variedade de relações econômicas, causando abrupta transformação social.

As mudanças no perfil da sociedade tornaram a filosofia liberal burguesa inadequada para atendimento dos anseios de grande parte da população, que passou, desde então, a exigir do Estado uma mudança em sua postura passiva para uma atitude

Forense Universitária, 2009 e o conteúdo do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº. 1.153.079/GO.

³¹Segundo a lição de Mauro Cappelletti: “Tradicionalmente, ainda que talvez nem sempre compensatoriamente o problema da legitimação de agir no processo civil é resolvido com base na simples divisão entre aquilo que é ‘público’ e aquilo que é ‘privado’, onde por público (*de populus*) se entende aquilo que é reservado ao povo ou ao Estado (*res publica*) enquanto por privado se entende aquilo que pertence á livre disponibilidade do indivíduo que dele é titular. Estamos habituados a raciocinar, à grosso modo, nos seguintes termos: a) O processo civil envolve, de regra, situações privatistas, individualistas; pois bem, parte legitimada ou justa parte será, por isso, o sujeito privado que é (ou afirma ser) titular (ou legítimo representante do titular) da situação jurídica deduzida em Juízo. b) Ao contrário, o processo penal envolve o interesse público, ou seja, do Estado; pois bem, a parte legitimada a agir será uma parte pública, representante, para isso, dos interesses do Estado. Realmente, nos países de influência francesa, esta parte pública será normalmente o Ministério Público (...).” (CAPPELLETTI, Mauro. “Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil”, Revista de Processo, nº. 5, RT, Ano II, janeiro-março de 1977, p. 132); Também sobre o tema, a doutrina de Luiz Roberto Barroso: “... o denominado estado liberal exibia funções reduzidas, confinadas a segurança, justiça e serviços essenciais. No modelo liberal clássico, o Estado tinha três papéis a cumprir, consoante página clássica de Adam Smith (The nature and causes of wealth of nations – The Works of Adam Smith, vol. IV, Londres, 1811, p. 42): 1º) O dever de proteger a sociedade da violência e da invasão de outros Estados; 2º) o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; 3º) o dever de realizar obras públicas e realizar certos serviços públicos que são economicamente desinteressantes para os particulares. Sobre o tema v. também Alberto Venâncio Filho, A intervenção do Estado no domínio econômico, 1968.”(www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_servidoes_mineroduto.pdf)

³² A expressão *tertium non datur* representa a lei do terceiro excluído. É um princípio cujo enunciado consiste no seguinte: "ou A é x ou não é x e não há terceira possibilidade". Exemplo: *Ou este homem é Sócrates ou não é Sócrates*. Uma proposição só pode ser verdadeira se não for falsa e só pode ser falsa se não for verdadeira, porque o terceiro valor é excluído. Ao utilizá-la, Cappelletti enfatiza a impossibilidade de um meio termo entre o que era público e o que era privado.

de busca da efetivação dos direitos dos cidadãos. Enxergou-se no Estado não apenas a finalidade de garantir a liberdade, mas a de propiciar a igualdade material dos membros da sociedade³³, ao menos no que se refere às necessidades básicas e direitos fundamentais³⁴. Do ponto de vista axiológico, o homem tornou-se valor-fonte do ordenamento jurídico³⁵ e a preocupação com a dignidade da pessoa humana passou a nortear as ações do Estado³⁶.

De outra banda, a variedade de relações econômicas e sociais surgidas com a revolução industrial causaram alteração também no perfil dos conflitos encontrados da sociedade, que também se tornaram massificados³⁷.

³³ “Se a época do Estado Liberal pregava-se o menor intervencionismo possível como forma de proporcionar o máximo de liberdade de individual (ideologia do *laissez-faire*), do Estado Social exige-se uma postura diferenciada, eminentemente ativa, como único meio de viabilizar a distribuição da justiça social.” (VENTURI, Elton, Op. Cit. p. 100).

³⁴ “A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Revista Magister, Porto Alegre, n.30, mai./jun. 2009).

³⁵ “Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana segundo a qual o Homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e a promoção de sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. (...). Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade. (Sarmiento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003, pp. 59-60).

³⁶ “Em pleno limiar do século XXI, vivenciamos realidades sensivelmente diferenciadas daquelas observadas no Estado Liberal. As transformações não foram poucas, nem superficiais, sendo destacável a valorização da solidariedade e do coletivismo, através dos quais passou-se a almejar não propriamente a libertação do indivíduo, mas sim a afirmação da dignidade da pessoa humana. (...) De fato, a passagem da sociedade liberal para a sociedade solidária relacionou-se com a percepção de que a consecução do ideal libertário só pode ser realisticamente almejada sob uma perspectiva coletiva, uma vez que nenhum indivíduo pode ser considerado verdadeiramente livre se assim não for qualificado o grupo social no qual ele está inserido.” (VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 29).

³⁷ “Não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (podemos usar a ambiciosa palavra: civilização) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões, etc.). Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a ‘Justiça’ – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais frequente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘violações de massa’. Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses

Essa mudança, aliada à alteração no modo de se encarar a finalidade do Estado, criou ambiente para o surgimento do que se convencionou chamar “novos direitos”³⁸. Na realidade, tais direitos sempre existiram, mas não conseguiam ser enxergados porque pertenciam a toda a coletividade, ou seja, não possuíam um titular individualmente definido (não podendo ser perseguido pelo direito privado), nem eram alvo de preocupação da tutela do Estado, pois numa visão de um Estado “passivo”, a efetivação de tais direitos não refletia interesse público primário. O meio ambiente protegido, “o direito à saúde e à segurança social, o direito de não ser esmagado por um caótico desenvolvimento urbano, por uma enganosa publicação comercial, por fraude financeira, bancária, alimentar, ou por discriminações sociais, religiosas ou raciais”³⁹, passaram a ser encarados como “direitos difusos”, pertencentes a toda a coletividade e, sendo assim, merecedor da proteção do Estado “ativo” em razão do interesse público na sua tutela.

Com o surgimento da preocupação do Estado em concretizar os direitos sociais e coletivos — objeto de interesses privados, tendo em vista os indivíduos singularmente considerados, e, ao mesmo tempo, de interesse público, porque afetam toda a coletividade — percebe-se a superação da tradicional divisão entre direito público e privado. Essa nova realidade exigiu o aperfeiçoamento de instrumentos jurídicos adequados à proteção desses novos direitos, já que o tradicional processo individual se mostrava ineficiente à sua tutela⁴⁰.

de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais.” (CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit. p. 130).

³⁸ “(...) resta claro que, no quadro destes novos, gigantescos fenômenos sociais, tão fascinantes quanto perigosos, se não estiverem tempestivamente dominados pelo homem, o Direito, instrumento de ordenamento da sociedade, deverá assumir tarefa e dimensões até então ignoradas. Atividades e relações se referem sempre mais frequentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualista-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos.” (Ibidem, p. 131).

³⁹ Ibidem, p. 131.

⁴⁰ “Junto a essa transformação, de uma postura individualista e técnica para uma postura totalizante no tratamento dos conflitos, aparece a *suma divisio* existente entre direito público e privado como elemento relativizado, pois tende o direito a publicização assente a preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana, da cidadania e dos direitos sociais e coletivos; e superada a idéia (pelo menos quanto à ciência jurídica) do Estado *laissez faire, laissez passer*, que tudo permitia, afastando-se a concepção liberal fundada na autonomia ‘absoluta’ da vontade. É necessário, portanto, ‘superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo’, atuando-se para obter a relativização da ‘oposição entre o interesse individual privado e o interesse público.’ Isso ocorre principalmente porque a ‘tradicional dicotomia *público-privado*’ não subsiste às realidades de uma ‘sociedade de massa’, que, por suas relações, provoca situações de litígio ou litiosidade de massa’, forçando o ‘alargamento e inovação de novos instrumentos,

Entre os diversos aspectos do processo individual que mereciam uma nova roupagem⁴¹ para se adequar a tutela de direitos coletivos, a legitimidade para agir logo surgiu como ponto de preocupação, especialmente porque, não havendo nesses novos direitos uma nítida distinção entre o público e o privado, inviável a utilização do critério distintivo que sempre vinha sendo sugerido para definir questões relacionadas a legitimidade (ora atribuindo-a aos órgãos do Estado, ora aos indivíduos privados)⁴².

Diversos modelos foram adotados pelos mais diferentes ordenamentos jurídicos. Alguns optaram por legitimar indivíduo diretamente interessado, como foi o caso do modelo das *class actions*, instituído pelo direito estadunidense. Outros adotaram a legitimação do Estado, muitos deles representados em concreto pelo Ministério Público, como ocorreu em diversos países da Europa, tais como Bélgica, França e Itália⁴³, e outros ainda optaram por criar organismos especializados na tutela de certos direitos coletivos, como foi, por exemplo, o caso da Suécia na criação do *ombudsman*, em 1970, para defesa dos direitos dos consumidores, da Inglaterra, em 1973, com a instituição do *Director-General of Fair Trading*, que combatia os monopólios comerciais lesivos aos interesses públicos, e de Ghana, em 1974, com a criação do *Environmental Protection Council*.

Alguns países legitimaram, em hipóteses específicas, as associações civis a propor ações para tutela de direitos coletivos, como foi o caso de uma lei emendada em 1965, na Alemanha Federal, que legitima associações de consumidores a demandarem judicialmente contra atividades de concorrência desleal, e da Lei *Royer*, na França (Lei nº 73.1193, de 27.12.73), que também legitimou associações a propor ações coletiva sob supervisão do *parquet* mesmo que não tenham sofrido dano direto⁴⁴. Tratou-se de

novos conceitos e novas estruturas' para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações e direitos." (DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr, Hermes. Op. Cit., p. 33).

⁴¹ "Por um primeiro ângulo (de natureza instrumental), a configuração da sociedade que surgiu no mutante século XX demonstrou que o direito processual anteriormente idealizado clamava por ajustes, diante dos novos quadros que foram aparecendo. A verificação de que havia uma classe de direitos tidos como coletivos acabou demonstrando que aquela tutela individual desenhada pelo legislador não seria apta para atender aos anseios do direito de massa. Foi necessário não só rearticular conceitos e posturas pretéritas, mas também criar novas soluções e vias alternativas, ainda que abrindo mão de dogmas." (MAZZEI, Rodrigo Reis, Op. Cit., pp. 374-375).

⁴² Conf. CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 132.

⁴³ Ibidem, p. 139.

⁴⁴ Ibidem, p. 144 e 146.

verdadeira legitimação extraordinária das associações, já que as referidas leis as autorizavam a demandarem, em nome próprio, substituindo as partes diretamente atingidas. Portanto, as ações visavam à proteção de direito alheio, inexistindo discussão de direito próprio da associação, nem de direito dos associados singularmente considerados.

No que diz respeito às associações civis, cabe aqui um registro para situá-las dentro do contexto histórico, do ponto de vista político e social, em que se desenvolveu as ações coletivas. Com a transformação social causada pelo aparecimento de uma sofisticada rede de relações econômicas decorrente da revolução industrial e seus sistemas de produção em massa⁴⁵, o indivíduo sentiu a necessidade de se unir e se organizar por meio de associações (de todos os tipos, inclusive burguesas e de capital) e sindicatos⁴⁶, em um processo de reagrupamento⁴⁷ praticamente desaparecido⁴⁸ na idade moderna. Portanto, a comunhão de interesses e necessidades específicas dentro de grupos inseridos dentro de uma sociedade diversificada fizeram com que o associativismo proliferasse a partir da segunda metade do século XX⁴⁹⁻⁵⁰. As

⁴⁵ “Nesse caminho evolutivo, destaca-se a constatação de que o indivíduo deve ser visto como célula da sociedade e que seus interesses muitas vezes estão agrupados e são semelhantes aos outros indivíduos. Forma-se, pois, o conceito de sociedade de massa, com nova perspectiva da realidade jurídica, através da criação de direitos associativos e de classes.” (MAZZEI, Rodrigo Reis, Op. Cit., p. 374).

⁴⁶ Anota Ada Pellegrini Grinover: “Esse estado de coisas alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit.).

⁴⁷ Cappelletti, citando Bobbio e Max Rehinstein, anota que: “Era preciso superar, entretanto, a profunda aversão da sociedade liberal e burguesa, erigida na grande revolução Francesa, contra cada forma de *corps intermédiaires*, uma aversão lembrada ainda ontem por Norberto Bobbio e justificada pelo fato de que, sob o *ancien régime*, as formações sociais intermediárias tinham constituído a estrutura portadora do feudalismo, conforme expresso, com grande força, por Max Rehinstein: ‘Com o iluminismo do século XVIII, a visão individualista da sociedade começou a prevalecer. A nação deveria ser *une et indivisible*. O Estado era, enfim, claramente concebido como composto de cidadãos, enquanto os grupos intermediários foram varridos; a mesma municipalidade transformou-se em mera subdivisão do governo estatal. Apenas um grupo intermediário entre o Estado e os cidadãos foi deixado intacto: a família.’” (CAPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 148).

⁴⁸ “É manifesto que as demandas reais da sociedade pluralista de massas deste século têm lançado por terra, mesmo no âmbito dos regimes capitalistas, alguns dogmas fundamentais do primitivo individual-liberalismo burguês, entre eles, particularmente, a aversão dos revolucionários do século XVIII às formações sociais intermediárias, que então se pretendeu proscrever, como intoleráveis resíduos do feudalismo.” (trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS nº 20.936-4/DF, pelo plenário do STF, em 08 de novembro de 1989).

⁴⁹ “O início do superamento da aversão contra os corpos intermediários se tem já no século em curso, especialmente com o reforço do movimento sindical operário. O indivíduo isolado tenta uma vez unir-se – desta vez para ‘romper a cadeia’ de sua debilidade diante do poder industrial. (...). Mas foi somente em tempo mais recentes que novas ‘sociedades intermediárias’ começaram a emergir e a proliferar. Novos grupos, novas categorias e classes individuais sabedoras de sua comunhão de interesses e necessidade, também do fato que somente unindo-se podiam superar sua debilidade, começaram a unir-se, para

associações, surgidas entre o setor público e o privado, passaram a compor camada da sociedade conhecida como “grupos intermediários”, formando a essência da sociedade civil⁵¹.

O surgimento do associativismo estabelece um ponto de coincidência com o aparecimento dos novos direitos, também situado no “limbo” entre o público e o

protegerem-se contra os novos despotismos de nossa época: a tirania da maioria.” (CAPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 148).

⁵⁰ Nos Estados Unidos da América, no período posterior a queda da bolsa de valores de Nova York em 1929, o país se afundou em grave depressão econômica, o que causou uma diminuição drástica no número de empregos, na queda dos salários e na piora das condições de trabalho. A partir desse período, os movimentos sociais surgiram com força visando garantir condições mínimas de trabalho, conforme pode ser conferido no seguinte trecho da obra *Supreme Power*, do historiador norte-americano Jeff Shesol: “More than 12 million, a quarter of the labor force were unemployed. Thousands of immigrants, finding America something less than a land of opportunity, returned to their countries of origin. Or they went elsewhere: in 1931, more than 100,000 Americans applied for jobs in the Soviet Union. For Americans lucky enough to keep their jobs, hours were fewer and wages lower. Income were down even more sharply in rural America, where prices for farm products, low for years, had finally collapsed, fueling foreclosures, delinquencies on farm debts, and increasing unrest. (...) The spear was the Constitutions’, but the battle was the lord’s: as radical and reform movements sprang up to combat the injustices of the industrial era, conservative judges saw themselves as fighting a holy war against what the historian Charles Beard called the ‘oncoming hosts of communism and anarchy.’ The liberties they defended were, in the admiring words of the English jurist Henry Maine, a ‘bulwark of American individualism against democratic impatience and socialistic fantasy.’ Justice Holmes, who deplored moral certitude in any sphere, most of the law, led the counterreaction on the Court. In a 1921 dissent, he scoffed at the ‘delusive exactness’ of the majority’s application of the due process clause, adding: ‘There is nothing that I more deprecate than the use of the Fourteenth Amendment beyond the absolute compulsion of its words to prevent the making of social experiments that an important part of the community desires, in the insulated chambers afforded by several states, even though the experiments may seem futile or even noxious to me and those whose judgment I most respect’.”

⁵¹ “Nessa concepção da sociedade civil, as associações civis teriam um papel importantíssimo. Além de estimular o convívio democrático entre os indivíduos, aplainando posições divergentes dentro de certos grupos sociais, seriam as estruturas responsáveis pela geração de um ambiente social de solidariedade e confiança mútua. As associações seriam espaços de cooperação, educação cívica e de interação entre iguais. Essas “escolas de tolerância social” introjetariam em seus participantes normas e valores solidários de conduta que se expandiriam para todas as outras instituições políticas e econômicas, como os governos e as empresas. O paraíso dessa visão é um mercado funcionando em um ambiente previsível e um Estado gerencial eficiente e racional, que alocaria de forma neutra os recursos públicos em políticas racionais e eficientes. Uma das mais influentes tentativas recentes de resgate e estruturação do conceito de sociedade civil para a teoria política contemporânea, realizada por Jean Cohen e Andrew Arato (2000), também não consegue se desvincular dessa visão compartimentada de uma sociedade civil em oposição ao Estado e ao mercado, que atribui certos valores a cada uma dessas esferas. Encontramos nessas construções teóricas poucos elementos de uma teoria crítica, emancipadora e participativa da democracia e da sociedade. Para esses autores (Cohen & Arato, 2000, p.8), a sociedade civil seria uma esfera de interação social entre a economia e o Estado, composta antes de tudo por uma esfera íntima (em especial a família), a esfera das associações (em especial as associações voluntárias), os movimentos sociais e as formas de comunicação pública. O papel político da sociedade civil não estaria relacionado diretamente com o controle ou com a conquista do poder, mas com a geração de influência mediante a atividade das associações democráticas e a discussão não restrita na esfera pública cultural. O papel político da sociedade civil seria difuso e ineficaz (Cohen & Arato, 2000, p.9). O conceito elaborado avança no sentido de especificar os componentes da sociedade civil (famílias, associações, movimentos sociais), avançando na inclusão do elemento “formas de comunicação pública” a partir da contribuição teórica de Jürgen Habermas, em especial da sua teoria da ação comunicativa. (GANANÇA, Alexandre Ciconello, “Associativismo no Brasil”, dissertação apresentada à UnB para obtenção de seu título de Mestre em Ciência Política); Conf. tb. COHEN, Jean e ARATO, Andrew, 2000, p. 8 e 9)

privado, o que poderia até indicar as associações como legitimados ideais para tutela de direitos coletivos. A experiência trazida pelo direito comparado e a doutrina, contudo, não indica o associativismo puro⁵² como modelo ideal de condução das ações coletivas.

O resultado de estudos comparativos realizados na década de setenta, quando juristas de diversos países se reuniram para discutir os problemas do Poder Judiciário no chamado “Projeto Florença”⁵³ — coordenado por Mauro Cappelletti e que contou com estudos em direito, sociologia, administração e psicologia, realizados por pesquisadores de diversos continentes com fins de análise e ampliação das formas de Acesso à Justiça — sugere um modelo de legitimação que mistura diferentes sistemas, de modo a privilegiar órgãos públicos e privados na missão de defender os direitos e interesses coletivos, com a intenção de torná-la a mais ampla e efetiva possível.

Enxergou-se que a mistura de legitimados de diversas naturezas e com diferentes vocações ajudaria na identificação da violação de direitos e no despertar do interesse na tutela coletiva, o que hoje se confirma sendo corretíssimo, já que a casuística revelou hipóteses nas quais determinado ente legitimado pode identificar a violação mais facilmente que outros, ou mesmo ter interesse de ajuizar a ação quando outros não agem da mesma forma.

Por opção legislativa no Brasil a legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas foi atribuída a entidades públicas e privadas, como se a sociedade, por meio do legislativo, tivesse pré-estabelecido um rol de entidades consideradas adequadas a representar o interesse da coletividade em Juízo⁵⁴.

⁵² Refiro-me, aqui, a legitimação exclusiva das associações para a tutela coletiva.

⁵³“O Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, foi o primeiro projeto institucional que concentrou esforços no estudo e reflexão da situação do Poder Judiciário no mundo, seus principais problemas e obstáculos e as possíveis alternativas encontradas a esses problemas. A metodologia adotada, a partir da troca de experiências dos Estados participantes, permitiu aos Estados conhecer os problemas enfrentados por seus vizinhos e os fracassos e sucessos das alternativas utilizadas em sua superação. No Brasil, parte do relatório foi publicada pela Editora Safe, de Porto Alegre, em 1988, com o título Acesso à Justiça e tornou-se referência obrigatória para todos os estudantes do tema no Brasil. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988)”. In ANONNI, Danielle, *O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

⁵⁴ “Após a experiência da representação individual de direitos difusos ou coletivos em juízo, veiculada via ação popular, por opção legislativa transferiu-se a responsabilidade do ajuizamento de ações coletivas para entidades públicas e privadas, às quais se passou a imputar uma espécie de presunção de representatividade adequada dos interesses da coletividade (VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 172).

Neste ponto é clara a influência na legislação brasileira da doutrina desenvolvida na Itália na década de setenta⁵⁵, quando foram analisados sistemas de tutela coletiva adotados em diversos países, concluindo-se que um sistema de legitimação híbrido (mista entre entes públicos e privados) e plúrimo (concorrente entre vários entes), que privilegia a legitimidade de diversos segmentos da sociedade seria o modelo ideal para a tutela coletiva de direitos⁵⁶.

Com grande sensibilidade a doutrina concluiu que, no caso das ações coletivas, o interesse público e o privado deveriam trabalhar juntos para impulsionar o sistema⁵⁷. Neste caso, a dicotomia interesse público-privado não seria empecilho⁵⁸. Ao contrário, lhe garantiria o efetivo funcionamento, de forma harmônica e supletiva.

⁵⁵ “O modelo brasileiro é uma solução que pode ser enquadrada como mista seguindo aquelas categorias por Cappelletti. Sua estrutura possui elementos de um modelo governamental, no qual uma entidade estatal responde pelas funções de defesa dos bens coletivos, mas possui, também um viés associativo ou organizacional, permitindo que organizações não governamentais, na forma de associações civis, patrocinem em juízo a defesa daqueles interesses.” (SALLES, Carlos Alberto de. *A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados*. In: Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003 p. 134).

⁵⁶ “Delineia-se, assim, aquilo que a pesquisa comparativa parece indicar como o mais eficaz meio de solução do nosso problema: soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica de novos, emergentes e vitais interesses coletivos. Tais composições e soluções consistem, essencialmente, no juntar e integrar a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados.” (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 143).

⁵⁷ “22. *A lesson of pluralism*. Having arrived at the end of this research, there is a final question that I wish to pose. Is there any lesson to be learned from the comparative effort of a world-wide team of National Reporters and other experts who have provided the basis for this general report? The answer, I believe, is that the lesson to be found is *one of pluralism*. The needs of our time are so complex and demanding that it would be foolish to rely upon any one single governmental institution to satisfy them. The state itself, let alone one of its institutions, is unable to meet all those needs. Nor can they be met by a proliferation of governmental agencies or departments within or without the *Ministère public’s* office or its analogues. Exclusive reliance on the private initiative of individuals, however, would be foolish as well. The “ideological plaintiff” is, in many cases, more an ideal than a reality, albeit an ideal that ought to be encouraged. Undoubtedly, too many gaps would remain unfilled if the whole task were left to the haphazard existence, and to the will and whims, of spontaneous «champions» of the common good. “Private and “governmental” action should supplement each other. In addition, and most importantly, groups, communities, organizations – even at the international level – should be encouraged to enter into the arena of mankind’s fight for survival. Pluralism is necessary to fill most, if not all, of the gaps. Indeed, pluralism may be the only effective way to reconcile those two conflicting ideas – Judge Frank’s perhaps too optimistic suggestion and Pietro Verri’s skeptical admonition – which we have chosen as the challenging mottos of the present report.” (CAPPELLETTI, Mauro e JOLOWICZ, J. A. “Studies in Comparative Law”, Giuffrè, Milano e Oceana Publications Inc., New York, 1975, p. 152 e 153)

⁵⁸ “A solução pluralística (mista). A idéia de assessoria pública foi integrada com diversas outras teses, tornando-se, em nosso entendimento, a melhor proposta de reforma já apresentada para essa área, nos Estados Unidos. Num estudo preparado para o Departamento de Administração de Wisconsin pelo Centro de Representação Popular de Wisconsin, seus autores não só recomendaram a adoção do tipo de advogado público analisado antes, como ainda vão além. Eles aceitam a necessidade – enfatizada num estudo anterior, dentro do âmbito do Projeto de Florença – de uma “solução mista”, e explanam esse

Assim, com a introdução no Brasil de um microsistema de tutela coletiva de direitos⁵⁹, que conta com previsão de uma legitimação concorrente de diversos entes⁶⁰, as associações, que já vinham sendo reconhecidas como legítimos representantes dos associados em processos judiciais⁶¹, passaram a ser reconhecidas como substituto processual de todo o grupo atingido, ou seja, de toda a coletividade titular do direito coletivo litigioso, fazendo parte, ao lado do Ministério Público e de outros entes, públicos e privados, de um rol de “representantes de toda a sociedade” estabelecido na lei.

2.3. Associações civis como *private attorney general*

reconhecimento assim: - “Salientamos, como princípio cardeal, que defensores particulares são os melhores advogados para os interesses sem representação. Onde já existam grupos particulares que sejam realmente representativos, mas careçam dos recursos para obter advocacia eficiente, a resposta governamental adequada será manter e desenvolver esses grupos e tornar-lhes acessível a participação, tanto quanto possível...” - “Por outro lado, treinamento e assistência aos grupos de cidadãos nem sempre serão suficientes para suprir as necessidades. Alguns interesses não são, nem serão representados por qualquer grupo. O interesse pode ser excessivamente difuso para permitir que mesmo um pequeno grupo seja organizado, ou pode ocorrer que nenhum dos grupos existentes esteja em condições de ser considerado representativo. Em tais casos, a advocacia pública será a solução mais adequada”. É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir a reivindicação eficiente dos interesses difusos.” (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, “Acesso à Justiça”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, p. 65 a 67)

⁵⁹ Tratado mais adiante, no capítulo 2.3.

⁶⁰ Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública): “Art. 5.º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública (incluída pela Lei nº 11.448/2007); 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.” Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor): “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.”

⁶¹ A legislação brasileira, desde os anos cinquenta, privilegia essa evolução histórica e os reflexos positivos do associativismo no direito processual, permitindo que as associações representem em juízo seus associados. A Lei nº 1.134/50, que atualmente se encontra revogada, permitiu a representação processual dos associados perante a justiça ordinária, conforme disposição contida em seu artigo 1º, que diz, *verbis*: “Art. 1º Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.”

Legitimadas a substituir em juízo o grupo titular do direito coletivo, as associações passaram a desempenhar um papel que no direito norte-americano deu origem à expressão *private attorney general*⁶², onde o sujeito privado⁶³ age em nome do grupo, por interesse comunitário⁶⁴. Em linhas gerais, a doutrina do *private attorney general* atribui a um ente privado a legitimidade para, movido pelo interesse público, perseguir direito pertencente a toda a sociedade, em oposição ao interesse privado da parte contrária. Portanto, a finalidade da ação proposta é a mesma daquela perseguida pelo *attorney general*, qual seja a tutela do interesse público. Nas palavras de Antônio Gidi, “é o que também poderia ser chamado de ‘administração privada do interesse público’”, em uma paráfrase à famosa expressão de Zanobini, definindo a jurisdição voluntária⁶⁵.

⁶² Expressão utilizada pela primeira vez em um julgamento em 1943 (*Associated Industries v. Ickes*, 134 F.2d 694, 2d Cir. 1943), pelo Juiz Norte-Americano Jerome Frank para descrever uma pessoa privada agindo para reivindicar coisa de interesse público. Meses depois foi utilizado pelo Justice Douglas, da Suprema Corte, em *Browm vs. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954). Sobre o assunto, confira a doutrina de RUBENSTEIN: “private attorney general is an awkward expression, qualifying the public lawyer, the attorney general, with the contradictory appellation, private. Before relishing that curiosity, however, it is worth appreciating the oddity of the public phrase itself. Attorney general appears to introduce a military metaphor into the lawyering literature. And in fact, solicitors general and attorneys general are often referred to as if they commanded large armies—“General Ashcroft,” for example. Yet the military metaphor is not only limited—there are only attorneys general, not attorneys corporal, sergeant, and lieutenant, working their way up the ladder to become attorneys colonel—it is actually inapposite. What puts the “general” in “attorney general” is not strength but scope: “general” defines the ambit of the “power of attorney” given to the lawyer in question, distinguishing, since the fifteenth century, lawyers with general powers of attorney from those with particular or specific appointments. The public attorney general, to apply the concept, has a general, not limited or specific, power of appointment from the people. (...) While the attorney general concept carries this lineage, its counterpart, the private attorney general, made its first appearance in the legal literature in a 1943 decision by Judge Jerome Frank for the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. In the decision’s key passage, Judge Frank concluded that Congress could authorize a private citizen to file suit even if the sole purpose of the case were to vindicate the public interest as opposed to some private interest of the litigant: “Such persons, so authorized, are, so to speak, private Attorney Generals.” And thus the concept was hatched—sort of.” (RUBENSTEIN, William B., “On what a ‘private attorney general’ is — and why it matters”, 57 *Vand. L. Rev.* 2129, 2004)

⁶³ Com a ressalva de que no Brasil, com exceção da ação popular, cujo objeto é bem restrito, o cidadão não tem capacidade para propor ações coletivas, cabendo às associações e sindicatos representar o setor privado no rol de legitimados.

⁶⁴“A consumer or environmental association has a role that is much like a “private attorney general” as does an individual member of the class. Comparison of Brazilian and American class actions is not simple. Initially, it might appear that in the United States only class members have standing to bring a class action on behalf of all others similarly situated. This might be the general rule, but it can hardly be considered the only means by which to proceed with a class action, even in the United States.” (GIDI, Antonio, “Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries”, *The American Journal of Comparative Law*, 51 *Am. J. Comp. L.* 311, 2003, 4.1 e 6.6)

⁶⁵GIDI, Antônio, “A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007)

Para o jurista baiano, no ordenamento jurídico brasileiro a legitimação para as ações coletivas ficaria em algum lugar entre a doutrina da *parens patriae*⁶⁶, onde o Estado age em nome do grupo por interesse no bem estar da população, e o *private attorney general*. Na verdade, a legitimação para as ações coletivas no Brasil vai muito além de uma posição intermediária, constituindo uma verdadeira legitimação plúrima e mista, conforme já dito. Em recente artigo, sustentamos que:

A legislação brasileira não pode ser considerada como situada entre uma e outra doutrina, pois o legislador pátrio, percebendo a pertinência da sugestão advinda do Projeto Florença, não trouxe uma nova alternativa intermediária, mas criou um modelo que mistura ambos os sistemas de legitimação, de modo a privilegiar órgãos públicos e privados, com a intenção de tornar a tutela coletiva a mais ampla e efetiva possível. Portanto, mais correto seria afirmar que o Brasil criou um sistema que reúne em um só tempo tanto a doutrina da *parens patriae*, através da legitimação de órgãos do Estado, quanto a do *private attorney general*⁶⁷, com a legitimação de organismos privados, seguindo a linha dos resultados do Projeto Florença. (FERRAZ, Claudio Ferreira; ZANETI JR., Hermes. *Parens patriae: a doutrina da legitimação dos órgãos do Estado para tutela coletiva*. RePro, Revista de Processo, ano 37, 212, ano 2012, pp. 135-162)

Analisando-se puramente a experiência brasileira de legitimação das associações civis para a tutela coletiva, percebe-se que a sua justificativa teórica coincide com os fundamentos da doutrina do *private attorney general*, pois aqui as associações, mesmo privadas, são autorizadas a propor uma ação coletiva, perseguindo o interesse público sempre presente na tutela de massa.

Independentemente da natureza ou da espécie do direito coletivo tutelado, seja difuso, coletivo *strictu sensu* ou individual homogêneo, a tutela será sempre de interesse público. Neste aspecto, foca-se no interesse público na tutela, e não somente no direito discutido, que em determinadas hipóteses pode ser de natureza individual e, apenas

⁶⁶ Sobre *parens patriae*, conf. FERRAZ, Claudio Ferreira; ZANETI JR., Hermes. *Parens patriae: a doutrina da legitimação dos órgãos do Estado para tutela coletiva*. RePro, Revista de Processo, ano 37, 212, ano 2012.

⁶⁷ Para que a correspondência fosse realmente perfeita seria necessário ampliar a legitimação aos indivíduos afetados. Hoje, no Brasil, apenas a ação popular é facultada ao cidadão.

acidentalmente, por ficção legal e em razão da violação ter atingido um grande número de pessoas, estar se qualificando como coletivo, da espécie individual homogêneo.

Esta sempre foi a lição da doutrina mais lúcida e que de um tempo para cá vem sendo adotada pela jurisprudência, conforme pode ser conferido em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante a consagração do interesse público na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos ter sofrido (e ainda sofre) fortes resistências, atualmente prevalece o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que sempre haverá interesse social em solucionar o conflito se, dado as suas dimensões, o mesmo for qualificado como um conflito de massa.

Reconhece-se, portanto, legitimidade aos entes eleitos no microsistema como representantes de todo o grupo atingido, mesmo no caso de direitos individuais homogêneos disponíveis. Ou seja, em se tratando de ações coletivas que tenham por objeto direito individual homogêneo, as associações, da mesma forma que o Ministério Público, agem como legítimos representantes da sociedade movidas pelo interesse público⁶⁸, aos moldes de um *private attorney general*, sempre que o número de pessoas atingidas justificar a tutela coletiva (interesse social em razão da dimensão do conflito).

A jurisprudência construída no Superior Tribunal de Justiça traduz bem o citado entendimento, valendo destaque para o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no REsp 1.005.587/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado no DJe de 14/12/2010:

⁶⁸ Conf. SALLES, Carlos Alberto de. Op. Cit., p. 73-73: “O reconhecimento dessa nova dimensão da atuação judicial é necessário para que a condução do processo e a interpretação de suas normas seja feita sob premissas corretas, sem que ocorra a omissão do caráter e da significação pública desse tipo de litigância. É preciso que direito processual apresente respostas para o novo tipo de lide colocado ao sistema jurisdicional buscando canais que permitam o completo desempenho das novas funções que lhe são emprestadas. As mudanças sentidas pelo sistema processual tornam bastante tênue a divisão entre processo e substância, de modo que o mau entendimento e aplicação das normas processuais pode gerar resultados efetivamente substanciais. Verifica-se, assim, que a introdução das ações coletivas em nosso sistema jurisdicional trouxe sérias e profundas transformações para as normas e princípios de processo civil implicados nessa área. Altera-se substancialmente a natureza da matéria colocada sob deliberação judicial, acarretando uma transformação no próprio modelo do processo decisório implicado nessas questões. Com isso torna-se possível delimitar um objeto específico de estudo, o que conduz a possibilidade de afirmação da existência de um processo civil de interesse público. A aceitação da especificidade desse objeto de estudo é um primeiro passo para que o direito processual possa dar um tratamento teórico e metodológico diferenciado, adequando-se às questões surgidas dessa realidade.”

A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

No mesmo acórdão, destaca-se o seguinte trecho do voto vista proferido pelo Ministro Hamilton Carvalhido:

Após alguns embates quanto à legitimidade do Ministério Público em relação aos direitos homogêneos disponíveis, passou a jurisprudência a se converter no sentido de que, sendo eles disponíveis ou não, é de se considerar que, em vez do direito, a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria resolução coletiva dos conflitos é que deve prevalecer.

Esse ponto é fundamental para o entendimento do tema objeto do presente estudo. Frise-se: na tutela coletiva, as associações atuam como representantes da sociedade movidas pelo interesse público na solução do conflito de massa, seja qual for a espécie de direito coletivo discutido⁶⁹.

No Brasil, não obstante a constatação de que as associações vêm exercendo papel meramente coadjuvante⁷⁰ na defesa dos direitos coletivos, sendo a sua atuação,

⁶⁹ Essa é uma das razões pela qual não tem razão a corrente doutrinária que defende que a ação civil pública é de titularidade do Ministério Público e que as associações somente poderão propor ações coletivas com base no CDC. Na realidade, em razão da simbiose existente entre as duas leis, ambas as ações (tanto a tradicionalmente chamada “ação civil pública”, proposta para a defesa dos direitos difusos e coletivos, quanto a tradicionalmente chamada “ação civil coletiva”, para defesa dos direitos individuais homogêneos), as leis – LACP e CDC – que se comunicam formando uma base procedimental única. Assim, tais ações são da espécie coletiva, com viés público, este caracterizado pelo natural interesse social na defesa dos direitos difusos e coletivos (de natureza *transindividual* e indivisível) e na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

⁷⁰ No ponto, a crítica de Rogério Bastos Arantes: “De outro lado, as associações civis tem apresentado uma *performance* bastante tímida até agora, talvez por desconhecimento ou mesmo por falta de condições adequadas à utilização eficaz desse tipo de instrumento judicial. Aparentemente é o Ministério Público quem mais tem se destacado no uso da ação civil pública, em todas as áreas dos direitos difusos e coletivos. (...) Entretanto, com a legitimação concorrente instituída pela Lei nº 7.347/85, era de se esperar um vigoroso crescimento do número de associações civis de defesa dos interesses difusos e coletivos, promovendo ações judiciais nas mais diversas direções; afinal, a lei só exige um ano de existência e objetivos estatutários condizentes com a defesa desses interesses. Ao contrário, não ocorreu nenhum crescimento significativo nesse sentido e hoje o MP é o responsável pela maior parte das ações civis públicas em tramitação na Justiça. (...) O argumento é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais. Uma sociedade *hipossuficiente* no jargão jurídico. Além disso, freqüentemente é o próprio poder público quem mais desrespeita esses direitos

em geral, muito aquém do que a esperada⁷¹, a realidade é que, teoricamente, as associações poderiam contribuir muito para facilitar o acesso à Justiça e incrementar a efetivação do direito dos cidadãos.

As associações, formas personificadas dos movimentos sociais⁷², têm vocação nata para tutela de direitos coletivos *stricto sensu*⁷³, mas também ganham especial relevo na tutela de direitos individuais homogêneos. Tratando-se de entidades formadas por indivíduos que se uniram para um determinado fim, presume-se uma maior aproximação das associações e a população, podendo haver até mesmo uma coincidência, total ou parcial, entre os titulares do direito e os membros da entidade. Desta forma, a violação de direitos e os anseios da população podem ser mais facilmente percebidos pelas associações^{74 75}.

fundamentais. Dessa equação resulta a proposta, de natureza instrumental, de que ‘alguém’ deve interferir na relação Estado/sociedade em defesa dessa última. Instrumental no sentido de que não é para sempre: pelo menos no plano imediato, *no momento*, ‘alguém’ tem de tutelar os direitos fundamentais do cidadão até que ele mesmo, conscientizado pelo exemplo da ação de seu protetor, desenvolva autonomamente a defesa de seus interesses.” (ARANTES, Rogério Bastos, “Direito e Política, O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos”, Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.º. 19).

⁷¹ Conf. SALLES, Carlos Alberto de. Op. Cit., p. 135: “Por que razão as associações co-legitimadas propõem poucas ações? Colocada essa questão sob as premissas anteriormente indicadas, a resposta é bastante clara: porque os custos, nos quais essas associações incorreriam, seriam muitos altos. Imagine-se, por exemplo a necessidade de um levantamento técnico para definir um dano ambiental ou um vício de qualidade de um produto. Tudo isso é muito custoso. Em minha experiência de Promotor de Justiça, quando há alguns anos trabalhei no Centro de Apoio de Defesa do Consumidor, pude perceber muito claramente o seguinte: nas causas que implicam poucos custos na propositura instrução da ação, como, por exemplo, em casos de publicidade abusiva ou enganosa, havia a iniciativa da associação co-legitimada. No entanto, quando se tratava de situações que exigiam levantamento técnico-legitimada deixava de propor a ação e apenas representava ao Ministério Público tomar providências.”

⁷² “(...) elas (associações *lato sensu*) formam o substrato organizatório do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade. (...) Por estar apoiada em direitos fundamentais, esta esfera fornece as primeiras referências acerca de sua estrutura social. A liberdade de opinião e de reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações, definem o espaço para associações livres que interferem na formação da opinião pública, tratam de temas de interesse geral, representam interesses de grupos de difícil organização, (...). Através de uma ofensiva, eles (os movimentos sociais) tentam lançar temas de relevância para toda a sociedade, definir problemas, trazer contribuições para a soluções de problemas, acrescentar novas informações, interpretar valores de modo diferente, mobilizar bons argumentos, denunciar argumentos ruins, a fim de produzir uma esfera consensual, capaz de modificar os parâmetros legais de formação de vontade política e exercer pressão sobre os parlamentos, tribunais e governos em benefício de certas políticas.” (...) “De fato, o jogo que envolve uma esfera pública baseada na sociedade civil e a formação da opinião e da vontade institucionalizada no complexo parlamentar (e na prática de decisão dos tribunais), forma um excelente ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa.” (HABERMAS, Jürgen, “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, Volume II, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 100 a 104)

⁷³ Conf. capítulo 4.3, no que diz respeito à teoria da legitimação ordinária das associações.

⁷⁴ “As estruturas comunicacionais da esfera pública estão muito ligadas ao domínio da vida privada, fazendo com que a periferia, ou seja, a sociedade civil, possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política.” (Jürgen, Habermas, Op. Cit., p. 115).

O quadro social das associações, em muitas ocasiões, corresponde ao núcleo do grupo formado pelos titulares do direito violado, grupo este que, apesar de não englobar toda a sociedade (a exemplo do que ocorre no direito difuso), corresponde a grande parcela dela. Assim, as associações são, sob esta ótica, representantes de pelo menos grande parte dos titulares do direito discutido em juízo, fato que também justifica a sua escolha para figurar no rol de legitimados extraordinários. Para HABERMAS:

O núcleo institucional da sociedade civil é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. (HABERMAS, Jürgen, Op. Cit., p.99)

Assim, foi feliz o legislador brasileiro em eleger as associações civis como um dos legitimados para a tutela coletiva de direitos, de modo a torná-la a mais ampla e eficiente possível.

2.4. Síntese do Capítulo

Neste capítulo, recordamos como, após um processo histórico de transformação social, as associações civis adquiriram o *status* de defensores de toda a coletividade no sistema de tutela coletiva adotada pelo Brasil, deixando de ser mero representante dos interesses privados de seus associados, para ser defensor do direito coletivo e perseguidor do interesse social na tutela coletiva de direitos.

Para a questão que este trabalho procura responder — extensão subjetiva da sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado por uma associação civil e da correta interpretação do caput do artigo 22, da Lei nº 12.019/2009 — ter esse

⁷⁵ Conf. SALLES, Carlos Alberto de. Op. Cit., p. 136: “A avaliação da oportunidade e conveniência de promover uma ação de interesses individuais homogêneos deve estar na mão de quem tem uma visão da totalidade do problema, do conjunto de suas implicações.”

conceito em mente é fundamental para que não contaminemos a resposta com preconceitos e antigos dogmas do processo individual.

No capítulo seguinte, procuraremos localizar, dentro do ordenamento jurídico pátrio, as regras e princípios aplicáveis ao mandado de segurança coletivo que podem ter influência na solução do problema posto, as quais denominamos, para efeito deste trabalho e nesse sentido específico, de “fontes do mandado de segurança coletivo”.

3. FONTES DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

3.1. Importância o objetivo do capítulo.

Cabe desde logo esclarecer que o termo “fontes” está aqui sendo utilizado no sentido de normas, em seu sentido amplo, ou seja, regras e princípios, afetas ao mandado de segurança coletivo. Assim, não entraremos na discussão acerca das teorias que tratam da conceituação de fontes do Direito, pois não importam aos objetivos do presente trabalho.

A correta identificação das fontes do mandado de segurança coletivo se revela importante e necessária, especialmente quando a leitura do enunciado normativo deixa dúvida quanto ao conteúdo da norma e uma interpretação meramente literal não é suficiente para entendê-lo com exatidão. Nesta hipótese, o intérprete deverá lançar mão de uma interpretação sistematizada de todas as normas aplicáveis existentes no ordenamento jurídico, consultando todas as fontes possíveis, visitadas neste capítulo.

3.2. Constituição da República

O Mandado Segurança Coletivo encontra suas origens na Constituição Federal de 1988 (inciso LXX, do artigo 5º)⁷⁶, onde, pretendendo disciplinar a legitimidade para sua impetração, o legislador constituinte acabou por criar uma nova espécie de ação do gênero coletiva⁷⁷.

Até a edição da lei nº 12.019/2009 não existia disciplina do mandado de segurança coletivo na legislação infraconstitucional⁷⁸. Nem por isso o *writ* coletivo

⁷⁶ CR/88, art. 5º, 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;”

⁷⁷ Na doutrina: “Assim, com o reconhecimento constitucional da legitimidade ativa para ajuizar o mandado de segurança coletivo no corpo do capítulo constitucional dedicado aos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, o constituinte de 1988 criou uma *ação coletiva nova*, mandamental, com rito idêntico ao do mandado de segurança individual e com os mesmos requisitos. Portanto, uma *espécie do gênero mandado de segurança*.” (ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo, em Ações Constitucionais, org. Fredie Didier Jr., 6ª edição. Editora Juspodivm, 2012, p. 161).

⁷⁸ Com exceção do artigo 2º, da Lei nº 8.437/1992, que disciplina as medidas cautelares contra atos do poder público, com adverte Cassio Scarpinella Bueno (2010). Diz o referido dispositivo legal: “No

deixou de ser utilizado e reconhecido pelo Poder Judiciário, pois a previsão constitucional, como norma de direito fundamental, é autoaplicável⁷⁹, conforme disposto no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁸⁰.

Neste passo, mesmo sem a existência de qualquer diploma que o disciplinasse, ao mandado de segurança coletivo eram aplicadas as mesmas regras procedimentais do individual, observando-se o rito previsto nos artigos 6º ao 19º, da Lei nº 1.533/51 (antiga lei do mandado de segurança)⁸¹.

Quanto aos requisitos, integralmente aplicável para a “espécie coletiva” as disposições relativas ao “gênero” mandado de segurança contidas no inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição da República⁸², quais sejam: a) direito líquido e certo (que processualmente significa prova documental pré-constituída a dispensar dilação probatória), não amparado por habeas corpus ou habeas data; b) ato ilegal ou abuso de poder; e c) autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de função delegada do poder público⁸³.

mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

⁷⁹ “A legislação infraconstitucional, que era lacunosa, muito embora a autoaplicabilidade da norma constitucional do mandado de segurança coletivo, por força da própria característica de direito fundamental, veio a ser colmada em 2009 com a edição da Lei 12.016/09.” (ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo, em Ações Constitucionais, org. Fredie Didier Jr., 6ª edição. Editora Juspodivm, 2012, p. 161). “Até o advento da Lei nº 12.016/2009, não havia – ressalvado o artigo 2º da Lei nº 8.437/1992 (v. n. 61, infra) nenhuma norma que disciplinasse o mandado de segurança coletivo. A falta de disciplina infraconstitucional, contudo, não inibiu o largo uso do instituto, forte no que dispõe o §1º, do art. 5º da Constituição Federal e, na medida do necessário, pela adoção das soluções dadas pela evolução da legislação do ‘direito processual coletivo’, máxime sobre o entendimento vitorioso sobre o alcance e a aplicabilidade do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a ‘Lei da Ação Civil Pública’, expresso quanto a serem aplicáveis “... à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.” (BUENO, Cassio Scarpinella, “A Nova Lei do Mandado de Segurança”, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 159).

⁸⁰ Conf. FUX, Luiz, Op. Cit., p. 131.

⁸¹ Ibidem, p. 132.

⁸² “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;”.

⁸³ Que não discrepou dos requisitos trazidos no artigo 1º, da Lei nº 1.533/51, acrescentando apenas a previsão da possibilidade do uso de habeas-data como limitadora da impetração do mandado de segurança.

Por tal razão, doutrina de escol afirmou que a Constituição não criou outra figura de mandado de segurança, mas sim possibilitou a impetração do tradicional mandado de segurança para a tutela coletiva de direitos⁸⁴.

Importante, contudo, o alerta de Teori Albino Zavaski, de que mesmo antes do advento da Constituição de 1988 já era possível a tutela de direitos essencialmente coletivos⁸⁵ (ref. 04) via mandado de segurança, bastando, para tanto, que a entidade impetrante tivesse legitimidade extraordinária, através de lei, para representar judicialmente os interesses gerais da classe ou categoria, como ocorria com a OAB (Lei nº 4.215, de 1963) e com os sindicatos (artigo 513, da CLT de 1943)⁸⁶.

De qualquer forma, a inserção de norma atinente ao mandado de segurança coletivo na Carta Magna representou importante inovação não só porque alargou, no próprio texto constitucional as hipóteses de legitimidade extraordinária ativa, mas também porque deixou claro que a ação mandamental poderia ser utilizada também para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos⁸⁷.

A verdade é que a disciplina constitucional da legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo foi tão importante que realmente criou uma nova espécie do gênero mandado de segurança. O instituto, outrora utilizado apenas em

⁸⁴ “Não foi criada outra figura ao lado do MS tradicional, mas apenas hipótese de legitimação para a causa. Os requisitos de direito material para a concessão do MSC continuam a ser os da CF 5º, LXIX: proteção contra ameaça ou lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato ilegal ou abusivo de autoridade. O MSC nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o MS tradicional por meio da tutela coletiva.” (NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. “Constituição Federal Comentada e Legislação Extravagante”. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 139).

⁸⁵ Direitos de toda a classe, em contraposição aos direitos individuais homogêneos dos membros da classe, que são coletivos apenas acidentalmente.

⁸⁶ “Ora, em mais de uma oportunidade, a jurisprudência do STF admitiu a impetração de mandado de segurança – individual – para defender aqueles interesses gerais da classe, típicos direitos transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. [...] Nota 9: STF, Pleno, MS 18.428, rel. Min. Barros Monteiro, RTJ 54:71; STF, Pleno, MS 20.170, rel. Min. Décio Miranda, RTJ 89: 396. O que se quer afirmar, com isso, é que o mandado de segurança tradicional já possuía características e base constitucional para tutelar também direitos coletivos. [...] Nota 10: STJ, 2ª T., RMS 3022-2, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 18.09.1995. Bastava, para isso, que o legislador ordinário conferisse legitimidade ao impetrante, como ocorreu nas hipóteses mencionadas.” (ZAVASKI, Teori Albino. “Processo Coletivo. Tutela de Direito Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos”, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 194)

⁸⁷ “Assim, não há como negar que a grande e primordial inovação produzida pelo inciso LXX do art. 5º da Constituição foi a de transformar o mandado de segurança em instrumento não propriamente para a tutela de direitos coletivos, e sim para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. Poder-se-ia, sem erro, denominar a nova espécie de ação coletiva de mandado de segurança.” (ZAVASKI, Teori Albino, Op. Cit., p. 196).

hipóteses excepcionalíssimas para tutela coletiva de direitos, consolidou-se como instrumento de proteção a direitos coletivos e passou a ser pensado conforme as regras e princípios desenvolvidos para essa espécie de tutela⁸⁸.

Merece destaque o fato de o constituinte ter situado o mandado de segurança coletivo na Carta Magna dentro do título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, fato que produz importantes reflexos na interpretação da legislação infraconstitucional que o regulamenta⁸⁹.

Portanto, a Constituição Federal deve funcionar como principal fonte do mandado de segurança coletivo deve servir de matriz interpretativa para a exegese das demais normas que regulam o mandado de segurança coletivo (interpretação conforme a Constituição, a ser tratada mais adiante, no capítulo 5.6).

3.3. Lei nº 12.019/2009

O mandado de segurança é atualmente regulamentado pela legislação infraconstitucional através Lei nº 12.019, promulgada em 07 de agosto de 2009. Não obstante ser recentíssima, a citada lei não trouxe profundas alterações na aplicação do *writ*, limitando-se a consolidar as leis anteriores e procurando adequar o seu texto a interpretação construída pela jurisprudência⁹⁰.

A lei já nasceu desatualizada, porque o projeto que a deu origem (PLC nº 125/2006) é de 2006 e não contemplou os mais atuais reclames da doutrina e recentes orientações jurisprudenciais. Não obstante diversas sugestões de emendas, a lei foi

⁸⁸ “Todavia, as diferenças entre um e outro – ou, melhor dizendo, as consequências decorrentes da diferença quanto ao regime da legitimação ativa – são muito mais profundas do que aparentam. [...]. Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Em outras palavras: transformou-se o mandado de segurança em instrumento para tutela coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um mandado de segurança, mas é também uma ação coletiva, e isso faz uma enorme diferença.” (ZAVASKI, Teori Albino, Op. Cit., p. 192).

⁸⁹ “A CF/88 conferiu ao mandado de segurança o status de direito fundamental individual e coletivo. [...] A constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o writ do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo.” (ZANETI Jr, Hermes. Op. Cit., p. 101).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 40.

aprovada em sua redação original para evitar um retrocesso no trâmite de sua aprovação⁹¹.

A espécie coletiva do mandado de segurança foi mal disciplinada nos artigos 21 e 22⁹², que representam dispositivos com redação retrógrada, de confuso entendimento e que já causa muita confusão na doutrina.

Em razão de sua pouca clareza, a lei merece ser interpretada sistematicamente com outras normas aplicáveis ao mandado de segurança coletivo, especialmente em caso de lacuna ou dúvida gerada pela dificuldade de interpretação do texto legal⁹³.

3.4. Microssistema de Tutela Coletiva

A instituição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), através da Lei nº 8.078/90, pode ser considerado o marco criador de um sistema efetivo de tutela coletiva no Brasil⁹⁴.

Não obstante a existência de leis anteriores que já tratavam da tutela de direitos difusos e coletivos, estas não se mostravam aptas a uma efetiva tutela de massa, pois

⁹¹ Conf. BUENO, Cassio Scarpinella, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 21 e ZANETI Jr, Hermes. *Op. Cit.*, p. 40.

⁹² “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. Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. §1º. O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. §2º. No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

⁹³ O método de interpretação sistemática será tratado no capítulo 5.3.

⁹⁴ Teori Albino Zavaski aponta a importância de outras leis com previsão de tutela de massa anteriores ao código de defesa do consumidor, o que é correto, especialmente a Lei de Ação Civil Pública. Contudo pensamos que a jurisdição civil coletiva somente surgiu verdadeiramente com o advento do CDC, já que aquelas leis apresentavam sérias limitações para a utilização de um sistema de tutela coletiva de forma ampla. Conf. ZAVASKI, Teori Albino, *Op. Cit.*, p. 15.

apresentavam limitações em alguns aspectos fundamentais, a exemplo da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que não obstante ter sido considerado um diploma muito avançado para sua época, restringia a legitimidade ativa ao cidadão, e o objeto da ação à tutela do patrimônio público.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)⁹⁵, promulgada vinte anos depois da Lei da Ação Popular, inicialmente pensada para se tornar um instrumento eficiente para a tutela coletiva, também não conseguiu atingir tal desiderato em razão de diversos vetos que o Projeto Abi Akel⁹⁶ sofreu, entre eles o que vetou o dispositivo que conferia extensão do objeto da ação civil pública a qualquer direito difuso ou coletivo (art. 1º, inciso, IV, inicialmente vetado, tendo retornado com o advento do CDC, em 1990).

Em razão do referido veto, antes da promulgação do CDC a Lei da Ação Civil Pública (LACP) prestava somente para responsabilizar o causador de danos ao meio ambiente e ao consumidor e possuía limitações em relação ao tipo de pedido que poderia ser formulado pelo autor da ação (condenatório, cautelar e cumprimento de obrigação de fazer e não fazer)⁹⁷.

O advento do CDC trouxe uma série de novidades necessárias à criação de um sistema eficaz de tutela coletiva, tais como a conceituação dos direitos difusos e coletivos, a introdução do conceito e possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos⁹⁸, além de outras técnicas inovadoras de tutela coletiva, a exemplo do regime da coisa julgada, entre outros institutos.

A legislação consumerista foi concebida com uma umbilical ligação à LACP, e, além de ter conferido a possibilidade de tutela de qualquer direito difuso e coletivo por

⁹⁵ O nome ação civil pública já havia sido utilizado no inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar nº 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) para designar a ação a ser proposta pelo parquet visando à apuração de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, de modo a diferenciá-la da ação penal pública.

⁹⁶ Projeto de lei apresentado pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi Akel que tramitou perante a Câmara dos Deputados sob o nº 4.984/85 e no Senado Federal sob o nº 20/85. O referido projeto originou-se de estudos elaborados por 3(três) membros do Ministério Público de São Paulo (Nelson Nery Jr., Édis Milaré e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz). Quando da apresentação deste projeto de lei já se encontrava em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de autoria do Deputado Flavio Bierrembach, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e com preciosas contribuições de José Carlos Barbosa Moreira.

⁹⁷ Conf. RODRIGUES, Marcelo Abelha, “Ação Civil Pública e Meio Ambiente, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2009, p. 18.

⁹⁸ Conf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. Cit. p. 18.

meio de Ação Civil Pública⁹⁹, instituiu a possibilidade de aplicação à referida lei de todos os institutos de tutela coletiva trazidos no CDC¹⁰⁰, criando uma espécie de simbiose¹⁰¹ entre as duas leis.

A interação entre a LACP e o CDC harmonizou¹⁰² e sistematizou a legislação relativa à tutela coletiva¹⁰³, criando uma espécie de *microsistema*¹⁰⁴, formador do que a doutrina passou a denominar de “jurisdição civil coletiva”¹⁰⁵.

Atualmente reconhece-se como parte desse *microsistema* não apenas a LACP e o CDC, ligados umbilicalmente em uma relação cooperação mútua por disposição expressa da lei, mas também outros diplomas que disciplinam a tutela de massa e que estão conectados entre si, constituindo, por tal razão, fonte subsidiária um do outro¹⁰⁶.

⁹⁹ Através do artigo 110, do CDC, foi introduzido o inciso IV, do art. 1º, na LACP, permitindo a tutela, mediante ação civil pública, de qualquer direito difuso ou coletivo.

¹⁰⁰ O artigo 117, do CDC, instituiu o artigo 21, da LACP, tornando aplicável a esta lei as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor referentes à tutela coletiva.

¹⁰¹ O termo simbiose, muito utilizado pela doutrina, é pertinente para definir a comunicação cooperativa entre as duas leis, com aproveitamento mútuo de institutos existentes em cada uma delas. Símiose significa “uma relação mutuamente vantajosa entre dois ou mais organismos vivos de espécies diferentes. Na relação simbiótica, os organismos agem ativamente (elemento que distingue “símiose” de “comensalismo”) em conjunto para proveito mútuo, o que pode acarretar especializações funcionais de cada espécie envolvida”. (<http://www.dicionarioinformal.com.br/simbiose/>); Segundo o dicionário Aurélio: Símiose Do grego symbiosis. “Símiose é uma relação mutualmente vantajosa, na qual, dois ou mais organismos diferentes são beneficiados por esta associação. A simbiose implica uma inter-relação de tal forma íntima entre os organismos envolvidos que se torna obrigatória” (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Simbiose>).

¹⁰² Confira-se a lição de Patrícia Miranda Pizzol: “(...) antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, já havia leis que disciplinavam, de forma esparsa, a tutela dessa categoria de direito e interesses. O legislador, ao estabelecer normas materiais e processuais relativas aos direitos dos consumidores, sentiu a necessidade de criar mecanismos de adaptação entre os sistemas já existentes e o do Código, sob pena de ensejar duplicidade de regimes ou, o que seria pior, conflitos normativos com as disposições processuais do ‘Código de Defesa do Consumidor’. Por conta dessa interação entre o Código de Defesa do Consumidor e esses outros diplomas legais, especialmente a Lei de Ação Civil Pública, foi dedicada a última parte do Código à tarefa de adaptá-los, o que ensejou o surgimento de um microsistema único, destinado à tutela de todos os direitos e interesses ‘coletivos’, com base no qual se vem sustentando a existência da denominada ‘jurisdição civil coletiva’ (PIZZOL, Patrícia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo: Lejus, 1998, p. 145)

¹⁰³ Conf. ZANETI JR., Hermes. Op Cit., p. 64.

¹⁰⁴ “É inegável que há um microsistema coletivo. Isso porque a tutela de massa, à mingua de uma regulação codificada, é regulada por uma gama de diplomas interligados, com princípios comuns e que, por tal passo, formam um microsistema que permite a comunicação constante da legislação atrelada ao direito coletivo.” (MAZZEI, Rodrigo. Op. Cit., p. 380).

¹⁰⁵ Conf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. Cit. p. 18.

¹⁰⁶ “Pelo maior espectro de aplicação e também pelo disposto nos artigos 90 e 117 da nossa legislação consumerista, a doutrina de escol normalmente faz aferição por meio do exemplo da interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Pensamos, entretanto, que visão mais ampla há de ser empregada, pois, apesar de o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública terem, de fato, um status de relevância maior (decorrente da natural aferição de possuírem um âmbito de incidência de grande escala), os demais diplomas que formam o microsistema

Portanto, esse *microsistema coletivo* é formado não somente pelas Leis n.ºs 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) — atrelada uma a outra pela interligação de seus artigos¹⁰⁷ — mas também por outras normas de tutela coletiva existentes no ordenamento jurídico, tais como aquelas presentes na lei de improbidade administrativa e no Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, ou as que regulam o mandado de segurança coletivo e a ação popular¹⁰⁸, todas elas elaboradas sob os mesmos princípios e com o escopo de tutelar direitos com as mesmas características, quais sejam os direitos de natureza coletiva ou os que, embora individuais, devam ser tratados de forma coletiva.

Esse reconhecimento da existência de um *microsistema* mais ampliado, formado por regras contidas em diversas leis — não limitadas somente as do Código de defesa do Consumidor e as da Ação Civil Pública — não é obra somente da doutrina e vem sendo costumeiramente prestigiado pela jurisprudência dos tribunais¹⁰⁹.

Assim, as regras de tutela coletiva presentes em todos os diplomas que formam o *microsistema* merecem ser aproveitadas e utilizadas subsidiariamente sempre que a resposta para determinado problema não for encontrada em uma lei específica e a solução sugerida por regra existente em outra lei do *microsistema* se mostrar pertinente

da tutela de massa têm também sua importância para o direito processual coletivo, implantando a inteligência das regras naquilo que for útil e pertinente” (MAZZEI, Rodrigo Reis, Op. Cit. p. 351);

¹⁰⁷ Artigos 90 e 117 (este último acrescentando o artigo 21 na LACP), do CDC, que dizem: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Art. 117: “Acrescente-se à Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: ‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’.” Sobre a simbiose, confira-se a doutrina de Ada Pellegrini Grinover; “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 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” (Nelson Nery Jr) e “Assim, a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), veio a complementar a L.A.C.P, gerando uma “verdadeira simbiose”. A L.A.C.P e o Código de Defesa do Consumidor (C.D.C) formaram um só ordenamento processual da A.C.P, não podendo mais compreender a L.A.C.P sem o C.D.C e vice e versa. (Eduardo Arruda Alvim).

¹⁰⁸ Conf. ZANETTI JR., Hermes. Op Cit., p. 64.

¹⁰⁹ STJ, Primeira Turma, REsp 510.150/MA, relator Min. Luiz Fux, julgado em 17/02/2004 e publicado no DJ de 29/03/2004, p. 173.

e útil para solucioná-lo. Isso porque sobre tais regras incidem os mesmos princípios, neles encontrando fundamento¹¹⁰ e com eles devendo ser interpretadas¹¹¹.

Com efeito, além da parte processual coletiva do CDC, que funciona como normas coletivas de caráter geral¹¹², todas as regras existentes nas leis especiais que compõe o microsistema de tutela coletiva, no que forem úteis e pertinentes e não conflitarem com disposições específicas, constituem fontes do instituto objeto deste estudo, qual seja o mandado de segurança coletivo.

3.5. Princípios da Tutela Coletiva

Levando em conta as suas particularidades, a tutela coletiva é regida por princípios próprios, não obstante a ela também serem aplicados alguns princípios da tutela individual, especialmente os que constituem base do ordenamento jurídico. Preocupa-nos, neste trabalho, os princípios de aplicação específica na solução do problema posto, quais sejam aqueles que influenciam na interpretação do artigo 21, da Lei nº 12.019/2009, independentemente de serem, ou não, exclusivos do sistema de tutela coletiva.

Portanto, não obstante a existência de outros não menos importantes, neste estudo enfocaremos apenas os princípios que auxiliam na identificação da extensão subjetiva da coisa julgada no mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações civis.

Não se pretende aqui acalorar o debate acerca da qualidade dos princípios como fonte¹¹³ direta de direito, já que o que pretendemos é utilizar os princípios gerais da tutela coletiva como fonte motivadora (em sua função fundamentadora) e interpretativa

¹¹⁰ Sobre a função fundamentadora dos princípios confira-se: CRIZAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Giuffrè, 1952; BOBBIO, Norberto, “A Era dos Direitos”, Editora Campus, 17ª edição; DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1978 e ALEXYS, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008.

¹¹¹ ZANETI JR, Hermes. Op. Cit., p. 66.

¹¹² Sobre o tema, a lição de Antônio Gidi: “(...) toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. P. 77 e 83.)

¹¹³ Aqui, continuamos a utilizar o termo “fonte” no mesmo sentido já explicado no início deste capítulo.

das regras do mandado de segurança coletivo (em sua função interpretativa), o que é admitido por todas as correntes da teoria geral do direito que discutem a natureza jurídica dos princípios.

Esse foi um dos sentidos em que os princípios foram utilizados por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o que nos permite a tomar por empréstimo a seguinte anotação feita por doutrinadores:

“Muitos autores têm debatido o conceito de princípios, bem como se dedicado a estabelecer um rol de suas funções. Outros tantos pretendem uma teoria absolutizante dos princípios de forma a abarcar tanto o seu conceito quanto as suas aplicações. Podemos aplicar aqui o que Orestano disse a respeito das teorias da ação. São mil e uma as teorias dos princípios, e todas maravilhosas, como as noites de Sherezade. Nossa pretensão, bem mais modesta, é comunicar uma certa unidade de sentido e adotar a concepção forte dos princípios como normas jurídicas e razões para regras, para após utilizar esta concepção no desenho dos princípios do processo coletivo. Para as teorias sobre princípios consultar: ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2ª tir. Com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2033; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.” (DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, volume 4, Salvador, Editora Jus Podivm, 6ª edição, 2011, p. 100)

Justificando sua função interpretativa¹¹⁴ os princípios possuem forte componente axiológico e teleológico e devem ser entendidos como as premissas e os fundamentos de um sistema¹¹⁵, pois afinados com seus valores e objetivos. Assim, os princípios também devem servir para resolver dúvidas surgidas na interpretação de regras.

¹¹⁴ Conf. BOBBIO, Norberto apud Didier e Zaneti, Op. Cit., p. 101, nota 10.

¹¹⁵ Sobre princípios como razão para regras conf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2008, p. 102 e 103; ZANETI JR, Hermes e DIDIER JR, Fredie, Op. Cit. p. 109 e 110.

A doutrina ensina que¹¹⁶ que para a adequada e efetiva funcionalidade do sistema de tutela jurisdicional coletiva, devem ser levadas em conta suas aspirações e seus princípios, demonstrando-se que “a utilização das ações coletivas assume significados jurídicos, econômicos, sociais e políticos marcadamente diferenciados, sendo, portanto, imprescindível que se lhes imprima interpretação e aplicabilidade condizentes com a magnitude das promessas assumidas quanto à efetividade do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no Brasil.”.

A jurisprudência pátria também prestigia o entendimento de que a tutela coletiva deve ser interpretada à luz de seus objetivos e princípios fundadores. A decisão seguinte é sintomática:

¹¹⁶ “Conf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit.: O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinentes visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social. [...] O método do direito processual coletivo brasileiro não é só o técnico-jurídico do procedimentalismo científico. É o pluralista, não o da visão instrumentalista do direito processual clássica, mas o pluralista decorrente de uma leitura do direito processual essencialmente constitucionalizada à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um megaelemento: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20: “Ainda no âmbito das bases fundamentais para a adequada e efetiva funcionalidade do sistema de tutela jurisdicional coletiva, serão abordadas suas aspirações e seus princípios demonstrando-se que a utilização das ações coletivas e assume significados jurídicos, econômicos, sociais e políticos macadamente diferenciados, sendo, portanto, imprescindível que se lhes imprima interpretação e aplicabilidade condizentes com a magnitude das promessas assumidas quanto à efetividade do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no Brasil. No que diz respeito aos problemas propriamente técnicos, serão examinados temas que podem ser considerados como verdadeiros pontos de estrangulamento do sistema de tutela jurisdicional coletiva, já suscitada pela praxe forense. Demonstrar-se-á que muitas das perplexidades apontadas, em larga escala, derivam de uma sentida resistência quanto a se considerar o modelo processual coletivo efetivamente diferente (qualitativa e quantitativamente) insistindo-se na estéril tentativa de simplesmente se transpor ao referido sistema de proteção dos direitos meta-individuais as mesmas premissas nas quais se funda o sistema processual de tutela dos direitos individuais.”. DIDIER JR., Fredie e ZANETTI JR, Hermes, Op. Cit. p. 102 e 103: “A orientação e compreensão correta da tutela coletiva passam, justamente, por compreender todo o ordenamento à luz dessas premissas metodológicas, constitutivas da própria essência do microsistema metaindividual. Perceber a existência de uma unidade conformadora de sentido nas funções de base do ordenamento e hermenêutica auxilia na compreensão da ratio legis do processo coletivo. Elas irão auxiliar a aplicação das regras e dos próprios princípios quando estes estiverem reduzidos a enunciados normativos (as normas propriamente ditas decorrem da interpretação destes enunciados). (...) Muito embora não exista hierarquia entre regras e princípios no plano das normas é evidente, do que foi acima exposto, que a nossa recepção de princípios procura identificar os elementos que traduzem os valores (a axiologia) da tutela coletiva, exercendo os princípios da tutela coletiva uma função de “princípios como razões para regras” para além de sua imediata aplicação.”

“3. Finalidade. O legislador ao prever o mandado de segurança coletivo, teve como objetivo, facilitar o acesso de pessoa jurídica, na defesa do interesse de seus membros ou associados, à atividade jurisdicional, ou ainda da sociedade, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial (Moraes, 2001:166). Tal instituto é uma exceção a aquele antigo conceito de legitimação ordinária no qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio (art. 6 do CPC). Dessa forma, evita-se, a proliferação de demandas judiciais idênticas e a conseqüente demora na entrega da prestação jurisdicional. Nesse diapasão, a jurisprudência já consolidou que: As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do direito moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário, resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia. (STJ 1 seção MS n. 5.187/DF v.u. rel. Min Humberto Gomes de Barros, DJU, 29.06.1998, p.4)

A seguir, listamos e conceituamos tais princípios, de forma sintética, e a eles retornaremos, um a um, no momento que se mostrar oportuno durante a exposição deste trabalho.

3.5.1. Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional Coletiva

O princípio da inafastabilidade da jurisdição está explícito no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal¹¹⁷, dentro do capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Portanto, evidentemente que os direitos coletivos não podem ser excluídos da apreciação do judiciário, seja por disposição de lei ou omissão quanto à criação de instrumentos que possibilitem a concretização de tais direitos¹¹⁸.

¹¹⁷ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

¹¹⁸ “Convém recordar, a esse propósito, que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em correta interpretação do art. 5º, inciso XXXV, as CF ‘não assegura apenas o acesso formal aos órgãos, judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também ao acesso à ordem jurídica justa’. Os instrumentos processuais, neste sentido, devem ser vistos como orientados para promover a tutela dos direitos, mas tendo-se em mente que sua efetividade está também implicada com critérios de adequação e tempestividade.” (SALLES,

A referida garantia constitucional assegura a possibilidade de se fazer valer concretamente os direitos com utilização dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico¹¹⁹. O princípio da inafastabilidade da jurisdição coletiva está, portanto, intimamente relacionado a um dos principais objetivos da tutela coletiva, qual seja a efetivação do direito material coletivo¹²⁰, de modo a proibir que este deixe de existir por ausência de instrumento processual que, na prática, garanta a sua fruição¹²¹.

Com o reconhecimento pelo ordenamento jurídico dos direitos coletivos, pertencentes ao rol dos “novos direitos”, viu-se a necessidade de se criar instrumentos capazes de tutelá-los, ante a insuficiência dos mecanismos tradicionais de tutela dos direitos individuais¹²². Assim, o objetivo primeiro e imediato das ações coletivas foi o de propiciar instrumento adequado para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos e, conseqüentemente, para a efetivação do direito material coletivo¹²³, inclusive mediante ações que visam a implementação de políticas públicas¹²⁴.

Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In: *Processo Civil e Interesse Público*. O processo como instrumento de defesa social. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003, p. 49)

¹¹⁹ Conf. VENTURI, Elton, Op. Cit. p. 136.

¹²⁰ Conf. SALLES, Carlos Alberto de. Op. Cit., p. 137: “O significado da legitimação do Ministério Público e das associações para defesa dos interesses difusos e coletivos é exatamente esta: de servir de mecanismos institucionais para propiciar ou desencadear a defesa de determinados bens que, sem isso, permaneceriam sem proteção nos vários processos de decisão social, tanto nos de mercado, como naqueles relativos ao processo político. Analisando sob esses enforques, o problema ao qual responde proteção judicial dos interesses difusos e coletivos, na verdade, não é apenas aquele de ampliar o acesso à justiça, mas o de garantir o mecanismo institucional capazes de propiciar a efetiva defesa desses interesses, que poderiam ficar sem proteção nos outros processos decisórios da sociedade. Diversamente do que possa parecer à primeira vista, essa espécie de interesse não é majoritária em todos os contextos e sua proteção depende de instrumentos que corrijam uma natural tendência ao imobilismo em sua defesa.”

¹²¹ Isso porque um direito que não pode ser usufruído equivale a um direito inexistente. Conf. tb. ZANETI JR, Hermes, Op. Cit., p. 101: “Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo.”

¹²² Conf. VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 102: “É imprescindível, pois que se atente para uma nova realidade: à crise da tutela protetiva dos direitos individuais, submetidos a violações cada vez mais usuais e severas pelo próprio modo de ser da sociedade de massa, acrescentou-se a insuficiência (se não ausência) de meios de defesa dos chamados direitos meta-individuais, cuja efervescência é constatada desde pelo menos a segunda metade do século XX. (...). É preciso despertar para a alteração da referibilidade da garantia do acesso à justiça, que não contenta mais apenas com a defesa de direitos meramente individuais.”

¹²³ Conf. SALLES, Carlos Alberto de, Op. Cit., p. 47 e 48: “A efetividade da tutela jurisdicional tem sido definida nos termos do postulado de Giuseppe Chiovenda, a partir da afirmativa de que ‘na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter’. Esse postulado traduz o objeto ‘da máxima coincidência entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste a parte’, indicando a orientação finalista que aquele deve perseguir e expressando sua característica de instrumental, orientada para a ‘realização dos direitos’.

¹²⁴ Conf. GIDI, Antônio. Op. Cit., p. 33 e 34: “O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo direito material e promover as políticas públicas do estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo,

Além dessa forma judicial de efetivação do direito material, existe ainda um efeito extrajudicial na sociedade importante para a efetivação voluntária do direito material, conhecido na *common law* como *deterrence*¹²⁵, caracterizado pelo temor que uma ação visando a responsabilidade civil em massa provoca em potenciais infratores¹²⁶, desencorajando-os de praticar certos ilícitos que normalmente fariam caso concluíssem que não seriam punidos de uma forma integral e ampla.

No caso do mandado de segurança coletivo, a potencialidade de o *writ* coletivo produzir efeitos *erga omnes* tem o condão de produzir o mesmo efeito perante as autoridades públicas, desencorajando-as da prática de atos abusivos por temerem que uma só ação tome proporções gigantescas, tanto nos seus efeitos, quanto na repercussão social que pode causar.

A disciplina do mandado de segurança coletivo não foge a este objetivo de efetivação do direito material, devendo ela ser interpretada à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição coletiva.

3.5.2. Princípio do Amplo Acesso à Justiça

corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento voluntário do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (*deterrence*). (...) Assim, como observou Jack Weinstein, a mesma sociedade cuja organização gera a possibilidade de violação coletiva a direitos e interesses de um grupo deve criar instrumentos processuais para remediar, ou pelo menos desincentivar, a prática de tais ilícitos. (...). A *class action* é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo. Essa visão global e unitária da controvérsia permite ao judiciário levar em consideração todas as consequências da sua decisão, Na medida em que toma conhecimento de todos os diversos interesses existentes dentro do grupo e não somente dos interesses egoísticos das partes em uma ação individual. Ademais, obriga a parte que cometeu o ilícito coletivo a responder em juízo pela totalidade da conduta ilícita realizada contra a comunidade, o que potencializa a sua função de *deterrence*.”

¹²⁵GIDI, Antônio. Op. Cit., p. 36: “A simples possibilidade da tutela coletiva, e da conseqüente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas e resistam à tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma, estaria completamente em defesa e vulnerável (*deterrence*).”

¹²⁶“(...) é importante considerar que sob uma perspectiva sistemática, a tutela jurisdicional tem o significado de um recurso potencial, exercendo um importante papel simbólico para afastar o descumprimento da regra de direito material sem mesmo chegar a ser demandado.”

A tutela coletiva se apoia na premissa de que um sistema eficiente, além de propiciar a efetivação do direito material coletivo, contribui para o acesso à justiça¹²⁷ de membros do grupo que, de outro modo, seriam desestimulados a perseguir o seu direito por meio da tutela individual¹²⁸. O “amplo acesso à justiça”, como princípio, possui forte carga teleológica e axiológica, coincidente com um dos principais objetivos da tutela coletiva.

A análise da importância da aplicação deste princípio na tutela coletiva pressupõe, em primeiro lugar, uma reflexão acerca dos fatores que podem restringir o acesso de um cidadão à Justiça (ou a um provimento jurisdicional justo e eficaz). Para efeito de organização do raciocínio, passa-se a listar, sem pretensão de exaurimento e de forma bastante resumida, fatores que, em nossa opinião, podem desestimular um cidadão a mover um processo judicial para perseguir ou proteger um direito seu que eventualmente tenha sido violado.

Fatores Sociais: A falta de informação sobre direitos, não somente provocada pela alienação social e pela hipossuficiência de grande parte da população brasileira, mas também pela cada vez mais complexa teia de relações existente na sociedade moderna e na infinidade de leis editadas na tentativa de disciplinar tais relações, é, sem dúvida, um fator que pode dificultar o acesso dos cidadãos ao exercício de seus direitos. Antes de prosseguir-los, é necessário saber de sua existência¹²⁹.

Fatores Econômicos: Um processo judicial que exige contratação de advogados, pagamento de custas, diligências e perícias custosas para se provar os fatos alegados

¹²⁷O princípio do amplo acesso à justiça foi expressamente referenciado no projeto de Lei da Ação Civil Pública (PL nº 5.139/2009), oriundo do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que, infelizmente, foi rejeitado pela Câmara dos Deputados e se encontra paralisado, desde maio de 2010, aguardando julgamento de Recurso nº 394/2010, apresentado pelo Dep. Antônio Carlos Biscaia (recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados contra apreciação conclusiva pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC ao Projeto de Lei nº 5.139/2009 de Autoria do Poder Executivo, nos termos do Artigo 58, §2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 c/c os Artigos 58, §§1º e 3º e 132, §2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

¹²⁸ Conf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 413.

¹²⁹ Conf. GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 31: “A ação coletiva também pode proporcionar a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que nem mesmo sabem que seus direitos foram violados ou não possuem a iniciativa, independência ou organização necessárias para fazê-los valer em juízo. Potenciais beneficiários são crianças, deficientes físicos ou mentais, pessoas pobres ou de pouca educação ou simplesmente ignorantes dos fatos ou dos seus direitos.”

certamente ficará longe do acesso dos menos favorecidos economicamente. Não obstante a previsão legal de “assistência judiciária”, a realidade é que, na prática, se dependerem do auxílio do Estado, em determinadas situações alguns procedimentos não terão muita eficácia.

Fatores Psicológicos: Litigar contra poderosos, especialmente contra o Estado ou outra pessoa de quem o jurisdicionado é, em qualquer aspecto, dependente, exige do mesmo uma certa dose de ousadia e coragem. O temor de sofrer represálias ou de perseguição pela parte contrária também é fator de desestímulo para uma pessoa perseguir determinado Direito perante o Poder Judiciário¹³⁰. Com grande sensibilidade para problema, GIDI afirma que (Op. Cit. p. 31) “a ação coletiva é um dos poucos instrumentos que o homem comum tem contra quem comanda o *status quo*. A ação coletiva reestabelece o equilíbrio entre o indivíduo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, na medida em que proporciona uma igualdade de armas e do poder de barganha.”.

Fatores Pessoais: A falta de iniciativa da parte em iniciar um processo judicial (que na maioria das vezes pode ser trabalhoso e exigir da parte disposição para lutar por seus direitos), pouco importando o motivo, seja preguiça ou simplesmente desmotivação provocada pela descrença no resultado prático da demanda ou mesmo na eficácia do Poder Judiciário, também é fator inibidor do acesso à Justiça.

Falta de informação, falta de iniciativa, hipossuficiência econômica e temor de represálias, especialmente quando se litiga contra o poder público ou poderosas autoridades públicas (no caso do mandado de segurança), são fatores que impedem a reparação do direito violado e podem ser evitados mediante a impetração de um mandado de segurança coletivo por uma associação civil.¹³¹

¹³⁰ Conf. GIDI, Antonio, Op. Cit., p. 31: “A ação coletiva também pode tutelar os interesses de pessoas temerosas de enfrentar diretamente o responsável pela conduta ilícita, com receio de represálias ou porque mantêm com ele uma relação que não querem ou não podem interromper. São os casos, por exemplo, das ações coletivas trabalhistas e em proteção de franqueados numa relação de franchising.”

¹³¹ Conf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p. 413; CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian, Op. Cit., p. 49; e GIDI, Antônio, Op. Cit., p. 26, para quem “a existência de um sistema de tutela coletivo amplo e eficiente auxilia no equilíbrio entre os indivíduos e o governo.”

Portanto, as regras do mandado de segurança coletivo também devem ser interpretadas à luz do princípio do amplo acesso à justiça, e tal interpretação não pode representar, sob nenhum aspecto, limitação de tal acesso a qualquer dos membros do grupo titular do direito violado.

3.5.3. Princípio da Indivisibilidade da Tutela Coletiva e Princípio da Isonomia.

A tutela coletiva, por sua própria natureza, não admite divisão ou fracionamento. A afirmação é facilmente aceitável para os direitos essencialmente coletivos, em razão da indivisibilidade de seu objeto. Também no caso dos direitos individuais homogêneos, o grupo, formado por pessoas ligadas por direito de origem comum e decorrente de sua atividade, deve ser enxergado como uma molécula única¹³².

Não faria qualquer sentido falar em tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e ao mesmo tempo aceitar qualquer interpretação da lei que provoque uma divisão processual e consequente multiplicação do litígio. A tutela, caso dividida, perde sua principal característica, indo contra suas finalidades e valores mais caros¹³³.

Essa é uma das razões pela qual a tutela de massa utiliza a técnica da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, para atingir todos os indivíduos prejudicados. A extensão dos efeitos da coisa julgada para aqueles que não foram partes no processo mantém a unidade da tutela coletiva, propiciando um tratamento isonômico para todos os membros do grupo e colaborando no atingimento de algumas de suas aspirações. Dessa forma, a tutela coletiva evita a proliferação dos litígios, impede a consolidação de decisões conflitantes, auxiliando também para a economia processual e descongestionamento da máquina do judiciário.

¹³² Sobre tratamento molecular do litígio conf. WATANABE, Kazuo, *Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense*, Revista de Processo: RT, v. 17, n.67, jul./set. 1992) e DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 35

¹³³ Sobre indivisibilidade da tutela conf. LEONEL, Ricardo Barros. Manual de processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259 e DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 148 e GIDI, Antônio, Op. Cit.

Importante ainda ressaltar que, ao garantir um tratamento igualitário para as pessoas que se encontram em iguais condições, a tutela coletiva concretiza ainda um outro princípio não menos importante, qual seja o princípio da isonomia.

No processo coletivo, a condição de igualdade do direito dos membros do grupo substituído é incontestável, ou melhor, é inerente a própria qualidade de membro do grupo, mesmo para o caso dos direitos individuais homogêneos, pois neles estamos falando de grupo formado por pessoas ligadas por direito de origem comum¹³⁴.

Se o direito não tiver a mesma origem significa que seu titular não é membro do grupo e, logicamente, não será atingido pela coisa julgada da sentença eventualmente proferida no processo¹³⁵. Ao revés, ou seja, se determinada pessoa possuir direito originado do fato lesivo discutido na lide coletiva, deverá necessariamente ser atingida pela sentença coletiva, independentemente de seus atributos pessoais ou eventual vínculo com a autora ideológica da ação (por exemplo, ser membro da associação que moveu a ação coletiva).

3.5.4. Reflexos da Aplicação dos Princípios na Pacificação Social e na Economia Processual

Os dois princípios apontados neste item 3.5.3 (Princípio da Indivisibilidade do Objeto da Tutela Coletiva e Princípio da Isonomia) têm importante papel na concretização de importantes aspirações da tutela coletiva, quais sejam a de se evitar decisões conflitantes e provocar uma sensível economia processual.

O fato de evitar a coexistência de decisões conflitantes pode ser considerado mera consequência da tutela coletiva, e não como objetivo das ações coletivas¹³⁶. Contudo, em se tratando de uma consequência extremamente positiva para o Direito, é inegável que esta passou a ser um objetivo e uma justificativa para adoção de um

¹³⁴ Conf. DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes., Op. Cit, p. 78-79.

¹³⁵ Sobre a violação do princípio da isonomia em casos de restrição da expansão *erga omnes* ou ultra partes da sentença proferida em ação coletiva conf. VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 430 e 431 e DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes., Op. Cit, p. 148.

¹³⁶ Conf. GIDI, Antonio, Op. Cit., p. 26: “A utilização da ação coletiva também produz uniformidade no tratamento da controvérsia coletiva, na medida em que evita a coexistência de decisões teoricamente conflitantes. Isso, todavia, é muito mais uma sua consequência do que propriedade um objetivo das *class actions*.”

sistema de tutela coletiva, não obstante não ter sido historicamente seu objetivo primário.

Mesmo para aqueles que enxergam ser positivo o debate provocado por decisões conflitantes em primeira instância, a realidade é que em nome da homogeneidade e segurança na prestação jurisdicional, tais decisões conflitantes deveriam ser pacificadas em última instância por um tribunal superior, o que nem sempre acontece ante as armadilhas existentes nas normas processuais, que muitas vezes impedem o conhecimento de recursos e provoca o conflito de decisões prolatadas por um mesmo órgão do Poder Judiciário. Assim, a característica de evitar a coexistência de decisões conflitantes se tornou uma das principais justificativas para a adoção de um sistema de tutela coletiva, visando, sobretudo, a segurança jurídica e da paz social.

Outro reflexo não menos importante que a aplicação dos citados princípios produz no ordenamento jurídico é o de propiciar uma acentuada economia processual. A economia processual trazida pelo manejo de uma ação coletiva no lugar de dezenas ou milhares de ações individuais é inegável¹³⁷.

Aumentar a eficiência do Poder Judiciário, com a redução do número do processo, bem como propiciar economia de tempo e dinheiro para os envolvidos na lide (tanto para o autor, quanto para o Réu¹³⁸) pode ser considerado uma das mais esperadas consequências da adoção de um sistema eficiente de tutela coletiva.

Tal economia produz efeitos tanto para o jurisdicionado, que se vê livre do pagamento de custas e honorários de advogado, refletindo diretamente em seu acesso à justiça (princípio já anteriormente abordado), quanto para o Poder Judiciário, que, além de ficar menos congestionado — por se evitar eventuais enxurradas de processos da

¹³⁷ “Dentro da linha de economia processual e da tutela aos direitos coletivos ou de grupo, o mandado de segurança, segundo a Constituição de 1988, pode ser manejado não só singularmente, mas também de forma coletiva. (...) Atende-se, também, ao princípio da economia processual, resolvendo numa única decisão um grande número de pretensões individuais.” (THEODORO JR., Humberto. “O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009”, Editora Forense, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 2009, pp. 45 e 46).

¹³⁸ Não obstante o temor de uma condenação em massa, se pensado friamente com olhares somente para o custo de promoção da defesa em diversos processos individuais, a ação coletiva é mais econômica também para o Réu, já que as despesas com advogados, custas processuais e tempo despendido no planejamento das defesas, coleta de documentos e comparecimento a audiências serão muito menores em um único processo do que em vários menores.

mesma origem — pode dedicar-se a uma única ação de modo a solucionar a “crise de massa” com mais eficiência e rapidez, o que reflete diretamente no princípio da duração razoável do processo¹³⁹.

Desde as suas origens, a expectativa de economia justificou a implantação de sistemas de tutela coletiva em diversos países de diferentes sistemas jurídicos¹⁴⁰. No Brasil não foi diferente e não obstante outros objetivos da mesma envergadura terem justificado a adoção no país de um sistema de tutela coletiva, a preocupação com o descongestionamento do Judiciário parece ser, para este poder, a pedra fundamental justificadora da manutenção e aprimoramento do sistema.

Nos Estados Unidos, a preocupação com a eficiência pode ser considerado um dos pressupostos fundamentais do sistema processual civil moderno¹⁴¹, apesar das críticas daqueles que supervalorizam os dogmas criados pelo processo civil individual durante o liberalismo¹⁴², como também ocorre no Brasil.

Tais críticas, contudo, não tem o condão de alterar a conclusão de que as ações coletivas proporcionam uma inegável economia processual, sendo que o aprimoramento do sistema de tutela coletiva deve ser parte do conjunto de medidas visando a solução

¹³⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁴⁰ GIDI, Antônio. Op. Cit., p. 26.: “(...), a necessidade de promover economia processual é um objetivo que está nas origens das ações coletivas do sistema inglês da *Equity*, sendo um dos principais motivos para o surgimento das *Bill of Peace*. As ações coletivas promovem economia de tempo e de dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o Judiciário e para o réu. Para o grupo-autor, a economia proporcionada pela tutela coletiva é manifesta. Afinal, tanto o custo absoluto de litigar a controvérsia coletiva é reduzido à despesa de uma única ação, como tais despesas podem ser rateadas proporcionalmente entre os membros do grupo. A possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos. Como disse Stephen Yeazel, as ações coletivas são uma espécie “aspirador de pó judicial”, que suga ações individuais semelhantes e alivia o trabalho dos tribunais.”

¹⁴¹ “A third fundamental assumption of modern American procedure is efficiency. At one level, it is difficult to disagree with the notion that a procedural system should be as costless as possible; the costliness of litigation can often distort a person’s incentives to act in socially appropriate ways, can force some plaintiffs with small but meritorious claims to decide not to sue, and (conversely) can blackmail some defendants into settling claims that lack merit purely in order to avoid litigation expenses.” (TIDMARSH, Jay and TRANGSRUD, Roger H., “Complex Litigation. Problems in Advanced Civil Procedure”. Foundation Press, New York, 2002, p. 4).

¹⁴² “Many people, however, resist an undue emphasis on efficiency. Some assert that claims of distorted incentives and blackmail are overdrawn. Others reject the law-and-economics project generally, or else argue that too much zeal in trying to make the system run efficiently sacrifices other rights and values — such as litigant autonomy, individualized adjudication of claims, restrained judicial power, and jury trial — that are not easily quantified.” (Ibidem, p. 4).

do problema de eficiência do Poder Judiciário. Até porque, o excessivo número de processos judiciais e o longo tempo com que os mesmos levam para atingir uma decisão definitiva é alvo de preocupação de todos os operadores do direito, temerosos que, em curto prazo, possa haver um completo colapso do sistema judiciário, a ponto de impedir a sua principal finalidade, qual seja a entrega de uma prestação jurisdicional com resultado justo e em prazo razoável.

3.6. Síntese do capítulo

Nesse capítulo apresentamos as principais fontes do mandado de segurança coletivo que devem ser visitadas para a adequada interpretação dos artigos 21 e 22, da Lei nº 12.019/2009, e correta identificação dos limites subjetivos da coisa julgada nos *writs* coletivos impetrados pelas associações civis. No capítulo seguinte será abordada a forma de utilização dessas fontes nos diversos métodos de interpretação (hermenêutica jurídica clássica), identificando-se os elementos adequados para a solução da questão em estudo.

4. O MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELAS ASSOCIAÇÕES CIVIS NO INTERESSE DE SEUS ASSOCIADOS PODE SER AÇÃO COLETIVA OU AÇÃO INDIVIDUAL EM LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO.

4.1. Importância e objetivo do capítulo.

O mandado de segurança coletivo, quando impetrado pelas associações civis, é uma espécie de ação do gênero coletiva¹⁴³. Assim sendo, suas normas merecem ser interpretadas levando em consideração essa premissa. Conforme já visto no capítulo anterior, por se tratar de ação coletiva, são aplicáveis ao mandado de segurança coletivo todas as normas existentes no microsistema de tutela coletiva, desde que não sejam incompatíveis com a natureza do mandado de segurança.

Ocorre que as associações também podem propor mandados de segurança em seu próprio benefício ou em favor de seus associados, individualmente considerados, mediante expressa autorização destes. Com isso, em muitas hipóteses pode haver dificuldade em se identificar a verdadeira natureza jurídica de um mandado de segurança, pois não é a pluralidade de sujeitos o que define a natureza coletiva de uma ação. Na lição de BARBOSA MOREIRA:

A primeira ideia que pode ocorrer ao nosso espírito é a de um processo em que se verificasse uma acumulação subjetiva de ações, referentes a pessoas distintas, e que daria lugar, naturalmente, a uma estrutura litisconsorcial. Na verdade não é disso, porém, que se trata. Com a expressão ‘Ações coletivas’ não quero designar aqui esse fenômeno. Estou aludindo a matéria litigiosa, não a estrutura subjetiva do processo, mas ao próprio litígio que vai ser objeto de apreciação pelo Juiz; [...] (BARBOSA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na*

¹⁴³ Conf. ZANETI, Hermes, Op. Cit. p. 92; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de segurança: uma apresentação*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, v. 1, p. 197; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. Saraiva, 1995, p. 79-80; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 90. Por tal razão, é no mínimo estranho o comentário de Rodolfo Camargo Mancuso sobre o mandado de segurança coletivo: “Impende reconhecer que o processo coletivo não é uma modalidade ou um modo de ser do processo individual (como se passa com o mandado de segurança coletivo em face de seu congêneres individual – Lei 12.016/2009, art. 22), [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Op. Cit., p. 110).

Constituição Federal de 1988, Revista de Processo nº 61, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 187)

Neste capítulo, discorreremos sobre a técnica de identificação da verdadeira natureza jurídica do mandado de segurança quando impetrado por associações civis, através de um raciocínio lógico para identificação do *writ* em suas espécies individual e coletiva.

A tarefa é importante e auxiliará na interpretação do correto sentido dos artigos 21 e 22 da Lei nº 12.016/09, já que estes dispositivos, que regulam o mandado de segurança coletivo, não poderão ser interpretados em sentido que possa retirar a característica coletiva do *writ*.

4.2. O juízo de identificação do mandado de segurança coletivo.

Identificar a natureza coletiva de uma demanda pode aparentar ser uma missão relativamente simples. Contudo, em certos casos, algumas armadilhas podem dificultar a tarefa e levar à equívocos na propositura ou recebimento de demandas de índole eminente individual como se coletiva fossem, e vice-versa.

Alguns critérios que aparentemente poderiam identificar uma demanda merecem ser afastados, pois não constituem modo seguro para tal desiderato.

Um critério que poderia ser utilizado seria identificar a ação a partir de seu nome. Muito óbvio! O *nomen juris* utilizado pelo autor da ação na inicial pode até, de início, guiar e facilitar a sua identificação. Contudo, o nome não identifica com segurança nem mesmo a espécie processual escolhida pelo demandante para veicular sua pretensão, já que equívocos na denominação de uma ação podem ser cometidos, o que afastaria uma identidade entre nome e o procedimento-pretensão.

Assim, o *nomen juris* estampado na inicial não identifica a real natureza jurídica da ação¹⁴⁴ e uma ação cuja petição inicial eventualmente tenha recebido

¹⁴⁴ Conf. OLIVEIRA, Bruno Silveira. *O Juízo de Identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pg. 69.

equivocadamente o adjetivo “coletiva” ou mesmo ter sido cadastrada equivocadamente com tal nome, pode possuir natureza eminentemente individual.

Portanto, não é porque a petição inicial intitula a ação como uma das espécies do gênero “coletiva” que esta deve ser tratada automaticamente como tal.

A jurisprudência dos tribunais superiores não tem vacilado em reconhecer a verdadeira natureza individual das ações propostas sob o nome e forma de ação coletiva, nos casos em que a pretensão, por ter como objeto direito subjetivo individual, deveria ter sido lançada na forma típica da tutela individual de direitos¹⁴⁵.

Da mesma forma, a qualificação da parte¹⁴⁶ também não constitui elemento correto de identificação de uma ação coletiva, pois não é o fato de a ação ter sido proposta por um dos legitimados coletivos, entre eles as associações civis¹⁴⁷, que a definirá como tal.

¹⁴⁵Conf. a decisão da Quarta Turma do STJ, no REsp 184986/SP, Relator parta acórdão Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 14/12/2009. Extrai-se do voto do relator o seguinte: “Não há nenhuma dúvida de que as associações de defesa do consumidor, instituídas na forma do artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, são legitimadas para proposição de ações coletivas que visem a defesa de interesses tidos por individuais homogêneos. Essa é a jurisprudência tranqüila desta Corte, de que são exemplos os seguintes julgados: Ag n. 493.452-PR, REsp n. 951.154-RS, REsp n. 805.277-RS, REsp n. 879.773-RS, entre tantos outros. Inclusive, quanto à questão de fundo, este Tribunal já julgou ações propostas pelo Ministério Público que tinham por fundamento o desconto de mensalidades escolares com base no Decreto-Lei n. 3.200/41, tendo decidido pela improcedência da ação, visto que o artigo 24 do referido Decreto encontra-se revogado (precedentes: REsp n. 38.880-SP, REsp n. 72.413-SP e REsp n. 168.339-SP). Todavia, a hipótese dos autos contempla uma peculiaridade, qual seja: a presente ação não é coletiva, mas individual. E a norma consumerista é específica ao conferir legitimidade a associações para postularem em nome próprio nas hipóteses em que a ação proposta seja coletiva. Observe-se: 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: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: 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. Dessa norma, percebe-se que não há previsão de substituição processual extraordinária para defesa de interesses particulares por meio de ações individuais, como ocorre na espécie. Não se trata apenas de mero formalismo com o nome atribuído à presente ação, mas dos contornos a ela conferidos pelo autor, que sonheou a feição metaindividual ao feito, conforme bem explicitado no acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.”

¹⁴⁶Os legitimados para propor e contestar ações coletivas foram “escolhidos” pelo legislador e encontram-se elencados nas leis que integram o microsistema de tutela coletiva, especificamente no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (ACP) e no artigo 82, da Lei nº 8.07890 (CDC).

¹⁴⁷As associações civis são legitimadas a representar seus associados em processos individuais, como representante processual, desde que autorizadas, conforme disposto no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, que diz: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”. Para propor demandas coletivas, as associações civis atuam como legitimados coletivos, defendendo todos os titulares do direito afetado,

Isso porque os legitimados podem propor tanto ações individuais, no interesse próprio, ou, em certos casos, representando¹⁴⁸ o interesse individual de seus membros (como no caso das associações), quanto ações coletivas, defendendo todos os membros do grupo atingido pelo fato danoso.

Portanto, o aspecto subjetivo da ação, ou seja, quem figura no pólo ativo da demanda (ou passivo, nas ações coletivas passivas) também se mostra insuficiente para a identificação da sua espécie.

Também a espécie processual utilizada pela parte (forma processual eleita¹⁴⁹) não constitui meio seguro para se identificar uma ação como coletiva. Uma ação discutindo direito eminentemente individual heterogêneo pode ter sido equivocadamente proposta como Ação Civil Pública e seguir o rito especial de tal ação¹⁵⁰, sem que tal fato tenha o condão de caracterizá-la como coletiva.

Analisando o “ato postulatório” sob o prisma de demandas de natureza eminentemente individuais, o que revela a natureza jurídica e, conseqüentemente, identifica a demanda, é o conteúdo da postulação, identificado pelo pedido e pela causa de pedir¹⁵¹.

Assim, a identificação da natureza jurídica de uma ação deve ser feita por meio da análise do conteúdo da demanda (conjugação do pedido e da causa de pedir), aqui

independentemente de sua autorização, desde que preencham os requisitos legais. Conf. alíneas “a” e “b”, do inciso V, do artigo 5º, da Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e alínea “b”, do inciso LXX, do art. 5º, da Constituição da República.

¹⁴⁸ O entendimento de que as associações atuam como substituto processual na fase de conhecimento das ações coletivas e como representante processual em ações individuais (ou na fase de liquidação e execução de sentença proferida em ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos) soa uníssono na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No ponto, confira a decisão da Primeira Turma do STJ no AgRg nos EDcl no REsp 1085517/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, publicado no DJ de 01/10/2010. O tema será abordado com mais profundidade no capítulo 6.

¹⁴⁹ Para efeito deste estudo, utilizaremos o conceito de forma como “via processual” ou “procedimento”, não obstante o termo importar outras significações.

¹⁵⁰ Como, por exemplo, nas ações civis públicas propostas pela União, Estado ou Município a pretexto de perseguir interesse público, quando, na realidade, estão apenas perseguindo interesse público secundário, qual seja a proteção e defesa de seu patrimônio. Outro exemplo seria uma associação ou sindicato propor ação coletiva para defesa de supostos direitos individuais homogêneos do grupo, quando, na realidade, tais direitos não possuíssem a homogeneidade necessária a caracterizar um direito da espécie coletivo.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Op. Cit., pg. 110/111.

entendida como ato postulatório. A análise conjugada do pedido e da causa de pedir é importante pois “há certos casos nos quais um ato postulatório – em razão da pretensão nele contida – logra subsumir-se a dois meios processuais distintos”¹⁵². Nestes casos, o pedido é fator fundamental para a correta identificação da demanda.

A técnica também é pertinente para identificação das ações coletivas, podendo ocorrer pequena variação dependendo da espécie do direito coletivo discutido na lide. Assim, se torna importante, antes de nos aprofundarmos no assunto, um breve passeio pelas espécies de direito coletivo previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Objetivamente, a legislação¹⁵³ classifica – dentro de uma perspectiva de direito material, visando organizar, conceituar e facilitar a compreensão do que sejam direitos coletivos, e “dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalização e efetiva realização”¹⁵⁴ – os direitos coletivos *lato sensu* nas espécies: a) direitos difusos; b) direitos coletivos *stricto sensu*; e c) direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato¹⁵⁵. Da mesma forma, os direitos coletivos *stricto sensu* também são transindividuais e indivisíveis, com a única diferença de que seus titulares são grupos (determináveis) formados por pessoas (indeterminadas) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Para conceituar essas duas espécies de direitos coletivos, o legislador utilizou um critério objetivo (objeto transindividual e indivisível), socorrendo-se, contudo, a um

¹⁵² OLIVEIRA, Bruno Silveira de., Op. Cit. pg. 115.

¹⁵³ Parágrafo Único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor: “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 indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁵⁴ Conf. ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., *freddie*, “Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, volume 4, Salvador, Editora Podium, 6ª edição, 2011, pg.87.

¹⁵⁵ *idem*, pg. 76;

critério subjetivo para diferenciá-los¹⁵⁶ (sujeitos ligados por circunstâncias fáticas ou por relação jurídica).

Em razão de seu objeto indivisível e transindividual, os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu* reclamam tutela coletiva, até porque, *independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é, que a satisfação de um sujeito implica a satisfação de todos eles*¹⁵⁷. Por isso, a doutrina passou a denominá-los *direitos essencialmente coletivos*¹⁵⁸, contrapondo os *direitos acidentalmente coletivos*, como foram chamados os direitos individuais homogêneos dentro dessa esquematização doutrinária¹⁵⁹.

Os direitos chamados pela doutrina de acidentalmente coletivos são os direitos individuais homogêneos, pois, em sua essência, tais direitos são individuais (objeto individual e divisível), somente sendo tratado processualmente de forma coletiva¹⁶⁰ por vontade do legislador. Justifica-se esse tratamento em razão do interesse público e social de se tutelar tais direitos coletivamente.

Feitas essas breves considerações sobre as diversas espécies de direito coletivo, passa-se a técnica de identificação de uma demanda como coletiva.

No juízo de identificação de demandas *essencialmente* coletivas, o pedido formulado na ação (pretensão) tem relevância para a identificação da espécie processual de tutela coletiva que se pretende¹⁶¹, mas não serve de regra para, isoladamente,

¹⁵⁶ “[...], vemos que o legislador tinha a opção de definir os direitos coletivos a partir de seu aspecto objetivo (objeto) ou pelo seu aspecto subjetivo (sujeito). Preferiu mesclar a utilização de ambos os critérios.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha, Op. Cit., p. 44/45).

¹⁵⁷ Idem, p. 45. Por tal razão, focaremos o objeto dessa pesquisa aos casos de mandado de segurança coletivo para proteção de direitos individuais homogêneos, já que nos casos onde se discute direitos coletivos *stricto sensu* os efeitos da sentença será *erga omnes* em razão da indivisibilidade do objeto, pouco importando eventual limitação da eficácia da coisa julgada imposta pelo legislador.

¹⁵⁸ “No art. 81, parágrafo único, podem-se identificar os direitos ou interesses essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos. (idem, p. 45); “Em conhecida esquematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos).” (ZANETTI JR., Hermes e DIDIER JR., *freddie*, Op. Cit., pg. 75).

¹⁵⁹ Expressões inauguradas com felicidade na doutrina de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, 3ª série, p. 197).

¹⁶⁰ Conf. COSTA, Daniel Carnio. p. 39.

¹⁶¹ Conf. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. “O Juízo de Identificação de demandas e de recursos no processo civil”, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pg. 115/116.

classificar uma demanda como coletiva. O pedido, isoladamente, não constitui uma fonte segura de identificação da demanda como coletiva, pois este pode ter sido fruto de equívoco do autor, ao analisar mal a natureza do direito subjetivo violado (se individual ou coletivo).

Por outro lado, em uma ação proposta por um cidadão sob as vestes de “individual”, uma correta análise do direito subjetivo violado poderá demonstrar que ele tem natureza transindividual e indivisível, e, desta forma, somente poderá ser formulado em uma ação coletiva. Essas ações necessariamente geram efeitos sobre toda uma comunidade, como, por exemplo, nas ações propostas individualmente para fazer cessar a poluição causada por determinada empresa ou ainda a ação do sócio visando anular uma deliberação assemblear (exemplo conhecido de litisconsórcio unitário facultativo). Na realidade, tais ações são pseudoindividuais, pois produzem efeitos coletivos, ante a indivisibilidade de seu objeto¹⁶².

Portanto, a análise da natureza do direito subjetivo extraído da causa de pedir (causa de pedir remota – fatos; e causa de pedir próxima – fundamentos jurídicos), ou seja, a análise da subsunção dos fatos narrados na inicial à norma jurídica que fundamenta o direito do autor, motivadora do aparecimento do direito subjetivo material da parte, constitui critério seguro, mesmo que isoladamente, de identificação de uma demanda como *essencialmente* coletiva.

Se o direito subjetivo material da parte se encaixar em qualquer das descrições conceituais de direitos essencialmente coletivos previstas no *microsistema* de tutela coletiva, ou seja, direitos difusos e coletivos *stricto sensu*¹⁶³, então forçoso concluir tratar-se de uma ação coletiva, pois visa tutelar “direito subjetivo coletivo”¹⁶⁴, sem que haja necessidade de também se analisar o pedido formulado pela parte.

¹⁶² Conf. ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie, “Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, volume 4, Salvador, Editora Podium, 6ª edição, 2011, pg. 94.

¹⁶³ Incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor e incisos I e II, do PU, do art. 21, da Lei nº 12.016/09.

¹⁶⁴ Antonio Gidi esclarece: “É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. (...) Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas a sua

Com isso pretende-se dizer que uma ação que tenha por objeto “direito subjetivo coletivo” será necessariamente coletiva, pois nela somente poderão ser formuladas pretensões de natureza coletiva.

Para melhor compreensão do raciocínio, imagine-se o seguinte exemplo: um cidadão comum propõe uma ação ordinária visando impedir a atividade de uma certa indústria, com fundamento exclusivo em seu direito a um meio ambiente equilibrado. A ação, não obstante não receber nenhum rótulo de coletiva (*nomen iuris*), não ter forma ou seguir procedimento típico/especial de ação coletiva, e não ter sido proposta por um ente legitimado para a propositura de ação coletiva, é, sem dúvida, uma ação coletiva, pois o direito subjetivo discutido no processo é coletivo, ante a sua subsunção a norma prevista no inciso I, do parágrafo único, do artigo 81, do CDC e do inciso I, do artigo 1º, da LACP.¹⁶⁵ Evidentemente que o neste exemplo o pedido formulado tem natureza coletiva (pretensão coletiva), contudo este sequer precisou ser analisado para que a ação fosse identificada como coletiva.

Uma vez identificado o direito subjetivo como essencialmente coletivo (difusos e coletivos *stritu sensu*), está identificada a verdadeira natureza jurídica da ação e sua

propositura.” (GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 22-23). No mesmo sentido, Zaneti e Didier: “... temos a absoluta novidade, frente à teoria geral do direito, de admitir um direito subjetivo com titulares coletivos, portanto, um direito subjetivo coletivo, contrariando os dogmas e a finalidade genética dos direitos subjetivos individuais pensados a partir do séc. XV na Europa.” (ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie, Op. Cit., pg. 84).

¹⁶⁵Note-se que neste caso a ação, identificada como coletiva, não poderia prosseguir sob o patrocínio de um cidadão comum, devendo o juiz providenciar a intimação de algum legitimado coletivo para, querendo, assumir o seu pólo ativo, ou extinguir o processo sem julgamento do mérito em razão da ilegitimidade ativa ad causam. Sobre o tema, Kazuo Watanabe, ao comentar o caso das ações individuais propostas para modificação das tarifas telefônicas, sustenta que: “Muito erros têm sido cometidos na *praxis* forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incidível.” (...) “Resulta de todas essas considerações que qualquer comando judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia. Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade. As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em razão da natureza incidível da relação jurídica substancial” (WATANABE, Kazuo, “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”. Revista de Processo, p. 33-34)

espécie como coletiva, sem qualquer necessidade de análise da pretensão, que necessariamente terá natureza coletiva, seja qual for o pedido formulado pelo autor.

Entretanto, em uma demanda acidentalmente coletiva, ou seja, onde se discutem direitos individuais homogêneos, a situação tem uma ligeira diferença.

A diferença reside justamente no fato de que os direitos individuais homogêneos, por serem divisíveis, podem ser tutelados em processos individuais. Assim, para tutelá-los, a associação pode optar por propor uma ação individual em nome de seus associados (desde que expressamente autorizada), representando-os no processo, ou uma ação coletiva, no interesse dos associados, porém defendendo todo o grupo atingido, que poderá ser um grupo maior do que o grupo de associados, desde que existam titulares do direito que eventualmente não possuam vínculo com a associação, o que é muito comum.

Por tal razão, a análise isolada do direito subjetivo não é suficiente para identificar a demanda como coletiva no caso dos direitos individuais homogêneos. Neste caso, o critério conjugado (causa de pedir + pedido) deverá ser necessariamente utilizado, já que a tutela pretendida pela associação (se individual ou coletiva) é fundamental para a identificação da natureza jurídica da ação.

Assim, em primeiro lugar deve ser identificada a natureza do direito subjetivo (se individual ou coletivo) a que se busca tutela.

No caso dos direitos individuais homogêneos há de ser verificado se estes, por suas características (origem comum e dimensão), realmente reclamam uma tutela coletiva¹⁶⁶ (interesse social), o que deve ser verificado caso a caso¹⁶⁷. A jurisprudência

¹⁶⁶ Na lição de Marcelo Abelha Rodrigues: “A homogeneidade existe em razão de um conceito relacional, que, segundo pensamos, em relação ao sistema processual coletivo, deve ser feito sob a luz de um aspecto quantitativo e outro qualitativo. O qualitativo é o de que devem possuir uma origem comum (não necessariamente idêntica), compreendida sob o aspecto da causa de pedir próxima e remota. O quantitativo diz respeito ao fato de que tais interesses homogêneos devam possuir, efetivamente, uma considerável extensão aos indivíduos, de tal forma que seja lícito atribuir-lhes um caráter de ‘homogêneos’, portanto com dimensão social que justifique, pois, um tratamento coletivo.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha, Op. Cit., p. 52-53).

¹⁶⁷ Mesmo nos casos onde houver pedido de condenação genérica (que, em tese, indicaria uma ação proposta com fundamento em direito individual homogêneo), há de ser investigada se o direito subjetivo discutido realmente possui a extensão necessária para justificar o interesse social na tutela coletiva. Caso

do Superior Tribunal de Justiça formou-se no sentido de somente reconhecer natureza coletiva a direitos decorrentes de origem comum quando, pela dimensão de sua homogeneidade, estiver caracterizado um interesse social em tutelá-los coletivamente.

Identificado o direito subjetivo como individual homogêneo, portanto, coletivo, deve também ser analisado o pedido formulado pela associação, a fim de identificar se a pretensão foi coletiva (pedido em favor de todo o grupo) ou individual (em favor dos associados, que, nesta hipótese, estariam organizados em litisconsórcio multitudinário e representados pela associação).

Em ação coletiva proposta por associação um pedido formulado somente em favor dos associados descaracterizaria a ação como coletiva, pois a tutela de massa deve possuir a capacidade de tutelar integralmente os direitos lesados, sem fracionamento ou qualquer tipo de divisão que caracterizaria um tratamento atomizado da ação, típico do processo individual implantado pelo Estado liberal¹⁶⁸.

Qualquer demanda que tiver por objeto direitos individuais homogêneos deve tutelar integralmente (tratamento molecular) todos os direitos lesados. Caso não o faça, perderá característica essencial de ação da espécie coletiva, não obstante poder ter recebido equivocadamente o *nomen iuris* de uma ação coletiva típica.

Note-se que uma vez que uma ação proposta sob as vestes de “coletiva” seja caracterizada como “individual”, para ela valerão as regras do processo individual, e não do coletivo. Assim, em uma ação proposta por uma associação com apoio nas regras das ações coletivas (substituição processual, sem necessidade de autorização) que

a resposta aflore negativa, então a ação deverá ser considerada da espécie individual. Para Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.: “Há de se atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos das características de ‘predominância das questões comuns sobre as individuais’ e da ‘utilidade da tutela coletiva no caso concreto’ que denotam e caracterizam os direitos individuais homogêneos e possibilitar a formação dessas *ações pseudocoletivas*.” (ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie, Op. Cit., pg. 97); E ainda, conforme entendimento de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “[...] uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma de ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado *concentra-se* no acolhimento de uma tese *geral*, referente a determinados fatos, que *pode* aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”(ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos: Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114).

¹⁶⁸ Conf. ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie, Op. Cit., pg. 32/35.

eventualmente seja considerada de natureza individual em razão do pedido formulado somente em benefício dos associados, a natureza da legitimação deverá ser necessariamente reconhecida como “representação processual”, sendo coerente exigir-se da associação autorização expressa para propositura da ação.

Portanto, no juízo de identificação da demanda acidentalmente coletiva não se pode perder de vista que “direitos subjetivos individuais homogêneos”, não obstante do ponto de vista processual merecerem e reclamarem tutela coletiva, possuem natureza material essencialmente individual, razão pela qual o juízo de identificação das demandas fundadas em tais direitos deve ser feito mediante a necessária análise conjugada do pedido e da causa de pedir.

Tanto demandas acidentalmente coletivas, quanto demandas individuais¹⁶⁹, podem ter por objeto direitos individuais homogêneos e, portanto, estarem fundadas em direitos subjetivos individuais. Assim, neste caso, há necessidade de conjugação dos critérios material e processual sugeridos por ANTONIO GIDI (análise da espécie de direito subjetivo envolvido¹⁷⁰) e NELSON NERY JR. (tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional)¹⁷¹. Após identificado o direito material como sendo individual homogêneo, através da subsunção da norma coletiva ao conteúdo da lide, deve ser verificado se o pedido formulado pelo autor identifica a demanda como coletiva.

A conjugação (fusão) de ambos os critérios é, portanto, necessária para a correta identificação da demanda acidentalmente coletiva. Tal método de identificação foi sugerida por HERMES ZANETI JR. e FREDIE DIDIER JR.¹⁷², para quem, na identificação da espécie do direito coletivo, a postura mais correta “é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida, como forma de

¹⁶⁹ “[...] os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46. IV, CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente (...). Tudo isso reforça a importância da ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas ‘atômicas’, ‘molecularizando’ a solução do conflito e impedindo a prolação de decisões divergentes.” (ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie, Op. Cit., pg. 82).

¹⁷⁰ Conf. GIDI, Antônio. Op. Cit., p 33-34.

¹⁷¹ Conf. NERY JUNIOR, Nelson. “Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 778.

¹⁷² Conf. ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 87.

identificar, na *demanda*, de qual direito se trata e, assim, promover adequadamente a jurisdição”.

Fixadas as premissas para identificação da demanda coletiva, passamos a analisar se o mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações civis com base na Lei nº 12.016/09 se insere neste tipo processual. Utilizaremos, para tanto, os mesmos critérios reputados seguros para identificação de uma demanda coletiva, quais sejam o da análise da natureza do direito subjetivo extraído da causa de pedir, nas demandas *essencialmente* coletivas, e o critério conjugado (identificação do direito como individual homogêneo e análise do pedido), nas demandas *acidentalmente* coletivas.

Tratando-se de mandado de segurança *essencialmente* coletivo, diz o inciso I, do parágrafo único, do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, que “os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser 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.”

Adotou-se, assim, o conceito de direito coletivo *stricto sensu* já existente no *microsistema* de tutela coletiva (art. 81, PU, I, do CDC), havendo ainda muitos que defendam com propriedade a utilização do mandado de segurança coletivo para tutela de direitos difusos¹⁷³.

Assim, caso os fatos narrados pela associação civil na petição inicial do *writ* se subsumam à norma jurídica prevista no inciso I, do parágrafo único, do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, ou seja, se o direito tido como violado por ato de autoridade for indivisível e de titularidade de grupo de pessoas ligadas por relação jurídica base, o mandado de segurança será coletivo, sendo que a sentença nele proferida certamente produzirá efeitos *erga omnes* em razão da indivisibilidade do direito.

Conclui-se, assim, que o mandado de segurança coletivo que tenha por objeto direito coletivo *stricto sensu* ou difuso será sempre uma ação coletiva. Quanto a isso não há dúvida!

¹⁷³ Conf. ZANETI, Hermes, Op. Cit., p. 95.

Já em relação ao mandado de segurança *acidentalmente* coletivo, objeto de maior preocupação neste estudo, a situação é mais complexa. O inciso II, do parágrafo único, do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, estabelece que “os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: 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.”

Note-se que a lei do mandado de segurança, ao descrever direito individual homogêneo, utiliza-se, além do mesmo critério de “origem comum” utilizado no *microssistema* para conceituá-lo (art. 81, PU, III, do CDC), adiciona expressamente a exigência de o direito ser decorrente da atividade dos associados, o que, na realidade, não se trata de uma novidade, pois tal exigência já vinha sendo estabelecida pela interpretação sistemática da legislação consagrada na doutrina e jurisprudência. Não se pode admitir que uma associação civil represente seus membros em ações judiciais totalmente divorciadas das razões que levaram a formação do elo associativo (atividade), muito menos que uma associação substitua toda uma classe ou grupo de pessoas em matéria que se afasta dos objetivos sociais da associação (pertinência temática).

No conceito de direito individual homogêneo, portanto, não obstante a novidade da previsão legal expressa em relação à pertinência temática, a lei não trouxe nenhuma diferença do que já vinha sendo exigido com requisito para capacidade processual das associações civis.

Dito isso, passemos a utilizar o critério conjugado (identificação do direito como individual homogêneo e análise do pedido) para identificar a natureza do mandado de segurança impetrado pela associação: se individual ou coletivo.

O primeiro passo é, a exemplo do que já propomos com relação ao direito coletivo *stricto sensu*, verificar se o direito violado por ato da autoridade pública representa direito individual homogêneo, ou seja, se do mesmo fato decorre a violação do direito de inúmeras pessoas que realizam a mesma atividade (mesma categoria

econômica) e se a dimensão de tal violação traduz repercussão social suficiente a desencadear o interesse público na tutela coletiva de tais direitos.

Em caso positivo, ou seja, constatada a violação de direito individual homogêneo, passa-se a segunda etapa do critério conjugado, qual seja a análise do pedido. Se a associação formular pedido em benefício de apenas os seus associados, o que lhe é lícito fazer mesmo na hipótese de discussão em torno de direito individual homogêneo, então a hipótese é de mandado de segurança individual, onde a associação representa apenas os associados, e não substitui todo o grupo. Nesta hipótese, a sentença produzirá efeitos e fará coisa julgada somente em relação a eles, sem atingir os demais membros do grupo de pessoas cujo direito tenha sido violado e que eventualmente não possuam vínculo associativo com a entidade, não obstante estejam na situação de direito idêntica a dos associados.

O mandado de segurança somente possuirá natureza jurídica verdadeiramente coletiva caso o pedido tenha sido formulado em prol de todos os membros do grupo formado pela integralidade das pessoas cujo direito tenha sido violado pelo ato ilegal da autoridade coatora. Nesta hipótese, a associação, autorizada por lei, defenderá tais pessoas, sendo que a coisa julgada da sentença eventualmente proferida no processo produzirá efeitos em relação a todas elas, e não somente aos associados.

Conclui-se, assim, que, para proteção de direitos individuais homogêneos o mandado de segurança proposto por uma associação civil somente possuirá natureza coletivo se formular pedido em benefício de todo o grupo, e não somente em favor de seus associados.

Com efeito, uma interpretação restritiva do *caput*, do artigo 22, da LMS, vai contra a própria natureza do instituto que o dispositivo pretende disciplinar.

4.3. Representação de Associados e Substituição Processual de Grupo ou Categoria Econômica pelas Associações.

Conforme já visto, as associações civis são legitimadas para defender, por meio de mandado de segurança coletivo, direitos, líquidos e certos, individuais homogêneos

de titularidade de seus associados, violados em razão de ato ilegal praticado por autoridade pública.

Antes de qualquer posicionamento quanto à natureza jurídica da legitimação, neste caso específico, necessários alguns apontamentos acerca da natureza jurídica da legitimação para as ações coletivas, na fase de conhecimento.

Existem três correntes doutrinárias distintas formuladas a partir da discussão acerca da natureza jurídica da legitimação para propositura de ações coletivas, o que demonstra a complexidade do tema, novamente oriunda da dificuldade de se identificar o titular do direito material coletivo. Para a doutrina, nas ações coletivas, a legitimação pode ser ordinária, extraordinária - da espécie substituição processual - e autônoma para condução do processo.

A teoria que afirma tratar-se de hipótese de legitimação ordinária, defendida por Kazuo Watanabe¹⁷⁴ e Ada Pellegrini, prega que, caso a defesa de direitos coletivos seja objetivo institucional de uma associação, ao propor ação coletiva para defesa do grupo sua legitimação seria ordinária, pois, neste caso, a ação estaria sendo proposta em seu próprio interesse.

Essa teoria foi formulada antes da entrada em vigor do microssistema de tutela coletiva como uma saída para viabilizar a tutela de direitos coletivos e solucionar os problemas relacionados à legitimação, causados pela impossibilidade ou dificuldade de se identificar o titular dos direitos difusos e coletivos, o que impedida a aplicação da classificação tradicional da legitimação (ordinária e extraordinária). Atualmente, com a legitimação processual estabelecida na lei, a doutrina perdeu importância, conforme reconhecido pelo próprio Kazuo Watanabe¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Conf. WATANABE, Kazuo, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos”, Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 90.

¹⁷⁵ “Num trabalho que publicamos antes da Lei da Ação Civil Pública, procuramos defender a legitimação ordinária das associações civis para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, sustentando tratar-se, não de legitimação extraordinária, e sim de legitimação ordinária. Porém, logo em seguida veio a Lei 7.347/85, permitindo esse tipo de legitimação para agir em juízo, o que tornou desnecessária uma construção doutrinária a respeito do tema.” (WATANABE, kazuo, *Processo Civil de Interesse Público: Introdução*. In: *Processo Civil e Interesse Público – o processo como instrumento de defesa social*. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003, p. 18).

A teoria foi criada com foco nos direitos transindividuais e indivisíveis, cujos titulares são indeterminados (difusos) ou, mesmo sendo determináveis, a princípio pode haver alguma dificuldade na sua perfeita identificação (coletivos *stricto sensu*). Portanto, a tese não se encaixa na hipótese de direitos individuais homogêneos, até porque tal categoria de direitos coletivos foi criada ficticiamente após a sua formulação, sendo que tais direitos, em sua essência, possuem natureza de direito individual e seus titulares podem ser identificados.

É de se notar que o fundamento teórico desta classificação coincide com o utilizado por muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros para justificar a legitimação para a tutela coletiva¹⁷⁶.

Os críticos dessa corrente afirmam que, não obstante o interesse da associação em perseguir a sua finalidade institucional, ao propor uma ação coletiva a legitimação não é ordinária porque a coisa julgada não atinge um direito de titularidade da associação, ou seja, não há perfeita correspondência entre o autor da ação e aquele eventualmente atingido pelos efeitos da sentença (titular do direito)¹⁷⁷. Além disso, sustentam também que a aceitação dessa teoria poderia resultar em uma redução indevida da participação das associações como legitimado coletivo, pois dela resulta necessariamente uma verificação das finalidades estatutárias da entidade a fim de legitimá-la, mesmo nos casos onde a legislação não faz tal exigência.

Já a corrente que sustenta que a natureza jurídica da legitimação para propositura de ações coletivas é hipótese de legitimação extraordinária, da espécie substituição processual, encabeçada por Barbosa Moreira¹⁷⁸, argumenta que o fato do direito não ser

¹⁷⁶ Tanto em países da *civil law*, a exemplo da Itália, Alemanha e França, quanto da *common law*, a exemplo de doutrina utilizada nos Estados Unidos para justificar a atuação do Estado em ações coletivas, denominada *parens patriae*. Sobre a referida doutrina, confira-se: “Under the doctrine of *parens patriae*, a state can receive standing to bring a claim when it seeks to further the quasi-sovereign interests of its people. Generally, a governing body may assert a quasi-sovereign interest when it seeks to protect either the physical or economic well being of its people or when it attempts to maintain its position in the federal system. Thus, to obtain *parens patriae* standing, the state's claim must transcend its own proprietary interests, as well as its citizens' own individual interests.” (APPEL Brian S., “The Developing World Takes on the Tobacco Industry: An Analysis of Recent Litigation and Its Future Implications”, 16 *Am. U. Int'l Rev.* 809, 2001)

¹⁷⁷ Conf. RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo n° 61. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991, p. 190.

defendido por seu titular, mas sim por terceiros, em nome próprio, justifica a classificação defendida.

Os contrários a essa corrente afirmam que, em se tratando de direitos transindividuais, não há como sustentar que ocorre uma substituição dos titulares do direito pelo autor da ação, já que tais titulares são indeterminados¹⁷⁹.

Por fim, há os que defendem, com base na teoria do “direito de condução do processo” (*Prozessführungsrecht*), que a legitimação em ações coletivas para defesa de direitos metaindividuais é autônoma, de índole processual, não devendo ser classificada pelo critério tradicional e individualista que divide a legitimidade em ordinária e extraordinária¹⁸⁰. Para essa teoria, o que importa na análise da legitimação não é a titularidade do direito material, mas sim a capacidade de representação adequada para fins de tutela do direito coletivo (aspecto processual).

Contudo, a maioria dos doutrinadores que seguem essa corrente reconhece que a legitimação somente é autônoma no caso dos direitos difusos e coletivos¹⁸¹ e que, no caso dos direitos individuais homogêneos (preocupação maior desse estudo) a legitimação é extraordinária, da espécie substituição processual¹⁸². O próprio Nelson

¹⁷⁹ Os que defendem a corrente afirmam que a coletividade é a titular dos direitos transindividuais, sendo possível que ela seja identificada como sujeito coletivo (agrupamento humano). Conf. ZANETI JR., Hermes e DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 203.

¹⁸⁰ Conf. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 249; RODRIGUES, Marcelo Abelha, Op. Cit., p. 73-74; ARMELIN, Donald. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 115-116; GIDI, Antonio, Op. Cit., p. 41; e NERY JÚNIOR, Nelson. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data – constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 157; RODRIGUES, Marcelo Abelha, Op. Cit., p. 73-74.

¹⁸¹ Contra: “Embora aqui se comente a legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos, não pensamos que para a defesa dos direitos individuais homogêneos a identificação como legitimidade extraordinária (substituição processual) seja tão simples em razão da redação do art. 91 do CDC. Isso porque, embora o dispositivo mencione que ‘os legitimados do art. 82 atuarão na defesa das vítimas e sucessores’, e o direito individual homogêneo seja ‘individual’ (perdoe-nos a redundância), a verdade é que não raramente a demanda coletiva destes direitos será feita sem que se saiba quais são as referidas vítimas e sucessores, posto que a situação individual de cada um não é objeto de ação coletiva. Não fosse assim, deixaria de ser coletiva (supra-individual) e passaria a ser mera soma de direitos individuais. Portanto, entendemos tratar-se de legitimidade autônoma também, e, como se disse, que se aproxima da moldura extraordinária. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. Cit., p. 74-75).

¹⁸² “Com efeito, em que pese alguma discussão acerca do caráter ordinário ou extraordinário da representação processual nas ações, discutindo direitos difusos ou coletivos, quanto aos direitos individuais homogêneos não há dúvidas: trata-se de substituição processual. (ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Os limites subjetivos da coisa julgada e o CDC*. p. 170)

Nery Júnior, um dos maiores defensores da corrente, reconhece tal fato ao comentar a legitimação das associações para defesa de direitos individuais homogêneos¹⁸³.

Assim sendo, em que pese à importância da discussão para a correta compreensão e manuseio do instituto, em todos os seus aspectos, para o presente estudo trataremos as associações como substituta processual do grupo nos casos de impetração de mandado de segurança coletivo para defesa dos direitos individuais homogêneos, não importando para as conclusões deste trabalho a natureza jurídica da legitimação das associações para defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (se ordinária, extraordinária da espécie substituição processual ou autônoma).

O que possui enorme relevo, contudo, é que não haja confusão entre as espécies de legitimação extraordinária que podem surgir a partir da impetração de mandado de segurança pelas associações civis.

Isso porque, como já dissemos anteriormente nesse capítulo, em que pese as associações poderem atuar na defesa os interesses de seus associados através de um mandado de segurança coletivo, quando funcionarão como defensora do grupo¹⁸⁴, no caso de direitos individuais homogêneos, os direitos dos associados, por serem individuais, também podem ser defendidos por meio de um *writ* individual, quando a associação atuará como representante dos associados no processo, e não como parte (caso em que haverá necessidade de identificação dos associados representados e a obtenção de autorização destes para que a associação possa atuar em seu nome). Neste

¹⁸³ “Na defesa dos direitos difusos e coletivos por ação civil pública ou ação coletiva a associação civil age como legitimada autônoma para a condução do processo, isto é, legitimada ordinária para a causa; quando defende direitos individuais homogêneos ou direitos individuais de seus associados é substituta processual.” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade Nery. Op. Cit., p. 261). Numa edição posterior da mesma obra, os citados autores modificam o entendimento de se reconhecer na “legitimação autônoma” uma legitimação “ordinária”. Confira-se: “A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito.” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885)

¹⁸⁴ Quando funcionará como substituto processual do grupo, que poderá ser coincidente com a totalidade dos associados, no caso de grupo titular do direito coletivo *stricto sensu*, onde a relação jurídica base é o vínculo com a associação, ou poderá ser defensora de um conjunto maior do que o de seus associados, no caso de direitos individuais homogêneos (origem comum, sem necessidade de vinculação através de uma relação jurídica base).

caso os associados serão a “parte processual” e sobre eles recairão todas as consequências do processo.

Com efeito, doravante neste estudo utilizaremos o termo “representante” nas hipóteses em que a associação representar os associados em mandado de segurança individual (simples ou plúrimo, com os associados em litisconsórcio facultativo) e “substituto processual” nos casos em que a associação defender todo o grupo no processo coletivo, o que está, inclusive, afinado com os termos utilizados pela jurisprudência sobre a matéria, conforme pode ser conferido no capítulo 6, deste trabalho.

As associações têm legitimidade para representar seus membros em processos judiciais. A Constituição da República de 1988 garante aos associados o direito de serem representados pelas associações em processos judiciais que tenham por objeto direitos individuais relacionados à sua atividade, conforme o inciso XXI, do artigo 5º, que diz que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”¹⁸⁵.

O representante não é parte no processo e depende de autorização de cada um dos representados, que, por tal razão deverão estar devidamente identificados no processo.

¹⁸⁵ Para BARBOSA MOREIRA, o inciso XXI, do art. 5º, da Constituição Federal, ao conferir legitimação extraordinária as associações trata da espécie “substituição processual”, e não “representação”. Contudo, quando sustentou tal posicionamento, em 1989, ainda não existia um sistema processual coletivo efetivo (inaugurado pelo CDC), o que pode ter motivado o citado autor a interpretar ampliativamente o referido dispositivo constitucional, em posicionamento contrário o que, mais tarde, veio a ser solidificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (vide capítulo 6). Confira-se: “O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim não parece que se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo ‘representar’. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não pé de se estranhar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em Juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, Op. Cit., p. 190).

Mesmo que haja autorização estatutária, geral e abstrata, para que a associação represente judicialmente seus associados, há necessidade de autorização concreta de cada representado¹⁸⁶. Isso porque a representação judicial é algo que escapa à rotina normal dos atos praticados pela associação e o seu manejo deve ser previamente cientificado e aprovado por cada representado, já que, a exemplo de qualquer processo judicial de natureza individual, tem consequências seríssimas aos mesmos, tais como a impossibilidade de se rediscutir o resultado do processo (coisa julgada) e condenação em verbas de sucumbência.

Evidentemente que a associação só pode representar os seus membros em processos judiciais quando o direito discutido tiver alguma ligação com a sua atividade, pois não se pode admitir que as entidades associativas se tornem procuradoras universais de seus associados, para qualquer assunto, mesmo estando expressamente autorizadas.

Já na substituição processual, o substituto é parte e não depende de autorização dos substituídos. Até porque, no caso de ação coletiva proposta por associações, nem todos os integrantes do grupo substituído serão necessariamente associados. Nelas, o grupo pode ser extenso e, não obstante ser determinável, sequer está determinado no início da ação, tornando inviável a exigência de autorização.

THEODORO JR. foi preciso ao afirmar que:

Existe uma previsão genérica de que as associações podem demandar em defesa de seus associados, representando-os quando devidamente autorizadas (CF, art. 5º, XXI). Na hipótese do mandado de segurança coletivo, porém, a entidade associativa não atua como representante dos associados. Exerce a ação em nome próprio, por autorização emanada diretamente da Constituição. Trata-se, pois, de uma substituição processual, razão pela qual não há necessidade da prévia

¹⁸⁶ Há quem defenda que a autorização poderá ser dada pela assembleia geral, com o que não concordamos, já que a assembleia pode tomar decisões pela associação, mas não por cada associado individualmente considerado. Confira-se: “Assim, mesmo que haja previsão estatutária consagradora dessa possibilidade (a de representar seus filiados), se torna necessária a manifestação, em cada caso, do órgão social competente, eis que o estatuto consagra a possibilidade em abstrato, mas a conversão dessa possibilidade abstrata em decisão concreta compete à assembleia geral dos associados.” (DIZ, Nelson Nascimento. *Entidades Associativas. Autorização para representar seus filiados*. Procedimentos necessários, In: Revista de Direito Processual Geral, nº 53, Rio de Janeiro, 2000, p. 121).

autorização de que cogita o inciso XXI do art. 5º da Constituição. Ou seja,, enquanto o inciso XXI prevê uma *representação*, o inciso LXX, b, autoriza uma *substituição processual*. (THEODORO JR., Humberto. Op. Cit., p. 49).

Aqui vale um registro importante. Dependendo do que dizem os estatutos da associação, a ação coletiva precisa estar autorizada antes de sua propositura. Isso não deve ser confundido com necessidade de autorização do grupo ou categoria econômica para que a associação funcione como substituto processual, a questão aqui é de simples obediência a dispositivo estatutário, quando os próprios associados através dele convencionaram a deliberação para se apurar a conveniência da associação eventualmente patrocinar uma ação coletiva¹⁸⁷.

Caso a associação deseje impetrar um mandado de segurança que atinja somente os seus associados, mesmo no caso de direitos individuais homogêneos, não se dispondo a substituir todo o grupo, poderá formular pedido nesse sentido, caso em que a ação possuirá inevitavelmente natureza individual plúrima e a parte ativa corresponderá aos associados, unidos em litisconsorte facultativo, que eventualmente tiverem autorizado a associação a impetrar o *writ* em seu favor¹⁸⁸.

4.4. Mandados de segurança individual e coletivo.

¹⁸⁷ Adotamos aqui o mesmo entendimento de Nelson Nascimento Diz tem em relação à representação, eis que, neste aspecto específico, ele também é pertinente para a substituição processual. O que importa é estar ou não a associação autorizada, na forma de seus estatutos, a patrocinar o processo na qualidade de parte, substituindo o grupo ou categoria econômica em uma ação coletiva. Confira-se: “Como óbvio, a representação pressupõe duas figuras: a do representante (a entidade associativa) e a dos representados (os associados que a hajam a tanto autorizado). A necessidade da manifestação de vontade da associação de ser representante – o que, clarifique-se, nem a Constituição, nem a previsão estatutária genérica lhe impõe, apenas lhe possibilitam – torna indispensável que o órgão próprio assim delibere. (...). Do ponto de vista factual, é fácil justificar a necessidade de tal decisão em concreto: a entidade tem que considerar, caso a caso, os riscos envolvidos, os gastos a suportar, sua capacidade operacional, sua imagem, e até eleger prioridades.” (DIZ. Nelson Nascimento. Op. Cit., p. 122).

¹⁸⁸ Prestigiando esse entendimento, traz-se trecho do voto condutor do acórdão proferido em 14/04/2009, pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0024.07.744668-0/001, da lavra do Des. Geraldo Augusto: “Como cediço, na ação coletiva, as associações agem como substituto processual (legitimado extraordinário), na defesa de categoria ou classe, em nome próprio, mas defendendo direitos alheios, com fundamento no § 1º do art. 129 da CR/88, daí surgindo a coisa julgada erga omnes ou ultra partes. Lado outro, o inc. XXI do art. 5º da CR/88 legitima as entidades associativas, expressamente autorizadas, a representar seus filiados judicialmente, agindo a associação como legitimado ordinário, representando os seus filiados. E a coisa julgada somente a estes atingirá (efeitos interpartes). No caso concreto e específico, esta a figura processual eleita pela associação autora, como se depreende da própria inicial. Trata-se, pois, de mera ação ordinária, e não ação civil pública ou coletiva.”

Conforme sustentamos em capítulo anterior (4.2), quando o mandado de segurança for impetrado por associações civis para tutela de direitos individuais homogêneos, a análise da natureza do direito subjetivo extraído da causa de pedir não é suficiente para identificar seguramente a sua natureza jurídica.

Isso porque não é o fato do objeto do mandado de segurança tutelar direito individual homogêneo que o diferencia do mandado de segurança individual, mas sim a presença dessa espécie de direito aliada a um pedido de proteção jurisdicional formulado de maneira ampla e em favor de todos os membros do grupo atingido pela violação, já que as associações, mesmo em se tratando de direito individual homogêneo, também podem propor *writ* na modalidade individual somente em favor de alguns ou de todos os seus membros.

Extraí-se dessas premissas a inevitável conclusão de que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a diferença fundamental entre o mandado de segurança individual e o coletivo impetrado por associações é que, em razão do raio de amplitude do pedido, neste a sentença poderá produzir efeitos para todos os membros do grupo (tutela coletiva) e, naquele, somente em favor dos associados eventualmente representados (tutela individual).

Com um simples exercício de raciocínio lógico, pode-se concluir, também, que uma interpretação do *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09 no sentido de limitar os efeitos da coisa julgada somente aos associados, representaria um atestado de óbito ao mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações, pois, neste caso, o *writ* associativo sempre seria individual, já que a lei, por via oblíqua, estaria tornando letra morta o pedido em favor de todos os membros do grupo.

Alguns poderiam argumentar que a lei não proíbe a formulação de pedido amplo em favor de todos os membros do grupo, mas apenas impede que a coisa julgada da sentença tenha eficácia em relação aos membros que eventualmente não sejam associados à entidade impetrante, o que, em termos práticos, seria a mesma coisa. Isso porque, no caso de direitos individuais homogêneos, não ter eficácia equivale a não produzir efeitos, já que, nesta hipótese (diferentemente do que ocorre no direito difuso e

no direito coletivo *stricto sensu*), o direito é divisível e, apenas acidentalmente e em razão do interesse de ser tutelado como tal, está classificado como coletivo.

Pergunta-se: se essa interpretação prevalece-se, qual seria a diferença entre o mandado de segurança individual ou coletivo propostos pelas associações? A única resposta possível é: nenhuma¹⁸⁹. Aliás, melhor seria dizer que, nesta hipótese, não existiria mandado de segurança coletivo e o *writ* previsto na Constituição teria sido transformado, por um artifício do legislador infraconstitucional, em um processo da espécie individual.

Se o mandado de segurança proposto sob as vestes de coletivo não tiver a aptidão de tutelar o direito de todo o grupo atingido, de forma molecular, então não poderá ser considerada ação coletiva. De outra banda, se ambos os mandados de segurança, individual ou coletivo, produzem os mesmos efeitos, então, na realidade, trata-se do mesmo instrumento, de natureza jurídica idêntica: ação individual. Portanto, interpretar restritivamente o *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09, limitando os efeitos da coisa julgada apenas aos associados, significa negar a própria existência do mandado de segurança coletivo de iniciativa das associações civis, o que seria inconstitucional por violar o disposto na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição¹⁹⁰.

Aceitar essa limitação pode trazer ainda uma outra consequência, de ordem prática, também inaceitável, qual seja a do abandono da utilização do *writ* constitucional¹⁹¹, para manejo de ação civil pública ou coletiva, nas oportunidades em

¹⁸⁹ Poderia ser argumentado que a diferença seria a necessidade ou não de autorização dos associados, o que é muito pouco para diferenciar institutos tão distintos (tendo em vista, inclusive, o seu conteúdo principiológico, teleológico e axiológico) e tão importantes.

¹⁹⁰ Conf. capítulo 5.5.

¹⁹¹ Conf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de Araújo. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. - São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 2009, p. 223, para quem: “Caso a jurisprudência não venha a aceitar a solução que indicamos no item precedente, pensamos que será desaconselhável o manejo do mandado de segurança coletivo. Deverá o legitimado para a propositura do mandado de segurança coletivo optar pelo ajuizamento de ação civil pública para a proteção do direito coletivo, que, seguindo o procedimento previsto nas Leis 7.347/1985 e 8.078/1990, não impõe que aqueles que tenham demandado individualmente desistam de sua ação, mas que, tão-somente, requeiram a suspensão das respectivas causas. Trata-se, evidentemente, de solução drástica, mas que, eventualmente, poderá se afigurar como razoável, caso se imponha interpretação que não nos parece aceitável, [...]”.

que a associação desejar que a sentença tenha eficácia *erga omnes* para todo o grupo ou categoria econômica.

Isso porque, conforme as normas do *microsistema de tutela coletiva*, a coisa julgada de sentenças proferidas em ações ordinárias coletivas e em ações civis públicas propostas por associações possuem eficácia *erga omnes* e não sofrem qualquer limitação.

É sabido que as diferenças fundamentais entre um mandado de segurança e uma ação ordinária proposta contra o Estado onde se discute a violação de direito causada por ato ilegal de agente público no exercício da função é a demonstração de direito líquido e certo mediante prova pré-constituída e o rito mais célere.

Contudo, mesmo diante da existência de prova documental pré-constituída capaz de demonstrar o direito, o que o torna líquido e certo, nada impede que a parte opte pela propositura de ação civil coletiva ou ação civil pública, que contarão com as mesmas garantias processuais de um mandado de segurança, como, por exemplo, possibilidade de deferimento de liminar, e poderão ter a mesma celeridade do *writ*, já que instruída a inicial com prova documental pré-constituída capaz de demonstrar o direito da parte, a lide poderá ser julgada antecipadamente.

Assim, uma interpretação restritiva do disposto no *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09, que impede o reconhecimento de que os efeitos da sentença proferida em mandado de segurança coletivo produzem coisa julgada *erga omnes*, representa verdadeira negação do instituto do mandado de segurança coletivo de iniciativa das associações, que, dessa forma, jamais será escolhido como instrumento de tutela coletiva, encontrando manejo somente quando a associação desejar, egoisticamente, tutelar apenas os interesses de seus associados, não exercendo o seu papel de legitimado coletivo.

4.5. Síntese do capítulo

Neste capítulo procuramos desenvolver uma técnica adequada para identificação das espécies do mandado de segurança, concluindo que somente pela conjugação da causa de pedir com o pedido poderemos identificar a correta espécie do *writ*.

No caso de mandado de segurança coletivo cuja causa de pedir identifique direitos individuais homogêneos, somente o pedido formulado em favor de todos os membros do grupo ou categoria econômica pode diferenciar as espécies individual e coletiva, já que naquela hipótese o *writ* também poderia ter sido impetrado na modalidade individual somente em favor dos associados, onde a associação atua como representante destes (que seriam a parte processual), e não como parte, substituta processual de todo o grupo.

Concluimos que uma interpretação do disposto no *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09 no sentido de limitar os efeitos da sentença somente aos associados representa negação da existência de um mandado de segurança verdadeiramente coletivo, de iniciativa das associações, o que viola a norma contida na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição, o que será melhor abordado no próximo capítulo, especialmente no tópico sobre “interpretação conforme a Constituição” (capítulo 5.5).

5. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 22, DA LEI Nº 12.016/09. EFICÁCIA *ERGA OMNES* DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELAS ASSOCIAÇÕES.

5.1. Objetivo do capítulo.

O artigo 22, da Lei nº 12.016/09, dispõe que “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.”

A interpretação que este dispositivo, de redação aparentemente simples, vem recebendo por parte de importante doutrina causa espécie e traz um alerta sobre a importância de se discutir com mais profundidade a questão.

O assunto ainda foi pouco debatido e as escassas opiniões a respeito foram dadas com pouca profundidade. Muitos autores sequer falam no tema, talvez porque a interpretação pareceu óbvia demais, fato que os impediu de prever a discussão que vem se formando em torno da questão.

Preocupa o fato de importante parcela da doutrina¹⁹² sustentar que a sentença proferida no mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações fará coisa julgada limitadamente aos associados, com o que não se pode concordar.

Algumas outras poucas vozes opinaram timidamente pela possibilidade da coisa julgada produzir efeitos *erga omnes*:

Para estar sujeito à coisa julgada que se forma no mandado de segurança coletivo, basta que o indivíduo tenha sido devidamente substituído pelo impetrante, sendo indiferente, entretanto, o *momento* em que se verificou o elo associativo, que, de resto, pode até não existir tendo em conta as exigências feitas pela Lei n. 12.019/09. (BUENO, Cassio Scarpinella, A Nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 176).

¹⁹² Citadas no capítulo 1.

Uma interpretação baseada nos elementos tradicionais da hermenêutica jurídica apontam para uma solução diferente, demonstrando o desacerto da doutrina que não admite a eficácia *erga omnes* das citadas decisões.

A doutrina classifica quatro métodos de interpretação, denominados com acerto por Luiz Roberto Barroso¹⁹³ como *elementos* de interpretação. São eles: a) interpretação literal ou gramatical, que deve levar em conta o texto da norma; b) histórica, que leva em conta aspectos do processo de criação da norma; c) sistemática, que considera a conexão da norma com outras normas e, d) teleológica, que leva em consideração a finalidade da norma.

Tais elementos não devem ser analisados isoladamente, um a um, mas sim em conjunto, pois eles não são excludentes. Ao contrário, os elementos se combinam a formar um só método de interpretação de modo a apontar sempre a melhor solução entre as possíveis que possam se apresentar ao intérprete¹⁹⁴.

5.2. A interpretação literal.

Por meio da interpretação literal ou gramatical, a norma é extraída das possibilidades semânticas das palavras que compõem os enunciados normativos.

Existem duas regras fundamentais que o intérprete deve observar ao analisar a norma pelo seu elemento gramatical.

Antes de se apressar em uma interpretação literal direta, o interprete deve ter em mente que as normas frequentemente utilizam termos vagos ou que possam receber mais de um sentido¹⁹⁵. Sendo assim, a interpretação gramatical deverá levar em conta a possibilidade da existência de mais de um sentido nos termos e conceitos utilizados em um enunciado normativo.

¹⁹³ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2009, p. 290.

¹⁹⁴ Ibidem., loc. Cit..

¹⁹⁵ Ibidem, p. 291.

Por tal razão, a interpretação exclusivamente literal é geralmente insuficiente para uma interpretação segura do enunciado normativo¹⁹⁶ — a não ser nos casos em que o texto seja formado exclusivamente por termos de linguagem fechada, tão claros e diretos que não deixem qualquer margem para interpretação¹⁹⁷ — devendo o intérprete buscar o sentido da norma através da análise combinada dos demais elementos de interpretação.

De outra banda, as possibilidades semânticas funcionam como ponto de partida e ao mesmo tempo limite máximo para a atividade interpretativa do intérprete, pois ele não pode distorcer o significado de uma palavra para buscar uma interpretação que lhe pareça conveniente, se o resultado desta sequer constitui um dos possíveis sentidos dos termos existentes no texto normativo. Neste caso, a interpretação não será válida mesmo se seguir outros elementos da hermenêutica jurídica e estiver afinado com o que ocorrera no processo de criação da norma (interpretação histórica), coerente com o que diz outras normas conexas (interpretação sistemática) e respeitando a finalidade da norma (interpretação teleológica)¹⁹⁸.

Voltando ao texto do artigo 22, da Lei nº 12.016/09, a sua interpretação meramente literal indica que a limitação dos efeitos da coisa julgada não se refere a associados, mas sim aos membros do grupo substituído. O texto é claro ao utilizar a expressão “membros do grupo substituídos”, referindo-se a todas as pessoas cujo direito tenha sido violado, e não somente aos associados.

Não seria exagero sustentar que o dispositivo não utilizou termos abertos, indeterminados ou polissêmicos, e, portanto, não admite outra possibilidade de sentido, sendo suficiente uma interpretação meramente gramatical.

Ao utilizar a expressão “membros do grupo substituído pela impetrante”, o enunciado normativo transmite uma noção de amplitude. Se a intenção fosse limitar os efeitos da coisa julgada somente aos associados, a lei teria utilizado outra expressão, tal como “membros da associação impetrante” ou “associados da entidade”.

¹⁹⁶ Conf. ZANETI JR, Hermes, Op. Cit., p. 102.

¹⁹⁷ Conf. BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 291

¹⁹⁸ Ibidem, p. 292.

Ademais, a referência a “grupo substituído” é esclarecedora e indica, evidentemente, substituição processual em razão de legitimação extraordinária. A exigência de a parte “estar associada” para ser beneficiada com os efeitos da sentença é providência que não se coaduna com o instituto da legitimação coletiva para defesa do grupo atingido pelo fato danoso, sendo cabível apenas como exigência para a “representação” em processos de natureza individual, pois neles a associação somente está capacitada a representar seus associados.

Essa clareza do texto normativo pode, inclusive, ser a razão pela qual diversos autores sequer cogitaram em escrever sobre o tema, não se encontrando referência a ele nas mais completas obras sobre processo coletivo ou mandado de segurança coletivo.

De qualquer forma, como outra importante parcela da doutrina nacional defende a limitação da coisa julgada somente aos associados, passemos a analisar se existe esta possibilidade de interpretação com a utilização do elemento meramente gramatical.

Considerando que a palavra limitadamente pode indicar uma “restrição” aos efeitos da coisa julgada, podendo até ser considerada um antônimo do termo *erga omnes*, cogita-se, a partir dela, uma interpretação restritiva ao artigo 22, da Lei nº 12.016/09.

Essa interpretação forçada¹⁹⁹ pode também ter recebido influência²⁰⁰ do disposto no *caput* do artigo 21, da Lei nº 12.016/09. O referido dispositivo estabelece, *ope legis*, regra processual para verificação da capacidade e do interesse das associações, que serão utilizadas no caso concreto, ou seja, *ope judicis*, para verificação da legitimidade da entidade impetrante. São elas: a) associação constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano; b) *writ* impetrado em defesa de direito líquido e certo da totalidade,

¹⁹⁹ Forçada porque a utilização da palavra “limitadamente”, apesar de ter sido infeliz e inútil, não tem o condão de alterar o sentido do texto, pois a limitação, de qualquer modo, foi aos membros do grupo substituído e não aos associados.

²⁰⁰ De qualquer forma uma influência desarrazoada, pois, conforme já dito, na interpretação literal o texto da norma analisada deve indicar a possibilidade do sentido adotado pelo interprete, independentemente e antes de se recorrer a uma interpretação sistemática, ou seja, conexão com outras normas.

ou de parte, dos associados; e, c) pertinência temática. Portanto, são regras de direito processual e não de direito material.

As regras de constituição mínima e pertinência temática referem-se à legitimação processual das associações, ou seja, para que elas possam propor mandado de segurança coletiva, devem estar em funcionamento há mais de um ano e devem possuir como uma de suas finalidades a defesa dos direitos líquidos e certos tidos como violados no caso concreto. Estes dois requisitos serão analisados, *ope judicis*, mediante verificação dos documentos que comprovem o tempo de funcionamento da associação e seu objetivo social.

Já o requisito de ser o *writ* impetrado em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos associados, refere-se ao interesse da associação no processo, não obstante a falta de tal interesse afetar a sua legitimidade. Aqui nos parece que a lei procurou obstar a legitimidade de uma associação para patrocinar um mandado de segurança coletivo onde somente estranhos a seu quadro social são titulares do direito a ser discutido em juízo, ou seja, nenhum de seus associados será afetado pela sentença.

Note-se aqui um detalhe importante: a lei estabeleceu que o mandado de segurança coletivo deverá ser impetrado em defesa de direitos líquidos e certos dos associados como condição de interesse e legitimidade da associação, mas jamais disse que a associação não poderia defender direito pertencente a outras pessoas do grupo atingido que eventualmente não possuam vínculo formal associativo com a entidade. E nem poderia fazê-lo, já que, se o fizesse, estaria negando existência a espécie coletiva de mandado de segurança, bem como a capacidade da associação substituir processualmente todo o grupo atingido pela violação de direito.

Exigência semelhante foi encontrada pelo direito norte-americano, onde a jurisprudência criou regra de que para a propositura de uma ação no interesse da classe ou categoria que representa, a associação deve ter pelo menos um membro cujo direito

discutido tenha sido violado, sob pena de ser considerada parte ilegítima e sem interesse para a causa (*lack of standing*²⁰¹).

A intenção do legislador na lei brasileira parece ter sido a mesma, ou seja, impedir que uma associação que não tivesse ao menos parte de seus membros afetados pelo fato litigioso possuísse legitimidade para discuti-lo em juízo, defendendo exclusivamente terceiros sem qualquer vínculo com a associação²⁰². Contudo, uma vez identificado que o litígio atingiu pelo menos uma parcela dos associados, afigura-se o interesse e a legitimidade da associação para substituir todo o grupo de pessoas afetado pelo problema.

Portanto, mesmo se fosse possível que o disposto no *caput* do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, tivesse alguma influência na interpretação gramatical do artigo 22, do mesmo diploma legal²⁰³, ainda assim a melhor interpretação não seria no sentido de limitar a eficácia da coisa julgada somente aos associados.

Da mesma forma, o disposto no parágrafo único, do artigo 21, não compromete tal entendimento. Ao contrário, o confirma. O dispositivo estabelece regra de direito material, conceituando os direitos que podem ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo.

O inciso I descreve direito essencialmente coletivo, qual seja aquele em que a ação, pela indivisibilidade de seu objeto, deve ser julgada da mesma forma para todos os seus titulares, até porque o resultado prático de uma demanda afetará todos os

²⁰¹ “Standing doctrine embraces several judicially self-imposed limits on the exercise of federal jurisdiction, such as the general prohibition on a litigant's raising another person's legal rights, the rule barring adjudication of generalized grievances more appropriately addressed in the representative branches, and the requirement that a plaintiff's complaint fall within the zone of interests protected by the law invoked. The requirement of standing, however, has a core component derived directly from the Constitution. A plaintiff must allege personal injury fairly traceable to the defendant's allegedly unlawful conduct and likely to be redressed by the requested relief.” (Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750, 82 L. Ed. 2d 556, 104 S. Ct. 3315, 1984).

²⁰² “A alínea *b* do inc. LXX do art. 5º da Constituição Federal insere no mesmo rol os sindicatos e as entidades associativas, indicando que deve ser dado tratamento diferenciado ao inciso anterior porquanto na referida regra há uma restrição aos direitos que podem ser objeto do Mandado de Segurança coletivo, devendo pertencer aos membros ou associados dos legitimados indicados.” (FUX, Luiz, Op. Cit., p. 140).

²⁰³ Na verdade, ao fazer a interpretação de um dispositivo com auxílio da redação de outros dispositivos estar-se-ia desenvolvendo uma interpretação sistemática, e não gramatical.

titulares²⁰⁴. O que valer para um, vale para todos, pois aqui o objeto é indivisível²⁰⁵. Neste caso, não há espaço sequer para discussão sobre a correta interpretação do *caput* do artigo 22, pois a indivisibilidade do objeto da demanda impede que outro seja o entendimento senão aquele que aponta para os efeitos *erga omnes* da sentença.

Por sua vez, o inciso II diz que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo poderão ser individuais homogêneos, conceituando-os como os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Neste ponto a lei – não obstante ter utilizado o mesmo critério de “origem comum” previsto no art. 81, PU, III, do CDC para conceituar direitos individuais homogêneos – adicionou expressamente a exigência de o direito ser decorrente da atividade dos associados, o que, conforme já dissemos anteriormente, não constituiu nenhuma novidade, pois tal exigência já vinha sendo feita por conta do entendimento jurisprudencial. Note-se que o tema, por estar relacionado à capacidade processual das entidades, foi inserido em local impróprio na lei, passando a integrar norma de direito material que estabelece o próprio conceito do direito individual homogêneo, mesmo sendo requisito para ação, ou seja, regra de direito processual.

Aliás, a regra deve valer tanto para o inciso I, quanto para o inciso II, do parágrafo único, do artigo 21, pois em ambos os casos deve ser exigida uma correlação entre a atividade dos associados e o direito discutido no *writ*. Destaca-se ainda o fato da lei já ter anteriormente tratado da pertinência temática no *caput* do artigo 21 (...“desde que pertinentes às suas finalidades”...), local que nos parece adequado para o tema, já

²⁰⁴ Conf. FUX, Luiz. Op. Cit., p. 150.

²⁰⁵ “Indubitavelmente, aqueles interesses, tratados na nossa legislação como difusos e coletivos, estão diretamente vinculados à existência dos chamados bens coletivos, que se caracterizam por aquele conteúdo de indivisibilidade. Pode-se lançar mão de John Rawls, para dizer que essa espécie de bens, na verdade, tem duas características básicas: a indivisibilidade, ou seja, a possibilidade de que a fruição ou uso do bem por um agente não impeça a utilização pelos demais, em igual quantidade ou qualidade; e a publicidade, entendida no sentido de se tratar de bens, por sua natureza, não admitem o parcelamento, a repartição para a apropriação privada. São essas, então, as principais características dos bens coletivos. [...] Pois bem, se qualquer um de nós ou qualquer grupo na sociedade toma a iniciativa de defesa daqueles interesses coletivos, envolvendo bens, por sua natureza, indivisíveis, evidentemente, o benefício gerado por aquela iniciativa vai favorecer a todos. Surge, então o efeito carona, ou *free riding*, [...]” (SALLES, Carlos Alberto de., Op. Cit, p. 132-133).

que nele estão inseridas regras processuais que valem para todas as espécies de direito coletivo.

Com efeito, assim como o *caput*, o parágrafo único e incisos do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, mesmo se pudessem influenciar na interpretação gramatical do artigo 22, do mesmo diploma legal, ainda assim não teriam o condão de forçar uma interpretação no sentido de limitar a eficácia da coisa julgada somente aos associados²⁰⁶.

Mesmo assim, para possibilitar um aprofundamento no debate e em respeito ao entendimento dos que defendem a limitação da coisa julgada somente aos associados, consideraremos a possibilidade de a expressão “membros do grupo substituído pela impetrante” estar no sentido de “membros da associação”.

Sendo assim, passaremos a analisar outros elementos da hermenêutica jurídica clássica para confirmar a correta interpretação do sentido da norma extraída do enunciado do artigo 22, da Lei nº 12.016/09.

5.3. Interpretação histórica.

Utilizando-se do elemento de interpretação histórica, o intérprete deve levar em conta aspectos do processo de criação da norma. Na hermenêutica clássica, em geral a interpretação histórica se baseia na análise do processo legislativo de elaboração da norma com a finalidade de se extrair a intenção do legislador.

Mesmo ciente de que a interpretação histórica tem papel meramente secundário e de menor importância do que os elementos teleológico e sistemático, em matéria de tutela coletiva aquela ganha especial relevo, pois o histórico da quebra do paradigma do processo individual e da dicotomia público-privado deve ser bem compreendido e

²⁰⁶ “O *caput* do art. 22, da Lei n. 12.016/2009 inova na disciplina da matéria, ao dispor que a sentença no Mandado de Segurança coletivo fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. A regra, ao estatuir que, ‘no Mandado de Segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante’, se faz coerente com os dois incisos do parágrafo único do art. 21. Pressuposto que, pela letra da lei, os únicos ‘direitos’ passíveis de tutela jurisdicional pelo Mandado de Segurança coletivo são os *coletivos* e os *individuais homogêneos*, é compreensível que a coisa julgada, uma vez formada, restrinja-se aos ‘membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante’. Por definição, os direitos daquela tipologia pertencem a pessoas determinadas ou determináveis.” (FUX, Luiz, Op. Cit., pp. 149 e 150).

levado em consideração para uma correta interpretação de qualquer norma que trata de tutela coletiva.

Assim, no presente trabalho pretendemos utilizar um conceito mais amplo de interpretação histórica, que foge da limitação do processo de criação da norma objeto do problema posto (no caso o processo de criação da Lei nº 12.016/09), com abordagem do histórico de criação das normas de tutela coletiva.

No capítulo 2.2 tecemos um breve histórico do surgimento do sistema de tutela coletiva. Recordemos alguns pontos específicos:

- a) A mudança de perfil dos conflitos sociais e a alteração no modo de se encarar a finalidade do Estado, provocou o surgimento de “novos direitos”²⁰⁷, qual sejam os direito de massa, de natureza coletiva. Além disso, a preocupação do Estado em concretizar os direitos sociais e coletivos causou uma ruptura na tradicional divisão entre direito público e privado. Para a proteção desses novos direitos se mostrou necessário a criação de instrumentos jurídicos adequados, pois o tradicional processo individual se mostrava incapaz de tutelá-los;
- b) A legitimidade para agir naturalmente se tornou um dos principais pontos de preocupação na criação desses instrumentos, tendo o legislador brasileiro adotado um sistema de legitimação híbrido (mista entre entes públicos e privados) e plúrimo (concorrente entre vários entes), que privilegia a legitimidade de diversos segmentos da sociedade;
- c) as associações civis, como legitimadas extraordinárias para a tutela coletiva, devem ser consideradas defensores de toda a coletividade e não simples representante dos interesses privados de seus associados.

Ter esse histórico em mente é importante para a interpretação do artigo 22, da Lei nº 12.016/09, na medida em a adoção de um sistema de legitimação híbrido e

²⁰⁷Conf. CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit. p. 131.

plúrimo revela claramente a intenção do legislador de tornar a tutela coletiva a mais ampla e efetiva possível, não havendo razão para deixar de se reconhecer nas associações civis a qualidade de defensoras de toda a sociedade, o que aponta para a conclusão de que a coisa julgada das sentenças proferidas em qualquer ação de natureza coletiva proposta por elas produzirá efeito *erga omnes*, beneficiando todos os membros da sociedade, e não somente os associados.

Com relação ao tramite legislativo específico da lei do mandado de segurança, cuja análise nos permitiria extrair uma interpretação histórica clássica, temos que este perdeu muito sua relevância em razão do longo tempo em que o projeto de lei permaneceu nas casas legislativas aguardando aprovação. O projeto aprovado em 2009, sem muitas alterações, era muito antigo (datava de 1996) e veio recheado de imperfeições causados por preconceitos há muito afastados pela doutrina e jurisprudência²⁰⁸. De qualquer, não existe qualquer dado no processo legislativo que possa identificar a *mens legislatoris* no artigo 22, o que reforça o argumento de relevância apenas secundária da interpretação histórica clássica na correta hermenêutica do referido dispositivo de lei.

5.4. Interpretação sistemática.

O elemento de interpretação sistemática considera a conexão da norma com outras normas e, juntamente com o elemento teleológico, constitui o elemento mais importante de hermenêutica jurídica²⁰⁹.

²⁰⁸ ZANETI JR, Hermes. Op. Cit., p. 40.

²⁰⁹ No ponto: “A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento. Como se explorará em detalhe mais adiante, interpretam-se todas as normas conforme a constituição. A interpretação sistemática disputa com a teológica a primazia no processo de aplicação do direito. No tocante à harmonia, é certo que o direito não tolera antinomias. Quando uma nova constituição entra em vigor, ela produz impacto sobre a ordem constitucional e sobre a ordem infraconstitucional preexistentes. Quanto às normas constitucionais anteriores, elas são inteiramente revogadas, de vez que há uma substituição de sistema. No que diz respeito ao direito infraconstitucional, as normas incompatíveis ficam automaticamente revogadas; já as que são compatíveis são revivificadas, passando a viver sob novo fundamento de validade e, conseqüentemente, sujeitas a novas dimensões de sentidos. (BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 294).

A norma contida no artigo 22, da Lei nº 12.016/09, que disciplina instrumento de tutela coletiva (mandado de segurança coletivo), deve ser interpretada de acordo com a Constituição e com as normas do subsistema de tutela coletiva (o chamado *microsistema* de tutela coletiva, já abordado no capítulo 2.3), que, como os outros subsistemas formados pelos demais ramos de direito, possui lógica interna própria, com regras e princípios que lhe são peculiares.

Uma interpretação sistemática da referida regra com as demais normas de tutela coletiva existentes no microsistema e na Constituição indicam com segurança para a eficácia *erga omnes* das sentenças proferidas em mandado de segurança coletivo impetrado pelas associações.

Iniciemos essa análise sistemática pelas regras presentes no *microsistema*, passando, em seguida, aos princípios aplicáveis a tutela coletiva que importam para a solução do problema posto.

Conforme já sustentado no capítulo 3.4, as regras de tutela coletiva presentes em todos os diplomas que formam o *microsistema* merecem ser aproveitadas e utilizadas subsidiariamente sempre que a resposta para determinado problema não for encontrada em uma lei específica e a solução sugerida por regra existente em outra lei do *microsistema* se mostrar pertinente e útil para solucioná-lo.

Em outras palavras, todas as regras existentes nas leis especiais que compõe o *microsistema* de tutela coletiva, no que forem úteis e pertinentes e não conflitar com disposições específicas, constituem fontes do Mandado de Segurança Coletivo.

Não obstante a literalidade da regra contida no *caput* do artigo 21, da Lei do Mandado de Segurança, já comportar a interpretação de que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, eventual dúvida deve ser dirimida em primeiro lugar com a regra matriz da coisa julgada existente no microsistema, qual seja a prevista no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor²¹⁰, que estabelece que a sentença fará coisa

²¹⁰ “Os conceitos básicos do processo civil clássico não se amoldam aos institutos processuais de âmbito coletivo. Tomando em consideração as disposições dos arts. 103 e 104 do CDC, conclui-se pela vocação das ações coletivas para formação da coisa julgada com eficácia *erga omnes*. A natureza metaindividual

julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de direitos individuais homogêneos.

A regra, portanto, é que a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, com exceção do disposto no inciso II, que diz ser tal eficácia *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, no caso dos direitos coletivos *stricto sensu*.

Portanto, somente no caso de mandado de segurança coletivo cujo objeto se amolda ao disposto no inciso I, do parágrafo único, do artigo 21, da Lei nº 12.016/09, ou seja, nas hipóteses que versarem sobre direitos coletivos *stricto sensu*, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe ligados entre si ou com a parte contrária através de uma relação jurídica base²¹¹. Esse é o único sentido que podemos encontrar para a palavra “limitadamente” escrita no corpo do enunciado normativo do *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09.

Já no caso do inciso II, do mesmo dispositivo, ou seja, no caso dos direitos individuais homogêneos – que, conforme já esclarecido, foi o alvo de preocupação desse estudo – incide, sem dúvida, a regra do inciso III, do artigo 103, do CDC, que estabelece efeitos *erga omnes*²¹².

A mesma resposta pode ser obtida pela interpretação sistemática a luz de alguns importantes princípios que regem a tutela coletiva.

dos interesses difusos e coletivos propicia um efeito expansivo natural da coisa julgada. Este regime diferenciado também engloba a tutela dos direitos individuais homogêneos. O regime estabelecido pelo CDC abarca a disciplina referente a estas três formas de interesses coletivos lato sensu, conforme previsão do art. 103, I, II e III, do CDC. No mandado de segurança, muito embora não seja permitida a tutela dos interesses difusos, aplica-se o regime da coisa julgada regulado pelo CDC, que constitui o diploma fundamental sobre a disciplina dos interesses coletivos, no âmbito material e processual.” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de Araújo. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. - São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 2009, p. 218).

²¹¹ Note-se que nenhum dos dispositivos menciona “associados”. Além de grupo, eles fazem referência a categoria e classe, esclarecendo também que a relação jurídica pode ser com a parte contrária e não somente entre os membros do grupo.

²¹² “No que é pertinente aos direitos individuais homogêneos, tidos pelo CDC como aqueles ‘decorrentes de origem comum’, a coisa julgada se opera *erga omnes*, mas somente nos casos de procedência do pedido, ‘para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores’. Contudo, impende ressaltar que, consoante a regra do §2º do art. 103 do CDC, se tiver havido a intervenção prevista no art. 94 do CDC, a coisa julgada abrangerá os litisconsortes (ou assistentes) que intervieram no processo, ainda que o resultado da demanda seja de improcedência do pedido. O §3º do art. 103 do CDC também se aplica no Mandado de Segurança coletivo, [...]” (FUX, Luiz, Op. Cit., p. 149).

Conforme já visto no capítulo 3.5, os princípios possuem importante função interpretativa e, como tal, devem ser revistos para fins de interpretação sistemática da norma contida no artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança.

Caso as pessoas em situação idêntica aos associados não puderem se beneficiar de uma sentença proferida em um mandado de segurança coletivo pelo simples fato de não possuírem liame associativo com a entidade, restaria violado o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva²¹³, pois tais pessoas, por falta de um legitimado que as pudessem substituir no processo, não poderiam se valer do *writ* coletivo, expressamente previsto na Constituição, ou de qualquer outro instrumento com as mesmas características.

Além disso, o referido entendimento amesquinharia a importância do mandado de segurança coletivo, diminuindo sua função de *deterrence*, pois a potencialidade da sentença produzir efeitos *erga omnes* pode desencorajar as autoridades da prática de atos abusivos.

Por razões parecidas, a limitação da coisa julgada viola, evidentemente, o princípio do amplo acesso à justiça²¹⁴. Justamente as pessoas que mais precisam de proteção, quais sejam as desinformadas e socialmente alienadas seriam impedidas de restabelecer seu direito pelo fato de não estarem associadas.

A prevalecer a interpretação restritiva, as pessoas que não impetrariam o mandado de segurança por conta de falta de informação, falta de iniciativa, hipossuficiência econômica e temor de represálias pela litigância contra o poder público ou poderosas autoridades públicas (conforme visto no capítulo 3.5.2), não teriam acesso à justiça de uma eventual decisão proferida em *writ* coletivo, caso não pertencessem a alguma associação.

²¹³ Conf. capítulo 3.5

²¹⁴ Conf. capítulo 3.5

Tal interpretação representaria também violação ao princípio da indivisibilidade da tutela coletiva²¹⁵, fracionando o litígio entre associados e não associados, sendo que estes últimos seriam obrigados a impetrar diversos mandados de segurança individuais mesmo em situação de homogeneidade, o que provocaria uma multiplicação e atomização do litígio.

Em se cogitar na limitação da eficácia da coisa julgada aos associados, na contramão do princípio da extensão subjetiva da coisa julgada *ultra partes*²¹⁶, estaríamos cogitando em tratar desigualmente pessoas que se encontram em situação de homogeneidade de direitos, o que viola o princípio da isonomia²¹⁷.

Portanto, também à luz dos mais caros princípios que regem a tutela coletiva, o artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, deve ser interpretada no sentido de conferir eficácia *erga omnes* à coisa julgada.

5.5. A interpretação teleológica.

Ao aplicar o Direito, o intérprete também deve estar atento às aspirações da norma, pois aquele, por não constituir um fim em si mesmo, deve se justificar através da realização de certos objetivos sociais²¹⁸. Não se deve sacrificar os fins para prestigiar as formas²¹⁹.

²¹⁵ Conf. capítulo 3.5.

²¹⁶ Conf. capítulo 3.5.

²¹⁷ Conf. capítulo 3.5.

²¹⁸ “O direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. Isso significa que o direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. Não se devem sacrificar os fins às formas. Há autores, inclusive, que proclamam merecer o elemento teleológico preponderância na interpretação constitucional. É bem de ver, no entanto, que a interpretação teleológica não pode servir para cancelar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo quando isso importe em afrontar aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Em uma ordem jurídica lastreada na ética, os fins devem reverenciar os valores.” (BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 295).

²¹⁹ “O fato de, no mandado de segurança coletivo, a coisa julgada apresentar dimensões diferentes daquelas que ordinariamente se verificam no regime das ações singulares do CPC decorrem da natureza da ação coletiva, e não da criação de outras figuras de coisa julgada e substituição processual. Essas figuras processuais não são rígidas e imodificáveis. Como todas as categorias processuais, são flexíveis e adaptáveis à variedade de direitos materiais litigiosos. Ademais, pouco importa ao direito processual o excesso de classificações e a multiplicidade de categorizações, quase sempre de mais interesse acadêmico do que prático. O processo contemporâneo é dominado, precipuamente, pela efetividade, pela capacidade de produzir resultados concretos na tutela dos direitos materiais; é dominado pela funcionalidade, e não pelas estruturas. Daí por que não tem relevância distinguir, no caso do mandado de segurança coletivo, entre ‘substituição processual’ e ‘legitimação processual coletiva’. Se o problema é definir a extensão da

Nesse passo, a eficácia *erga omnes* das sentenças tem importante papel na concretização de importantes aspirações da tutela coletiva via mandado de segurança, especialmente no que se refere à economia processual e ao impedimento de decisões conflitantes²²⁰.

Note-se que caso a eficácia da sentença seja limitada aos associados, as demais pessoas que se encontrarem em situação idêntica aos mesmos, porém não estejam ligados a entidade (que, em muitos casos, podem formar a maioria), ficarão impedidos de ter seus direitos (individuais homogêneos) tutelados²²¹ e serão obrigados a propor outras tantas ações individuais para poder usufruir seu direito, provocando uma verdadeira multiplicação do litígio.

Se tal fato ocorresse, a economia processual trazida pelo manejo de somente uma ação coletiva no lugar de dezenas ou milhares de ações individuais sofreria sensível esvaziamento, sacrificando-se uma importante aspiração da tutela coletiva. O prejuízo seria tanto para os titulares do direito (não associados), que seriam obrigados a gastar com todas as custas geradas pelo processo e com a contratação de advogado, quanto para o próprio Poder Judiciário, prejudicado em sua eficiência em razão do aumento desnecessário do número de processos.

Outra aspiração da tutela coletiva, qual seja o aumento da segurança jurídica com o impedimento da coexistência de decisões conflitantes, também ficaria prejudicada, pois a multiplicação de demandas sobre o mesmo objeto pode ter como consequência a prolação de diversas decisões de conteúdo conflitante, já que de acordo com o sistema processual pátrio, por diversos motivos, muitos processos poderiam não chegar a uma instância superior para pacificação da matéria, o que prejudicaria a concretização dos postulados da segurança jurídica e da paz social.

coisa julgada, a própria lei cuidou de fazê-lo, seguindo orientação diversa daquela adotada no CPC.” (THEODORO JR., Humberto. Op. Cit., p. 55).

²²⁰ Conf. capítulo 2.4.3.3.

²²¹ Tutela que é, inclusive, de interesse público, conforme já visto.

Assim, a interpretação em sentido restritivo, ou seja, com limitação da eficácia da sentença proferida em mandado de segurança coletivo somente aos associados vai contra alguns dos principais objetivos da tutela de massa.

5.6. A interpretação conforme a Constituição.

A técnica de interpretação “conforme a Constituição” tem como uma de suas finalidades identificar, dentro de possíveis sentidos das normas infraconstitucionais, o que melhor atende aos reclames constitucionais²²².

Note-se que a técnica tem como limite as possibilidades semânticas do texto constitucional²²³ (identificadas na interpretação literal), com a escolha, dentro dessas possibilidades, as que melhor realizam os valores e fins constitucionais.

Conforme já visto anteriormente²²⁴, a Constituição situou o mandado de segurança dentro do título que trata das garantias fundamentais, no capítulo referente os direitos individuais e coletivos²²⁵. Dessa forma, o *writ* coletivo foi erigido à categoria de um direito fundamental de toda a coletividade²²⁶.

Caso o *caput* do artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, fosse interpretado no sentido de restringir a eficácia da coisa julgada no mandado de segurança coletivo somente aos membros da entidade impetrante, todas as pessoas que não mantivessem vínculo associativo com alguma entidade ficariam privados de exercer o direito

²²² “A interpretação conforme a constituição destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis deve-se escolher a que tem mais afinidade com a constituição.” (BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 301); Em sentido mais amplo: “ZANETI JR, Hermes. Op. Cit., p. 103.

²²³[...]. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.” (BARROSO, idem, p. 302)

²²⁴ Conf. capítulo 2.1.

²²⁵ Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos.

²²⁶ Conf. ZANETI JR, Hermes. Op. Cit., p. 101.

constitucional ao *writ* coletivo nas hipóteses cabíveis, o que torna tal interpretação incompatível com o texto constitucional²²⁷.

Na realidade, essa interpretação restritiva significa negar a própria existência do mandado de segurança coletivo de iniciativa das associações civis, o que seria inconstitucional por violar o disposto na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição, conforme já dito.

Portanto, não sendo viável uma interpretação no sentido de limitar os efeitos da coisa julgada somente aos associados, tem-se que a correta interpretação do referido dispositivo, “conforme a Constituição”, aponta no sentido de conferir eficácia *erga omnes* a sentença prolatada em mandados de segurança coletivos impetrados pelas associações civis.

Analisando outra questão (possibilidade de tutela de direitos difusos pela via do mandado de segurança coletivo) Zaneti Jr., ao interpretar o sentido do artigo 21, da LMS, chega à conclusão idêntica acerca da utilização do elemento de interpretação *conforme a Constituição*:

Uma interpretação literal do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC – princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme o texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal. (ZANETI JR, Hermes, Op. Cit., p. 102).

Vale ainda ser abordado outro aspecto da mesma questão.

Antes da edição da Lei nº 12.016/2009, a doutrina e a jurisprudência vinham consolidando o entendimento de que as regras existentes no microsistema de tutela

²²⁷ Na doutrina: “A constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o writ do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar *flatus vocis*, bocas sem dentes, as garantias constitucionais.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes, Op. Cit., p. 128)

coletiva, inclusive as que disciplinam a coisa julgada²²⁸, deveriam ser aplicadas ao mandado de segurança coletivo.

Não somente através das regras existentes no microsistema, mas também com da interpretação sistemática de diversas normas (regras e princípios), inclusive constitucionais, chegou-se à conclusão de que as sentenças proferidas em mandado de segurança coletivo produzem efeitos *erga omnes*²²⁹. No período anterior a vigência da lei, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição, construiu sólido arcabouço jurisprudencial neste mesmo sentido, conforme será visto no capítulo 6.3.

Assim, caso a regra contida na recém editada legislação do mandado de segurança (*caput* do artigo 22) venha a ser interpretada restritivamente e em sentido contrário ao citado entendimento, haverá inegável retrocesso social²³⁰, o que não pode ser admitido.

5.7. Síntese do capítulo.

Neste capítulo demonstramos que, seja qual for o elemento da hermenêutica jurídica utilizado para interpretar o disposto no *caput*, do artigo 22, da LMS, todas as conclusões serão no sentido de que a sentença proferida em mandado de segurança coletivo proposto por uma associação civil produzirá efeitos em relação a todos os integrantes do grupo atingida pela violação de direito, e não limitadamente aos associados.

²²⁸ “Deveras, antes do advento da Lei n. 12.016/2009, não havia lei específica destinada a disciplinar o Mandado de Segurança coletivo e, por esta razão, a ele se aplicavam as regras atinentes à sentença e coisa julgada contidas nos arts. 103 e 104 do CDC c/c art. 21 da lei n. 7.347/1985.” (FUX, Luiz, Op. Cit., p. 147).

²²⁹ “Já antes do advento da Lei n. 12.016 se entendia que, salvo a questão relacionada com a coisa julgada, o mandado de segurança coletivo não apresentava novidade no tocante à competência e ao procedimento. Quanto, porém, à força da sentença, entendia Eduardo Sudré, com razão, que se deveria observar o regime das ações coletivas, tal como definido pelo art. 103, II, da Lei n. 8.078/90, ou seja, a coisa julgada operaria *erga omnes* dentro do grupo, categoria ou classe representados pela entidade autora, se o provimento fosse de deferimento da impetração. (...) A nova lei, que veio regulamentar o mandado de segurança, inclusive na sua feição coletiva, seguiu realmente aquela doutrina, pois o que restou disposto no seu art. 22 foi justamente que a sentença do mandado de segurança coletivo faz coisa julgada em face de todos os membros do grupo ou categoria substituídos pela entidade impetrante (*caput*), salvo em relação àquele que optar por manejar mandado de segurança individual (§1º). (THEODORO JR., Op. Cit., pp. 53 e 54)”

²³⁰ Conf. ZANETI JR, Hermes, Op. Cit., p. 103.

6. TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

6.1. Objetivo do capítulo.

Este capítulo tem por finalidade analisar a amplitude que a eficácia subjetiva da coisa julgada vem recebendo da jurisprudência dos tribunais pátrios no julgamento de processos que envolvem outros institutos de tutela coletiva.

Com essa análise, poderá ser identificada uma tendência na interpretação do *caput* do artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, pela jurisprudência pátria, que certamente importa para o resultado prático das conclusões a que chegamos no capítulo anterior.

6.2. A interpretação da eficácia da coisa julgada no Mandado de Injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha prestigiando o entendimento de que as decisões em mandado de injunção tinha eficácia meramente declaratória da mora do legislativo em editar a norma regulamentadora, adotando-se a teoria da subsidiariedade, conforme classificação proposta na doutrina de Regina Quaresma²³¹.

A posição se consolidou em razão do STF temer que, ao dotar suas decisões com eficácia de criação da norma faltante, estaria usurpando função legiferante que não lhe é própria, o que violaria o princípio da separação de poderes.

Em alguns casos²³², houve posicionamento do STF no sentido de declarar a mora legislativa e ao mesmo tempo fixar o prazo para edição da norma regulamentadora, em postura intermediária entre a teoria da subsidiariedade e a da resolutividade²³³. Se não

²³¹ Conf. QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1999.

²³² Entre vários, o MI 20, inclusive citado no acórdão proferido no MI 712-8/PA e o MI 283-5/DF.

²³³ Para a doutrina, a teoria da resolutividade “é a que considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva *inter partes*, em relação à criação da norma faltante. (...). Assim, conforme essa teoria, o órgão jurisdicional demandado deve decidir o caso balizando-se nos princípios constitucionais positivados e no seu sentimento de equidade, possibilitando uma imediata efetivação da promessa de

editada a norma no prazo fixado, o impetrante prejudicado estaria autorizado a obter, pela via processual adequada, sentença condenatória líquida.

Contudo, no julgamento do MI 721-7/DF²³⁴, ocorrido em 30 de agosto de 2007, a jurisprudência da corte constitucional sofreu importante alteração.

No julgamento do citado processo, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, expressou uma nova postura do tribunal em relação à eficácia do mandado de injunção, com a admissão de que as decisões deveriam ser dotadas de eficácia para efetivamente resolver a lide e não somente declarar a mora do Poder Legislativo ou mesmo atrelar o direito do impetrante à necessidade da propositura de uma nova ação judicial. Leia-se no voto do relator:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do supremo ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tenho em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o judiciário na crença de lograr a supremacia

direito subjetivo. Dessa maneira, a norma (nos contornos do inc. LXXI do art. 5º da CF/88) que estabelecer algum direito, mas não regulamentar os contornos exatos da situação jurídica criada, impedindo sua aplicação, passa a se relacionar com um procedimento que permite a imediata efetivação do direito subjetivo enunciado de forma incompleta: a atividade integradora do Poder Judiciário.”. MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., F. (Org). Ações constitucionais. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 228 e 229; Defendendo a adoção da teoria da resolutividade conf. a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. Revista de Processo, São Paulo, ano 14, nº 56, p. 110 a 121, out/dez de 1989), bem como o voto proferido no julgamento do MI 6, pelo TJRJ.

²³⁴ Ementado da seguinte forma: “MANDADO DE INJUNÇÃO. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAR. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da lei nº 8.213/91.”

da lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, [...]

Ao opinar pelo assentamento o direito da impetrante, não apenas declarando a mora do Poder Legislativo, mas suprindo a falta da norma regulamentadora, o voto do relator prestigiou a teoria da resolutividade, pois editou concretamente a norma faltante e resolveu efetivamente a lide.

No citado julgamento, o voto do Ministro Eros Grau é ainda mais importante, pois foi além da teoria da resolutividade, adotando às claras a teoria da interdependência funcional²³⁵, opinando no sentido de que a decisão deveria produzir efeitos *erga omnes*, atingindo todas as pessoas em idêntica situação do impetrante.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau transcreve a justificativa contida no projeto de Lei nº 4.679, de 1990, de autoria de José Ignácio Botelho Mesquita, da qual transcrevemos um importante trecho:

Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferente? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um

²³⁵ Na classificação didática de Regina Quaresma, a teoria da independência jurisdicional difere da teoria da resolutividade em razão daquela defender que as decisões proferidas em mandado de injunção possuem natureza constitutiva *erga omnes*, sendo que a última diz que a constituição da norma faltante seria somente entre as partes do processo. Na doutrina: “Pela teoria da independência jurisdicional, a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter constitutivo *erga omnes*, pelo que caberia ao órgão do judiciário editar norma geral, escapando à regulamentação do caso concreto. A decisão judicial se estenderia abstratamente até mesmo para aqueles que não pediram a tutela jurisdicional, substituindo assim, em todos os termos, o órgão responsável pela edição da norma faltante.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de Injunção Coletivo: viabilidade diante dos (falsos) dogmas*. In: Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos / coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro mendes e Kazuo Watanabe – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 358)

obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos.

O Ministro Eros Grau, portanto, aderiu ao argumento de que a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em mandado de injunção decorre da própria necessidade de se excluir a possibilidade de se criar normas regulamentadoras diversas e até mesmo conflitantes nos diversos casos concretos versando sobre o mesmo preceito constitucional, o que, em uma interpretação sistemática das normas constitucionais, violaria o princípio da isonomia. Consta, ainda, do citado voto:

Esses parâmetros não de ser definidos por essa corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador---tendente a regular o comportamento social de sujeito associados --- que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma um só.

Entretanto, apesar de existir sutil, mas importantíssima diferença entre os votos do relator, Ministro Marco Aurélio, e do Ministro Eros Grau – aquele adotando a teoria da resolutividade e este a teoria da independência funcional – o último simplesmente acompanhou o voto do primeiro, sem que houvesse a consignação da divergência em relação à eficácia subjetiva da decisão, o que resultou na inexistência de debate mais aprofundado sobre a questão.

A decisão, focada prioritariamente no ponto de vista da criação da norma e da solução da lide, lastreou-se no voto do relator, sem que sequer tenha havido voto vencido, não obstante, repita-se, as diferenças nos votos dos citados ministros em relação aos efeitos subjetivos da decisão.

Apenas dois meses depois do referido julgamento, três novos mandados de injunção foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Foram eles: a) o MI 670-9/ES, da relatoria original do Ministro Maurício Corrêa, mas que tendo sido o Ministro Gilmar Mendes designado para a relatoria do acórdão; b) o MI 712-8 PA, da relatoria do Ministro Eros Grau e c) o MI 708-0/DF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

No MI 670-9/ES, do voto do relator para acórdão, Ministro Gilmar Mendes, em relação à eficácia subjetiva de decisão, extrai-se o seguinte:

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão preferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais com a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão preferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão preferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, põe o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão preferida no mandado de injunção.

Já no MI 712-8 PA, o voto do relator Ministro Eros Grau foi idêntico ao que proferiu no já citado MI 721-7/DF. Contudo, como relator, seu voto prevaleceu na íntegra, inclusive a parte que estabelece a eficácia *erga omnes* da decisão.

Finalmente, no MI 708-0/DF, o relator, Ministro Gilmar Mendes, repetiu os mesmos argumentos constantes do voto condutor do acórdão proferido no MI 670-9/ES, valendo destaque para a conclusão do voto, que dá ênfase aos efeitos *erga omnes* do julgado, determinando a aplicação da solução dada no mandado de injunção a todos os conflitos e ações judiciais que envolvam a interpretação do direito discutido no processo.

Não obstante a posição do Supremo Tribunal Federal ainda estar em evolução e não estar pacificada²³⁶, especialmente em razão das constantes alterações na composição da Corte, os precedentes acima citados demonstram uma tendência jurisprudencial no sentido de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões em todas as hipóteses em que o fracionamento das lides tornar possível a criação de uma inaceitável situação de desigualdade para pessoas cujo direito, por sua natureza, tiver que ser decidido da mesma forma para todos, como, de forma especial, ocorre nas hipóteses de direito coletivo *lato sensu*.

Note-se que tais precedentes foram criados em mandados de injunção, ou seja, em processos de natureza individual que não foram movidos por legitimados coletivos e cuja aplicação subsidiária das normas existentes no *microsistema* de tutela coletiva não lhes é peculiar. Mesmo assim, baseados no princípio constitucional da isonomia, comum a ambos os sistemas, individual e coletivo, foi atribuída eficácia *erga omnes* às decisões neles proferidas.

Na tutela coletiva fica ainda mais claro que, para que não haja violação do princípio da isonomia não pode haver risco de tratamento desigual entre os titulares de direitos coletivos *lato sensu*. Sendo assim, a tutela há de ser única, molecular, e nunca atomizada, da forma como ocorre na tutela individual. Aliás, nunca é demais lembrar que, na tutela coletiva, o princípio da isonomia decorre do princípio da indivisibilidade do objeto da tutela coletiva. Mesmo na tutela de direitos individuais homogêneos, que não são essencialmente coletivos, o interesse público na tutela coletiva justifica o tratamento molecular de modo a concretizar diversos objetivos da mesma, entre eles impedir a multiplicação de litígios, a coexistência de decisões conflitantes e o tratamento desigual entre os titulares do direito.

Nos citados precedentes construídos em mandados de injunção, a criação de uma norma regulamentadora do comportamento social das pessoas não foi tratado como um

²³⁶ Após os citados julgamentos já houveram outros no sentido de atribuir à decisão efeitos somente inter partes – MI 758-6/DF, MI 788-8/DF, MI 795-1/DF e MI 1.083/DF. Vale registrar, inclusive, o fato de o Ministro Joaquim Barbosa ter levantado questão de ordem no MI 795-1/DF, requerendo que os ministros da corte, a partir da formação daquele precedente, ficassem autorizados a julgar monocraticamente e de forma definitiva os processos idênticos, o que foi deferido pelo plenário da Corte Suprema. Assim, não obstante a eficácia inter partes daquela decisão, ela não deixou de produzir efeitos para fora do processo, afetando todos os demais de natureza idêntica que eventualmente chegarem ao Supremo Tribunal Federal para julgamento.

processo atomizado, e sim molecular, pois, a exemplo da tutela de massa, o resultado da lide interessou a toda coletividade.

Portanto, há um paralelo inevitável dos fundamentos que permitiram a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas nos citados mandados de injunção com alguns dos fundamentos que apontam para a atribuição da mesma eficácia para as sentenças proferidas nos mandados de segurança coletivos impetrados pelas associações civis (aplicação do princípio da isonomia, objetivo de impedir decisões conflitantes e impossibilidade de tratamento desigual entre titulares de direitos afetos a coletividade).

No mandado de segurança coletivo — instrumento que compõe o microsistema de tutela de massa — a necessidade de atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões fica ainda mais nítida, tendo em vista ser o *writ* dotado de mecanismos típicos da tutela coletiva que regulam importantes aspectos da lide — especialmente a legitimidade (extraordinária) — o que permite a atribuição de uma eficácia da coisa julgada para além das partes processuais.

6.3. A natureza jurídica da legitimidade das associações segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em uma interpretação “conforme a Constituição”²³⁷

A jurisprudência dos tribunais superiores que versam sobre representação e substituição processual é vasta e de conteúdo variado, se tornando até confusa em razão da diversidade na fundamentação dos acórdãos.

Por tal razão, procuramos separar, dentro de um critério de coerência e atualidade, a melhor jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, construída sob a ótica das normas constitucionais.

O primeiro julgado a que nos referimos é o acórdão proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 20.936/DF, em 08 de novembro de 1989, ou seja, no acender das luzes da Constituição Federal de 1988.

²³⁷ Sobre interpretação “conforme a Constituição, conf. capítulo 5.6.

Chama a atenção no julgado não somente o voto do relator, Ministro Carlos Madeira, mas sim o memorável voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que não obstante ter votado com o relator, o fez por fundamentos diferentes, brilhantes por sua lucidez e clareza, que foram adotados pela maioria dos demais membros da Corte.

No voto do relator, Ministro Carlos Madeira, com apoio na doutrina de Calmon de Passos, as diferenças das hipóteses de representação e substituição processual pelas associações foram corretamente delineadas no seguinte trecho:

Sobre o assunto, também escreve Calmon dos passos, em obra recente, afirmando que no mandado de segurança coletivo a “entidade pleiteia em nome próprio direito alheio, como substituto processual, obtendo a tutelar desses direitos em favor de todos os membros ou associados seus, que sejam titulares de direitos dessa natureza.

O escólio doutrinário vem em apoio da objeção da procuradoria-geral da República. Se o mandado de segurança é impetrado apenas no interesse de um grupo determinado de associados, o Sindicato apenas representa esse grupo em juízo. Só quando o interesse defendido é de toda categoria é que se pode cogitar de mandado de segurança coletivo, em que o sindicato ingressa em juízo como substituto processual da categoria, independente da autorização dos que a integram. A substituição processual não se confunde com a representação ou com a sucessão processual.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda pertence dá verdadeira lição em matéria de direitos coletivos, demonstrando domínio sobre os aspectos históricos, teleológicos, axiológicos e sociológicos dos reclames constitucionais em matéria de tutela coletiva. Nele, não obstante ter sido proferido em período que não vigorava o microsistema de tutela coletiva²³⁸, em sua essência e especialmente no que se refere aos institutos da representação e substituição processual, permanece atual. Confira-se alguns trechos de maior relevância²³⁹:

²³⁸ Que, entre outros, introduziu o conceito de direitos individuais homogêneos e disciplinou a legitimação e a coisa julgada na tutela de massa.

²³⁹ Vale a pena conferir a integralidade do voto no anexo deste trabalho.

Não estranha que, na constituição de 88, a temática da legitimação extraordinária de sindicatos, entidades de classe e associação viessem a reportar em diversos preceitos e sob várias dimensões.

No art. 5º o início XXI assegura que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados ou extrajudicialmente’.

De sua vez, prescreve o início LXX, fundamento da causa, que “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 há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No capítulo dos direitos Sociais, dispõe o art. 89, III, que ‘ao sindicato cabe a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questão judiciais e administrativas’, [...]

Calmon de Passos insiste na nítida diferença entre a representação, de que cuida o inciso XXI, e a substituição processual, do número LXX, da mesma declaração constitucional de direitos e garantias. ‘Se o interesse é individual, exclusivo ou específico’ – distingue (ob. cit., p. 15) – ‘só o seu titular está autorizado a defendê-lo, via mandamus. Nada obsta que esse seu interesse, mesmo quando exclusivo ou específico, receba o apoio da entidade da qual ele se insere. Para isso, deve autorizá-la a representá-lo em juízo (...). Mas se o interesse individual é também compartilhado por outros, que têm interesse de igual natureza (...), podem ser defendidos, ter os seus interesses patrocinados pela entidade em que se associam. Justamente por força da afinidade que esse interesse (compartilhado) guarda com o interesse ou função, ou fim básico da entidade. ‘Aqui’ sustenta o mestre baiano - ‘a aquiescência é irrelevante. Não pode o associado impedir uma atuação que é de interesse comum. Faltar-lhe-ia quantidade para tanto. Só lhe resta, como indivíduo, renunciar ao benefício que for logrado, se renunciável (...) ou transigir a respeito dele’.

[...]

Considere-se, de logo, que o art. 5º XXI, diz respeito a ‘entidades associativas’, expressões que na linguagem da constituição, parece certo que não abrangem sindicatos ou organização sindicais (cf. arts. 5º, LXX e 103, IX). Por outro lado,

em contraposição, no art. 8º, III, é que a constituição traga especificamente a regra geral de legitimação dos sindicatos – que ali não ficou sujeita à autorização dos interesses – para a ‘defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de categoria, inclusive em questão judiciais...’

[...]

Tenho por iniludível, assim que, no art. 8º III, efetivamente, não se tem representação, nem substituição processual voluntária, como no âmbito do art. 49, XXXI, mas, sim, autêntica substituição processual ex lege, por força direta e incondicionada da própria constituição.

Na ocasião, portanto, formou-se o entendimento segundo o qual as associações civis poderiam substituir os associados (legitimação extraordinária) no mandado de segurança coletivo (CF, art. 5, LXX, “b”) e representá-los em processos individuais (CF, art. 5, XXI), e os sindicatos poderiam substituir processualmente os membros da categoria, tanto no mandado de segurança coletivo (CF, art. 5, LXX, “b”), quanto em processos judiciais (CF, art. 8º, III).

Neste mesmo julgado, destaca-se ainda lição atualíssima contida no voto do Ministro Celso de Mello:

Uma concepção mais restritiva desse instituto certamente frustraria os aspectos altamente positivos em que se traduz o princípio da instrumentalidade do processo, que busca universalizar o acesso à tutela jurisdicional, pela remoção de todos os obstáculos que impeçam a ampla administração e extensão da justiça a todos.

O mandado de segurança coletivo, no contexto em que concebido e positivado, permite a consecução desse objetivo político e social maior, que torna possível recuperar a concreção da efetividade do processo.

Essa visão da instrumentalidade do processo, tão enriquecida com a produção normativa recentemente desenvolvida ao longo da atividade constituinte, permite que o direito ao processo não signifique apenas uma afirmação dogmática, mas traduza a oportunidade, a todos extensível, de real acesso à ordem jurídica justa (v. Kazuo Watanabe, ‘participação e processo’, p. 128/135, 1988, RT).

O mandado de segurança coletivo, ao romper o princípio da legitimação individual – que apresenta um dos vários bloqueios jurídico – formais à efetiva tutela jurisdicional –, reflete a nova postura do legislador constituinte e revela uma consciente opção político-social, que visa a universalizar a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado.

Não obstante a louvável fundamentação dos votos acima citados, uma questão não ficou bem esclarecida, qual seja a da eficácia subjetiva da sentença proferida no mandado de segurança coletivo. Aliás, a questão não foi sequer ventilada e a leitura dos votos deixa a impressão de que existia o entendimento de que a sentença atingiria apenas os associados, no caso das associações civis, e a toda a categoria, no caso dos sindicatos²⁴⁰. Esse entendimento restritivo, contrário inclusive ao discurso do Ministro Celso de Mello acima transcrito, se deve ao fato, repita-se, de à época inexistir os conceitos de direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, bem como a definição dos contornos de outros importantes institutos de tutela coletiva, que vieram mais tarde com a criação do *microsistema* de tutela coletiva²⁴¹.

O entendimento da Suprema Corte brasileira explicitado no acórdão proferido Mandado de Segurança nº 20.936/DF permanece inalterado, valendo conferir decisões posteriores no mesmo sentido: AgRg no Recurso Extraordinário 217.566/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08 de fevereiro de 2011; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 696.845/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 16 de outubro de 2012²⁴². Neste último julgado, o mais recente, chama atenção alguns trechos do voto condutor do acórdão:

²⁴⁰ Consta do voto do Ministro Sepúlveda Pertence a seguinte ressalva: “O problema, entretanto, data vênia, é mais sério, quando enfrentado a partir não apenas da hipótese de deferimento da ordem, nas também da eventualidade da sucumbência na impetração e da oportunidade da eficácia de coisa julgada da decisão denegatória da segurança aos titulares individuais do interesse questionado: por isso, em relação às entidades não sindicais, prefiro reservar-me para reflexão mais madura, quando oportuno.”

²⁴¹ Conf. capítulo 2.3.

²⁴² Assim ementado: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 8º, III, DA CF/88. AMPLA LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. “O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos” (RE 210.029, Pleno, Relator o

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 210.029, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 17.08.07, fixou entendimento no sentido de que ‘o artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos’ (sem grifos no original).

No mesmo sentido, o acórdão proferido no julgamento do RE 193.503, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.8.07, [...].

Acrescente-se ainda que a controvérsia dos autos é distinta daquela cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário desta Corte nos autos do RE 612.043, Relator o Ministro Marco Aurélio, precedente apontado como paradigma pela agravante. O tema objeto daquele recurso extraordinário refere-se ao momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação, nos termos do artigo 5º XXI da CF/88 (*verbis*: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente):

[...]

Ministro Carlos Velloso, DJ de 17.08.07). No mesmo sentido: RE 193.503, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.8.07. 2. Legitimidade do sindicato para representar em juízo os integrantes da categoria funcional que representa, independente da comprovação de filiação ao sindicato na fase de conhecimento. Precedentes: AI 760.327-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 03.09.10 e ADI 1.076MC, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 07.12.00). 3. A controvérsia dos autos é distinta daquela cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário desta Corte nos autos do recurso extraordinário apontado como paradigma pela agravante. O tema objeto Supremo Tribunal Federal daquele recurso refere-se ao momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação, nos termos do artigo 5º XXI da CF/88. Todavia, in casu, discute-se o momento oportuno para a comprovação de filiação a entidade sindical para fins de execução proferida em ação coletiva ajuizada por sindicato, com respaldo no artigo 8º, inciso III, da CF/88. 4. O acórdão originalmente recorrido assentou: ‘PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO CICLO DE GESTÃO. CGC. DECISÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. AFILIADOS ÀS ENTIDADES IMPETRANTES APÓS A DATA DA IMPETRAÇÃO. DIREITO GARANTIDO DA CATEGORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS NOVOS NÃO FORAM CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido.’ 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Todavia, in casu, discute-se o momento oportuno para a comprovação filiação a entidade sindical para fins de execução proferida em ação coletiva ajuizada por sindicato, com respaldo no artigo 8º, inciso III, da CF/88, verbis: ‘ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas’.

Pelo referido julgado, verifica-se que a questão da natureza jurídica dos sindicatos para a propositura de mandado de segurança coletivo encontra-se pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo a corte constitucional, ao interpretar o artigo 5º, LXX, “b”²⁴³, e o artigo 8º, III²⁴⁴, ambos da Constituição, há muito adotado o entendimento de que a os sindicatos atuam como substituto processual de toda a categoria, e não somente de seus filiados, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução.

É importante notar que ao se reconhecer que o não filiado ao sindicato pode beneficiar-se da sentença coletiva e requerer o seu cumprimento, tanto na forma individual, quanto através do próprio sindicato, reconhece-se a eficácia *erga omnes* da referida sentença, apta a produzir efeitos para toda a categoria profissional, e não somente para os filiados da entidade sindical impetrante.

Já em relação às associações civis, a jurisprudência do Supremo indica um caminho diferente, ainda não totalmente percorrido, mas com indicação do sentido que tomará.

Conforme mencionado no trecho do voto do Ministro Luiz Fux, acima transcrito, atualmente encontra-se pendente de julgamento no STF o RE 612.043, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que já reconheceu repercussão no tema em julgamento e, em breve, colocará o processo para julgamento em plenário.

Discute-se no citado recurso extraordinário, interposto por associação civil, a possibilidade da sentença proferida em ação coletiva beneficiar as pessoas que se

²⁴³ “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;”

²⁴⁴ “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”

associaram a entidade após a propositura da ação. O que está em jogo nada mais é do que a natureza jurídica da legitimação das associações civis durante o processo de conhecimento e no processo de execução, com reflexos na eficácia subjetiva da sentença.

Se o Supremo Tribunal Federal mantiver uma linha de coerência com o que vem decidindo para os sindicatos, a tendência é que a Corte Constitucional, ao interpretar a alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição, declarará que, na tutela coletiva e durante a fase de conhecimento, as associações civis também substituem processualmente todos os integrantes do grupo titular do direito violado, desde que pertencentes à mesma categoria econômica de seus associados, ou seja, operem no mesmo ramo de atividade destes²⁴⁵, tratando-se de legitimação extraordinária. Desta forma, mesmo aqueles que não eram membros da associação civil na data da propositura da ação poderão se beneficiar dos efeitos da sentença.

Essa interpretação também levará à indissociável conclusão de que a sentença proferida em ações coletivas, inclusive no mandado de segurança coletivo, propostas por associações civis, produzem efeitos *erga omnes*, e não restringem sua eficácia somente aos associados.

Contudo, na fase de execução, a situação é diferente. Isso porque a conclusão de que o sindicato substitui todos os integrantes da categoria profissional que representa fundamentou-se no inciso III, do artigo 8º, da Constituição, que diz respeito somente às entidades sindicais, e não às associações civis.

Parece lógico que, neste ponto, o Supremo Tribunal Federal seguirá a mesma linha do que até aqui vem sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que construiu uma sólida jurisprudência sobre a matéria baseada, inclusive, em precedentes da Corte Constitucional. A mais recente dessas decisões foi proferida em 20/11/2012 (DJe 18/12/2012) pela Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.347.147/RJ, da relatoria do Ministro Herman Benjamin²⁴⁶. Do voto do relator, extrai-se o seguinte:

²⁴⁵ Julgado nesse sentido:

²⁴⁶ Ementado da seguinte forma: “PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO-ALIMENTAÇÃO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EXECUÇÃO

O STJ entende que, nos termos da Súmula 629/STF, a associação ou o sindicato, na qualidade de substituto processual, atua na esfera judicial na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representa, sendo dispensável a relação nominal dos afiliados e suas respectivas autorizações.

Logo, tem legitimidade o associado para o ajuizamento de execução individual de título judicial proveniente de ação coletiva proposta por associação, independentemente da comprovação de sua filiação ou da sua autorização expressa para representação no processo de conhecimento. [...]

Dessa forma, a coisa julgada oriunda da ação coletiva de conhecimento abarcará todos os servidores da categoria, tornando-os partes legítimas para propor a execução individual da sentença, independentemente da comprovação de sua filiação.

Portanto, inexistindo o fundamento do inciso III, do artigo 8º, da Constituição, para as associações civis, as execuções individuais da sentença genérica e mandamental, proferida em sede de mandado de segurança coletivo, deverá ser promovida pela associação em regime de representação processual, com expressa autorização dos associados para tanto.

Aqueles integrantes do grupo formado pelos titulares do direito que eventualmente não sejam membros da associação, podem, mesmo após a prolação da sentença e visando à execução da decisão, associar-se a entidade impetrante para, caso queiram, serem representados por ela, mediante competente autorização, na fase de cumprimento do julgado. Caso contrário, poderão promover a execução individual da

INDIVIDUAL. AFILIADOS. LEGITIMIDADE. 1. Nos termos da Súmula 629/STF, associação ou sindicato, na qualidade de substituto processual, atuam na esfera judicial na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, dispensando-se a relação nominal dos afiliados e suas respectivas autorizações. 2. Tem legitimidade o associado para ajuizar execução individual de título judicial proveniente de ação coletiva proposta por associação, independentemente da comprovação de sua filiação ou de sua autorização expressa para representação no processo de conhecimento. Precedentes: AgRg no REsp 1.185.824/GO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16.2.2012; AgRg no REsp 1.153.359/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12.4.2010. 3. O apelo não enseja conhecimento no tocante à alegada ofensa aos arts. 6º, 467; 468; 470; 471; 472; 473; 474; 513 e 515, do CPC 3º da Lei 8.073/1990; 6º, §3º, da LICC, porquanto o Tribunal Regional, sob o argumento de que preclusa a discussão sobre o reexame necessário, não apreciou o conteúdo dos citados dispositivos legais. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Recurso Especial parcialmente provido.

sentença, independentemente de manterem vínculo associativo com a entidade impetrante.

Tal conclusão está ainda melhor assentada no acórdão proferido por ocasião do julgamento (02/09/2008), pela Terceira Turma do STJ, do recurso Especial nº 880.385/SP, relatora Ministra Nancy Andrigui²⁴⁷. Colhe-se do voto da relatora uma importante passagem:

Extremadas essas duas situações, restaria saber se as entidades indicadas no art. 82 podem exercer algum papel na execução de uma sentença que tenha reconhecido a existência de direitos individuais homogêneos.

Em que pese alguma dificuldade inicial, fato natural dado o caráter inovador da tutela coletiva, não há hoje dúvida sobre a conclusão de que a legitimidade ativa das associações para a propositura de ações coletivas, *latu sensu*, assenta-se sobre dois institutos diversos: a substituição processual e a representação processual.

Diferentemente do que ocorre na substituição, na representação a associação não atua em nome próprio, mas, ao contrário, age em nome e por conta dos interesses de seus associados. Note-se que o STF vem reconhecendo que a atuação por representação encontra amparo na própria Constituição Federal (art. 5º, XXI) (conf. RMS 21.514, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.6.93).

Assim, se a atuação da associação no processo de cognição pauta-se pela substituição, nada impede que ela passe a atuar, na liquidação e execução, como representante. O universo de representados pode ser menor que o de

²⁴⁷ Assim ementado, no que interessa: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE QUE A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SEJA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO NA QUALIDADE DE REPRESENTANTE DE SEUS ASSOCIADOS. A SENTENÇA CONDENATÓRIA COLETIVA PODE, EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS, SER LIQUIDADADA POR CÁLCULOS, PRESCINDINDO-SE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE LIQUIDAÇÃO. A PENHORA DEFERIDA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PODE RECAIR SOBRE VALORES QUE ESTA TENHA EM CONTA-CORRENTE. - Na representação a associação age em nome e por conta dos interesses de seus associados, conforme autoriza o art. 5º, XXI, CF, diferentemente do que ocorre na substituição processual. - Sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados, na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados. Viabiliza-se, assim, a satisfação de créditos individuais que, por questões econômicas, simplesmente não ensejam a instauração de custosos processos individuais. (...)”

substituídos, mas mesmo assim a solução atende à necessidade de que a proteção jurisdicional se torne concreta.

Em seu voto, observou a Ministra Nancy Andrigui que, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.514-3/DF²⁴⁸, em 1993, o Supremo Tribunal Federal já havia chegado à mesma conclusão, no preciso voto do Ministro Marco Aurélio, do qual extraímos alguns trechos:

[...]. Ao lado do tradicional mandado de segurança – início LXIX – previu-se o coletivo, definindo-se, no texto constitucional, os legitimados a impetrá-lo inciso LXX, também do rol das garantias constitucionais. A conjugação deste dispositivo com que se contém no inciso XXI do mesmo artigo não se mostra merecedora de agasalho. Os institutos neles contemplados são diversos. O inciso XXI encerra a representação em juízo, pressupondo a autorização dos filiados da entidade associativa. No preceito alude-se, expressamente, como necessária, a competente autorização. Havendo esta, pouco importam as características do direito em questão. Vale dizer: inexigível é que entre este e a entidade associativa haja um elo. Mesmo que se trate de controvérsia totalmente estranha aos fins sociais, cabe, uma vez configurada a atuação da entidade e esta ocorrerá não no campo da substituição processual, mas da simples representação. Isto decorre como já anunciado, do próprio teor do preceito:

Instituto diverso, a justificar o tratamento constitucional em preceito próprio, é o da substituição processual. Em elogiável avanço, os constituintes de 1988 fizeram inserir no artigo 5º nova garantia constitucional – a mandado de segurança coletivo – e, então, quanto a este, tiveram presentes as características de certos direitos, no que extravasam o âmbito simplesmente individual para irradiarem-se a ponto de serem encontrados no patrimônio de várias pessoas que, em vista esta peculiar situação é que se previu, na alínea “b” do inciso

²⁴⁸ De seguinte ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – LEGITIMAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. O inciso LXX do artigo 5º da CONSTITUIÇÃO FEDERAL encerra o instituto da substituição processual, distanciando-se da hipótese do inciso XXI, no que surge no âmbito da representação. As entidades e pessoas jurídicas nele mencionadas atuam, em nome próprio, na defesa de interesses que se irradiam, encontrando-se no patrimônio de pessoas diversas. Descabe a exigência de demonstração do credenciamento. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ENTIDADE DE CLASSE – ESPECIFICIDADE. Na disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo, inconfundível com a relativa à ação direta de inconstitucionalidade, não se tem, quanto à legitimação ativa, a exigência de trata-se de entidade de classe que congregue categoria única. Constatada a abrangência, a ponto de alcançar, mister é concluir pela configuração de hipótese ensejadora da substituição processual que distingue a espécie de mandado de segurança que é o coletivo.”

LXX do artigo 5º, a prerrogativa das organizações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para representar, mediante autorização expressa, como previsto no inciso XXI, os filiados, mas para impetrar o mandado de segurança coletivo. Não se tratasse de algo diverso da chamada plúrima ajuizada por força de representação, mister seria concluir pela inocuidade do preceito.

Sempre tenho presente a premissa de que o Direito e ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, havendo de se presumir que o legislador, especialmente o constituinte, haja atuando com técnica, atentando para o fato de que o esmero no emprego da linguagem é essencial à revelação do sentido correto da disposição normativa. Destarte, impossível é confundir hipótese reveladora de representação, a exigir autorização do titular do direito e de abrangência limitada, considerada a matéria a ser tratada na demanda – como é a disciplinada processual, quando o substituído, adentra o judiciário em nome próprio na defesa de interesse deste último.

Portanto, todas as circunstâncias levam a crer que no julgamento do citado Recurso Extraordinário nº 612.043, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte Constitucional, ao interpretar os incisos XXI e LXX, “b”, do artigo 5º, da Constituição, seguirá a linha dos precedentes já firmados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar a legitimação extraordinária das associações civis para representarem todo o grupo, e não somente os associados, durante a fase de conhecimento, reconhecendo, por consequência, a eficácia *erga omnes* da sentença proferida em mandado de segurança coletivo.

6.4. Impacto da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores na interpretação do *caput*, do artigo 22, da Lei nº 12.019/09.

Na busca do correto sentido do *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.019/09, caberá ao Superior Tribunal de Justiça, como guardião da legislação federal, uma interpretação sistemática²⁴⁹ do citado dispositivo com as demais normas presentes no *microsistema* de tutela coletiva.

²⁴⁹ Conf. capítulo 5.3.

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstram uma tendência da Corte em interpretar as regras de tutela coletiva mediante socorro a outras regras presentes no reconhecido *microsistema* de tutela coletiva, já tendo havido manifestações da jurisprudência do STJ no sentido de reconhecer o mandado de segurança como diploma integrante desse *microsistema*²⁵⁰.

Nesse sentido foi o trecho da ementa do acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ no REsp 510150/MA, da relatoria do Ministro Luiz Fux:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Em assim se considerando, não é difícil imaginar que, em uma interpretação sistemática do *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.019/09, com as regras contidas no *microsistema* de tutela de massa, especialmente a regra prevista no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que a sentença terá eficácia *erga omnes*, bem como com os princípios²⁵¹ e valores²⁵² da tutela coletiva, que o citado artigo não poderá ser interpretado restritivamente, mas sim no sentido de garantir

²⁵⁰ Fazendo expressa referência ao microsistema de tutela coletiva, confira-se, entre vários, o acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ no Recurso Especial nº 1.338.687/SC, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2012: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ACOBERTADA PELA COISA JULGADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DO ARESTO E NÃO IMPUGNADO NO RESP. SÚMULA 283/STF. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CLASSISTA. LEGITIMIDADE DO INTEGRANTE DA CATEGORIA PARA PROPOR EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO JULGADO. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO DESPROVIDO. (...) 3. A indivisibilidade do objeto da ação coletiva, na maioria das vezes, importa na extensão dos efeitos positivos da decisão a pessoas não vinculadas diretamente à entidade classista postulante que, na verdade, não é a titular do direito material, mas tão somente a substituta processual dos integrantes da respectiva categoria, a que a lei conferiu legitimidade autônoma para a promoção da ação. Nessa hipótese, diz-se que o bem da vida assegurado pela decisão é fruível por todo o universo de integrantes da categoria, grupo ou classe, ainda que não filiados à entidade postulante. 4. Aquele que faz parte da categoria profissional (ou classe), representada ou substituída por entidade associativa ou sindical, é diretamente favorecido pela eficácia da decisão coletiva positiva transitada em julgado, independente de estar filiado ou associado à mesma entidade, tendo em vista que as referidas peculiaridades do microsistema processual privilegia a máxima efetividade das decisões nele tratadas, especialmente considerando que o direito subjetivo material (coletivo) se acha em posição incontroversa e já proclamado em decisão transitada em julgado. 5. Recurso Especial da União desprovido.

²⁵¹ Conf. capítulo 3.5.

²⁵² Conf. capítulo 3.5.

eficácia *erga omnes* para a sentença proferida durante a fase de conhecimento do *writ*, genérica e mandamental, em benefício de todos os membros do grupo, independentemente de serem, ou não, membros da associação impetrante.

Ao Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, caberá uma interpretação do mesmo artigo “conforme a Constituição”²⁵³, analisando a questão frente às regras dos incisos XXI e LXX, “b”, do artigo 5º, da Constituição, aos princípios constitucionais da isonomia e da inafastabilidade da tutela coletiva, além de outros valores e reclames constitucionais não menos importantes, tais como economia processual, segurança jurídica e duração razoável do processo.

Como já demonstrado, ao interpretar os incisos XXI e LXX, “b”, do artigo 5º, da Constituição, os precedentes do STF indicam que a eficácia da sentença proferida em mandado de segurança coletivo será *erga omnes*, pouco importando a qualidade de associado do membro do grupo titular do direito.

Assim sendo, em razão da interpretação “conforme a Constituição” ter como uma de suas finalidades identificar, dentro de possíveis sentidos das normas infraconstitucionais, o que melhor se adequa ao texto constitucional, entre o sentido de se limitar a coisa julgada restritivamente aos associados e o ampliativo de considerar que a sentença deva produzir efeitos *erga omnes*, o segundo é o que deve prevalecer pois se amolda ao sentido atribuído pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos incisos XXI e LXX, “b”, do artigo 5º, da Constituição.

Tem relevo destacar que os precedentes do STF em diversas oportunidades interpretaram os incisos XXI e LXX, “b”, do artigo 5º, da Constituição, também mediante utilização de elementos teleológicos, como pode ser conferido no seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.514-3/DF, DJ 18/06/93), o que reforça ainda mais o argumento de que a Corte Suprema fará uma interpretação não restritiva do *caput* do artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança:

²⁵³ Conf. capítulo 5.5.

Com a constituição federal de 1988, buscaram-se as almeçadas economia e celebridade processuais, procurando-se evitar a multiplicação de mandados de segurança impetrados, isoladamente, pelos titulares de direito subjetivo que se mostrasse comum a uma certa coletividade, e a diversificação de decisões.

[...]

De qualquer forma, a simples circunstância de a alínea ‘b’ do inciso LXX do artigo 5º da constituição Federal albergar, a um só tempo, as entidades de classe e as associações, sem particularizar estas últimas, afasta a repercussão ao caso da jurisprudência referida, isto sem levar-se em conta o relevante fato de o mandado de segurança coletivo consubstanciar garantia constitucional, não podendo, por isso mesmo, merecer, quanto ao preceito que o disciplina, interpretação que dificulte o respectivo exercício.

6.5. Síntese do capítulo.

Neste capítulo procuramos demonstrar que o entendimento dos tribunais superiores em matérias intrinsecamente relacionadas com a questão objeto deste trabalho nos permitem concluir que existe uma tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁵⁴ e do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁵ de atribuir eficácia *erga omnes* aos efeitos da sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado por associação civil.

²⁵⁴ Na interpretação do *caput* do artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, através do elemento teleológico e “conforme a Constituição”, especialmente o disposto na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Carta Magna, em conjunto com outras regras e princípios constitucionais.

²⁵⁵ Na interpretação sistemática das normas existentes no microsistema de tutela coletiva, especialmente com as regras contidas no artigo 103, do CDC.

7. CONCLUSÕES

Por tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, concluímos que a coisa julgada da sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado por associação civil tem eficácia *erga omnes*, produzindo efeitos em relação a todos os membros do grupo formado pelos titulares do direito objeto da lide e que nesse sentido deve ser interpretado o *caput* do artigo 22, da Lei nº 12.016/09.

Chegamos a essa conclusão pois a interpretação em sentido oposto, qual seja o de limitar a eficácia da coisa julgada somente aos associados:

- a) amesquinhar o papel das associações como legitimado coletivo, reduzindo-o ao de mero representante dos associados, o que já lhe era permitido pela legislação infraconstitucional e segundo a regra do inciso XXI, do artigo 5º, da Constituição;
- b) tornaria letra morta os requisitos trazidos na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição (tempo de constituição e pertinência temática), pois se a eficácia subjetiva de uma sentença proferida em ambas as espécies de mandados de segurança – seja individual, em regime de representação, ou coletivo, em regime de substituição processual – impetrado por associações fosse a mesma, a associação jamais necessitaria cumpri-los;
- c) negaria existência a um mandado de segurança realmente apto a tutelar coletivamente os direitos individuais homogêneos, pois, ao excluir os não associados da proteção da coisa julgada, fracionaria a lide (tratamento não molecular), obrigando-os a propor novas lides. Nesta hipótese, restaria vulnerado o disposto na alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição;
- d) não seria a melhor interpretação sob a ótica de qualquer dos métodos da hermenêutica clássica, seja com a utilização do elemento literal, histórico, sistemático ou teleológico, bem como sob a luz das normas constitucionais, em uma interpretação “conforme a Constituição”;

e) iria na contramão da jurisprudência construída pelos tribunais superiores em matérias intrinsecamente relacionadas com a questão, como é o caso das decisões que conferiram eficácia *erga omnes* para a coisa julgada da sentença proferida em mandados de injunção e as decisões que permitiram que não associados executassem individualmente sentença proferida em ação coletiva, estendendo a eles os efeitos da coisa julgada, sob o argumento inafastável de que na substituição processual a associação substituiu todo o grupo e não somente os associados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11951>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

ALVIM, Arruda. *A abrangência da coisa julgada no mandado coletivo impetrado com fulcro na alínea 'b', LXX, artigo 5º da CF*. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Os limites subjetivos da coisa julgada e o CDC*. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

APPEL Brian S., *The Developing World Takes on the Tobacco Industry: An Analysis of Recent Litigation and Its Future Implications*, 16 Am. U. Int'l Rev. 809, 2001.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto, “A Era dos Direitos”, Editora Campus, 17ª edição.

BUENO, Cassio Scarpinella, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, *Revista de Processo*, nº. 5, RT, Ano II, janeiro-março de 1977.

_____ e JOLOWICZ, J. A. “Studies in Comparative Law”, Giuffrè, Milano e Oceana Publications Inc., New York, 1975.

_____ e GARTH, Bryant, “Acesso à Justiça”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, volume 4, Salvador, Editora Jus Podivm, 6ª edição, 2011.

_____ *O mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/09*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre.

DIZ, Nelson Nascimento. *Entidades Associativas. Autorização para representar seus filiados*. Procedimentos necessários, In: Revista de Direito Processual Geral, nº 53, Rio de Janeiro, 2000.

FERRAZ. Claudio Ferreira; ZANETI JR., Hermes, *Parens patriae: a doutrina da legitimação dos órgãos do Estado para tutela coletiva*. RePro, Revista de Processo, ano 37, 212, ano 2012, pp. 135-162.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança individual e coletivo – aspectos polêmicos*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro 2010.

GANANÇA, Alexandre Ciconello, *Associativismo no Brasil*, apresentada à UnB para obtenção de seu título de Mestre em Ciência Política.

GARCIA, Claudia Amorim e COUTINHO, Luciana Gageiro. *Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo*. Psyche (Sao Paulo), jun. 2004, vol.8, no.13, p.125-140).

GIDI, Antônio, *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, uma proposta*. Revista de Processo, São Paulo, RT, 203, nº. 108.

_____, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Revista Magister, Porto Alegre, n.30, mai./jun. 2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. Condicionantes legítimas e ilegítimas. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Primeira Edição Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas-SP, Millennium Editora, 2000.

MAZZEI, Rodrigo. *Ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____, *Mandado de Injunção*. In: DIDIER JR., F. (Org). *Ações constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____, *Mandado de Injunção Coletivo: viabilidade diante dos (falsos) dogmas*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de*

Processos Coletivos / coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro mendes e Kazuo Watanabe – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de Araújo. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. - São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 23ª Ed., 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, 3ª série;

_____. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo nº 61. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991;

_____. *Mandado de segurança: uma apresentação*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, v. 1;

NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998;

_____. *Mandado de segurança coletivo. , mandado de injunção, habeas data – constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991;

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997;

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O Juízo de Identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*. Responsabilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo: Lejus, 1998.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

RUBENSTEIN, Willian B. *On what a 'private attorney general' is — and why it matters*, 57 Vand. L. Rev. 2129, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. *A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados*. In: *Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social*. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003.

_____, *Processo Civil de Interesse Público*. In: *Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social*. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003.

SARMENTO. Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.

THEODORO JR., Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*, Editora Forense, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 2009;

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo, *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. Revista de Processo nº 139. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Processo Civil de Interesse Público: Introdução*. Processo Civil e Interesse Público – o processo como instrumento de defesa social. Org. SALLES, Carlos Alberto de, Editora RT, São Paulo, 2003.

ZANETI Jr, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Série processo coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direito Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.