

RICARDO DE BARROS LEONEL

***MANUAL DO
PROCESSO COLETIVO***

*5ª edição revista, ampliada e atualizada,
de acordo com o Código de Processo Civil/2015*

DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO

3.1 Direito subjetivo ou interesse. 3.2 Interesses: jurídico, material, processual, privado e público (primário ou secundário). 3.3 Interesses supra ou metaindividuais. 3.4 Interesses difusos. 3.5 Interesses coletivos. 3.6 Interesses individuais homogêneos. 3.7 Proposta de nova tipologia: a construção de Edilson Vitorelli.

3.1 Direito subjetivo ou interesse

Tradicionalmente, na hipótese da busca de proteção judicial para determinada situação da vida afirma-se a existência de um “direito subjetivo” que justifique a dedução da pretensão em juízo.

Esta formulação intuitiva decorre, em primeiro lugar, da concepção clássica do processo, sob o ponto de vista individualista, como sendo instrumento voltado à proteção dos interesses de um indivíduo e, secundariamente, da concepção imanentista ou sincretista do direito de ação pela qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura.¹

Isto implicaria a equívoca afirmação de que somente teria cabimento a postulação em juízo de qualquer hipótese de tutela jurisdicional quando houvesse lesão a um direito subjetivo.

O “direito subjetivo nada mais é que essa posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma em seu favor”. Ostenta o titular do direito subjetivo “um interesse juridicamente protegido pela norma substancial”. Identifica-se uma “situação concreta, que reproduz genérica previsão normativa”, residindo a importância desta concepção na consignação da necessária correlação entre um poder e um dever, ambos emanados da norma jurídica.²

1. Essa concepção era, anteriormente, adotada no art. 75 do CC/1916. Abandonando a superada noção sincretista ou imanentista do direito de ação, o art. 189 do CC/2002 estabelece que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Ou seja, o “direito de ação” não “nasce” da violação do direito material. A violação deste tem como consequência sua exigibilidade, que significa a possibilidade de dedução da pretensão em juízo.

2. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 13.

Válida é a antiga lição segundo a qual, fundando-se na vontade da lei, o sujeito pode aspirar à consecução ou à conservação de bens que lhe são inerentes, inclusive, se necessário, por via de coação, sendo que esta aspiração constitui o denominado direito subjetivo, definido como expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei.³ Deste modo, o direito subjetivo resolve-se na identificação de uma vontade concreta da lei, diretamente subjetivada, do ponto de vista daquele que pode reclamar sua atuação.

Resta evidente a identificação da carga extremamente imanentista ou sincretista na conceituação do direito subjetivo, estabelecendo-o como premissa necessária à possível identificação do cabimento da tutela jurisdicional.

O que seria, então, nesse quadro, a tutela dos direitos?

Tem significado de proteção, reação a um perigo, ameaça ou, ainda, ataque a bem jurídico determinado. É própria dos direitos, assim compreendidos, a imposição de uma proibição ou permissão de determinados comportamentos, resultando disto que aquilo que compromete ou prejudica os direitos consiste em um não fazer o que se deve ou, mesmo, fazer aquilo que não deve ser feito. Daí a asserção de que a tutela jurisdicional do direito subjetivo nada mais é, ao menos em linha de princípio, que uma reação à sua violação, no sentido de impedi-la ou eliminar seus efeitos, nos limites do que for possível.⁴

As normas substanciais disciplinam diretamente determinados comportamentos humanos que o legislador considerou idôneos a satisfazer certos interesses, precisamente aqueles interesses que, seguindo uma valoração de política legislativa, entendeu como merecedores de proteção. Determinando tais normas substanciais, o legislador, no momento em que valorou determinados comportamentos humanos em via abstrata, com critérios de obrigatoriedade, licitude, ilicitude e da aptidão a produzir consequências jurídicas, configurou os direitos subjetivos substanciais, os quais implicam a primeira tutela dos referidos interesses, isto é, tutela jurídica.⁵

Assim, o direito subjetivo nada mais é que uma categoria firmada pela ciência do Direito. E qual a utilidade das categorias para a ciência, ou, particularmente no nosso estudo, qual a utilidade das categorias jurídicas?

A identificação de categorias lógicas nada mais é que um método do qual se vale o estudioso para melhor permitir a compreensão de um fenômeno. Somente se justifi-

3. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 3.

4. Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Turim, G. Giappichelli, 1998, pp. 10-11.

5. Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, cit., vol. I – anotando, ainda, que a insuficiência da tutela jurídica é que dará margem à tutela processual, posto que, “se questa tutela primaria non si rivela sufficiente, se cioè la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale viene lesa, ecco che l’ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, o formali, che, disciplinando (ancora nei modi veduti) l’attività di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo), e cioè disciplinando l’attività giurisdizionale strumentale, apprestano i mezzi per l’attuazione della tutela secondaria, o tutela appunto giurisdizionale” (pp. 11-12).

ca na medida em que elas tragam efetivamente o melhor conhecimento do objeto do estudo. É o pensamento finalístico que deve nortear qualquer pesquisa científica, para que não se equivoque o estudioso, perdendo-se no conceitualismo vago e injustificável, desprovido de efeitos práticos.

Ora, os conceitos jurídicos valem na medida em que permitem uma melhor assimilação dos fenômenos da vida.

Imprescindível, assim, indagar se a distinção entre direito subjetivo e interesse traz algum proveito prático para a análise da tutela jurisdicional coletiva.

Do ponto de vista do processo, a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é de difícil constatação. Assim como os direitos subjetivos configuram situações de vantagem reconhecidas pelo legislador, aos interesses jurídicos também é conferido idêntico tratamento, pois recebem proteção até mesmo em sede constitucional.

Haveria, portanto, diversidade ontológica quanto a ambos os conceitos no plano processual? A resposta é negativa. De fato, se a identificação da categoria jurídica serve à melhor compreensão e instrumentalização de um fenômeno (premissa maior), e, no caso, a identificação de categorias diversas leva ao mesmo resultado (premissa menor), chega-se à ideia de que não há diferença de natureza quanto a ambas as categorias (conclusão).

Isto, evidentemente, não afasta a distinção mais visível, que existe no plano do direito material. Tanto os direitos subjetivos como os interesses jurídicos geram no âmbito do processo semelhante resultado, qual seja, a possibilidade de proteção jurisdicional. Mas a diversidade pode ser identificada no grau de definição da situação jurídica ou na flexibilidade maior ou menor dos conceitos indicados pelo legislador.

Para alguns ordenamentos a diferença entre direitos subjetivos e interesses é relevante, visto que os primeiros são tutelados por determinados órgãos jurisdicionais, diversos daqueles encarregados da tutela dos últimos. É o que ocorre, v.g., na Itália, em que os direitos subjetivos são postulados perante a justiça ordinária ou contencioso civil, enquanto os interesses jurídicos ou legítimos, mormente quando opostos contra a atuação da Administração Pública, são postulados perante a justiça administrativa, ou contencioso administrativo.⁶

6. Nesse sentido o escólio de Enrico Tullio Liebman (*Manual de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984), formulando a distinção entre as categorias e apontando a diversidade de tratamento jurisdicional. Anotava, assim, que, “em linhas gerais, o sistema é o seguinte: as causas que tenham por objeto um direito subjetivo do cidadão pertencem à jurisdição ordinária; diversamente, cabe aos tribunais administrativos regionais e ao Conselho de Estado em grau de apelação dispensar a tutela dos interesses legítimos perante a Administração Pública (...)” (pp. 23-24). No mesmo diapasão é o ensinamento de Crisanto Mandrioli (*Corso di Diritto Processuale Civile*, cit., vol. I, averbando que, “se la P.A., con i suoi atti, viola diritti soggettivi, essa può essere convenuta al giudice ordinario come qualsiasi altro soggetto giuridico (...) tuttavia la P.A. può, con i suoi atti, violare non diritti soggettivi, ma altre situazioni giuridiche dei cittadini; situazioni meno qualificate sul piano giuridico, ma che tuttavia si rivelano abissognevoli di tutela proprio in relazione al fatto che di fronte ad esse sta non un soggetto qualunque, ma la P.A., che, per l’ampiezza dei suoi poteri, potrebbe praticamente soffocare

O próprio legislador admite que a natureza do direito subjetivo e a do interesse jurídico ou legítimo são as mesmas, pois asseguram a respectiva tutela. Exemplos claros disso são o art. 24 da Constituição italiana, prevendo o direito constitucional de ação para a tutela de direitos e interesses, e, ainda, a CF brasileira, ao estabelecer o mesmo direito da forma mais ampla possível no art. 5º, XXXV, determinando que tanto a lesão como a ameaça ao direito (que não é direito propriamente dito, mas, sim, nos termos da distinção formulada pela doutrina, interesse) não podem ser excluídos da apreciação jurisdicional.⁷

Daí a ausência de razão prática, no processo para a referida diferenciação.⁸

Ademais, o próprio legislador brasileiro não teve maior preocupação com a diversificação de tratamento com relação a “direitos” ou “interesses” supraindividuais. Note-se, à guisa de exemplificação, que o art. 129, III, da CF/1988 confere ao Ministério Público a possibilidade de promover a tutela de “interesses” difusos e coletivos, e no inciso V a defesa judicial dos “direitos e interesses” das populações indígenas; o art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) refere-se à tutela de qualquer outro “interesse” difuso ou coletivo; o art. 81 da Lei 8.078/1990 (Código do Consumidor) refere-se à defesa dos “interesses e direitos”, definindo as três categorias supraindividuais como “interesses ou direitos”; e a Lei 7.853/1989, tratando da tutela das pessoas portadoras de deficiência, no art. 3º faz uso da expressão “interesses”.

Destarte, evidente a ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo, pois *benigna amplianda, odiosa restringenda*.⁹ A tutela abrange “direitos” e “interesses”. Entendimento diverso levaria à menor eficácia possível do texto constitucional, conferindo às suas normas protetivas de interesses supraindividuais cunho simplesmente programático, vinculando sua efetividade con-

talune legittime aspettative dei cittadini (...) queste legittime aspettative sono quelle comunemente chiamate interessi legittimi o interessi occasionalmente protetti (...)” (pp. 179-180). Finaliza aduzindo que, “attualmente, la regola generale è nel senso che contro la P.A. i diritti soggettivi possono essere fatti valere davanti al giudice ordinario; mentre gli interessi legittimi possono essere fatti valere davanti a giudici speciali, quali sono i giudici amministrativi” (p. 182).

7. Nesse sentido, anote-se o teor do art. 24 da Constituição italiana, pelo qual “tutti possono agire, in giudizio, per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”; e, ainda, o art. 5º, XXXV, da CF/1988, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

8. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo (*Lezioni sul Processo Civile*, Bologna, Il Mulino, 1998) anotam, nesse mesmo sentido, que no ordenamento italiano, com a diversidade de distribuição de competências e de organização judiciária anteriormente referida, não há importância na distinção, pois ambas as categorias são merecedoras de tutela jurídica e jurisdicional. Afirmam, assim, que “il che – in perfetta sintonia con i principi costituzionali – ribadisce come, da un lato, non possano esistere o essere riconosciuti, nel nostro ordinamento, diritti soggettivi in senso pieno (ma neppure interessi giuridici comunque meritevoli di protezione), il quali siano nel contempo sprovvisti di azione e di tutela giudiziaria, e come pure, dall’altro, non sia concepibili alcuna ipotesi di mera azione, del tutto sganciata dal collegamento con i rapporti sostanziali tutelabili” (p. 232).

9. Vale recordar a máxima latina que reflete um princípio de hermenêutica, segundo a qual *benigna amplianda, odiosa restringenda*, no sentido de que normas de caráter benéfico devem ser interpretadas ampliativamente, enquanto normas de cunho restritivo devem ser interpretadas restritivamente.

creta à edição de legislação complementar e transformando importantes conquistas sociais em letra morta.¹⁰

Ora, não se pode permitir que o instrumento acabe laborando de forma contrária ao alcance do seu próprio fim. Se a definição do “direito subjetivo” serve para melhor permitir o trabalho do jurista, facilitando a identificação da situação concreta protegida pelo Direito, não pode a espécie impedir a tutela de situações que, não obstante, tal como o “direito subjetivo”, sejam dignas de proteção, não receberam por parte do legislador a mesma roupagem jurídica. O meio perde a razão de ser quando ele não serve ao seu próprio escopo.¹¹

Não se desconhece a concepção pela qual o interesse legítimo é uma posição jurídica subjetiva, substancial e autônoma com respeito à demanda, consagrada a um indivíduo que se encontra numa posição particular diferenciada (posição legitimante) perante a Administração Pública, decorrente de uma precedente relação de direito privado ou público, assegurando-lhe a faculdade de pretender a anulação de um ato administrativo. Dentro desta ideia, inadmissível seria a confusão deste conceito com

10. José Carlos Barbosa Moreira (“Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, in *Temas de Direito Processual Civil*, 3ª Série, São Paulo, Saraiva, 1984) afirma: “Gostaríamos de ver debruçar-se a doutrina sobre esta indagação: porventura não se devem entender, ao menos em linha de princípio, quaisquer normas preceptivas ou proibitivas, constantes do ordenamento, como capazes de engendrar categorias ‘acionáveis’? E mais: não se aplicará tal máxima, de maneira precípua, às próprias normas constitucionais, permanentemente ameaçadas em seu alcance prático pela propensão conformista de alguns comentadores a rotulá-las, com demasiada facilidade, de ‘programáticas’? Seja-nos lícito repetir aqui o que escrevemos alhures, a título de exemplo: quando se lê no art. 180 da Constituição brasileira [*regime anterior*] que ‘o amparo à cultura é dever do Estado’, e no respectivo parágrafo único que ‘ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas’, acode ao espírito perguntar a que se reduzirá, *in concreto*, o significado de tão belas palavras se, faltando acaso o Estado, de modo frontal e inequívoco, ao seu dever de amparar a cultura, ou o Poder Público ao de proteger a paisagem e os bens de valor artístico ou histórico, não for possível reclamar do juiz que assegure ou restabeleça o império da norma” (pp. 32-33). Necessário, assim, segundo a dicção do autor, referindo-se exemplificativamente à interpretação do art. 75 do CC/1916, e, conseqüentemente, à necessária mudança de mentalidade na exegese do direito positivo, que “esse texto, quase septuagenário, refletia decerto ideias hoje abandonadas; mas não seria tão espantoso que uma ‘releitura’ sem preconceitos lograsse extrair da antiga partitura sonoridades modernas” (p. 32).

11. José Carlos Barbosa Moreira (“Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”, in *Temas de Direito Processual Civil*, 3ª Série, São Paulo, Saraiva, 1984) afirma, do mesmo modo, que, “naturalmente, estamos pressupondo que se cuida de interesse como tal reconhecido e considerado ‘acionável’. A grande dificuldade, no ponto, resulta do modo tradicional de equacionar a questão quando se quer saber como repercutem na esfera subjetiva certas regras ditadas para preservar, justamente, interesses ‘difusos’, como por exemplo tantas normas de direito administrativo tendentes à disciplina das construções. Costuma-se indagar se elas geram ‘direitos subjetivos’ para os outros membros da comunidade social; ora, o conceito de ‘direito subjetivo’, na sua feição clássica, funciona às vezes como verdadeiro ‘leito de Procusto’ para certas posições jurídicas talhadas segundo moldes menos rígidos. Tenho eu qualidade para reclamar perante a Justiça contra quem, edificando no terreno contíguo, ergueu construção proibida no bairro, ou ultrapassou a altura máxima permitida? A resposta necessariamente variará, fornecendo a deixa para intermináveis controvérsias – e é o que na verdade tem acontecido no Brasil –, se fizermos depender tudo do reconhecimento ou da negação de autêntico ‘direito subjetivo’ meu à observância daquelas regras. Simplifica-se o problema caso se admita, pura e simplesmente, que se trate de um ‘interesse difuso’ tutelável como tal” (pp. 201-202).

o de direito subjetivo, pois, de acordo com este raciocínio, o interesse legítimo identificaria posição de igualdade entre as partes, enquanto o direito subjetivo identificaria posição de desigualdade, com preeminência de seu titular.¹²

Todavia, a diferenciação conceitual acima fenece ante as realidades da vida e as exigências de implementação de um processo dotado de atributos de eficácia e efetividade, que assegure o acesso à denominada *ordem jurídica justa*.¹³

Cumpra ao estudioso do processo, para conferir efetividade à sua ciência, modificar os termos em que a operação lógica foi tradicionalmente concebida, pois, tornando à ideia clássica decorrente do imanentismo, o Direito reconhecia “direitos” para só posteriormente conferir-lhes tutela. Necessário seria, de forma inversa, compreender que o Direito deve reconhecer a possibilidade de tutela a situações da vida que devam merecer sua , dentro das exigências do contexto social, e independentemente da delimitação em trilhos rígidos e em modalidades preconcebidas, que são insuficientes para fazer frente à dinâmica da existência humana e social. Pouco importa o nome que se dê ao remédio, mas, sim, o efeito que ele venha a produzir, servindo ao seu fim de curar os males para os quais foi criado.¹⁴

Os interesses supraindividuais podem merecer a tutela judicial em detrimento até mesmo dos direitos subjetivos. Tomando como exemplo o confronto do direito de propriedade com o interesse coletivo com relação à saúde ou à segurança, não se pode, a pretexto de exercício do primeiro, ocasionar mal indiscriminado à segurança coletiva ou, mesmo, à saúde pública. No confronto em juízo envolvendo o direito de propriedade e o interesse pela saúde ou segurança pública, o primeiro feneceria em benefício da preservação dos últimos, até porque mesmo os direitos constitucionalmente reconhe-

12. Péricles Prade, *Conceito de Interesses Difusos*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 25.

13. Rodolfo de Camargo Mancuso (*Manual do Consumidor em Juízo*, São Paulo, Saraiva, 1994) anota, de forma idêntica, a irrelevância da distinção, afirmando que, “ao tempo em que ainda não havia posicionamento legal acerca do conceito de interesse metaindividual (como agora o faz o art. 81 do CDC, dando-lhe uma dimensão tripartite), registrava-se certo dissenso terminológico quanto a saber se se trataria de interesse ou de direito. Nossa preferência sempre foi pela denominação ‘interesses’, e essa parece ter sido a preferência do constituinte (CF, art. 129 III); todavia, cremos que hoje a questão perdeu a relevância inicial, seja porque o legislador ordinário referiu-se indiferentemente a ‘interesses ou direitos’ (CDC, art. 82 e incisos; inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/1985, inserido pelo art. 110 do CDC), seja porque, no limite, a discussão se revela um tanto improfícua, mesmo a se ter como parâmetro o conceito clássico de direito subjetivo – ‘interesse juridicamente protegido’ –, o advérbio, aí, reporta-se a ‘direito’ e, desse modo, o definido acaba por entrar na definição... Ademais, não só os ‘direitos subjetivos materiais’ mas também os interesses legítimos são passíveis de proteção judicial, como se dá, v.g., nas ações fundadas em alegação de nulidade, ou naquelas onde o interesse exsurge do fato ilícito, ou, ainda, nas próprias ações declaratórias negativas” (pp. 17-18).

14. Ugo Ruffolo (*Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore. Il Problema e il Metodo – Legittimazioni, Azione e Ruolo degli Enti Associativi Esponenziali*, Milão, Giuffrè, 1985) explicita a ideia acima, exemplificando com a hipótese do direito de propriedade, delimitado em razão de sua função social, para concluir que, quando surge o conflito de interesses (não só direitos subjetivos) constitucionalmente tutelados, especificamente quanto ao seu gozo (v.g., segurança ou saúde diante do direito de propriedade), nasce a legitimação para a defesa em juízo dos “interesses” supraindividuais, mesmo sem a caracterização estreita dos “direitos subjetivos” (pp. 76-90).

cidos não são absolutos,¹⁵ falecendo diante de outros direitos ou interesses relevantes, mormente quando inerentes à própria sociedade.¹⁶

Assim, para o processo coletivo – pela ausência de distinção axiológica, pela falta de relevância prática e pelo tratamento dado pelo legislador – válido é o exame indistinto das posições ou situações concretas de vantagem protegidas juridicamente como “direitos” ou “interesses” supraindividuais. As consequências no plano normativo substancial e processual para a tutela jurisdicional serão as mesmas.¹⁷

3.2 *Interesses: jurídico, material, processual, privado e público (primário ou secundário)*

Não se pretende no presente tópico esgotar a abordagem a respeito dos interesses no Direito – tema que sugere as mais profundas divagações. Colima-se tão somente fornecer dados basilares para sua correta compreensão e a definição metodológica das diversas espécies que envolve, particularmente relevantes ao equacionamento prático das dúvidas que surgem na implementação do processo coletivo.

A palavra “interesse”, na sua acepção comum ou vulgar, releva o liame psicológico que existe entre um sujeito e determinado objeto ou bem, de natureza material ou

15. J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., reimpr., Coimbra, Livraria Almedina, 1999), tratando dos conflitos entre direitos fundamentais e seu equacionamento, reconhece a relatividade daqueles, anotando que, no confronto com outros interesses igualmente relevantes, somente no caso concreto, com amparo no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, é que se poderá dirimir a questão, pois “os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso” (p. 1.194). Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998) afirmam que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos e que a regra de solução de conflitos é “da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição, compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa” (p. 62 – citando, no ponto, Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991).

16. Ugo Ruffolo (*Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore. Il Problema e il Metodo – Legittimazioni, Azione e Ruolo degli Enti Associativi Esponenziali*, cit.) observa que “la problematica è fra le più antiche. Prescindiamo qui dal generale problema che il Diritto riconosce non ‘diritti’, ma tutele, e che i primi sono culturale costruzione di sintesi delle situazioni in presenza delle quali sono accardate le seconde” (p. 131).

17. José Marcelo Menezes Vigliar (*Tutela Jurisdicional Coletiva*, São Paulo, Atlas, 1998) aborda a questão da distinção entre “direitos” e “interesses”, chegando à mesma conclusão aqui ressaltada, optando pelo emprego do segundo termo no exame do tema (pp. 58-59). Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993) adotam este mesmo posicionamento, afirmando que “os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos; certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo Direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles” (p. 503).

LEGISLAÇÃO VIGENTE: NORMAS QUE REGEM O PROCESSO COLETIVO

4.1 Lei da Ação Popular. 4.2 Lei da Ação Civil Pública. 4.3 Defesa das pessoas portadoras de deficiência. 4.4 Defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários. 4.5 Defesa da criança e do adolescente. 4.6 Código de Defesa do Consumidor. 4.7 Lei da Improbidade Administrativa. 4.8 Defesa da ordem econômica e da livre concorrência. 4.9 Legislação orgânica do Ministério Público. 4.10 Defesa da ordem urbanística. 4.11 Defesa do idoso. 4.12 Estatuto de Defesa do Torcedor. 4.13 Interação da legislação vigente: sistema integrado de tutela dos interesses metaindividuais. 4.14 Movimento em prol do projeto de codificação coletiva e o Projeto de Lei 5.139/2009. 4.15 O processo coletivo e o Código de Processo Civil/2015. 4.16 Novas preocupações legislativas.

A finalidade deste capítulo é o exame sistemático da legislação que rege a tutela jurisdicional coletiva, com o desiderato de coligir informações históricas e cronológicas sobre tais leis e identificar seu âmbito de abrangência, bem como sua interação com os demais textos.

A sistematização aqui pretendida é necessária, pois com a tendência evolutiva do processo coletivo acabaram surgindo vários diplomas que se entrelaçam, sendo imprescindível esclarecer o objeto de cada um, bem como a correlação entre todos.

Adiantando conclusões, desta análise se infere que o processo coletivo não é um novo processo civil, dissociado do regramento destinado à composição de litígios individuais. É simplesmente um conjunto sistemático de normas, com peculiaridades, destinadas a fazer frente às adversidades inerentes à defesa dos interesses transindividuais em juízo, valendo-se complementar e subsidiariamente dos institutos e regras do processo civil clássico. Fornece meios de tutela adequados às particularidades das relações da vida tuteladas, que são de cunho coletivo. A totalidade destas normas acaba realmente formando um conjunto normativo que interage e se complementa, fornecendo a mais completa regulamentação para o trato jurisdicional das questões de índole coletiva.

A ideia de sistema em relação ao conjunto de leis que regem o processo coletivo e a identificação do âmbito específico de incidência de cada uma delas tornam possível a compreensão adequada do fenômeno, aqui avaliado em sua totalidade.

4.1 *Lei da Ação Popular*

A ação popular foi inserida no ordenamento jurídico pátrio como primeiro instrumento sistemático, com regulamentação autônoma e praticamente completa, voltada à tutela de alguns interesses metaindividuais em juízo.¹

Embora o exame de sua evolução histórica já tenha sido feito,² note-se que a demanda popular foi regulamentada pela Lei 4.717/1965, que identificou o objeto nela tutelado e, conseqüentemente, determinou³ que fosse voltada para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios; de entidades autárquicas; de sociedades de economia mista; de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes; de empresas públicas; de serviços sociais autônomos; de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o Tesouro Público haja concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. A própria lei delimitou o conceito de patrimônio público, especificando como seus componentes os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.⁴

O objeto da tutela inicial da referida lei era o patrimônio público, inerente à Administração Pública direta ou indireta de todos os entes federativos. Isto poderia levar à conclusão de que a defesa do patrimônio público não revela interesse supraindividual.⁵ Equivocada seria a afirmação. Necessário tornar aos conceitos inicialmente traçados de interesse público primário (da coletividade) e secundário (da Administração), para concluir que o patrimônio público indicado pelo legislador – e sua preservação, do ponto de vista da coletividade – é interesse difuso (pela indivisibilidade, inerência a grupo indeterminado e indeterminável, participação do indivíduo no grupo por circunstâncias de fato mutáveis, como, v.g., residir na cidade, vínculo de fato, ausência de relação jurídica básica).

Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o objeto da ação popular, pois o art. 5º, LXXIII, estabeleceu a possibilidade de seu ajuizamento

1. José Carlos Barbosa Moreira, “A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual Civil*, 1ª Série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 110-123.

2. V., a respeito, o Capítulo 2.

3. Art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965.

4. Art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/1965.

5. Hugo Nigro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015) faz esta afirmação, levando, à primeira vista, a conclusão aparentemente equivocada ao declarar que, “embora o patrimônio público não seja interesse metaindividual (nem difuso, nem coletivo, nem individual homogêneo), sua defesa pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, é expressamente admitida pela lei” (p. 218). Mas posteriormente desenvolve clara linha de argumentação que esclarece o alinhamento existente entre a defesa do patrimônio público, os interesses metaindividuais e sua defesa pelo Ministério Público (pp. 246 e ss.). Fica claro, assim, que a afirmação feita inicialmente pelo digno autor, aqui combatida, referia-se somente ao patrimônio público pura e simplesmente considerado, sob a ótica da Administração Pública (interesse público secundário), e não da coletividade (interesse público primário).

para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, isentando, ainda, o autor, salvo na hipótese de comprovada má-fê, de custas judiciais e do ônus da sucumbência.⁶

A tutela coletiva inicialmente era voltada somente à defesa de interesses difusos, ficando excluídos os interesses coletivos propriamente ditos e os individuais homogêneos. Ademais, extremamente tímida, pois a legitimação para sua propositura era deferida exclusivamente ao cidadão, o brasileiro no gozo de seus direitos políticos, situação comprovada documentalmente com a apresentação do título de eleitor, excluindo-se outros entes.⁷ Era débil o ordenamento processual naquele momento inicial.

Do mesmo modo, restritivo era o caráter da ação popular, sendo admitida somente onde estivesse configurado ato lesivo praticado pela Administração Pública, isoladamente ou não. *A contrario sensu*, era descabido seu ajuizamento onde configurada a lesão em decorrência da ação exclusiva do particular – pessoa física ou jurídica –, o que, evidentemente, restringia seu âmbito de incidência.

Nota-se atualmente que a ação popular e a ação civil pública, instituída pela Lei 7.347/1985, apresentam área comum de tutela, considerando a ampliação do objeto da primeira pela atual Constituição da República, pois ambas podem eventualmente ser propostas para a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico ou cultural e do patrimônio público.⁸

Daí decorre a possibilidade de litispendência, da continência ou conexão de ações e até mesmo da coisa julgada entre ações civil pública e popular. Tais eventos deverão ser resolvidos pelas regras do processo civil tradicional, subsidiárias para tanto, posto que não expressamente estabelecida regulamentação a respeito na legislação específica.⁹

Sem aprofundamento no tópico, pois a conexão, a continência, a litispendência e a coisa julgada serão tratadas em momento oportuno, é possível que uma ação popular e uma ação civil pública sejam propostas em razão dos mesmos fatos e com os mesmos fundamentos jurídicos, com pedidos idênticos, distintos, ou ainda que um deles seja mais abrangente que o outro. A solução será o reconhecimento da litispendência na hipótese de pedidos idênticos (há identidade de condição jurídica das partes, posto que o interesse é da coletividade, não obstante veiculado por diferentes legitimados), conexão ou, ainda, continência, respectivamente, em caso de pedidos

6. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2017, p. 467. Do mesmo teor a conclusão de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular – Proteção do Erário, do Patrimônio Público da Moralidade Administrativa e do Meio Ambiente*, São Paulo, Ed. RT, 1994, p. 51.

7. Cf. o art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/1965.

8. Estes interesses podem ser tutelados na ação popular, pois expressamente consignados no art. 5º, LXXIII, da CF/1988, e por meio da ação civil pública, pela redação do art. 1º da Lei 7.347/1985, prevendo em seus incisos a tutela de tais interesses, e de seu inciso IV, de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

9. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil está determinada no art. 19 da Lei 7.347/1985 bem como no art. 22 da Lei 4.717/1965.

diversos ou um mais abrangente que o outro, com as consequências previstas no Código de Processo Civil.¹⁰ Haverá extinção da ação posteriormente ajuizada se caracterizada a litispendência, ou então reunião para julgamento conjunto se configurada a continência ou a conexão.¹¹

Enfim, sem a pretensão de ir além do necessário neste momento, o importante é ter em mente que podem coexistir ação civil pública e ação popular, pois não há exclusão, *a priori*, de uma em relação à outra. Deve, sim, esse convívio ser solucionado, de acordo com a identificação de cada uma das ações por seus elementos próprios (partes, causa de pedir e pedido) e conforme a situação concreta verificada nas demandas analisadas.

Enfim, não há exclusão, *a priori*, de uma em relação à outra.

4.2 Lei da Ação Civil Pública

A Lei 7.347/1985 representou marcante evolução na implementação da tutela judicial dos interesses supraindividuais, pois, tratando de pontos sensíveis – legitimação, objeto, aspectos do processo e coisa julgada –, representou ampliação e sistematização elogiável, superior a outros ordenamentos.¹²

Oportuna, assim, breve análise dos aspectos históricos da elaboração do diploma, da própria expressão emblemática que acabou sendo reconhecida pela práxis do foro, o dístico “ação civil pública”, e, finalmente, quanto ao objeto da sua tutela.

O Anteprojeto inicial de lei para a defesa de interesses difusos em juízo foi elaborado pelos ilustres professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual em Porto Alegre no ano de 1983, sendo posteriormente modificado com contribuições de José Carlos Barbosa Moreira e subsequentemente apresentado à Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrenbach, recebendo na Casa o n. 3.034/1984.

10. Ada Pellegrini Grinover, “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência”, in Édis Milaré (coord.), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 23-27.

11. Cf. arts. 57 e 485, V, do CPC. Note-se que no CPC/2015 foi acolhida a sugestão já esboçada pela doutrina anterior, ficando consignado no art. 57 que, “quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução do mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas”. Ou seja: a continência só leva à extinção de um dos processos se a ação continente (pedido mais amplo) tiver sido proposta antes da ação contida (pedido mais restrito).

12. Giuseppe Tarzia (“Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva”, in Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo, Ed. RT, 1988) formulou ácida crítica ao legislador italiano, reconhecendo sua despreocupação com os interesses difusos e coletivos, elogiando na sequência o legislador brasileiro, aduzindo que “tanto meno la situazione italiana è paragonabile con quella del Brasile, che fruisce del modello certamente più completo e evoluto (la Legge 24.7.1985 n. 7.347), estendendo la tutela civile all’ambiente, al consumatore e ai beni i diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e paesaggistico” (pp. 73-74).

PROCESSO COLETIVO. ASPECTOS CONTROVERTIDOS

5.1 Condições das ações coletivas. 5.2 Legitimação ativa. 5.3 Legitimação passiva. 5.4 Coletividade no polo passivo (“defendant class action” – ação coletiva passiva). 5.5 Interesse processual. 5.6 Possibilidade jurídica do pedido. 5.7 Competência. 5.8 Rito. 5.9 Elementos de identificação das ações coletivas. Partes, causa de pedir e pedido. 5.10 Intervenção de terceiros, assistência, litisconsórcio, a atuação conjunta entre Ministérios Públicos e a intervenção do “amicus curiae”. 5.11 Reversibilidade da posição do Poder Público na ação coletiva. 5.12 Convívio entre ações coletivas e entre estas e as ações individuais: conexão, continência, litispendência e coisa julgada. 5.13 Coisa julgada “secundum eventum litis” e sua indevida restrição. 5.14 Demandas ajuizáveis. 5.15 Tutela cautelar, antecipação da tutela. 5.16 Sentença nas ações coletivas. 5.17 Multa liminar e multa condenatória. 5.18 Inquérito civil. 5.19 Inversão do ônus da prova. 5.20 Atuação judicial de ofício: mitigação ao princípio dispositivo. 5.21 Desistência da ação e renúncia ao direito. 5.22 Prioridade para decisões de mérito. 5.23 Prescrição e decadência nas ações coletivas. 5.24 Recursos nas ações coletivas. 5.25 Execução. 5.26 Liquidação. 5.27 Fundo de Reparação dos Interesses Difusos Lesados. 5.28 Sucumbência nas demandas coletivas. 5.29 Ações coletivas e o controle difuso de constitucionalidade. 5.30 Ações coletivas e políticas públicas. 5.31 Mandado de segurança coletivo: breves reflexões sobre a Lei 12.016/2009. 5.32 Código de Processo Civil/2015: interações com o processo coletivo.

No presente capítulo serão examinados os principais aspectos processuais relacionados às demandas coletivas decorrentes do desenrolar de seu *iter* procedimental, nas suas peculiaridades e diferenças com relação ao processo tradicional.

A abordagem seguirá de forma aproximada o natural encaminhamento dos atos da demanda desde a sua propositura, com o exame da possibilidade de seu seguimento – condições da ação – até sua finalização, com a sentença, a execução e outras questões conexas.

Não há pretensão de esgotamento ou aprofundamento do estudo de todos os institutos que incidem no desenvolvimento de qualquer demanda em juízo, o que seria simples revisão do processo civil de cunho individual.

Pretende-se, ao contrário, o exame dos institutos clássicos à luz das peculiaridades do processo coletivo, dentro da concepção vertente do instrumentalismo substancial, na qual deve trilhar-se o instrumento da forma mais adequada possível para o atendimento de cada situação substancial, reconhecendo-se a influência e a importância do direito material com relação ao processo.¹

1. Linha de pensamento desenvolvida por José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

Da análise dos institutos e incidentes relativos ao processo sob o prisma coletivo, de forma sistemática e integrada, surgirão, naturalmente, indagações a serem respondidas, de sorte a propiciar uma visão panorâmica para o entendimento e o equacionamento dos percalços que os operadores do Direito – juízes, promotores e advogados – poderão identificar em qualquer demanda coletiva.

5.1 Condições das ações coletivas

No exame da formação e do desenvolvimento do processo é imprescindível o estudo das condições da ação, que, em conformidade com o Código de Processo Civil/2015, são a legitimidade e o interesse de agir.²

A demanda coletiva, antes de tudo, é demanda judicial, exercício do direito de ação por quem se afirma titular de uma situação jurídica de direito material protegida no ordenamento. Invocando o demandante o exercício da jurisdição – poder estatal de aplicar o direito objetivo aos casos concretos onde e quando seja identificado o conflito de interesses ou a necessidade desta intervenção –, somente poderá ela ser exercida se presentes as condições para tal desiderato.

Assim, a invocação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente do direito constitucional de ação,³ depende da presença dos requisitos indispensáveis à sua implementação. Isto ocorre no processo tradicional bem como na demanda coletiva.

A aferição da presença das condições da ação deve ser levada a termo *in statu assertionis*, com base no exame superficial da situação meramente afirmada pelo autor na inicial (independentemente de sua comprovação efetiva, pois o exame aprofundado é exame de mérito).⁴ Devem ser analisadas não só quando da propositura, mas também no momento da prolação da sentença, em que devem necessariamente estar presentes, sob pena de extinção sem julgamento do mérito.⁵

2. Nesse sentido, o art. 3º do CPC/1973 determinava que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade; e o art. 267, VI, do CPC/1973 previa a extinção do feito sem o julgamento do mérito quando faltasse qualquer das condições da ação: a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse de agir. Note-se que o Código de Processo Civil/2015, seguindo tendência doutrinária atualmente prevalente, excluiu a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, referindo-se apenas à legitimidade e ao interesse de agir (arts. 17 e 485, VI). A respeito do tema, v.: José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, Malheiros, 2006, pp. 269-279.

3. Com fundamento no art. 5º, XXXV, da CF/1988, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4. Trata-se da denominada “teoria da asserção”, relativa à aferição das condições da ação. Embora esse tema seja, modernamente, também objeto de controvérsia, como não se realiza, neste estudo, análise aprofundada a respeito da teoria das condições da ação, e em virtude da necessidade de um critério didático para distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, manteremos, por comodidade de exposição, o raciocínio fundado na aludida teoria.

5. José Roberto dos Santos Bedaque (“Pressupostos processuais e condições da ação”, *Justitia* 156/54, outubro-dezembro/1991) afirma que “devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar o exame do mérito, sem que a cognição do juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção se concebe a análise das condições da ação após esse momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante. Desde que a cognição permaneça

Feita a análise inicial, pode o juiz concluir que, à primeira vista, o processo tem condições de prosseguir e culminar com a prolação do provimento de mérito, caso em que será realizada a cognição completa e exauriente da relação material, com a finalidade de acolher ou rejeitar o pedido. Entretanto, se no decorrer do feito ficar evidenciado, ainda com cognição não aprofundada, que o exame efetivo da situação material será inútil, será caso de extinção sem análise do mérito. Em conclusão: as condições da ação devem estar presentes no momento do julgamento do feito, ainda que não sejam identificadas inicialmente, surgindo daí tanto a possibilidade de reconhecimento superveniente do preenchimento dos referidos requisitos como a de carência superveniente da ação.⁶

Observando, portanto, que as condições da ação no processo coletivo são as mesmas tradicionalmente conhecidas, cumpre analisar quais as peculiaridades nelas encontradas nas demandas coletivas.

5.2 *Legitimação ativa*

5.2.1 *Aspectos gerais*

A definição da legitimação ativa para as demandas coletivas é questão que envolve dificuldades legislativas, em virtude da complexidade teórica e prática da matéria. Esta dificuldade decorre de que, quando se trata da defesa em juízo dos interesses supraindividuais, normalmente quem se pretende legitimado não é diretamente titular daqueles ou, ainda que o seja, não exerce essa posição de preeminência em caráter de exclusividade.⁷

nos limites formulados (análise em tese, no condicional), permanecerá no âmbito das condições da ação”; e “devem ser analisadas à luz da afirmação do direito substancial, abstraindo-se da sua efetiva existência” (p. 54). Vincenzo Vigoriti (*Interessi Collettivi e Processo – La Legittimazione ad Agire*, Milão, Giuffrè, 1979) já admitia a aferição das condições da ação no processo coletivo considerando a situação meramente afirmada pelo autor, aduzindo que, “in sostanza, il controllo del potere, o del dovere, di promuovere, o di subire il giudizio, ha per oggetto quanto affermato dalle parti prescindendo dalla relativa veridicità e fondatezza” (p. 90). José Roberto dos Santos Bedaque posteriormente evoluiu em seu posicionamento inicial, de sorte a compreender que o exame das condições da ação significa, de modo geral, o exame de fração do próprio mérito. Nesse sentido, afirmou que: “Se as condições da ação são aferidas a partir de elementos da relação material; se a ausência de uma delas, mesmo verificada *in statu assertionis*, mediante cognição sumária mas suficiente, implica solução parcial do litígio; se esse resultado produz efeitos no plano material; se essa eficácia tende a tornar-se imutável, adquirindo a sentença a qualidade de coisa julgada material, imperioso concluir que a distinção entre *carência e improcedência* acaba sendo meramente acadêmica, ao menos no que se refere aos aspectos materiais da decisão. A solução total (improcedência) e a parcial (carência), nos limites da sentença, tornar-se-iam igualmente imutáveis, por força da coisa julgada material” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 3ª ed., p. 414). Sem que esta seja a sede apropriada para o aprofundamento sobre tal discussão, é oportuno apenas noticiar essa nova abordagem do referido problema, digno de estudo específico.

6. Nesse sentido o art. 493 do CPC/2015, determinando a possibilidade de, posteriormente à propositura da demanda, tomar o juiz o conhecimento de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, a serem considerados no momento da sentença. São os denominados *fatos supervenientes*, inclusive aqueles que se referem ao preenchimento das condições da ação.

7. Carlos de Miguel Perales (*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*, Madri, Civitas, 1997) relaciona esta dificuldade com a própria natureza do dano, pois “son en muchas ocasio-

Basta recordar que no nosso sistema o direito de ação é ordinariamente conferido a quem é titular da situação protegida, na legitimação ordinária, e excepcionalmente conferido a quem não é titular dos direitos ou interesses e promove sua defesa em nome próprio e no interesse alheio, na legitimação extraordinária ou substituição processual. Somente é possível agir em juízo na defesa de interesse que não é do próprio demandante quando há expressa autorização legal nesse sentido.⁸

Antes da definição do perfil legislativo da legitimação coletiva, há que ser identificada a tendência adotada pelo legislador e qual a concepção, em termos de pertinência subjetiva, dos bens tutelados em matéria de interesses metaindividuais. Os extremos são sempre indesejáveis, sendo identificáveis nas hipóteses de adoção de concepção publicista ou privatista dos interesses transindividuais.

Assim, identificando-se os interesses metaindividuais como simplesmente públicos, provavelmente o legislador partiria para a solução da legitimação *ad causam* de órgãos ou entidades públicas, ao passo que, identificando-se tais interesses como sendo meramente privados, haveria provavelmente a adoção da legitimação de entidades privadas ou do próprio cidadão, com exclusividade. As soluções extremadas tendem ao equívoco, e devem ser evitadas.⁹

A solução mais adequada para o modelo de legitimação varia conforme as peculiaridades de cada sistema. A postura legislativa adotada em determinado local pode ou não ter o mesmo sucesso se simplesmente transplantada para outro ordenamento. Mas as experiências do Direito Comparado devem ser aproveitadas.

A determinação da legitimação para agir é antes um problema técnico-jurídico do que uma questão de política legislativa. As soluções adotadas têm certa relatividade, pois servem apenas enquanto adequadas à solução dos problemas verificados na realidade da vida em sociedade e seus desdobramentos no âmbito da jurisdição.¹⁰

nes daños despersonalizados o anónimos; suelen alcanzar a un elevado número de víctimas; suelen ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas. Estas tres características inciden de modo esencial en la cuestión de la legitimación activa, planteando problemas de carácter teórico y práctico” (pp. 287-288).

8. Nos termos do art. 18 do CPC/2015, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

9. Vittorio Denti (“Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti”, in Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (coords.), *Participação e Processo*. São Paulo, Ed. RT, 1988) aponta para o risco da adoção de soluções extremadas quanto à legitimação (publicista ou privatista), afirmando que “i pericoli di questa polarizzazione delle soluzioni sono, da un lato, l’esclusione di qualsiasi forma di partecipazione dei singoli e dei gruppi al controllo della gestione dei beni collettivi e soprattutto al controllo giudiziale; dall’altro lato, la adozione di tecniche individualistiche di tutela, che impediscono di cogliere la rilevanza collettiva dei conflitti e, quindi delle loro soluzioni” (p. 18).

10. Vincenzo Vigoriti (*Interessi Collettivi e Processo – La Legittimazione ad Agire*, cit.) afirma que: “(...) il problema della legittimazione ad agire è prima di tutto una questione di scelte di politica legislativa e, poi, un problema tecnico, per cui se appena ci si preoccupa di indagare sul fondamento degli attuali criteri di determinazione dei soggetti legittimati ad affermare e contraddire, si avverte subito quella che protrebbe essere definita come la ‘relatività’ delle soluzioni accolte nel nostro ordinamento” (p. 66).

Em que pese à validade da atuação tanto de entes públicos como privados ou, mesmo, do cidadão na defesa de interesses supraindividuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um e tampouco em outro polo da equação. A concessão de legitimação para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo e, ainda, da possibilidade de adoção do princípio da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado.¹¹

A legitimação para a demanda coletiva deve afastar-se dos resquícios da concepção tradicional, firmada em decorrência do Liberalismo que se seguiu ao Absolutismo, preconizando a impossibilidade da existência de corpos intermediários – aptos a compartilhar o poder com o Estado –, na ideia de que das “coisas” coletivas somente este último é que deveria cuidar.¹² A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo reflete-se na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa.¹³

No ordenamento brasileiro foi adotada uma posição mista e heterogênea, com o reconhecimento da legitimidade de órgãos e entidades públicas e privadas e excepcionalmente do cidadão, este último exclusivamente no âmbito da ação popular.

Este modelo de legitimação tem aspectos positivos e de reconhecível vantagem, não apresentando precedentes ou similares no Direito Comparado.

Pelo sistema integrado de tutela,¹⁴ os legitimados são habilitados à defesa de interesses metaindividuais de qualquer natureza, sendo assim discriminados pelo legislador: o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público da Administração

11. Alessandro Pizzorusso (“Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale”, in Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988) expressa a ideia de maior probabilidade de êxito na concessão de legitimação a entes públicos, anotando que: “(...) risultati più consistenti sono invece conseguibili talora quando questo tipo di poteri sono conferiti ad un ufficio pubblico il quale sia vincolato ad agire, non già nell’interesse dello Stato considerato come Pubblica Amministrazione (o del diverso ente pubblico in cui essa sia inquadrato), bensì degli organi del Pubblico Ministero operanti nei Paesi di *Civil Law*, ma anche nel caso della *Prokuratura* sovietica o *dei public prosecutors* e degli altri organi analoghi previsti dagli ordinamenti dei paesi di *Common Law* nonché *nel caso* – sotto altri aspetti invero assai diverso – dall’*ombudsman* svedese e dai difensori civici o defensores del pueblo instituiti altrove ad imitazione di esso” (p. 28).

12. Vincenzo Vigoriti (*Interessi Collettivi e Processo – La Legittimazione ad Agire*, cit.) salienta que a tendência da legislação de prever apenas a legitimação individual é fruto do individualismo, reflexo do Liberalismo (e contrário ao Socialismo), em que há proscrição dos corpos intermediários, posto que das coisas coletivas somente o Estado deve cuidar (pp. 65-78).

13. Alessandro Pizzorusso (“Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale”, cit., in Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coords.), *Participação e Processo*) afirma que: “di notevole importanza appare per contro l’allargamento della legittimazione a ricorrere o ad intervenire in giudizio soggetti i quali siano in grado di rappresentare interessi collettivi o diffusi; per questa via è infatti possibili realizzare un’altra importante forma di democrazia partecipativa” (p. 36).

14. Decorrente da conjugação do art. 21 da Lei 7.347/1985 e do art. 90 da Lei 8.078/1990.

direta (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privado da Administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano com finalidades institucionais compatíveis com a defesa dos interesses postulados em juízo.¹⁵ Acrescentem-se as entidades da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos interesses supraindividuais,¹⁶ bem como os sindicatos e as comunidades indígenas.¹⁷

Some-se, finalmente, a Defensoria Pública.¹⁸

Também os partidos políticos com representação no Congresso Nacional são legitimados ativos. Há previsão expressa quanto à possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança coletivo por tais entidades.¹⁹ A doutrina sinalizou, inicialmente, tendência para a posição restritiva quanto a essa legitimação, afirmando sua incidência não com relação a qualquer demanda coletiva, dadas as incertezas que estavam relacionadas ao alcance do instituto, como, v.g., a questão da necessidade, ou não, de pertinência temática e da espécie de interesses supraindividuais abrangidos na hipótese de propositura judicial desta natureza.²⁰

Ao tratar do tema o legislador especificou que a legitimação dos partidos políticos para o mandado de segurança coletivo exige “representação no Congresso Nacional, na defesa de interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.²¹ Ou seja: a lei, ao tratar da legitimação dos partidos políticos para o mandado de segurança coletivo, expressamente exigiu a pertinência temática entre a atuação e os “interesses” da agremiação ou sua “finalidade partidária”. Podem, portanto, propor ação

15. O rol acima anotado decorre dos arts. 5º da Lei 7.347/1985; 82 da Lei 8.078/1990; 3º da Lei 7.853/1989; 1º e 3º da Lei 7.913/1989; 29 da Lei 8.884/1994; e 210 da Lei 8.069/1990.

16. Cf. art. 82, III, da Lei 8.078/1990.

17. Cf. art. 5º, LXX, “b”, e art. 8º, III, quanto aos sindicatos; e art. 232 da CF/88 quanto às comunidades indígenas. No mesmo sentido: Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 152, 155, bem como 349 e ss.

18. A legitimação da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública decorre da Lei 11.448/2007, que alterou a redação do art. 5º da Lei 7.347/1985. Esse tema será abordado adiante, no item 5.2.9.

19. Cf. art. 5º, LXX, “a”, da CF/1988, bem como art. 21 da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

20. A respeito das incertezas referentes ao mandado de segurança coletivo: José Rogério Cruz e Tucci, *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990; José da Silva Pacheco, *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1998, pp. 305-335; Vicente Greco Filho, *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 167-175. A posição restritiva da jurisprudência com relação à impetração de mandado de segurança coletivo por partidos políticos é criticada por Gregório Assagra de Almeida (*Manual das Ações Constitucionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 600-602). Nesse sentido restritivo, cf. precedente do STF: “O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo” (Plenário, RE 196.184, rela. Min. Ellen Gracie, j. 27.10.2004, *DJU* 18.2.2005.). No STJ, v.: 2ª Turma, RMS 1.348-MA, rel. Min. Américo Luz, j. 2.6.1993, *DJU* 13.12.1993, p. 27.424; e 6ª Turma, RMS 2.423-PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 27.4.1993, *DJU* 22.11.1993, p. 24.974.

21. Cf. art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009.

mandamental, desde que a iniciativa judicial esteja relacionada à sua esfera de ação político-partidária.²²

A evolução da abordagem da legitimação nos leva a concluir, ainda quanto aos partidos políticos, que não deve ser descartada a possibilidade de sua atuação, na condição de associação civil, não apenas no mandado de segurança coletivo, mas também na ação civil pública propriamente dita. Afinal, os partidos são associações. Desde que criados regularmente e preenchido o requisito de prévia constituição há pelo menos um ano, podem ser qualificados como associações para fins de propositura de ações coletivas. Ainda nesse particular, consideradas a finalidade democrática dos partidos políticos²³ bem como a conveniência na ampliação da legitimação coletiva (em prol do acesso à Justiça), parece melhor a solução que os dispensa de pertinência temática para propor ações civis públicas (diferentemente do que ocorre com o mandado de segurança coletivo, em que a exigência legal é expressa).²⁴

Ressalvada a hipótese de qualificação de diversas entidades não mencionadas expressamente na lei mas que se assemelham, em última análise, às entidades associativas, e por isso estão legitimadas (caso da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB, bem como dos partidos políticos, acima mencionados), diversamente do que ocorre com relação ao rol de interesses tutelados (exemplificativo), o rol de legitimados ativos é taxativo, não sendo possível ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou analógica. A outorga do poder de agir em juízo em defesa de interesses alheios tem que decorrer de disposição expressa em lei.

Note-se que quanto à OAB sua legitimidade, na condição de associação, também decorre do art. 44, I, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados), pelo qual a entidade é incumbida de defender “a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplica-

22. Teori Albino Zavascki (*Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, São Paulo, Ed. RT, 2006, p. 213), antes mesmo da edição da Lei 12.016/2009, salientava que “esse elo de relação e de compatibilidade entre o direito tutelado e os fins institucionais ou programáticos do partido político, além de representar o marco limitador do campo de abrangência da agremiação, constitui também requisito indispensável à configuração do interesse de agir em juízo”. Para Eurico Ferraresi (*Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos Processuais Coletivos*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 248), entretanto, “a legitimidade do partido político não pode ser restrita ao interesse de seus membros ou filiados, porque, inicialmente, a Constituição não fez nenhuma ressalva no sentido de limitar a legitimidade aos interesses dos filiados. Tratando-se de instrumento constitucional-processual, de eficácia potenciada, não pode o intérprete ou mesmo o legislador infraconstitucional restringir o seu alcance”. Concordamos que o aspecto “material” da garantia constitucional (direito à segurança) não pode sofrer restrição infraconstitucional, o que não impede, entretanto, que o aspecto “processual” da garantia (interesse, pertinência temática etc.) receba regulamentação e delimitação infraconstitucional.

23. Oportuno lembrar, em apoio à interpretação consignada no texto acima, que a Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) estabelece, em seu art. 1º, que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado cuja finalidade é “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo” e “defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

24. Nesse ponto, evoluímos em nosso posicionamento anterior, que era restritivo com relação ao tema. Nesse mesmo sentido: Luiz Manoel Gomes Jr., *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2ª ed., São Paulo, SRS Editora, 2008, pp. 124-129.

ção das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”; bem como do art. 81, III, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que lhe conferiu expressamente a legitimação para agir. A amplitude da redação do art. 44, I, do Estatuto da Ordem dos Advogados autoriza a conclusão de que, com relação a ela, há mitigação da exigência de pertinência temática para a propositura da ação civil pública.²⁵

5.2.2 *Natureza jurídica da legitimação coletiva*

Qual a natureza jurídica desta legitimação? Estaria presente hipótese de legitimação ordinária ou extraordinária?

A resposta depende da concepção a respeito da natureza e das características dos interesses supraindividuais e da respectiva titularidade. Não é viável o raciocínio fundado simplesmente nos princípios tradicionais do processo. A utilização dos princípios e conceitos da legitimação do âmbito das relações individuais poderá levar a conclusões equivocadas.

Uma posição inicial sustentava que, sendo os interesses difusos inerentes a toda a coletividade indeterminável lesada, é razoável a afirmação de que se trata de legitimação ordinária, e não extraordinária, pois as entidades que podem promover sua defesa em juízo postulam direito próprio, e não alheio. Com amparo nesse raciocínio, seria imperativa uma releitura das normas consignadas no Código de Processo Civil.²⁶

Este argumento ganharia maior peso no caso da legitimação das associações. Criadas e destinadas à defesa de determinados interesses, com reconhecimento estatutário de sua finalidade, a defesa em juízo seria de interesses da própria entidade, e não de terceiros.²⁷

25. Nesse sentido, igualmente: Luiz Manoel Gomes Jr., *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, cit., 2ª ed., pp. 122-124.

26. Rodolfo de Camargo Mancuso (“Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento de legitimação para agir aos entes naturais?”, *RePro* 52/68, São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/1988) aduz que, “já em tema de legitimação na ação popular, José Afonso da Silva demonstrou, superiormente, que o autor não é substituto, nem representante, mas age por direito próprio. Se, v.g., a associação de defesa da Serra do Mar promove uma ação civil pública para responsabilizar as empresas causadoras da poluição que vitimou a floresta, ela estará agindo autorizada pela lei (n. 7.347/1985, art. 5º) e defendendo posição jurídica própria. Basta portanto que se interprete com a devida abertura e atualidade o art. 6º do CPC, e se poderá concluir que é ordinária a legitimação das entidades referidas no art. 5º da citada lei sobre os interesses difusos”. No mesmo sentido, do autor: *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir*, , pp. 187-190.

27. Kazuo Watanabe (“A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, in Ada Pellegrini Grinover (coord.), *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984) afirma que, “ingressando a associação em juízo, é como se os próprios associados estivessem a agir (...) tem-se aí o que Cappelletti denomina ‘parte ideológica’. A associação, que evidentemente poderá ter interesses e direitos próprios em relação a seus bens, quanto aos fins estatutários age pelos interesses de um grupo ou de uma categoria ou mesmo de uma coletividade inteira, ideologicamente representados. A legitimidade da associação é portanto ordinária, e não extraordinária” (pp. 95-96).